ANO 24 - Nº 282 - MAIO/2016 - ISSN 1676-3661

Boletim IBCCRIM

Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

www.ibccrim.org.br

Editorial

Dez anos dos crimes de maio de 2006: a consolidação da política de extermínio frente a uma democracia meramente formal

Há dez anos, o Brasil assistia a um massacre. Mais um massacre que, como tantos, apontava para o déficit democrático deixado pela forma negociada de transição da ditadura civil-militar para um pretenso Estado Democrático de Direito. Os crimes de maio de 2006, como ficaram conhecidos, consistiram na ação orquestrada de grupos de extermínio vinculados a forças de segurança pública, com especial destaque para a Polícia Militar, promovendo a matança de centenas de pessoas em retaliação aos ataques ordenados pelo PCC, dias antes. Conforme dados do CREMESP, ocorreram 493 mortes por arma de fogo no Estado de São Paulo entre 12 e 20 de maio de 2006.(1) De todas essas mortes, há denúncias da participação de agentes policiais em 388 casos, conforme dados divulgados pelo Observatório de Violência Policial.(2) O relatório "São Paulo sob achaque", elaborado pela Clínica Internacional de Direitos Humanos de Harvard e pela ONG Justiça Global, identificou, pela análise de inquéritos do período, um universo de 122 mortes em relação às quais há indícios da participação de agentes policiais. O relatório chegou à conclusão de haver provas concretas da ação de grupos de extermínio ligados à polícia em 71 casos.(3)

As dimensões do massacre, aliadas ao "silêncio sorridente" com o qual foi recebido pelas elites, pela comunidade jurídica e pelos meios de comunicação, nos faz pensar, em tempos nos quais se discute a legitimidade e a solidez das instituições no Brasil, o quanto de nossa democracia não permanece como um mero recurso retórico, invariavelmente trazido à baila em debates político-partidários, mas nunca relacionado, na voz de seus bem-nascidos cultores, à permanência de uma política de extermínio ostensiva nas "quebradas", de forte tônica genocida, vitimando pobres, negros e periféricos.

O relatório conclui que as instituições pretensamente democráticas responsáveis pelo controle externo da atividade policial e pela salvaguarda dos direitos humanos são lenientes, quando não coniventes, com o massacre das classes indesejadas.

Todos os inquéritos relativos aos crimes de maio de 2006 foram arquivados, a pedido do Ministério Público, sem maiores investigações. O relatório aponta o Judiciário e o Ministério Público como autores de falhas cruciais. Sobre o papel do MP, consta do relatório: "*o Ministério Público Estadual também falhou em: 1) não investigar os Crimes de Maio de forma sistemática e rigorosa, 2) não exigir melhores investigações nos inquéritos policiais (...), e 3) não manter sua preciosa isenção no momento da crise, sinalizando à Polícia Militar que eles, promotores, já teriam concluído que não houve um revide policial orquestrado após os ataques*".(4) Essa última falha é referência, principalmente, a um ofício assinado por dezenas de promotores, enviado em 25 de maio de 2006 ao Comando Geral da PM. Neste ofício, os subscritores reconhecem "*a eficiência da resposta da Polícia Militar, que se mostrou preocupada em restabelecer a ordem pública violada, defendendo intransigentemente a população de nosso Estado*". Acrescentam que estão certos de que "*eventuais excessos praticados individualmente serão objeto de apuração devida pelos órgãos responsáveis*".(5) O relatório conclui que atos como esse parecem "*chancelar a ação violadora do Estado*",(6) na medida em que os subscritores recusam-se, de antemão, a aceitar a possibilidade de um problema estrutural, que extrapole os "excessos praticados individualmente".

Dez anos depois, causa consternação perceber que pouco ou nenhum avanço houve no que tange às pautas de desmilitarização das polícias e da política, de democratização efetiva das instituições jurídicas, por meio de uma real justiça de transição, e de salvaguarda de direitos fundamentais em regiões marginalizadas. No primeiro semestre de 2015, o número de pessoas mortas pela polícia em São Paulo superou o número de mortos do mesmo período de 2006, a demonstrar que a política de extermínio preconizada pelo massacre não apenas não arrefeceu, como vem galgando novos patamares de barbárie.(7)

Em nossa "democracia dos massacres", o extermínio se converteu em uma política pública, avalizada e encorajada pelas altas esferas do Estado, que se recusam a reconhecer um problema sistêmico na gestão e estruturação das forças de segurança pública, preferindo o discurso defensivo e cínico ("*eventuais abusos serão apurados*", "*quem não reagiu está vivo*"), que soa como carta branca para os grupos de extermínio e para os setores fascistoides da sociedade, cada vez menos envergonhados em mostrarem seus rostos.

O extermínio, aliás, evidentemente não segue um padrão aleatório. Pesquisa divulgada em 2014 pela UFSCar demonstrou que, a cada quatro pessoas assassinadas pela polícia no Estado de São Paulo, três são negras.(8) A existência de uma política pública voltada à eliminação de jovens negros em bairros de periferia permite a conclusão de que há, no Brasil, um genocídio em curso, atendendo a todos os requisitos estampados na Convenção da ONU de 1948.

Diante dessas colocações e em tempos nos quais o Brasil discute, em meio a uma intensa crise política, o valor da democracia e o temor do que muitos têm chamado de golpe de Estado, é inevitável a conclusão de que, na verdade, nosso sistema político, confortavelmente alicerçado sobre o entulho autoritário de nossa história, nunca foi uma democracia. Nas periferias, para a juventude negra e pobre, a democracia não passa de um sonho distante, abafado pelo massacre cotidiano, em regiões onde o golpe é diário e o Estado de exceção é permanente.

Notas

(1) Mães de maio da democracia brasileira. Do luto à luta. Publicação independente. São Paulo: 2011, p. 32.
(2) *Idem*, p. 36.
(3) *International Human Rights Clinic e Justiça Global*. São Paulo sob achaque: corrupção, crime organizado e violência institucional em maio de 2006. 2011, p. 5.
(4) *Idem*, *ibidem*, p. 181.
(5) *Idem*, p. 239.
(6) *Idem*, p. 181.
(7) Disponível em: <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2015/05/letalidade-da-pm-em-sp-e-maior-nos-ultimos-12-anos-no-1-trimestre.html>.
(8) Disponível em: <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2014/03/taxa-de-negros-mortos-pela-policia-de-sp-e-3-vezes-de-brancos-diz-estudo.html>.

| Editorial

| Presunção de inocência

Excertos da Carta escrita pelo IBCCRIM à Comissão Interamericana de Direitos Humanos
Andre Kehdi, Diogo Malan, Luciana Zaffalon e Sheila de Carvalho ___ 2

O tempo da Audiência de Custódia: pesquisa empírica participante no Núcleo de Prisão em Flagrante de Salvador
Daniel Nicory do Prado _____ 3

A designação específica de Magistrado para a condução de ação penal e o princípio do juiz natural
Luiz Antonio Borri e Rafael Junior Soares _____ 4

Demofobia: a expansão do direito penal brasileiro contra o povo, por um legislador que o odeia
Lucas Correia de Lima _____ 6

A criminalização da advocacia penal e o Projeto de Lei do Senado 500/2015
Claudio Bidino _____ 7

Por uma interpretação "pro homine" da garantia da legalidade: fundamentos para a desconstrução da Súmula 231 do STJ
Rafael Alvarez Moreno _____ 9

Primeiras impressões sobre a Audiência de Custódia no Rio Grande do Sul
Mateus Marques e Mauro Fonseca Andrade _____ 11

Remição pelo estudo e ensino profissionalizante: um incentivo necessário
André Bueno da Silveira e Henrique Castilho _____ 12

40 Anos de vigiar e punir
Hugo Leonardo Rodrigues Santos ___ 14

Detalhe ou dispositivo de gestão da vida? Breves reflexões sobre gênero e processos de estado
Natália Corazza Padovani _____ 16

| Com a palavra, a estudante

Legados de Ruanda: a violência sexual contra a mulher como arma do genocídio
Amanda Pilon Barsoumian _____ 18

| Descasos

O tráfico na infância e juventude
Alexandra Lebelson Szafir _____ 19

| Caderno de Jurisprudência

| JURISPRUDÊNCIA ANOTADA

Simbioses e parasitismos na ciência processual. As indevidas interações entre os processos civil e penal
Marcos Zilli _____ 1925

| JURISPRUDÊNCIA

Supremo Tribunal Federal ____ 1928
Superior Tribunal de Justiça ___ 1928
Tribunais Regionais Federais ___ 1930
Tribunais de Justiça _____ 1931

Presunção de inocência: excertos da Carta escrita pelo IBCCRIM à Comissão Interamericana de Direitos Humanos

O IBCCRIM, por Carta endereçada à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, manifestou preocupação acerca da decisão do STF que limita o alcance do direito à presunção de inocência no Brasil.

A íntegra da Carta pode ser acessada pelo seguinte link: <http://www.ibccrim.org.br/docs/2016/Presuncao_inocencia.pdf>.

À Comissão Interamericana de Direitos Humanos

O Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), organização não governamental brasileira, sem fins lucrativos, vem, respeitosamente, dirigir-se à Honorável Comissão Interamericana de Direitos Humanos com o objetivo de manifestar preocupação acerca de decisão do Supremo Tribunal Federal que limita o alcance do direito à presunção de inocência no Brasil (...).

Em 17.02.2016, ao julgar o Habeas Corpus 126.292, o Supremo Tribunal Federal definiu que a execução da pena pode ser iniciada antes do trânsito em julgado do processo, ou seja, antes de o acusado poder se valer de todas as instâncias recursais para realizar sua defesa.

A decisão proferida contraria o estabelecido pelo art. 5.º, LVII, da Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, que estabelece a presunção de inocência como princípio constitucional.

(...)

No julgamento, sete dos onze Ministros que compõem a Corte votaram pela flexibilização da garantia à presunção de inocência, sendo eles: Teori Zavascki, Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes.

Dentre os argumentos para tanto, destacam-se:

"A conclusão de um processo criminal muitos anos depois do fato é incapaz de dar à sociedade a satisfação necessária. E acaba o Direito Penal não desempenhando o mínimo que ele deve desempenhar" (Ministro Luis Roberto Barroso).(1)

"Se há algo inequívoco hoje é que a sociedade não aceita a presunção de inocência e a pessoa condenada que não para de recorrer [...] Quando uma interpretação constitucional não encontra eco no tecido social, quando a sociedade não a aceita, ela [a interpretação] fica disfuncional. É fundamental o abandono dos precedentes em virtude da incongruência social" (Ministro Luiz Fux).

Tais posicionamentos proferidos pelos Ministros permitem interpretar que a decisão surge para atender às eventuais pressões políticas e populares às quais a Corte possa estar se submetendo, e não para se adequar e atender ao estabelecido pela Constituição brasileira, jurisprudência anterior da Suprema Corte, normativos e às jurisprudências internacionais de direitos humanos.

Cabe salientar, também, o descaso da Corte com os impactos que essa violação do devido processo legal pode resultar no sistema penitenciário nacional. Em um país que já padece da doença do encarceramento em massa, decisão como essa aumentará ainda mais a população carcerária brasileira, que hoje chega a quase 600.000 (seiscentas mil) pessoas.

O Supremo Tribunal Federal é a última instância recursal brasileira, suas decisões modulam sistematicamente o Judiciário como um todo. Com essa postura, a Corte não só viola a garantia expressa da presunção de inocência, como contribui para limitar o direito à ampla defesa que garante aos brasileiros a possibilidade de fazer valer sua defesa em todos os graus de jurisdição.

A partir da presente decisão, a Suprema Corte brasileira torna sua jurisprudência ambivalente, o que pode gerar instabilidade e desconformidade dos princípios e direitos trazidos tanto pela Constituição nacional quanto pela Convenção Americana de Direitos Humanos.

Os fatos narrados se contrapõem frontalmente aos arts. 7.º e 8.º da Convenção Americana de Direitos Humanos. (...) A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos é sólida em reconhecer o princípio da presunção de inocência como princípio basilar às garantias judiciais e ao devido processo legal.

No julgamento do caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, a Corte entendeu o direito de recorrer como garantia essencial ao devido processo legal, enfatizando a importância da revisão da sentença por um Tribunal Superior:

"La Corte considera que el derecho de recurrir del fallo es una garantia primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso legal, en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica. El derecho de interponer un recurso contra el fallo debe ser garantizado antes de que la sentencia adquiera calidad de cosa juzgada. Se busca proteger el derecho de defensa otorgando durante el proceso la posibilidad de interponer un recurso para evitar que quede firme una decisión que fue adoptada con vicios y que contiene errores que ocasionarán un perjuicio indebido a los intereses de una persona".(2)

Não tão somente, a Corte também defendeu que não basta apenas os recursos existirem nos ordenamentos internos, eles também precisam se fazer eficazes:

"De acuerdo al objeto y fin de la Convención Americana, cual es la eficaz protección de los derechos humanos, se debe entender que el recurso que contempla el artículo 8.2.h. de dicho tratado debe ser un recurso ordinario eficaz mediante el cual un juez o tribunal superior procure la corrección de decisiones jurisdiccionales contrarias al derecho. Si bien los Estados tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir Del fallo. Al respecto, la Corte ha establecido que "no basta con la existencia formal de los recursos sino que éstos deben ser eficaces", es decir, deben dar resultados o respuestas al fin para el cual fueron concebidos".(3)

Ainda com relação ao direito ao recurso, a Corte estabeleceu no caso Mohamed vs. Argentina:

"Teniendo en cuenta que las garantías judiciales buscan que quien esté incurso en un proceso no sea sometido a decisiones arbitrarias, la Corte interpreta que el derecho a recurrir del fallo no podría ser efectivo si no se garantiza respecto de todo aquél que es condenado, ya que la condena es la manifestación del ejercicio del poder punitivo del Estado. Resulta contrario al propósito de ese derecho específico que no sea garantizado frente a quien es condenado mediante una sentencia que revoca una decisión absolutoria. Interpretar lo contrario, implicaría dejar al condenado desprovisto de un recurso contra la condena. Se trata de una garantía del individuo frente al Estado y no solamente una guía que orienta el diseño de los sistemas de impugnación en los ordenamientos jurídicos de los Estados Partes de la Convención".(4)

Dialogando com o entendimento da Corte, esta Ilustre Comissão, nos casos de Suárez Rosero vs. Equador e López Mendoza vs. Venezuela, aplicou o princípio da presunção de inocência como o pilar que sustenta as garantias judiciais, reforçando o pressuposto de que a presunção de inocência é elemento essencial para a realização efetiva do direito à defesa, acompanhando o acusado por todo o processo até a sua conclusão.

Nesta perspectiva, cabe também ressaltar o posicionamento da Corte Interamericana acerca da prisão provisória. No caso Acosta Calderón vs. Equador, a Corte declarou que a prisão preventiva é a medida mais severa que se pode aplicar, tendo a sua aplicação um caráter excepcional, limitada pelos princípios da legalidade, presunção de inocência, necessidade e proporcionalidade, princípios, importante destacar, indispensáveis a uma sociedade democrática.(5)

Em um país no qual o Judiciário já aplica a prisão preventiva como regra e não como exceção, contando, atualmente, com uma população de 240 mil presos provisórios, que correspondem a 40% da população carcerária geral,(6) o entendimento do Supremo Tribunal Federal pode resultar em efeitos ainda mais danosos.

Por fim, cumpre reforçar o caráter vinculante da Convenção Americana de Direitos Humanos e da jurisprudência da jurisdição interamericana. O Brasil, ao integrar-se voluntariamente ao sistema interamericano de proteção e promoção de direitos humanos, aceitou submeter-se à jurisdição desses mecanismos e não poderia instituir posição que afronta tão diretamente aos normativos e entendimentos jurisprudências interamericanos.

Notas

(1) Íntegra do julgamento disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=581ZjGsJmCA>.
(2) Caso Herrera Ulloa *vs.* Costa Rica. § 157 e 158. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf>.
(3) Caso Herrera Ulloa *vs.* Costa Rica. § 161. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_107_esp.pdf>.
(4) Caso Mohamed *vs.* Argentina. § 94. disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_255_esp.pdf>.
(5) Caso Acosto Calderón vs. Equador. §74. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_129_esp1.pdf
(6) Ministério da Justiça, INFOPEN. 2015. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/transparencia-institucional/estatisticas-prisional/relatorios-estatisticos-analiticos-do-sistema-prisional>.

São Paulo, 27 de abril de 2016.

Andre Kehdi
Presidente.

Diogo Malan
Coordenador-Chefe do
Departamento de *Amicus Curiae*.

Luciana Zaffalon
Núcleo de Atuação Política.

Sheila de Carvalho
Núcleo de Atuação Política.

ANO 24 - Nº 282 - MAIO/2016 - ISSN 1676-3661

O tempo da Audiência de Custódia: pesquisa empírica participante no Núcleo de Prisão em Flagrante de Salvador

Daniel Nicory do Prado

O instituto da Audiência de Custódia, previsto em convenções internacionais de proteção aos Direitos Humanos, como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos[1] e a Convenção Americana de Direitos Humanos,[2] promulgadas há mais de vinte anos no Brasil, só passou a ter existência prática no País graças à sua regulamentação por órgãos de direção do Poder Judiciário em diversos Estados, e a sua recente implementação já deu origem a considerável discussão judicial no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

Com o objetivo de padronizar nacionalmente a realização das Audiências, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a Resolução 213, em 15.12.2015,[3] para viger a partir de 1.º.02.2016, com um prazo de adaptação de 90 dias a partir do início da vigência.

O preâmbulo da Resolução faz referência à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que julgou improcedente o pedido na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5240, movida pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (Adepol-Brasil), em face do Provimento Conjunto 003/2015 da Presidência e da Corregedoria do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que regulamenta as audiências naquele Estado, e deu provimento parcial à medida cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347, movida pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), para determinar a realização de audiências de custódia como uma das medidas necessárias à solução da crise do sistema prisional brasileiro.

Previsivelmente, a própria resolução do CNJ, ainda no período de *vacatio*, por sua vez tornou-se objeto da ADI 5448, movida pela Associação Nacional de Magistrados Estaduais (Anamages), que questiona a constitucionalidade formal do ato, entendendo que o Conselho violou competência privativa do Poder Legislativo da União, que é legislar sobre matéria processual penal. O Ministro **Dias Toffoli**, relator da Ação, negou-lhe seguimento, em 02.02.2016, por entender que a proponente representa apenas uma fração da categoria dos magistrados e, portanto, não teria legitimidade ativa para a sua propositura. A Anamages interpôs agravo regimental em 15.02.2016,[4] que não havia sido apreciado até o momento da conclusão do presente trabalho.

Comunga do mesmo entendimento o Professor **Rômulo de Andrade Moreira**, que, mesmo sendo um conhecido entusiasta do instituto das Audiências de Custódia, sustenta que a matéria deveria ter sido disciplinada por lei em sentido material e formal. **Moreira** conclui, entretanto, "*que não se pode, a pretexto da inconstitucionalidade da Resolução, deixar de cumprir as determinações convencionais*".[5]

Uma das principais inovações trazidas pela Resolução 213 do CNJ diz respeito ao prazo para a realização das Audiências de Custódia. As convenções internacionais mencionam apenas a necessidade de apresentar "sem demora" a pessoa presa ao juiz. Por sua vez, o Código de Processo Penal fixa em 24 horas o prazo de comunicação da prisão em flagrante pela autoridade policial ao Poder Judiciário, ao Ministério Público e à Defensoria Pública. Embora o CPP determine que o juiz deve, "*ao receber o auto*", decidir fundamentadamente sobre a prisão ou liberdade do flagrado, denotando brevidade, não estabelece, para tal ato, um prazo máximo.

O CNJ, logo no art. 1.º da Resolução, fixa o mesmo prazo de 24 horas para a apresentação do preso ao juiz, contadas da comunicação do flagrante, estabelecendo como exceções os presos acometidos de grave enfermidade, que devem esperar a alta médica, e a possibilidade de estabelecer prazos diferenciados em determinados municípios em que a autoridade judicial, inclusive plantonista, esteja impossibilitada de cumprir o prazo ordinário.

O presente trabalho, dando prosseguimento à série de publicações iniciada com o artigo "Audiência de Custódia em Salvador: pesquisa empírica participante em seu primeiro mês de implementação",[6] apresenta uma análise da viabilidade do cumprimento do referido prazo, a partir de uma amostra de 343 audiências realizadas entre setembro de 2015 e fevereiro de 2016 pelo Núcleo de Prisão em Flagrante de Salvador.

Embora os prazos previstos na Resolução sejam fixados em horas, a presente pesquisa realizou o cômputo de cada intervalo em dias, em razão da dificuldade de precisar, em alguns casos, o horário da prisão, dada a vagueza das narrativas dos autos. Somadas as 24 horas entre a prisão e a comunicação do flagrante às 24 horas entre a comunicação e a apresentação do preso, vê-se que o lapso entre a captura e a audiência de custódia não pode ser superior a dois dias, e que durante esse período há uma série de atos de competência da Polícia Judiciária e do Poder Judiciário sem os quais a apresentação pode restar inviabilizada.

É notável que da amostra apontada *supra*, colhida nos seis primeiros meses de funcionamento do Núcleo com o regime das Audiências, demonstrando que há bastante espaço para aprimoramento, 88,79% das audiências foram realizadas até dois dias depois da prisão, e apenas 3,24% foram realizadas após o quarto dia.

Aprofundando a análise das audiências ocorridas dentro do prazo razoável, nota-se que 7,37% foram realizadas no mesmo dia da prisão, 51,92% aconteceram no dia seguinte e 29,50% sucederam dois dias depois da privação de liberdade.

Nos dois primeiros meses de funcionamento do Núcleo com Audiências de Custódia, setembro e outubro de 2015, o prazo de dois dias foi cumprido em 100% dos casos, sendo registrado, em novembro, o pior desempenho do período, com 76,60% das apresentações feitas em até dois dias.

As principais causas para a demora para a realização das Audiências são a hospitalização do preso, que só é ouvido após a alta médica, hipótese prevista na Resolução do CNJ, e a ocorrência de problemas administrativos com o deslocamento dos presos ou com o funcionamento do sistema informatizado que levam à redesignação das audiências.

Durante o período de análise, o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia publicou a Resolução 26, de 18.12.2015,[7] cujo art. 2.º determina que as comunicações de flagrante distribuídas no plantão judiciário devem ser remetidas ao Núcleo de Prisão em Flagrante para realização da audiência de custódia, caso a prisão não tenha sido relaxada ou não tenha sido concedida a liberdade provisória pelo magistrado plantonista.

Tal resolução tem especial impacto na tramitação dos flagrantes protocolizados nos finais de semana, sobretudo nas noites de sexta-feira, após o encerramento do expediente ordinário do NPF. Ainda assim, o desempenho nos meses de janeiro e fevereiro de 2016 foi satisfatório, com, respectivamente, 83,64% e 88,10% das audiências realizadas em até dois dias, e 6,36% e 0,00% após o quarto dia, contado desde a prisão.

Se o intervalo médio entre captura e apresentação do preso ao juiz indica que o NPF tem sido extremamente eficiente, há espaço para melhoria quanto ao horário de início das Audiências de Custódia. No período, 93,29% das oitivas começaram após o horário marcado, com um atraso médio de 1 hora e 25 minutos.

Sem adentrar na discussão sobre os limites de competência regimental e regulamentar dos órgãos de direção do Poder Judiciário, que está em questão na ADI 5448, os dados coletados durante os seis primeiros meses de realização das Audiências de Custódia em Salvador demonstram que é perfeitamente viável o cumprimento do prazo de 24 horas estabelecido na Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça.

Notas

(1) Brasil. Decreto n.º 592, de 6 de julho de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 9 mar. 2016.

(2) *Idem*. Decreto n.º 678, de 6 de novembro de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 9 mar. 2016.

(3) *Idem*. Conselho Nacional de Justiça. Resolução 213, de 15 de dezembro de 2015. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/resolucao-audiencias-custodia-cnj.pdf>. Acesso em: 9 mar. 2016.

(4) *Idem*. Supremo Tribunal Federal. Acompanhamento Processual. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5448. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4911778>. Acesso em: 9 mar. 2016.

(5) Moreira, Rômulo de Andrade. Audiências de Custódia via CNJ: entre o mérito e a forma. 08/01/2016. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/audiencias-de-custodia-via-cnj-entre-o-merito-e-a-forma-por-romulo-de-andrade-moreira/>. Acesso em: 15 fev. 2016.

(6) Prado, Daniel Nicory do. Audiência de Custódia em Salvador: pesquisa empírica participante em seu primeiro mês de implementação. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 23, v. 276, p. 2-3, nov. 2015.

(7) Bahia. Tribunal de Justiça. Resolução 26, de 18 de dezembro de 2015. Disponível em: <http://www7.tj.ba.gov.br/secao/lerPublicacao.wsp?tmp.mostrarDiv=sim&tmp.id=14803&tmp.secao=4>. Acesso em: 15 fev. 2016.

Daniel Nicory do Prado
Professor da Faculdade Baiana de Direito.
Coordenador Estadual do IBCCRIM na Bahia.
Defensor Público titular do 18.º DP Especializado Criminal de Salvador.

A designação específica de Magistrado para a condução de ação penal e o princípio do juiz natural

Luiz Antonio Borri e Rafael Junior Soares

De início, tem se tornado corriqueira em diversos Estados da federação a designação de magistrado demarcado para a ação penal, valer dizer, julgador fixado especificamente para a condução de determinados processos, normalmente como consequência da midiatização dos procedimentos e imposição de julgamento imediato do fato submetido à persecução penal.

Nesse contexto, pretende-se discutir a legitimidade de tal procedimento sob a ótica do princípio do juiz natural, particularmente na vertente da criação de juízo de exceção (*ex post facto*), cujo amparo jurídico situa-se no art. 5.º, LIII e XXXVII, da CF.

Ao menos dois casos recentes podem ser citados como ilustrativos da matéria ventilada neste estudo, a saber, o caso da Boate Kiss,(1) no qual o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul estabeleceu regime de exceção na 1.ª Vara Criminal da Comarca de Santa Maria-RS, autorizando o magistrado, inclusive, a se deslocar a outras comarcas para colheita de prova testemunhal (Editais n. 102/2013 e n. 055/2015);(2) assim como ações penais instauradas na Comarca de Londrina-PR objetivando apurar, dentre outros, crimes de corrupção (Portaria 4.249-D.M(3)), sendo perfeitamente possível visualizar que a designação, nesses casos, deu-se de forma *direta* e *pessoal* dos julgadores em relação aos procedimentos penais.

A partir daí, constata-se que as situações reportadas divergem da famigerada "Operação Lava Jato", que, a despeito da criticável modificação da forma de distribuição dos feitos no curso da ação penal, limitou-se a suspender a distribuição de novos feitos ao juízo, ou seja, manteve a ideia de órgão jurisdicional responsável pelo julgamento do processo (Resolução 8, de 11.02.2015(4)).

A criação do juízo de exceção é clara pelos respectivos tribunais, porque a nomeação do juiz deu-se de forma *casuística* e *determinada*, sem observar as regras existentes na legislação processual penal e muito menos no Regimento Interno do Tribunal de Justiça(5) ou Código de Organização e Divisão Judiciárias do Estado do Paraná,(6) que fixam as atribuições do Presidente e suas respectivas possibilidades de designação dos Magistrados.

Ou seja, *inexiste qualquer possibilidade de nomeação específica de Magistrados para atuação em casos determinados*, visto que as regras existentes são sempre *gerais* e *abstratas* ao tratarem da competência do juiz, e abrangerão, sempre, os processos (todos) existentes perante o Juízo,(7) justamente para se evitar eventuais manipulações dos julgamentos de acordo com convicções pessoais do Magistrado (mais liberal ou conservador, por exemplo).

Nessa perspectiva, afirma-se que o princípio do juiz natural se assenta em três postulados: "*a) somente são órgãos jurisdicionais os instituídos pela Constituição; b) ninguém pode ser julgador por órgão constituído após a ocorrência do fato; c) entre os juízes pré-constituídos vigora uma ordem taxativa de competências que exclui qualquer alternativa à discricionariedade de quem quer que seja*",(8) reforçando que a manipulação das regras de competência verificadas no casos mencionados não se conforma à garantia constitucional suscitada. Destarte, não há respaldo legal que permita à Corte Estadual escolher magistrados para julgar casos pontuais, *mormente quando ausente justificativa plausível para fundamentar a edição da Portaria*.

Não se despreza a possibilidade de arguição da necessidade de garantir a razoável duração do processo como fundamento para a designação *ad personam* dos magistrados para determinados procedimentos penais, todavia, impossível a leitura isolada dessa garantia constitucional, particularmente quando outros dispositivos previstos na Carta Magna fixam a necessidade de observância ao contraditório, ampla defesa, devido processo legal, juiz natural, entre outras garantias necessárias à existência de um processo justo.

O cometimento do crime é o marco temporal para se delimitar a competência do Juízo abstratamente existente, porém, nos casos analisados, *após* a ocorrência do delito e já no *curso* das ações penais, realizou-se manifesta alteração da competência previamente estabelecida, com a criação de juízo concreto destinado especificamente a julgar os envolvidos em delimitados procedimentos persecutórios penais.

Segundo a doutrina, "*a meta é a preservação da imparcialidade*, pois a designação de juiz certo para conflito em andamento não se coaduna com a natureza da equidistância entre as partes", admitindo-se, ainda, que a referência a Tribunal de exceção quer "*evidenciar o nascimento de um juízo* especificamente voltado ao julgamento de determinada infração penal, cuja autoria é imputada a pessoa certa, atuando enquanto for necessário àquela causa e desfazendo-se ao seu término".[9]

No mesmo caminho, "*o nascimento da garantia do Juiz natural dá-se no momento da prática do delito, e não no início do processo.* Não se podem manipular os critérios de competência e tampouco definir posteriormente ao fato qual será o juiz da causa".[10]

Note-se que a vinculação de determinado Magistrado com específica ação penal, além de trazer sinceras dúvidas quanto à necessária imparcialidade do julgador, conduz a problemas instransponíveis de ordem processual, como, por exemplo, a pergunta sobre qual seria o juiz competente caso presente hipótese a ensejar o reconhecimento da suspeição ou impedimento do julgador. A ausência de previsão legal para designação de juiz exclusivo e específico implica no reconhecimento da ausência de norma jurídica para solucionar os eventuais afastamentos do magistrado incumbido pela ação penal.

O juiz natural é aquele previamente encarregado como competente para julgar a ação penal de maneira genérica, de modo que a indicação de magistrado específico e exclusivo, após a prática do fato delituoso, representa a criação de um juízo *ad hoc*, valendo destacar a existência de precedente jurisprudencial reconhecendo a violação ao princípio constitucional do juiz natural, invocado como lastro jurídico a sustentar a nulidade de portaria designando julgador em termos semelhantes às hipóteses submetidas a estudo neste artigo.[11]

Em outras palavras, a regra da atuação *exclusiva*, *pessoal* e *criada após o fato* retira qualquer possibilidade de imparcialidade do julgador, fim máximo da principiologia do juiz natural, e permite interferências de todas as ordens ante a ligação privativa com determinadas ações penais, mormente porque o princípio em estudo dever ser interpretado em sua plenitude, de modo a implicar proibição "*não só a criação de tribunais ou juízos de exceção, mas também de respeito absoluto às regras objetivas de determinação de competência (...)*".[12]

Ademais, no *Habeas Corpus* 89.890/BA, embora tenha sido voto vencido, o eminente Ministro Celso de Mello asseverou em caso semelhante que "*esta impetração revela comportamento gravíssimo, porque evidenciador de prática manifestamente inconstitucional, absolutamente injustificável em face de nosso ordenamento positivo*, que não admite nem tolera designações seletivas ou nomeações casuísticas, claramente 'ad hoc', de um determinado magistrado para dirigir certo procedimento penal".

No mesmo contexto, a doutrina aduz que entendimento distinto poderia conduzir à indevida escolha do juiz mais interessante para determinado caso concreto, após o cometimento do crime, como forma de garantir determinado resultado ao feito, o que inegavelmente produz ao menos suspeitas sobre a parcialidade do julgador.[13]

Com efeito, **Gustavo Badaró** ressalta que estudos recentes sobre o juiz natural têm identificado a necessidade de tratamento da matéria à luz da pessoa do juiz, como forma de evitar a manipulação indevida do julgador incumbido de apreciar o caso concreto, assinalando que, "*no caso de varas nas quais, atuam, simultaneamente, juiz titular e juiz substituto, a atribuição dos processos a um ou outro julgador exige critérios prévios, sem qualquer possibilidade de escolha discricionária ou alterações arbitrárias de qual juiz julgará cada processo*",[14] sendo imprescindível a existência de critérios legais claros e objetivos tratando das convocações, substituições ou qualquer outra forma de alteração da posição interna do julgador.

Diante disso, com base nas breves considerações deduzidas, constata-se que as designações de juízes específicos para a condução de processos criminais violam o princípio do juiz natural, sem que exista regra anterior prevendo critérios para fixação da competência em determinado julgador, constitui fator a desencadear a nulidade dos atos processuais praticados (art. 564, I, do CPP), com reflexos não apenas para os processos em que houve a fixação de magistrado exclusivo, o qual se encontrará incumbido da apreciação de feitos específicos definidos pelo respectivo Tribunal, mas também para os demais processos que não serão examinados pelo juiz natural.

Notas

(1) Consta no *website* do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul link que permite identificar, de forma objetiva, dados referentes ao processo da Boate Kiss. Trata-se de incêndio ocorrido na cidade de Santa Maria-RS, que resultou na morte de 242 pessoas e mais de 600 feridos (Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/boatekiss/#>. Acesso em: 13.10.2015).

(2) Edital 102/2013-COMAG – disponibilizado no *Diário da Justiça* em 14.12.2013: "*REGIME DE EXCEÇÃO FAÇO SABER QUE O CONSELHO DA MAGISTRATURA, EM SESSÃO DE 08.10.2013, AUTORIZOU INSTAURAÇÃO DE REGIME DE EXCEÇÃO NA 1.ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DE SANTA MARIA, COM A DESIGNAÇÃO DO DR. ULYSSES FONSECA LOUZADA, JUIZ DE DIREITO. CABERÁ AO MAGISTRADO DESIGNADO REALIZAR AS AUDIÊNCIAS NAS COMARCAS PARA AS QUAIS SEJAM EXPEDIDAS CARTAS PRECATÓRIAS DE OITIVA DE OFENDIDOS E INQUIRIÇÃO DE TESTEMUNHAS REFERENTES AO PROCESSO N.º 027/2.13.0000696-7 (TRAGÉDIA DA BOATE KISS), CUJAS DATAS DEVERÃO SER MARCADAS MEDIANTE PRÉVIO AJUSTE COM OS MAGISTRADOS A QUEM FOREM DEPRECADOS OS ATOS DURANTE TODA A FASE DE INSTRUÇÃO DO REFERIDO PROCESSO, FICANDO ASSEGURADA AO JUIZ DESIGNADO E AO SERVIDOR WAGNER SONZA RAYMANN, OFICIAL ESCREVENTE AUXILIAR DO JUIZ, QUE ATUARÁ EM APOIO AO REGIME DE EXCEÇÃO, A PERCEPÇÃO DE DIÁRIAS NA FORMA DISCIPLINADA PELA RESOLUÇÃO N.º 823/2010-COMAG, TUDO CONFORME PLANO DE TRABALHO ELABORADO PELA CORREGEDORIA-GERAL DA JUSTIÇA (PROC. THEMIS ADMIN N.º 0010-13/002427-6). SECRETARIA DO CONSELHO DA MAGISTRATURA, 08 DE OUTUBRO DE 2013*". Edital 055/2015 – COMAG – disponibilizado no *Diário da Justiça* em 27.08.2015: "*FAÇO SABER QUE O CONSELHO DA MAGISTRATURA, EM SESSÃO DE 25.08.2015, DECIDIU PELA AMPLIAÇÃO DO REGIME DE EXCEÇÃO INSTAURADO PELO EDITAL N.º 102/2013-COMAG PARA INCLUIR, NA DESIGNAÇÃO DO DR. ULYSSES FONSECA LOUZADA, JUIZ DE DIREITO, A REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIAS EM COMARCAS PARA ONDE FOR DEPRECADA A OITIVA DE PERITOS QUE TIVERAM ATUAÇÃO NO PROCESSO N.º 027/213.0000696-7 E OS INTERROGATÓRIOS DOS ACUSADOS EM TAL DEMANDA, MANTIDAS AS DEMAIS CONDIÇÕES DEFINIDAS PELO EDITAL REFERIDO (PROC. THEMIS ADMIN N.º 0010-13/002427-6). SECRETARIA DO CONSELHO DA MAGISTRATURA, 25 DE AGOSTO DE 2015. ALICE DE AGUIAR DIEHL, SECRETÁRIA*".

(3) Portaria disponibilizada no *Diário da Justiça* em 31.07.2015: "*O PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ, no uso das suas atribuições constitucionais e regimentais; e, CONSIDERANDO o contido na Ordem de Serviço n.º 86/2015, resolve:*"

"*D E S I G N A R*"

"*o Doutor JULIANO NANUNCIO, Juiz de Direito da 3.ª Vara Criminal do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Londrina, para atuar com exclusividade nos autos da Operação Publicano I e II – GAECO do Paraná, bem como nos processos derivados da Operação Voldemort, a seguir relacionados:*"

(4) "*O PRESIDENTE DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4.ª REGIÃO, no uso de suas atribuições legais e regimentais, tendo em vista o que consta no processo 001175285.2014.4.04.8000,* ad referendum *do Conselho de Administração, resolve:*"

"*Art. 1.º Suspender a distribuição processual à 13.ª Vara Federal de Curitiba pelo prazo de 90 (noventa) dias, a contar da data de publicação desta resolução.*"

"*Parágrafo único. A suspensão estabelecida no* caput *não abrange os processos com relação de prevenção, conexão ou continência com outros processos da vara, assim como aqueles da competência exclusiva da 13.ª Vara Federal de Curitiba.*"

(5) "*Art. 14. (...) XVII – designar: a) Juízes para as Comarcas ou Varas em*

regime de exceção, ou para atenderem mutirões ou substituições, com delimitação das respectivas competências, bem como nos casos de impedimento ou suspeição onde não estiver preenchido o cargo de substituto ou se este também se declarar suspeito ou impedido".

(6) "*Art. 34. Salvo disposições em contrário, compete ao Juiz de Direito, em primeiro grau de jurisdição, o exercício de toda a jurisdição. § 1.º O Tribunal de Justiça, por ato de seu Presidente, poderá designar Juízes de Direito de entrância final para conhecer e julgar conflitos fundiários, no âmbito de todo o Estado, atribuindo-lhes competência exclusiva. § 2.º Cumpre ao Juiz defender, pelas vias regulares de direito, a sua competência. Art. 35. Nas comarcas onde houver mais de um Juízo, proceder-se-á à distribuição dos feitos. Art. 36. O Presidente do Tribunal de Justiça, ouvido o Corregedor-Geral da Justiça, se este não for o proponente da medida, poderá designar Juízes de Direito de primeiro grau de jurisdição para, cumulativamente com suas funções, proferirem sentença ou, nos limites das respectivas comarcas, responderem por matéria da competência de outros Juízos*".

(7) "*A competência de juízo resulta da distribuição dos processos entre órgãos judiciários do mesmo foro. Juízo é sinônimo de órgão judiciário e, em primeiro grau de jurisdição, corresponde às varas. Em um só foro há, frequentemente, mais de um juízo, ou vara*" (Cintra, Antonio Carlos de Araújo; Grinover, Ada Pellegrini; Dinamarco, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo.* 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 257).

(8) Dias, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal.* Coimbra: Coimbra Ed., 1974. v. 1, p. 322-323 *apud* Mendes, Gilmar Ferreira; Branco, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional.* 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 463.

(9) Nucci, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais.* São Paulo: RT, 2012. p. 331-332.

(10) Lopes Junior, Aury. *Direito processual penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 449.

(11) "HABEAS CORPUS. *MAGISTRADO ESPECIFICAMENTE DESIGNADO PARA JULGAR A AÇÃO PENAL. OFENSA AO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL. NECESSIDADE DE GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. ORDEM CONCEDIDA. 1. O postulado do juiz natural tem por finalidade resguardar a legitimidade, a imparcialidade e a legalidade da jurisdição. 2. A garantia do devido processo legal somente se realizará plenamente com a certeza de que não haverá juiz de exceção. 3. É ilícita a designação* ad personam *de magistrado para atuar especificamente em determinado processo. 4. No caso, falta razoabilidade à justificativa apresentada pelo Tribunal de origem – grande acúmulo de serviços daquele que seria o substituto legal na ação – para proceder à designação casuística, especial, de magistrados para julgar o feito. As Portarias n. 1.623/2009 e 744/2010, do Tribunal de Justiça do Estado do Piauí, são incompatíveis com os regramentos constitucionalmente estabelecidos. 5. Ordem concedida a fim de anular todos os atos praticados pelos magistrados designados pelo Tribunal de Justiça do Estado do Piauí para atuarem, especificamente, na ação penal em questão*" (HC 161.877/PI, 6ª Turma, Rel. Min. Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP), j. 10.05.2011, *DJe* 15.06.2011).

(12) Moraes, Alexandre de. *Curso de direito constitucional*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 91.

(13) Coutinho, Jacinto. *Comentários à Constituição do Brasil*. Coord. J. J. Gomes Canotilho; Gilmar Ferreira Mendes; Ingo Wolfgang Sarlet; Lenio Luiz Streck. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 378.

(14) A garantia do juiz natural. In: Badaró, Gustavo Henrique (org.). *Doutrinas essenciais – direito penal e processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2015. v. VI, p. 43.

Luiz Antonio Borri
Pós-graduado em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Estadual de Londrina.
Professor de Direito Penal na FACNOPAR.
Advogado.

Rafael Junior Soares
Professor de Direito Penal na PUC/PR.
Advogado.

Demofobia: a expansão do direito penal brasileiro contra o povo, por um legislador que o odeia

Lucas Correia de Lima

A história da relação entre o indivíduo e o Estado tem registrado um processo contínuo de escolha padronizada de inimigos da ordem social, em que são selecionados aqueles para quem a pena se constituirá uma consequência do seu *modus vivendi* – foi assim com os "bárbaros" no Império Romano, as "bruxas" na Idade Média, os "selvagens" na Era Moderna. Com o avanço civilizatório, a reiterada intervenção penal delineou o estereótipo de seu alvo numa nova nomenclatura – o "bandido", aquele que "*o passado é rude e proletário (...) nasce em bairro de pobre, é subnutrido, aplaca a fome com cola, com crack, não estuda, apanha e é submetido a sevícias em casa, na rua, na FEBEM e, mais tarde, nas DP's*" (Pinassi, 2009, p. 93).

Entretanto, já se vive uma nova era na sociedade brasileira, em que a recente expansão dos instrumentos penais pelo Estado legiferante não se satisfaz mais com a figura vista por Jakobs do odioso *inimigo*. A lascívia dos critérios de expiação estatal, agora, não cabe, como antes, numa terminologia batismal única do inimigo. Isso porque, diante de uma multiplicidade de comportamentos sociais discordantes pelo Estado, o legislador brasileiro vem verificando que sua atividade de criminalização de condutas deve ser igualmente proporcional à diversidade social.

No Brasil, portanto, o inimigo não se reduz mais a um perfil singular, exigindo-se sua plurissignificância a partir da qual qualquer um que contrarie o entendimento da classe dominante no poder se tratará como um perigo a ser combatido pelos instrumentos de intervenção, inclusive pelo máximo: a lei penal.

E se não há mais limites estereotipados sobre o inimigo, regurgita o Estado uma antiga ideia de abranger todos os perfis sociais de modo que ninguém possa escapar e o cidadão possa ser, por si só, o inimigo da política de tolerância zero.

É do berço jurídico de Roma onde germina a tênue distinção entre o *inimicus* – o rival pessoal – e o *hostis* – o verdadeiro inimigo do poder político, perfazendo este último o grau máximo da ojeriza estatal. São eles, nas palavras de **Zaffaroni** (2007, p. 23), "*inimigos declarados, não porque declarem ou manifestem sua animosidade, mas sim porque o poder os declara como tais: não se declaram a si mesmos, mas antes são declarados pelo poder*".

Os rompantes de legislações criminalizadoras vêm demonstrando essa hostilidade social. Exemplo disso é a reiterada discussão pela redução da maioridade penal por meio da Proposta de Emenda Constitucional 171/1993, cuja discussão já foi aprovada

pela Câmara dos Deputados e encaminhada ao Senado Federal em agosto deste ano.

O que dizer ainda de um dois róis penais mais atualizados, como o do art. 1.º da Lei 8.072/1990 – Lei dos Crimes Hediondos, que só em 2015 ganhou duas novas atualizações referentes aos incs. I e I-A. No plano das ideias, pairam as sombras penais agourentas do Projeto de Lei 5.069/2013, pronto para pauta no plenário da Câmara dos Deputados, a qual impõe obstáculos à mulher vítima de estupro para realizar aborto da criança concebida em decorrência do ilícito. E, no âmbito das legislações fóbicas, observa-se o PL 1.804/2015, apelidado de criminalização da "cristofobia", porque permite aumento de pena e torna hediondo o crime de ultraje a culto, bem como o PL 7.382/2013, que criminaliza atos de "discriminação contra heterossexuais".

Vivem-se, pois, tempos de ódio. Ou, modernamente se diga, a era das intolerâncias, das fobias. Odeiam-se os menores de idade pela sua inimputabilidade penal; odeiam-se os homoafetivos pela sua postura orgulhosa de assunção de identidade; odeiam-se as mulheres estupradas...

Nesse contexto, incapaz de individualizar seus inimigos, o ordenamento jurídico criminal brasileiro tem assumido uma postura esquizofrênica em que todos são alvos da hostilização estatal, bastando para tanto que contrariem o posicionamento do detentor do poder legiferante e açode sua ira o suficiente para que transborde sua ação ao campo da tutela penal.

Quando a máxima esfera normativa de restrição de direitos se torna o *playground* banal da rotina parlamentar brasileira, as noções jurídicas, idealmente fincadas na natureza da extrema intervenção penal como balizas das pulsões humanas, deixam de existir, pois substituídas por desideratos pessoais de agentes do Poder Legislativo, famintos por uma obediência social irrestrita e conforme suas ideologias pessoais; mas furiosos pelo despertar de uma sociedade que teima em posicionar autonomamente sua personalidade, convicção sobre direitos e vontade. Afinal, de onde surgiu a crença de que "todo o poder pertence ao povo"?

Afastada essa concepção autoritária legislativa, à ótica popular faz-se necessário evocar os preceitos primários de contenção do direito penal, tal como aquele exposto no art. 8.º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, ao estabelecer que "*a lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias*". E nessa desnecessidade penal verificada no inchamento da legislação brasileira onde residem o nascedouro das violações do Estado à sociedade e o vício das leis assim geradas.(1) A inconstitucionalidade dessa onda legislativa criminal talvez seja o mais ideal combate a um legislador demofóbico que não conhece fronteiras.

Até que se imponham os limites da razão constitucional, não há injustiça maior do que um povo caçado e hostilizado pelo seu próprio representante. Uma injustiça que, como lembra **Ihering** (2001, p. 70), é como quando "*o guardião e sentinela se transforma em seu assassino; é o médico que envenena o enfermo, o tutor que estrangula o tutelado*".

Referências bibliográficas

Ihering, Rudolf Von. *A luta pelo direito*. São Paulo: Edipro, 2001.

Pinassi, Maria Orlanda. *Da miséria ideológica à crise do capital – uma reconciliação histórica*. São Paulo: Boitempo, 2009.

Zaffaroni, Eugênio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2007.

Nota

(1) Como afirma Alice Biachini: "A criminalização desajustada à necessidade de tutela penal implica, já se disse, descumprimento de princípios e valores constitucionais como os da intervenção mínima e dignidade da pessoa humana, devendo ser objeto de ação declaratória de inconstitucionalidade toda lei que, por incorporar esta prática, não esteja conforme a Constituição de 1988". (*Pressupostos materiais mínimos da tutela penal*. São Paulo: Ed. RT, 2002. p. 93).

Lucas Correia de Lima
Pós-Graduando na Faculdade Damásio.
Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Feira de Santana – Bahia.
Advogado.

A criminalização da advocacia penal e o Projeto de Lei do Senado 500/2015(1)

Claudio Bidino

O presente estudo tem por objetivo analisar, à luz de um fenômeno social que vem sendo chamado pela doutrina de criminalização da advocacia penal, o Projeto de Lei do Senado 500/2015, que pretende obrigar as pessoas acusadas da prática de determinadas infrações penais ou administrativas a comprovarem a origem lícita dos recursos destinados ao pagamento dos honorários de seus advogados.

1. A criminalização da advocacia penal

O fenômeno da **criminalização (ou incriminação) da advocacia penal**, que vem se expandindo nos últimos anos, consiste na tendência de se identificar o advogado como um possível coautor ou partícipe dos crimes supostamente cometidos pelo seu cliente e de se considerar potencialmente criminosas condutas típicas da advocacia praticadas no exercício da defesa do acusado.

Geraldo Prado, com a sua singular sensibilidade, diagnosticou muito bem esse fenômeno jurídico-social, *verbis*: "*Com muita frequência constato casos em que a atividade da advocacia sofre tentativas de incriminação, quer de forma dissimulada, a título de suposta colaboração de advogados, por seu ofício, na prática delitiva de outrem, com a insidiosa comparação da conduta do causídico de formas comuns de coautoria ou participação, quer de maneira bastante clara, ao se pretender coibir atos próprios da atividade, como aconselhamentos e orientações estratégicas respaldados na garantia que têm os clientes contra a autoincriminação compulsória, subvertendo-se o julgamento jurídico em pretenso julgamento moral*".(2)

Característico de ambientes insuflados pelo discurso de guerra contra a criminalidade (guerra contra as drogas, o terrorismo, a corrupção), o fenômeno da criminalização da advocacia penal desempenha um papel único na persecução penal daqueles que são definidos como os inimigos da vez pelo Estado.

Outra coisa não se pretende com a criminalização da advocacia

senão a relativização das garantias judiciais dos réus e das prerrogativas de seus patronos, para se chegar, com mais rapidez e com um menor custo, ao único resultado processual que poderá atender aos anseios sociais inflamados pelo discurso de lei e ordem: a condenação e a prisão dos acusados, sejam elas justas ou injustas.

Legitima-se indevidamente nessa conjuntura a realização de buscas e apreensões em escritórios de advocacia, a interceptação telefônica de diálogos travados entre defensores e clientes, a quebra do sigilo fiscal e financeiros de advogados... Enfim, tudo é aceito na cega busca pelo fim da impunidade e da insegurança.

Ao contrário do que pode parecer à primeira vista, não se trata aqui de algo verdadeiramente novo. **David Rudovski** não nos deixa esquecer de que, nos anos cinquenta, quando o comunismo era tido como o grande mal político, "*high government officials contended that lawyers who represented persons with communist affiliations were as dangerous as their clients*"; observando ainda que "*the FBI and the Department of Justice engaged in an extensive campaign to discredit the lawyers and legal organizations that were involved in these cases*".[3]

2. O Projeto de Lei do Senado 500/2015

De autoria do Senador **José Medeiros**, o projeto pretende alterar a Lei 8.429/1992, o Código Penal e a Lei 7.492/1986, "*para determinar que, em ações de improbidade administrativa e ações penais por crimes contra a administração pública e o sistema financeiro, o réu comprove a origem lícita dos recursos utilizados no pagamento de honorários advocatícios*".

A título de exemplo, no que diz respeito aos crimes contra administração pública, o projeto almeja introduzir o seguinte dispositivo no Código Penal: "*Art. 337-E – Nos crimes previstos nos Capítulos I, II e II-A deste Título, o acusado deverá comprovar a origem lícita dos recursos utilizados no pagamento dos respectivos honorários advocatícios*".

Ao justificar a pertinência da proposta legislativa, o Senador **José Medeiros** bradou por transparência. Destacou, assim, que, na sua ótica, os investigados e os acusados da prática dessas infrações administrativas e penais utilizam "*vultosos montantes de origem ilícita*" para o "*pagamento dos melhores advogados*", eis que "*nem sempre é possível a localização de todo o produto ou proveito auferido em razão da prática de atos de improbidade ou infrações penais*". Ademais, ressaltou que "*o pagamento de verdadeiras fortunas a título de honorários advocatícios pode servir para a lavagem de dinheiro*".

Ora, ainda que o autor do projeto declare que a sua finalidade principal é impedir a disposição e a ocultação de valores de origem ilícita pelos investigados ou acusados da prática de determinadas infrações, uma análise mais atenta do seu conteúdo revela que as alterações pretendidas estão mais preocupadas em cercear o direito de defesa desses mesmos indivíduos, nomeadamente, criando óbices à contratação de seus defensores técnicos.

Não fosse assim, o projeto legislativo em apreço procuraria instituir a obrigação de se demonstrar a origem lícita dos recursos financeiros destinados por parte dos acusados ao pagamento de qualquer serviço ou de qualquer profissional de advocacia, e não apenas dos recursos utilizados no pagamento do advogado que ficará responsável por conduzir a sua defesa.

O Projeto de Lei do Senado 500/2015 representa muito bem o fenômeno da criminalização da advocacia, na medida em que ele busca relativizar preciosas garantias fundamentais, tais como as garantias da presunção de inocência, da ampla defesa e do sigilo profissional e financeiro, sob o singelo pretexto de que elas possibilitariam o recebimento e a lavagem de recursos provenientes da prática de ilícitos a título de honorários advocatícios.

3. A violação ao princípio da presunção de inocência

O Projeto de Lei do Senado 500/2015 colide frontalmente, desde logo, com o princípio da presunção de inocência, consagrado no art. 5.º, LVII, da CF, que fixa que o ônus da prova no processo penal é todo da acusação.

Afinal, o que se pretende com esta proposta legislativa é transferir ao acusado o ônus de comprovar a origem lícita dos recursos destinados ao pagamento dos honorários de seu advogado, com base apenas na capitulação jurídica atribuída aos fatos descritos na inicial acusatória.

Quer dizer, basta que o Ministério Público impute ao acusado a prática de um ato de improbidade administrativa, de um crime contra a Administração Pública ou de um crime contra o Sistema Financeiro Nacional, para que seja invertido, de forma automática, o ônus probatório e para que seja presumida a proveniência ilícita dos valores utilizados pelo réu no pagamento dos honorários de seu defensor.

4. A violação ao princípio da ampla defesa

O Projeto de Lei do Senado 500/2015 não detalha o procedimento a ser seguido para a constatação da origem lícita dos valores utilizados para o pagamento dos honorários advocatícios, não esclarecendo sequer se o acusado deveria comprová-la no início ou no final do processo.

De uma forma ou de outra, entretanto, parece-nos que as alterações legislativas pretendidas configuram graves restrições ao direito fundamental dos acusados à ampla defesa, insculpido no art. 5.º, LV, da CF, em especial, aos seus direitos fundamentais a um defensor da sua preferência e a uma defesa técnica efetiva.

Cumpre notar que nem sempre se mostra nítido o caráter lícito ou ilícito da origem dos recursos movimentados pelos acusados, seja para o pagamento dos honorários advocatícios, seja para o pagamento de qualquer outro serviço. Com relativa frequência, a constatação da natureza da sua origem depende invariavelmente da realização da própria instrução criminal.

Sendo assim, caso se condicione a atuação do advogado no processo à comprovação prévia da origem lícita dos valores destinados aos seus honorários, estar-se-á privando o acusado do direito de escolher justamente o profissional que poderá ajudá-lo a demonstrar durante a instrução probatória que tais recursos não são provenientes da prática de qualquer atividade delituosa. A violação ao direito fundamental do acusado a um defensor da sua escolha nessa hipótese é indisfarçável.

Não são melhores as perspectivas caso se considere a fase final do processo como o momento propício para a comprovação da origem dos honorários advocatícios.

Nesse caso, vislumbra-se que o direito à defesa técnica efetiva do réu será particularmente afetado. Isso porque o seu defensor passará a ter interesse pessoal e direto na causa, inviabilizando-se o afastamento muitas vezes imprescindível para o eficaz desempenho do seu *munus*. No final das contas, o advogado e o pagamento dos seus honorários estarão sempre sendo julgados em conjunto com o réu.

Não serão esporádicos os casos de conflitos de interesses que inviabilizarão a permanência do advogado na causa. Por exemplo, um defensor que pode ser prejudicado pelo teor do depoimento do seu assistido jamais poderá orientá-lo sobre a conveniência de se aceitar ou não uma proposta de delação premiada. A rigor, o réu contratará o seu advogado ciente de que poderá perdê-lo a qualquer momento, independentemente da sua vontade ou dos esforços empreendidos para mantê-lo. Fere-se de morte, por isso, em igual medida, o direito fundamental do acusado à livre escolha do seu patrono.

Convém ainda sublinhar que o Projeto de Lei do Senado 500/2015 tem o potencial de provocar profundos impactos na estrutura e no funcionamento da justiça criminal brasileira; impactos, estes, que inevitavelmente também serão nocivos ao princípio da ampla defesa.

Ao pretender introduzir no ordenamento jurídico pátrio empecilhos à contratação dos defensores por parte das pessoas investigadas ou acusadas da prática de determinadas categorias de ilícitos, a proposta legislativa em tela fatalmente levará à diminuição do número dos advogados dispostos a representá-las nos correspondentes procedimentos. Além disso, há razões para se supor que o incremento dos riscos inerentes à atuação profissional nessas causas produzirá um aumento no valor dos correspondentes honorários advocatícios.

Sob outro prisma, a imposição de que seja publicizada a origem dos valores destinados ao pagamento dos honorários advocatícios

poderá inibir o réu de contar com a ajuda de amigos ou de parentes na contratação de sua defesa. Não raramente o investigado ou acusado precisa de ajuda de terceiros para contratar o seu advogado, seja porque os seus bens sofreram alguma constrição legal, seja porque ele enfrenta algum outro tipo de dificuldade financeira. Com a exigência de que seja comprovada a origem dos recursos, é bem provável que muitas pessoas deixem de prestar auxílio material ao acusado com receio da opinião pública ou de ser levantada alguma suspeita, ainda que infundada, sobre o seu envolvimento nos fatos tidos por delituosos.

Nessa conjuntura, em que será mais restrito o acesso dessa casta de acusados aos advogados de sua preferência, é previsível que a Defensoria Pública passe a desempenhar um papel mais proeminente. Acontece que, por mais qualificados que sejam os Defensores Públicos em atividade no nosso país (e, de fato, são), não nos parece que eles disponham de uma estrutura suficiente e digna para atender adequadamente a essa nova demanda. A não ser que sejam ampliados significativamente os quadros da Defensoria Pública e que sejam aprimoradas as suas condições de trabalho, o que não parece viável a curto-médio prazo diante da falta de vontade política e da situação precária em que se encontram os cofres públicos, não há motivos para se acreditar na garantia de uma defesa técnica realmente efetiva.

Finalmente, não se poderia deixar de mencionar que as alterações legislativas propostas poderão inviabilizar o estabelecimento de uma relação de confiança entre o advogado e o seu assistido, que é um pressuposto inafastável para o adequado exercício de sua defesa. Uma vez que a revelação da origem dos recursos utilizados no pagamento de honorários poderá interferir na decisão do profissional de aceitar ou não a causa, o acusado poderá ter o fundado receio de se abrir completamente com o seu defensor. Já o advogado terá sempre motivos para duvidar da palavra do seu cliente. É uma utopia falar em ampla defesa no âmbito de uma relação entre advogado e cliente regida pela desconfiança mútua.

5. A violação ao sigilo profissional e ao sigilo financeiro dos advogados

O Projeto de Lei do Senado 500/2015 também despreza a garantia do sigilo profissional, corporificada no art. 25 e seguintes do Código de ética Profissional, bem como no art. 7.º, XIX, do Estatuto da OAB, porquanto pretende afastar automaticamente o sigilo dos honorários pactuados entre os advogados e todo e qualquer cliente acusado da prática de atos de improbidade administrativa, de crimes contra a administração pública ou de crimes contra o sistema financeiro nacional, com arrimo tão somente na capitulação jurídica atribuída pelo Ministério Público aos fatos narrados na inicial acusatória.

Do mesmo modo, ainda que por via transversa, a proposta legislativa também infringe a garantia do sigilo financeiro dos advogados que atuam na defesa de clientes investigados ou acusados pela prática dessas infrações penais e administrativas, em dissonância com o art. 5.º, X, da CF.

6. Conclusão

Diante do cenário exposto, afigura-se necessário que sejam envidados todos os esforços para conter a expansão desse perigoso fenômeno social chamado pela doutrina de criminalização da advocacia penal, que é tão bem representado pelo Projeto de Lei do Senado 500/2015.

É bom que se diga que não está a pugnar com isso pela concessão de uma imunidade absoluta aos advogados que militam na área penal, nem se está a afirmar que inexistem limites éticos e jurídicos para o exercício do direito de defesa.

Muito pelo contrário, o que se está a sustentar neste artigo é apenas que, por mais grave que seja a acusação que recaia sobre o réu, não se pode confundir a figura do advogado com a do seu cliente, nem se pode admitir a flexibilização de garantias fundamentais conquistadas com tanto sacrifício, porque tem razão **Rudowski** quando adverte que: "*If liberties and lawyers continue to be viewed as causes of crime, we will have neither safety nor liberty*".(4)

Notas

(1) O presente artigo foi estruturado a partir do Parecer sobre o Projeto de Lei do Senado nº 500/2015, de minha autoria, apresentado e aprovado no âmbito da Comissão Permanente de Direito Penal do Instituto dos Advogados Brasileiros no dia 04 de dezembro de 2015.

(2) Prado, Geraldo. *Ações neutras e a incriminação da advocacia.* Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/acoes-neutras-e-a-incriminacao-da-advocacia-por-geraldo-prado>.

(3) Rudovsky, David. The Right to Counsel Under Attack. *University of Pennsylvania Law Review*, vl. 136, p. 1965-1973, 1988, especialmente p. 1965 e 1973.

(4) Rudovsky, David. The Right to Counsel Under Attack. *University of Pennsylvania Law Review*. vl. 136, p. 1965-1973, 1988. p. 1973.

Claudio Bidino
Mestre em Criminologia pela Universidade de Oxford.
Mestre em Direito Penal pela Universidade de Coimbra.
Advogado.

Por uma interpretação "*pro homine*" da garantia da legalidade: fundamentos para a desconstrução da Súmula 231 do STJ

Rafael Alvarez Moreno

O escopo deste ensaio é fixar o alcance da garantia da legalidade(1) e, a partir daí, declinar as razões que, em nosso sentir, autorizam a superação da Súmula 231 do STJ, assim redigida: "*A incidência de circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal*".

Para tanto, é necessário frisar que uma das características do pensamento jurídico atual é a *valorização da interpretação constitucional*, acarretando a *superação de dogmas imutáveis* e a *introdução de novos paradigmas*.(2) Nesse cenário, evidencia-se a distinção entre o *texto* e a *norma*, cabendo ao intérprete uma *atuação constitutiva*,(3) havendo uma *supervalorização do papel dos princípios*, muitas vezes olvidando-se os operadores do Direito de sua real função, especialmente no que se refere ao Direito Penal.

Com efeito, impõe-se salientar, desde logo, que o Direito Penal não se confunde com o poder punitivo, devendo ser entendido como "[...] *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*".(4) Com isso, as normas do Direito Penal assumem duas funções, pois, ao mesmo tempo em que legitimam a

intervenção estatal (*função legitimadora*), impõem limites à atuação do Estado, protegendo o cidadão (*função garantidora*).[5] Se é assim, aos preceitos penais devem ser aplicados os critérios de interpretação das normas de direitos fundamentais, destacando-se a *interpretação "pro homine"*, isto é, na fixação do alcance de uma norma, cabe ao intérprete adotar um sentido que seja mais favorável ao indivíduo,[6] valorizando, portanto, a sua função garantidora.

Pois bem. A *garantia da legalidade* (CF, art. 5.º, XXXIX; CADH, art. 9.º) traduz a ideia de que condutas só podem ser tipificadas como infração penal mediante lei em sentido formal, sendo esta, da mesma forma, o instrumento hábil a cominar as respectivas sanções. Trata-se de uma diretriz extremamente simples, mas que, por desconsideração das funções do Direito Penal, está sendo banalizada, especialmente no que tange à delimitação do preceito secundário das normas penais.

Nesse contexto, encontra-se sedimentada na jurisprudência e repetida por grande parte da doutrina a afirmação de que, na fase primeira e na segunda etapa de fixação da pena, não pode o julgador desconsiderar os limites máximo e mínimo estabelecidos pelo legislador, mas poderá fazê-lo ao aplicar as majorantes e minorantes, que compõem a terceira fase da dosimetria penal.[7] É inquestionável a banalização da garantia da legalidade na conclusão em questão. Isso porque, se o Direito Penal é mecanismo de contenção do poder punitivo, suas normas devem ser compreendidas a partir de uma interpretação *pro homine*, com a valorização de sua função garantidora, parece evidente que, na delimitação do alcance da garantia da legalidade, no que se refere às penas estipuladas em lei, as conclusões óbvias não podem ser outras senão estas duas: (a) de um lado, o magistrado *jamais* poderá fixar a pena acima do limite máximo cominado pelo legislador; e (b) de outro lado, é *sempre* possível desconsiderar o limite mínimo.[8]

Fixadas tais premissas, parece inadmissível a proibição estabelecida pela Súmula 231 do STJ.[9] Aliás, cumpre indagar: qual seria o fundamento para justificar a proibição de que as atenuantes conduzam a pena abaixo do mínimo legal? Ao que parece, há, basicamente, dois argumentos.

Em primeiro lugar, segundo aponta **Cezar Roberto Bitencourt**, a referida proibição deriva de uma interpretação analógica do disposto no art. 48, parágrafo único, do Código Penal de 1940, na redação anterior à Reforma de 1984, o qual dispunha que "*Se o agente quis participar de crime menos grave, a pena é diminuída de um terço até metade, não podendo, porém, ser inferior ao mínimo da cominada ao crime cometido*".[10]

Em segundo lugar, a proibição em tela encontra amparo em uma banalização da garantia da legalidade, conforme se depreende do seguinte trecho do REsp 146.056-RS, rel. Min. Félix Fischer, que serviu como um dos precedentes que originaram a súmula ora criticada: "*A expressão 'sempre atenuam'* [art. 65 do CP] *não pode ser levada a extremos, substituindo-se a interpretação teleológica por uma meramente literal. Sempre atenuam, desde que a pena base não esteja no mínimo, diga-se, até aí, a reprovação mínima do tipo. Se assim não fosse, teríamos que aceitar, também, a hipótese de que as agravantes ('que sempre agravam a pena') pudessem levar a pena acima do limite máximo (o outro lado da ampla determinação). E, isto, como preleciona A. Silva Franco, é incompatível com o princípio da legalidade formal*".

A partir das razões supraexpostas, é inquestionável a conclusão de que não se trata de adotar uma interpretação literal do art. 65 do Código Penal, mas uma interpretação pautada nas funções do Direito Penal. E mais: uma interpretação orientada na Constituição Federal e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, resultando em uma filtragem constitucional e convencional da legislação ordinária.

Perante o exposto, acreditamos ter demonstrado o real sentido da garantia da legalidade e, como consequência, os fundamentos que permitem a desconstrução da Súmula 231 do STJ.

Notas

(1) Note-se que não estamos utilizando a tradicional nomenclatura "princípio da legalidade", eis que, adotada a definição de princípios como mandamentos de otimização; de acordo com as lições de Robert Alexy, a legalidade não pode ser compreendida como um princípio. A propósito: "*O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que* princípios *são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte*, mandamentos de otimização, *que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes*" (Alexy, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed., 3. tir. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 90).

(2) "*Foram afetadas premissas teóricas, filosóficas e ideológicas da interpretação tradicional, inclusive e notadamente quanto ao papel da* norma, *suas possibilidades e limites, e ao papel do* intérprete, *sua função e suas circunstâncias*" (Barroso, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 2. ed. São Paulo: Saraiva. p. 266).

(3) "[...] *a interpretação do direito não é atividade de* conhecimento, *mas* constitutiva; *portanto*, decisional, *embora* não discricionária. *Dizendo-o de outro modo: a interpretação do direito envolve não apenas a declaração do sentido veiculado pelo texto normativo, mas a constituição da norma a partir do texto e da realidade. É a atividade constitutiva, não meramente declaratória*" (Grau, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes*: a interpretação/aplicação do direito e os princípios. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 26).

(4) Zaffaroni, Eugenio Raúl; Batista, Nilo; Alagia, Alejandro; Slokar, Alejandro. *Direito penal brasileiro*: teoria geral do direito penal. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. v. 1. p. 40.

(5) Queiroz, Paulo. *Curso de direito penal*: parte geral. 10. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2014, v. 1, p. 74.

(6) Ramos, André de Carvalho. *Curso de direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 105.

(7) Cf.: Mirabete, Julio Fabbrini; Fabbrini, Renato N. *Manual de direito penal*: parte geral, arts. 1º a 120 do CP. 24. ed. rev. e atual. até 31 de dezembro de 2006. São Paulo: Atlas, 2008. p. 320; Nucci, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*: parte geral e parte especial. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2007. p. 471.

(8) A mesma conclusão é exposta por Queiroz, Paulo. *Curso de direito penal*: parte geral. 10. ed., rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2014, v. 1. p. 447.

(9) Entre autores os que criticam a Súmula 231 do STJ, podem ser citados: Bitencourt, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte geral. 14. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009, v. 1. p. 638-641; Greco, Rogério. *Curso de direito penal*: parte geral. 16. ed. rev., ampl. e atual. até 1.º de janeiro de 2014. Niterói: Impetus, 2014. v. 1. p. 569-570; Prado, Luiz Regis. *Curso de direito penal*: parte geral, arts. 1.º a 120 do CP. 10. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2010. v. 1. p. 601-602.

(10) Bitencourt, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*: parte geral. 14. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1. p. 639.

Rafael Alvarez Moreno
Graduado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie.
Advogado.

IBCCRIM
Fundado em 14.10.92
DIRETORIA DA GESTÃO 2015/2016

DIRETORIA EXECUTIVA
Presidente: Andre Pires de Andrade Kehdi
1.º Vice-Presidente: Alberto Silva Franco
2.º Vice-Presidente: Cristiano Avila Maronna
1.º Secretário: Fábio Tofic Simantob
2.ª Secretária: Eleonora Rangel Nacif
1.ª Tesoureira: Fernanda Regina Vilares
2.ª Tesoureira: Cecília de Souza Santos
Diretor Nacional das Coordenadorias Regionais e Estaduais: Carlos Isa

CONSELHO CONSULTIVO
Carlos Vico Mañas
Ivan Martins Motta
Mariângela Gama de Magalhães Gomes
Marta Saad
Sérgio Mazina Martins

OUVIDOR
Yuri Felix

Primeiras impressões sobre a Audiência de Custódia no Rio Grande do Sul

Mateus Marques e Mauro Fonseca Andrade

No mês de fevereiro de 2015, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), juntamente com o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) e o Ministério da Justiça (MJ), deram início ao projeto-piloto denominado *Audiência de Custódia*. Este projeto é consequência lógica do fato de nosso país haver ratificado textos internacionais – e.g. o Pacto de San José da Costa Rica[1] – voltados, entre outros objetivos, à proteção de toda pessoa submetida ao sistema de persecução criminal.

Embora os textos internacionais façam referência à necessidade daquela audiência para toda e qualquer espécie de privação de liberdade, o projeto-piloto encabeçado pelo CNJ previu somente sua aplicabilidade para as pessoas presas em flagrante.[2] Assim, a forma como aquele instituto se disseminou em nosso país apontou para o fato de a audiência de custódia possuir, como objetivo central, a garantia de que o sujeito preso em flagrante seja conduzido à presença de uma autoridade judicial, sem demora, que analisará a legalidade da prisão, a necessidade da manutenção da privação da liberdade, bem como apreciará as questões individuais da pessoa conduzida, atinentes aos maus tratos e também à tortura.[3] Para tanto, a audiência de custódia objetiva assegurar a integridade física e os direitos humanos dos flagrados, consolidando, ainda, o direito de acesso à justiça pelo preso, com a ampla defesa garantida em momento crucial da persecução penal.

Em meados do mês de julho do mesmo ano, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul aderiu àquele projeto-piloto, implantando-o inicialmente na Comarca da Capital. Tal situação se deu por meio da Resolução 1.087/2015 – Comag,[4] realizando-se a primeira audiência de custódia na data de 30 de julho de 2015.

A partir dos dados disponibilizados pelo CNJ,[5] foi possível constatar que, entre os meses de julho e outubro de 2015, ocorreram 1.674 audiências de custódia na Comarca de Porto Alegre. Entretanto, diferentemente do que se poderia imaginar, a audiência de custódia não resultou em um desencarceramento em larga escala.

Em 68,1% das audiências realizadas, houve a homologação do auto encaminhado pela autoridade policial (por inexistência de quaisquer irregularidades ou situações que prejudicassem a lavratura do auto), com a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva. Já, nos restantes 31,9% dos casos, houve a concessão da liberdade provisória, vinculada, ou não, às medidas cautelares alternativas, presentes nos arts. 319 e 320 do Código de Processo Penal (CPP).

De acordo com este levantamento inicial, foi possível observar que, mesmo sendo garantida ao flagrado sua apresentação sem demora a um magistrado, este não é o caminho mais seguro para se evitar ou diminuir os abusos praticados quando do decreto de prisões cautelares em nosso país. Bem demonstra isso, a lembrança de que os requisitos e fundamentos para as prisões provisórias permaneceram exatamente os mesmos, pois não foram objeto de qualquer alteração legislativa posterior a 2011. Além do mais, todo o tratamento internacional dado à audiência de custódia é claro ao apontar sua falta de vocação para abrandar a forma como cada magistrado interpreta os requisitos legais para aqueles tipos de prisão cautelar, muito menos, como pensam alguns, para diminuir o número de pessoas segregadas provisoriamente em nosso país.

Este intento de esperar da audiência de custódia um resultado que ela não foi *pensada* para produzir já havia atingido uma outra mudança de paradigma em nossa cultura processual penal, ocorrida com a reforma de 2011 de nosso CPP. Quando se pensou que haveria um esvaziamento das casas prisionais – em relação aos presos provisórios, com a introdução das medidas cautelares diversas da prisão –, o efeito foi justamente o contrário ou, quiçá, até pior: as situações que motivavam o decreto de prisão preventiva continuaram a justificar tal privação de liberdade, ao passo que as situações que motivavam a concessão de liberdade provisória continuaram a justificar a obtenção dessa liberdade, mas agora com uma cautelar pessoal embutida.

Essas lições, que só o tempo e a experiência nos proporcionam, ajudam a constatar que, para que ocorra uma verdadeira mudança na realidade prisional brasileira, é preciso que se invista não só em mecanismos legais (CPP) ou de logística (apresentação pessoal do preso) voltados ao momento da decisão judicial.

É preciso pensar na figura do juiz, em específico, no seu processo contínuo de formação e qualificação profissionais, para que, resguardadas sua visão de mundo e opiniões pessoais, possa ele melhor aquilatar a real necessidade que a privação da liberdade de alguém possuirá para o atingimento dos fins da persecução penal em nosso país.

Notas

(1) O Pacto de San José estabelece, em seu artigo 7.5, que "toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em um prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo".

(2) Essa restrição, no âmbito de aplicação da audiência de custódia no Brasil, já havia sido apontada pela doutrina (Andrade, Mauro Fonseca; Alflen, Pablo Rodrigo. *Audiência de custódia no processo penal brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 48-51). A correção desse equívoco se deu recentemente pelo próprio CNJ, com a Resolução 213, de 15.12.2015.

(3) Este objetivo já se fez constar no PLS 554/2011, que foi o primeiro projeto de lei visando regulamentá-la em âmbito nacional. A justificativa apresentada no projeto foi de que a audiência de custódia tem, como finalidade ou objetivo, o resguardo da integridade física e psíquica do indivíduo preso, bem como, "prevenir atos de tortura de qualquer natureza possibilitando o controle efetivo da legalidade da prisão pelo Poder Judiciário".

(4) "Art. 1.º Fica instituído o Projeto-piloto para realização de Audiências de Custódia pelo Serviço de Plantão do Foro Central da Capital do Estado do Rio Grande do Sul, com prazo inicial de 120 (cento e vinte) dias, a contar de 30.07.2015, abrangendo os autos de prisão m flagrante da Comarca de Porto Alegre, independentemente do horário de sua distribuição e do local do fato.

(5) Mapa da implantação da Audiência de Custódia no Brasil. Disponível em: <www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/mapa-da-implantacao-da-audiencia-de-custodia-no-brasil>. Acesso em: 20 dez. 2015.

Mateus Marques
Mestre em Ciências Criminais pela PUC-RS.
Professor de Direito Processual Penal da FMP.
Advogado Criminal.

Mauro Fonseca Andrade
Doutor em Direito Processual Penal
pela Universitat de Barcelona.
Professor de Direito Processual Penal da UFGRS e FMP.
Promotor de Justiça.

ANO 24 - Nº 282 - MAIO/2016 - ISSN 1676-3661

Remição pelo estudo e ensino profissionalizante: um incentivo necessário

André Bueno da Silveira e Henrique Castilho

1. Introdução

O debate sobre as funções da pena é extenso e, muitas vezes, marcado por ideologias das mais diversas. Todavia, não se pode negar que é primordial a pena ter um papel ressocializador, ainda que reduzido pelas condições do cárcere no Brasil. A função de prevenção especial da pena, para impedir que o sentenciado volte a cometer crimes, é fundamental, e a Lei de Execução Penal deve fomentar práticas que visem diminuir os índices de reincidência.

Uma das hipóteses legais que prevê medida visando à prevenção especial é a remição, sendo que a "redenção de penas"[(1)] pode se dar pelo trabalho, pelo estudo e, mais recentemente, vem sendo aplicada a remição pela leitura em alguns Juízos de Execução Penal. Como se vê, a remição é um instituto jurídico amplo. Neste artigo, nosso foco será a remição pelo estudo e debater se o acréscimo de 1/3 nos dias remidos previsto no art. 126, § 5.º, da Lei de Execução Penal (Lei 7.210, de 11 de julho de 1984) deve ser aplicado também ao ensino profissionalizante, malgrado a inexistência de previsão legal expressa nesse sentido.

A remição é um desconto na pena do tempo relativo ao trabalho ou estudo do condenado, em proporção prevista em lei. É um incentivo para que o sentenciado desenvolva uma atividade laborterápica ou ingresse em curso de qualquer nível, aperfeiçoando a sua formação. O trabalho e o estudo são fortes instrumentos de reeducação, pois impedem a ociosidade perniciosa no cárcere.[(2)]

De acordo com o art. 126 da Lei de Execução Penal, o condenado que cumpre pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou estudo, parte do tempo de execução da pena. No caso da remição pelo estudo, essa contagem de tempo será feita à razão de 1 (um) dia de pena a cada 12 (doze) horas de frequência escolar que engloba atividade de ensino fundamental, médio, inclusive profissionalizante, superior ou, ainda, de requalificação profissional. As atividades de estudos supramencionadas poderão ser desenvolvidas de forma presencial ou por metodologia de ensino à distância e deverão ser certificadas pelas autoridades educacionais competentes. As demais regulamentações estão previstas nos parágrafos do referido art. 126 da Lei de Execução Penal. Focaremos na análise do § 5.º, o qual prevê o acréscimo de 1/3 (um terço) no tempo a remir em caso de conclusão de ensino fundamental, médio ou superior durante o cumprimento da pena.

Como se nota, não há previsão de tal acréscimo para o caso de conclusão de ensino profissionalizante. A questão que se coloca em debate neste artigo é: deveria ser concedido o acréscimo de 1/3 (um terço) previsto no art. 126, § 5.º, da Lei de Execução Penal também para o caso de ensino profissionalizante?

Uma resposta estritamente legalista seria negativa. Todavia, é necessário que o instituto da remição pelo estudo seja expandido como importante instrumento específico de reinserção social, sobretudo no caso do ensino profissionalizante, conforme veremos.

2. Do perfil socioeconômico da população carcerária

Para se compreender a importância do ensino profissionalizante, especificamente para as pessoas que se encontram na prisão, é preciso, em primeiro lugar, conhecer quem são essas pessoas. O estudo "Crime, segurança pública e desempenho institucional", da Fundação Getulio Vargas e Universidad Nacional de Tres de Febrero,[(3)] contém um relatório sobre a população carcerária do Estado de São Paulo, a qual corresponde a 36% dos presos do Brasil.[(4)]

Basicamente, podemos traçar o seguinte perfil do preso segundo os dados apresentados pelo estudo:[(5)] a maior parte da população carcerária é formada por homens (95%), dos quais 45% têm menos de 30 anos e 66% têm até 35 anos. Porém, a imensa maioria foi presa muito jovem, com idade no momento da prisão entre 18 e 24 anos. Os tipos penais mais recorrentes que ensejaram a prisão são: roubo (40,3%), tráfico de drogas (26,1%), delitos sexuais (14,4%) e homicídio (7,3%). Destaca-se que, entre as mulheres, 60,5% estão presas por tráfico de drogas.

As condições familiares e os lares em que cresceram os condenados são de negligência e marginalidade. Há crescentes índices de violência, de consumo de drogas, de abandono, de desistência escolar, de ingresso precoce na economia informal e de pertencimento a núcleos familiares que contam com vários integrantes na prisão. Interessante notar que a maioria (62%) acha que poderia ter evitado ir para a prisão se tivesse dinheiro ou se afastado de más influências.

Há uma forte homogeneidade no tocante ao nível educacional dos presos. 61,7% não terminaram 9 anos de escolaridade e 83,7% não terminaram 12 anos de escolaridade.

Por sua vez, o número de detentos que estudam no Brasil é reduzido. Com base em dados do Ministério da Justiça de junho de 2013,[(6)] podemos apontar que: no Brasil, havia 574.027 pessoas privadas de liberdade e apenas 58.750 estavam em atividades educacionais, ou seja, uma média de 10,2%.

Outro apontamento interessante a se observar é de que mais de 40% dos entrevistados disseram que, depois de terem sido soltos da prisão, foram mantidos pela família/cônjuge. Por outro lado, mais de um terço se mantém com trabalhos temporários e 25% combinam esses trabalhos com atividades ilícitas.

Diante dos dados apresentados, verificamos que mais de 66% dos presos cumprem pena por roubo (40,3%) e tráfico de drogas (26,1%). O primeiro delito é patrimonial e o segundo, embora seja um delito contra a saúde pública, é cometido, no mais das vezes, como forma de se aferir dinheiro com a traficância. Logo, ambos são delitos que têm como finalidade principal o acréscimo patrimonial do criminoso.

Outro dado interessante é que muitos presos acreditam que poderiam ter evitado a prisão se tivessem dinheiro, ou seja, se tivessem um trabalho que os remunerasse adequadamente.

Outrossim, o nível de escolaridade da população carcerária está muito longe do perfil que ingressa em curso superior. Logo, não se mostra dentro da realidade a lei incentivar a conclusão de ensino superior no cárcere. Não que tal incentivo deva ser afastado, mas outros incentivos mais importantes talvez estejam sendo relegados pela lei, como o incentivo ao curso profissionalizante.

3. Da marginalização no mercado de trabalho após o cárcere

Os programas de ressocialização desenvolvidos dentro da prisão devem refletir na vida após o cárcere, o que pouco ocorre

no momento. Nesse aspecto, entra em cena a importância de certos cursos técnicos (ensino profissionalizante) no contexto específico da vida após a prisão.

Considerando que a maioria dos presos cometeu crimes com intuito patrimonial e que não teriam cometido o crime se tivessem dinheiro, conclui-se que a maioria dos presos no Brasil tinha problemas de inserção no mercado de trabalho antes da prisão. No momento após a libertação, a situação se torna ainda mais dramática em razão do preconceito que os egressos do sistema penitenciário sofrem para ingressar no mercado de trabalho. É fato notório que a vida no cárcere estigmatiza quem por ela passou.

A marginalização do egresso no mercado de trabalho se dá, principalmente, no âmbito do popularmente conhecido "emprego com carteira assinada", em que há efetiva formação de relação de emprego. Já decidiu o Tribunal Superior do Trabalho (TST) que não há violação de direitos quando se exige certidão negativa de antecedentes criminais ao pretendente de vaga a emprego.(7) Nesse mesmo sentido, manifestou o Ministro **João Orestes Dalazen**: "*Toda e qualquer relação de emprego pressupõe uma relação de fidúcia entre os sujeitos que a compõem, ou seja, entre empregado e empregador (...) daí por que, a meu sentir, revela-se sempre admissível a exigência de apresentação de certidão de antecedentes criminais a candidatos a determinado emprego*".(8)

Egressos do sistema carcerário, como os dados empíricos apontam, são pessoas com baixa escolaridade e com baixo nível de qualificação. Ainda que houvesse, teoricamente, igualdade de qualificação (o que não há), é razoável pressupor que, entre um candidato com antecedentes criminais e outro sem tais antecedentes, em razão da formação da relação de confiança, o empregador, na maioria das vezes, tende a optar pelo candidato sem antecedentes.

4. Do ensino profissionalizante como resposta à marginalização de egressos do sistema penitenciário no mercado de trabalho

Existem diversas tentativas de reinserção social do egresso do sistema carcerário por meio da educação profissionalizante. Deve ser considerado que alguns cursos profissionalizantes são mais eficientes que outros no processo de ressocialização de presos. Essa eficiência está relacionada com a dinâmica específica da marginalização dos egressos no mercado de trabalho.

Os cursos profissionalizantes mais adequados à reinserção social são aqueles no setor de prestação de serviço autônomo, comércio e empreendedorismo (ainda que pequeno) pelo egresso, podendo ser citados como exemplos de prestadores de serviço em geral: encanadores, eletricistas, marceneiros, costureiras e alfaiates, cabeleireiros, entre dezenas de outras atividades.

Chegamos a essa conclusão (que tais cursos profissionalizantes são mais eficientes para reinserção social do egresso) por um raciocínio bastante simples. Quando uma pessoa contrata alguém para fazer um reparo elétrico, cortar o cabelo, desentupir um cano, instalar um ar-condicionado, confeccionar determinada peça de madeira ou de roupa, enfim, prestar um serviço em geral, não há, em regra, a formação de uma relação de fidúcia, de confiança, na mesma intensidade, entre o contratante e o contratado como há naquelas existentes na tradicional modalidade de emprego "com carteira assinada".

Muitas vezes, a relação entre as pessoas na prestação de serviço autônomo, comércio e pequeno empreendedorismo dura apenas uma pequena fração de tempo (algumas horas ou, no máximo, alguns dias). Não há convivência entre as partes e, por isso, em regra, não há interesse do contratante sobre a existência ou não de antecedentes criminais por parte do contratado. Por exemplo, quando uma pessoa contrata outra para desentupir um cano ou consertar uma tomada em sua casa, tende a ser irrelevante a informação se o contratado é egresso do sistema carcerário.

5. Conclusões

Os presos são pessoas, em regra, com baixo nível de escolaridade e de qualificação profissional. Eles enfrentam enorme preconceito para se reinserir no mercado de trabalho, notadamente por causa de dois fatores (os dois principais elementos da dinâmica específica da marginalização dos egressos no mercado de trabalho): a relação de fidúcia entre os sujeitos que compõem a relação de emprego tradicional, prejudicada pelo conhecimento por parte do empregador de que um candidato a uma vaga de emprego passou pelo sistema carcerário; e o acesso ao público em geral, inclusive por meio da Internet, à informação quanto aos antecedentes criminais dos candidatos a vagas de emprego.

A remição, por sua vez, é um estímulo importante no âmbito carcerário. Nesse contexto, o Estado deve, por meio de todas as formas possíveis de estímulo, inclusive da remição (art. 126, § 5.º, da LEP), fomentar a realização de cursos profissionalizantes com ênfase no setor de prestação de serviço autônomo, comércio e empreendedorismo de pequeno porte, porque estes têm condições de enfrentar os dois elementos principais da dinâmica específica da marginalização de egressos no mercado de trabalho.

Por certo que não há previsão expressa para o acréscimo de 1/3 (um terço) no caso de conclusão de curso profissionalizante. Todavia, uma interpretação voltada ao objetivo maior da execução penal, qual seja, a ressocialização, não permite que seja afastado referido aumento.

É fato notório que uma das maiores dificuldades encontradas pelo egresso do sistema prisional é se reinserir no mercado de trabalho. Ainda, a falta de emprego, certamente, é razão determinante para a reincidência criminosa.

A população carcerária brasileira é composta, em sua maioria, por cidadãos com baixo nível de escolaridade, o que justifica a falta de oportunidades de emprego após o cumprimento da pena.

O objetivo da norma jurídica em questão é estimular a conclusão dos estudos visando, sobretudo, a reinserção do egresso no mercado de trabalho, evitando, por consequência, a reincidência.

Em muitos casos, o curso profissionalizante é mais eficaz para reinserir o egresso no mercado de trabalho do que o ensino médio ou fundamental. Por essas razões, entendemos que o acréscimo de 1/3 nos dias remidos, previsto no art. 126, § 5.º, da LEP, pela conclusão de curso de ensino profissionalizante deve ser admitido como forma de estímulo ao sentenciado.

Notas

(1) Prado, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013. v. 1, p. 664.

(2) Nucci, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 7. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013. v. 2, p. 311.

(3) *Crime, segurança pública e desempenho institucional em São Paulo*. Relatório sobre as unidades prisionais em São Paulo, Brasil; perfis gerais, contexto familiar, crimes, circunstâncias do processo penal e condições de vida na Prisão (Bergman, Marcelo et al. (coord.). FGV e Universidad Nacional de Tres de Febrero, novembro de 2013. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/pesquisa-presos-sao-paulo-historias.pdf>. Acesso em: 02.04.2015.

(4) Novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil. Conselho Nacional de Justiça, Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas – DMF. Brasília, junho de 2014. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/pessoas_presas_no_brasil_final.pdf>. Acesso em: 02.04.2015.

(5) Todas as informações são retiradas do estudo "Crimes, segurança pública e desempenho institucional" – referido na nota 3.

(6) Para a lista completa de Estados, cf.: Lira, Davi. Em SP, só 6% dos detentos estudam dentro das prisões; no Ceará, o índice é de 25% (IG São Paulo, Caderno Educação, 21.08.2014. Disponível em: <http://ultimosegundo.ig.com.br/educacao/2014-08-21/em-sp-so-6-dos-detentos-estudam-dentro-das-prisoes-no-ceara-indice-e-de-25.html>. Acesso em: 25.04.2015.

(7) TST, RR 28000-62.2014.5.13.0024, 4ª Turma, Rel. Min. João Oreste Dalazen, j. 11.03.2015, DEJT 20.03.2015.

(8) TST, RR 28000-62.2014.5.13.0024, 4ª Turma, Rel. Min. João Oreste Dalazen, j. 11.03.2015, DEJT 20.03.2015.

André Bueno da Silveira
Procurador da República.
Doutorando em Teoria Geral do Direito pela USP.

Henrique Castilho
Juiz de Direito do Tribunal de Justiça de São Paulo.
Mestrando em Direito Processual Penal pela USP.

40 Anos de vigiar e punir

Hugo Leonardo Rodrigues Santos

Em 2015, completaram-se 40 anos do lançamento de *Vigiar e punir* (Foucault, 1975). Oportunidade mais que conveniente, portanto, para celebrar essa obra, que continua atualíssima, servindo como chave de leitura de vários fenômenos sociais contemporâneos. Mais do que isso, a data comemorativa nos instiga a esboçar uma espécie de revisão crítica sobre a utilidade dos vários conceitos apresentados no trabalho, nas pesquisas sociais que estão sendo desenvolvidas no Brasil.

Para isso, entendemos que é conveniente tecer algumas considerações. Primeiro, cumpre mencionar que o livro em questão obteve um sucesso instantâneo, assim que lançado. Logicamente que não ficou isento de críticas,[1] algumas severíssimas, mas de certo modo pode-se dizer que esse texto se estabeleceu como um marco nas ciências sociais, sendo utilizado posteriormente para estudos relacionados à temática do poder, disciplinamento e tantos outros temas. Tanto assim que **Stanley Cohen** (2007, p. 17) chegou a afirmar que falar em punição sem utilizar os referenciais teóricos de **Michel Foucault** seria como se referir ao inconsciente sem o auxílio de **Freud**. Em virtude da enorme influência do livro, várias pesquisas esforçaram-se para comprovar, na realidade brasileira, os conceitos ali desenvolvidos – poderíamos citar o célebre trabalho coordenado por **Roberto Machado** (1978), entre tantos outros que se enquadram nessa leva de pesquisas.

Talvez em razão desse grande sucesso, a obra já fora utilizada de forma descuidada, em alguns textos nos quais os conceitos elaborados por **Michel Foucault** não se encaixavam perfeitamente, o que chegou a gerar contradições gritantes. Para ser mais direto, poderíamos afirmar que *Vigiar e punir* foi banalizado em muitas pesquisas no campo das ciências sociais em que aparece citado com destaque. Nesse sentido, **Luciano Oliveira** explicou mais detidamente esse fenômeno, inclusive dando exemplos nítidos desse uso equivocado do trabalho, em seu artigo "Relendo vigiar e punir" (2011).[2]

Desse modo, após algumas décadas do seu lançamento, acreditamos que é chegada a hora de uma análise mais cuidadosa – menos precipitada – dos preceitos contidos em *Vigiar e punir*. Parece ser no mínimo inadequada a defesa de uma transposição automática do modelo de sociedade disciplinar francês para a realidade brasileira, completamente diferenciada das estruturas sociais analisadas pelo pensador. Não se pode admitir o exagero consistente na utilização de tais conceitos, elaborados por **Michel Foucault**, como verdadeiras premissas, pontos de partida inquestionáveis, e não como hipóteses de pesquisa.

Isso não significa, por óbvio, descartar a enorme importância de *Vigiar e punir*. Muito pelo contrário, como mencionado, trata-se de um trabalho de imensurável valor, que continuará sendo utilizado como referência para as pesquisas sociais. Trata-se, na verdade, de trabalhar com os conceitos-chave do livro – ilegalismos, sociedade disciplinar, saber-poder, normalização, entre tantos outros – como ferramentas heurísticas, a serem colocadas à prova diante da realidade punitiva brasileira. Utilizar a obra dessa forma significa agir exatamente como desejava o próprio **Michel Foucault**, como se percebe na sua famosa metáfora da *caixa de ferramentas*, quando afirmou que desejava ver surgirem usos novos, possíveis e imprevistos de seus escritos (Foucault, 2006, p. 52).

Estamos seguros de que não se podem dogmatizar os textos clássicos, deixá-los estáticos, amorfos, como se dispostos em um pedestal, tal qual um ídolo intocável. Como ensinou **Vera Malaguti Batista**, "*os textos sagrados têm que ser profanados, mergulhados no saber local, na realidade nua e crua da história de nossos povos. Só assim, poderemos reconstruir um pensamento crítico*" (2005, p. 31).

Assim, a análise histórica empreendida por **Michel Foucault**[3] deve ser submetida ao quadrante histórico brasileiro, a fim de verificarmos se realmente poderíamos considerar todas as afirmações do trabalho para o nosso sistema punitivo. Com essa preocupação, vários estudos revelaram que no Brasil as técnicas políticas de disciplinamento estavam bem distantes daquelas demonstradas no trabalho de **Michel Foucault**. Por exemplo, **Marisa Corrêa** percebeu que as técnicas de poder aqui utilizadas não foram sofisticadas, afastando-se da ideia de aparelhos de *correção branda*. O que se viu no Brasil foi a "prática menos sutil da repressão simples, desde a prisão até o hospício" (1998, p. 355). Já **Andrei Koerner** destacou que a Casa de Correção do Rio de Janeiro, idealizada com o modelo panóptico – de enorme importância para o desenvolvimento das ideias de *Vigiar e punir* –, distanciou-se enormemente do planejamento inicial, tendo sido construído improvisada e desorganizadamente. Por essa razão, a vigilância e disciplina comentadas por **Michel Foucault** não se efetivaram, no *impossível panóptico tropical-escravista*, tendo prevalecido a desordem punitiva (2006, p. 219).

Outrossim, se as práticas punitivas do passado brasileiro parecem, por vezes, distanciar-se do que **Michel Foucault** apontou no seu famoso trabalho, não se poderia dizer o mesmo sobre a formação dos saberes, pois aqui também aconteceu a estruturação das explicações – revestidas de cientificismo – que serviram estrategicamente para legitimar a repressão, tal qual apontado pelo autor francês. Por isso, **Luis Ferla** afirmou que, ainda que existam ressalvas ao aproveitamento das ideias de *Vigiar e punir* para a questão das práticas punitivas brasileiras, a obra continua sendo essencial para a compreensão do discurso criminal (2009, p. 40).

Como bem colocado por **Manuela Abath Valença**, *"se a prática das instituições não se assemelha ao panoptismo, os saberes o farão. A criminologia tradicional – construída, sobretudo, a partir do saber médico – conformará os tipos sociais perigosos, esclarecendo quem são eles"* (2014, p. 99-100).

Com isso em mente, lembramos que *Vigiar e punir* não pode ser interpretado de forma isolada do restante da obra de **Michel Foucault**. Isso representa um enorme desafio, considerando que o pensamento de **Michel Foucault**, além de bastante original, é *complexo e denso* (Alvarez, 2015, p. 17). Comumente, a obra do francês é dividida em três fases distintas: a primeira, dita arqueológica, preocupou-se essencialmente com as formações discursivas; a segunda, chamada de genealógica, focou sua análise na questão do poder; a última, por sua vez, é denominada de fase ética, na qual se verifica uma preocupação com a análise do sujeito. Vários autores utilizaram classificações que seguem esse modelo, como, por exemplo, **Olivier Dekens** (2015). *Vigiar e punir*, assim como a palestra publicada com o título de *A ordem do discurso* (Foucault, 2013), costumam ser apontados como o marco inicial da fase genealógica de **Michel Foucault**, certamente a que mais impactou as ciências sociais.

A última fase dos escritos do francês se distancia um pouco das preocupações iniciais que demonstrou em seus textos. Não obstante, entendemos que existiria uma relação intrínseca entre a primeira e a segunda fase da obra de **Michel Foucault**. Ora, se a constituição do poder se dá por meio da formação dos saberes, sobressai a importância do estudo das formações discursivas, muito bem frisado pelo autor em *A arqueologia do saber* (Foucault, 1969). Defendemos, por essa razão, o descarte dessa divisão da obra do autor – meramente didática e, por isso mesmo, artificial. Propomos, em seu lugar, a utilização de uma abordagem arqueogenealógica, segundo a qual o poder seria estudado por meio da análise da constituição dos discursos e de sua utilização estratégica.

Por isso, é preciso acabar com o mau costume de se estudar **Michel Foucault** *pela metade*, dando-se atenção tão somente aos textos publicados a partir de *Vigiar e punir*. Mesmo porque, como explicou **Judith Revel**, existiria uma *descontinuidade coerente* no pensamento do autor (2002, p. 85), que sempre criticou seus próprios escritos e problematizou seus conceitos e pontos de vista. Ainda quando utilizamos *Vigiar e punir* como texto central para as análises empreendidas, não podemos nos esquecer dos importantes instrumentos teóricos e metodológicos, estabelecidos em seus outros escritos.

Por fim, no que diz respeito à premissa de **Michel Foucault**, de que a prisão resulta de um *sistema não jurídico* – servindo como referência a outra coisa que não a justiça criminal (Foucault, 1975, p. 30) –, temos algumas ressalvas. Influenciado pelo estudo clássico de **Georg Rusche** e **Otto Kirchheimer** (2004) – citado na obra –, o autor francês parecia querer uma depuração da influência jurídica no fenômeno punitivo, entendendo que havia outros interesses que determinavam o uso da prisão. Não obstante, o reconhecimento de outros aspectos – econômicos, sociais etc. – presentes na configuração do poder de punir não deve resultar na desconsideração da importância do discurso especificamente jurídico, na construção do sistema punitivo. Do contrário, estaríamos adotando uma visão parcial do complexo fenômeno da punição, olhando-o somente por uma perspectiva.

Essa exclusão do jurídico, empreendida pelo autor, por certo se deve à sua insistência em relacionar a lógica punitiva a uma noção vaga e abstrata de poder, algo que já mereceu críticas de vários autores (Baudrillard, 1994). O poder, visto como uma técnica, uma estratégia, dilui-se como um conceito bastante impreciso, do qual não se tem uma compreensão muito clara. Ora, o entendimento da prisão passa necessariamente pela consideração, entre outros aspectos igualmente importantes, do papel exercido pelos juristas (Sbriccoli, 2010, p. 331).

Os fenômenos sociais – incluindo o punitivo – são complexos, motivo pelo qual se constitui como um *trabalho de Sísifo* tentar separar o âmbito social do político, econômico ou jurídico: todos esses fenômenos estão inter-relacionados, e essa é uma premissa que a pesquisa social deve assumir, se não quiser formular conclusões afastadas da realidade. Portanto, a cultura própria do campo jurídico – resultante de uma fusão entre aspectos sociopolítico-econômicos com a linguagem e práticas eminentemente jurídicas – não pode ser esquecida nas análises do poder disciplinar, devendo-se evitar abordagens que se utilizam unicamente – ou isoladamente – dos paradigmas econômico e social (Santos, 2015). Em nossa opinião, essa ressalva não desmerece, de forma alguma, a importância enorme que o trabalho possui.

Temos a certeza de que *Vigiar e punir* continuará, por muitos anos, sendo utilizado como norte para as pesquisas sociais em geral e, em especial, para a compreensão dos discursos de verdade e do seu uso para a legitimação do poder. Com isso em mente, entendemos que fazer uma revisão crítica desse texto, preocupando-se especialmente com a formação histórica do sistema punitivo brasileiro, é agir como recomendado pelo autor, que já afirmou (Santos, 2015, p. 171) que o maior reconhecimento do trabalho de um grande autor seria *utilizar o seu pensamento, deformá-lo, fazê-lo ranger e gritar*!

Referências bibliográficas

Alvarez, Marcos César. Michel Foucault e a sociologia: aproximações e tensões. *Estudos sociológicos*, Araraquara: Unesp, v. 20, n. 38, 2015.

Artières, Philippe et al. (Org.). *Surveiller et punir de Michel Foucault*: regards critiques (1975-1979). Caen: Presses Universitaires de Caen, 2010.

Baudrillard, Jean. *Esquecer Foucault*. Rio de Janeiro: Rocco, 1994.

Batista, Vera Malaguti. Marx com Foucault. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte: [s.e.], v. 2, n. 4, 2005.

Cohen, Stanley. *Visions of social control*. Cambridge: Polity Press, 2007.

Corrêa, Mariza. *As ilusões da liberdade*: a escola Nina Rodrigues e a antropologia no Brasil. Bragança Paulista: EDUSF, 1998.

Dekens, Olivier. *Michel Foucault*: a verdade de meus livros está no futuro. São Paulo: Loyola, 2015.

Ferla, Luis. *Feios, sujos e malvados sob medida*: a utopia médica do biodeterminismo. São Paulo: Alameda, 2009.

Foucault, Michel. *L'Arqueologie du savoir*. Paris: Gallimard, 1969.

_____. *Surveiller et punir*. Paris: Gallimard, 1975.

_____. Gerir os ilegalismos. *Michel Foucault*: entrevistas a Roger Pol-Droit. São Paulo: Graal, 2006.

_____. *A ordem do discurso*. 23.ed. São Paulo: Loyola, 2013.

_____. Entrevista sobre a prisão: o livro e seu método. *Ditos e escritos IV*: estratégia, poder-saber. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

Koerner, Andrei. Punição, disciplina e pensamento penal no Brasil do século XIX. *Lua Nova*, São Paulo: Cedec, n. 68, p. 219, 2006.

Léonard, Jacques. L'Historien et le philosophe: a propos de Surveiller et punir. In: Perrot, Michelle (Org.). *L'impossible prison*: recherches sur le système penitenciaire au XIXe. Siècle. Paris: Seuil, 1980.

Machado, Roberto et al. *Danação da norma*: medicina social e construção da psiquiatria no Brasil. Rio de Janeiro: Graal, 1978.

O'Brien, Patricia. A história cultural de Michel Foucault. In: Hunt, Lynn (Org.). *A nova história cultural*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

Oliveira, Luciano. Relendo vigiar e punir. *Dilemas*: revista de estudos de conflito e controle social, Rio de Janeiro: UFRJ, v. 4, n. 2, 2011.

Revel, Judith. La pensée verticale: une éthique de la problématisation. In: Gros, Frederic (Org.). *Foucault*: le courage de la verité. Paris: Presses Universitaires de France, 2002.

Rusche, Georg; Kirchheimer, Otto. *Punição e estrutura social*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

Santos, Hugo Leonardo Rodrigues. *Por uma história crítica dos conceitos jurídico-penais*: fundamentos teórico-metodológicos a partir de uma aproximação entre Michel Foucault e Reinhart Koselleck. 2015. Tese (Doutorado) – UFPE, Recife.

Sbriccoli, Mario. L'histoire, le droit, la prison: notes pour une discussion sur l'oeuvre de Michel Foucault. In: Artières, Philippe et al. (Org.). *Surveiller et punir de Michel Foucault*: regards critiques (1975-1979). Caen: Presses Universitaires de Caen, 2010.

Valença, Manuela Abath. A construção social da vadiagem nos discursos jurídicos do início da era republicana. *Revista Brasileira de Sociologia do Direito*, Porto Alegre: Abrasd, v. 1, n. 2, 2014.

Notas

(1) Muitas dessas críticas contemporâneas ao lançamento do livro podem ser conferidas em uma seleção de textos, na qual foram reunidas as visões de autores de vários países sobre o trabalho do pensador francês (Artières et al., 2010).

(2) Muitas das ideias contidas aqui foram inspiradas nesse trabalho aprofundado do Professor Luciano Oliveira, no qual se problematizou a obra clássica de Foucault perante a realidade brasileira. Por essa razão, recomendamos veementemente a sua leitura.

(3) Há muito o que falar sobre o método histórico de Michel Foucault, bem como sobre a conturbada relação entre esse autor, o campo histórico e os historiadores. Para maiores informações: (Santos, 2015). De toda forma, vale lembrar que a proposta de *Vigiar e punir* não era fazer uma história social das prisões, mas sim destacar as rupturas históricas que possibilitaram o surgimento da sociedade disciplinar. É fundamental compreender essa característica da pesquisa – que se aproxima de um modelo de *história cultural* (O'Brien, 2001, p. 34) – para refutar muitas das críticas feitas por historiadores tradicionais (Léonard, 1980).

Hugo Leonardo Rodrigues Santos
Doutor e Mestre em Direito Penal pela UFPE.
Professor da UFAL e Centro Universitário Cesmac.

Detalhe ou dispositivo de gestão da vida? Breves reflexões sobre gênero e processos de estado

Natália Corazza Padovani

Este texto decorre de um posicionamento teórico o qual, todavia, é antes político, afinal, a teoria feminista se desenvolve na sua relação com o movimento feminista que, já há muito tempo, não se acerca simplesmente da "*mulher como sujeito político do movimento feminista*". Antes, como elucida **Butler** (2010), teorias e movimentos feministas se debruçam na análise profunda da gramática que configura a possibilidade de reconhecer no outro o "humano". Desde o léxico em que estamos, e para utilizar o exemplo clássico de **Butler**, um feto só é reconhecido como sujeito a partir da definição de seu sexo, o qual possibilita sua nomeação "de menino ou menina" e, logo, as perspectivas de desejo imputadas a esse sujeito. Desse modo, não é possível dizer que as análises tecidas no âmbito dos estudos de gênero e sexualidade são decorrentes de posicionamentos "meramente teóricos". Antes, estas análises decorrem da tensão com o léxico que sujeita e subjetiva. Que nos "identifica". Léxico o qual só pode ser subvertido pelos feminismos. Isso porque, é pelos feminismos que os "sujeitos outros" são articulados nas análises. Tal afirmação, antes de ser teórica/analítica é, assim como meu texto, política/etnográfica.

A primeira vez que entrei em uma penitenciária feminina foi em 2003, quando, aos 19 anos, interessada em produzir uma pesquisa sobre um tema até então "canônico" no campo – o "trabalho prisional" – me apresentei aos gestores responsáveis pela implementação de oficinas de trabalho nas prisões paulistas. Na época, sequer havia pensado em localizar meu campo etnográfico naquelas instituições prisionais que merecem ser nomeadas com a especificação de gênero "feminina". Não. Eu queria estudar prisão de verdade desde um objeto de estudo de verdade: eu queria estudar prisão, aquela que não precisa da especificação de gênero, pois, por ser masculina, é genérica. O que não era(não é) genérico, contudo, eram(são) os corpos relacionados de acordo com o meu pedido de pesquisa à Secretaria de Administração Penitenciária. Aos 19 anos, branca, estudante de Ciências Sociais da USP, eu não poderia entrar sozinha em uma prisão. Segundo os gestores, ou melhor, as gestoras, pois quase todas elas eram mulheres, ao entrar em uma prisão, eu estaria correndo um risco desnecessário. Diziam elas que "*os homens eram mais monstruosos que as mulheres e que, inclusive por isso, a maior parte das oficinas de trabalho eram implementadas nas prisões femininas, pois os empresários tinham menos medo de entregar às mulheres ferramentas e recursos de suas empresas*", mais do que isso, elas me diziam que "*as diretorias de disciplina e produção das prisões femininas também sentiam-se mais seguras para entregar às mulheres objetos como tesouras, alicates, facas, do que aos homens*". Por que então eu correria o risco de estudar oficinas de trabalho em uma prisão, quando a maior parte delas estavam nas prisões femininas?

A resposta das gestoras não fazia referência às oficinas de trabalho, antes colocavam meu corpo, informado por gênero, sexo, classe, raça, em relação aos corpos que informam a produção da prisão e da prisão feminina, todos também tramados por gênero, classe, raça, sexo. A resposta das gestoras me falava de como gênero era capilarizado na organização do trabalho e de demais "direitos e deveres" listados na Lei de Execução Penal. Era o que eu iria compreender ao longo dos anos em que fiz trabalho de campo nas Penitenciárias Femininas da Capital e de Santana, ao me deparar com os processos de deferimentos e indeferimentos às visitas e visitas íntimas, por exemplo. Estas últimas só passaram a acontecer nas prisões femininas como direito reconhecido e a ser assegurado pelo estado (desde que heterossexuais) em 2001. Ao mesmo tempo, nos pátios daquelas instituições femininas, eu recebia a recorrente reclamação de que os companheiros de muitas das minhas interlocutoras que estavam, como elas, presos, não conseguiam receber a visita de seus filhos, já que os funcionários das prisões alegavam que as pessoas responsáveis em levar os filhos na visita não eram "*parentes de primeiro grau*" daqueles que cumpriam pena, mas, sim, suas sogras, mães das esposas detidas nas prisões femininas que eu visitava.

Os dispositivos de gênero e sexualidade, portanto, pormenorizavam

a prática de governo dos sujeitos presos em prisões ou prisões femininas, geriam acerca dos direitos a serem acessados segundo as tecnologias que alinhavam sexo-gênero-desejo às prisões femininas ou àquelas chamadas, apenas de prisões. Assim, ao longo de todo período em que fiz trabalho de campo em prisões femininas, me deparei com o fato de que gêneros e sexualidades estruturavam o léxico que produzia a prática política da instituição prisional.

Assim foi que em 2003 eu entrei pelos portões da penitenciária feminina do Tatuapé, a qual ficava bem ao lado da antiga Febem daquele bairro. Procedimento de vizinhança nada contingente, afinal, crianças, jovens e mulheres são sujeitos sempre aproximados nas práticas de governamentalidade. Tal aproximação ficava ainda mais evidente ao atravessar os portões daquela penitenciária feminina. Suas grades eram todas pintadas de rosa e suas paredes revestidas por desenhos da Turma da Mônica ou de personagens do Walt Disney. As assistentes sociais e psicólogas que me abriam os portões daquela instituição durante minhas primeiras incursões etnográficas, me diziam sobre a delicadeza daqueles desenhos pintados pelas "reeducandas" para que seus filhos se sentissem mais à vontade nos dias das visitas familiares. E eu, aos 19 anos, caminhava cercada pelas informações que me faziam ver aquela não como uma prisão de verdade. Afinal, como as delegadas da Delegacia Especializada da Mulher de Campinas falavam para **Larissa Nadai** (2012) durante o campo que ela fizera ali para o mestrado, o trabalho da DDM não era trabalho policial de verdade. Trabalho policial de verdade era investigar homicídio, tráfico de drogas, não casos de violência doméstica. Do mesmo modo, as assistentes sociais que me levavam para conhecer as oficinas de trabalho daquela prisão feminina, relatavam das dificuldades em controlar a instituição durante os períodos em que muitas das "meninas" ficavam menstruadas, das dificuldades em atender suas demandas familiares e de "mães", da compaixão que sentiam por aquelas que não eram criminosas de verdade, antes haviam sido "*enganadas ou influenciadas por seus companheiros*", estes sim, "*bandidos de verdade*". Ou, mais do que isso, haviam feito tudo por amor aos seus filhos. Antes de serem criminosas, portanto, eram elas, nas falas das assistentes sociais, psicólogas e demais gestores públicos: "mães".

Minhas primeiras incursões etnográficas às prisões femininas me diziam que se o "trabalho" era elemento fundante do discurso "ressocializador" da prisão, a "maternidade" o era na prisão feminina.

Claro que tais discursos e narrativas tornaram-se cada vez mais polissêmicos ao longo dos pouco mais de dez anos em que fiz campo em (ou com) penitenciárias femininas. Contudo, tais polissemias não se descolavam dos dispositivos de gênero e sexualidade. As descrições etnográficas expostas em minha tese de doutorado sobre redes de afetos vivenciadas através das prisões femininas de São Paulo e Barcelona, por exemplo, elucidam que sexualidade/gênero assim como os vínculos familiares, afetivos ou lastros relacionais aparecem, nas penitenciárias femininas, como espaços privilegiados para regulações ou para a gestão da vida daquelas que cumprem pena, mas também para suas articulações, negociações e agências. Se a sexualidade é dispositivo fundamental de gestão das populações, é também ferramenta de articulação da manutenção da vida. Enfim, sustento material/afetivo pode se fazer mediante trocas sexuais. As redes que tramam trocas de afeto, sustento material e relações sexuais são constantemente tensionadas e articuladas perante assimetrias de poder e os agenciamentos possíveis. Por derradeiro, muitas das estórias vividas através das prisões femininas em que fiz campo (assim como das prisões masculinas sobre as quais pouco/nada tem sido analisado desde essas perspectivas) falam de como os dispositivos de gênero e sexualidade, e suas intersecções com as demais categorias da diferença, configuram a gramática possível da gestão e dos escapes a ela na vida produzida através das prisões. Gênero, portanto, não é um detalhe que pode ser ignorado pela produção de saber acerca das instituições de justiça e estatais, sejam elas genéricas masculinas ou as outras tantas femininas (Beauvoir, 1967). Mas este breve texto é apenas um convite à reflexão que não se encerra aqui.

Referências bibliográficas

Beauvoir, Simone. *O segundo sexo:* a experiência vivida. São Paulo: Difusão Européia do Livro, 1967. v. 2.

Butler, Judith. *Deshacer el género*. Barcelona: Paidós, 2010.

Nadai, Larissa. *Descrever crimes, decifrar convenções narrativas:* uma etnografia entre documentos oficiais da Delegacia de Defesa da Mulher de Campinas em casos de estupro e atentado violento ao pudor. Dissertação (Mestrado). Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas, 2012.

Natália Corazza Padovani
Doutora em Antropologia Social pela Universidade Estadual de Campinas.
Pesquisadora Colaboradora do Núcleo de Estudos sobre Gênero e Sexualidade da Universidade Estadual de Campinas – Pagu.

BOLETIM IBCCRIM - ISSN 1676-3661
COORDENADOR-CHEFE: José Carlos Abissamra Filho
COORDENADORES ADJUNTOS: Arthur Sodré Prado, Fernando Gardinali e Guilherme Suguimori Santos.

CONSELHO EDITORIAL:
Acacio Miranda da Silva Filho, Alberto Alonso Muñoz, Alexandre Pacheco Martins, Alexandre Soares Ferreira, Amélia Emy Rebouças Imasaki, Anderson Bezerra Lopes, André Azevedo, André Ricardo Godoy de Souza, Andre Pires de Andrade Kehdi, Andrea Cristina D´Angelo, Antonio Baptista Gonçalves, Arthur Sodré Prado, Átila Pimenta Coelho Machado, Bruna Nascimento Nunes, Bruno Salles Pereira Ribeiro, Bruno Redondo, Carlos Alberto Garcete de Almeida, Carlos Domênico Viveiros, Caroline Braun, Cecilia de Souza Santos, Cecilia Tripodi, Cláudia Barrilari, Christiany Pegorari, Conrado Almeida Corrêa Gontijo, Daniel Allan Burg, Daniel Del Cid, Daniel Kignel, Daniel Leonhardt dos Santos, Danilo Dias Ticami, Danyelle da Silva Galvão, Dayane Fanti, Décio Franco David, Douglas Lima Goulart, Eduardo Augusto Paglione, Edson Roberto Baptista de Oliveira, Eleonora Rangel Nacif, Evandro Camilo Vieira, Fabiana Zanatta Viana, Felipe Mello de Almeida, Fernanda Balera, Fernanda Carolina de Araújo, Fernanda Regina Vilares, Fernando Gardinali, Fernando Lacerda, Felício Nogueira Costa, Flávia Guimarães Leardini, Gabriel Huberman Tyles, Giancarlo Silkunas Vay, Guilherme Lobo Marchioni, Guilherme Silveira Braga, Guilherme Suguimori Santos, Hugo Leonardo, Ilana Martins Luz, Jacqueline do Prado Valles, Jamil Chaim Alves, Jorge Miguel Nader Neto, José Carlos Abissamra Filho, José Roberto Coêlho de Almeida Akutsu, Karlis Mirra Novickis, Larissa Palermo Frade, Leopoldo Stefanno Gonçalves Leone Louveira, Leonando Biagioni de Lima, Luis Gustavo Veneziani Sousa, Marcel Figueiredo Gonçalves, Marco Aurélio Florêncio Filho, Maria Carolina de Moraes Ferreira, Maria Jamile José, Mariana Chamelette, Matheus Herren Falivene de Sousa, Matheus Silveira Pupo, Milene Cristina Santos, Matheus Herren Falivene de Sousa, Milene Maurício, Octavio Augusto da Silva Orzari, Paola Martins Forzenigo, Paulo Sergio Guardia Filho, Pedro Augusto de Padua Fleury, Pedro Beretta, Pedro Castro, Rachel Lerner Amato, Rafael Carlsson Gaudio Custódio, Rafael Fecury Nogueira, Rafael Lira, Rafael Tiago da Silva, Renato Stanziola Vieira, Ricardo Caiado Lima, Rodrigo Nascimento Dall´Acqua, Rogério Fernando Taffarello, Sâmia Zattar, Sérgio Salomão Shecaira, Taísa Fagundes, Tatiana de Oliveira Stoco, Thaís Paes, Theodoro Balducci de Oliveira, Vinicius Gomes de Vasconcellos, Vinícius Lapetina, Wilson Tavares de Lima e Yuri Felix.

COLABORADORES DE PESQUISA DE JURISPRUDÊNCIA:
Arthur Martins Soares, Bruna Torres Caldeira Brant, Bruno Maurício, Daniel Del Cid, Fábio Suardi D'Elia, Felício Nogueira Costa, Gabriela Rodrigues Moreira Soares, Giancarlo Silkunas Vay, Greyce Tisaka, Guilherme Suguimori Santos, Jairton Ferraz Júnior, José Carlos Abissamra Filho, Juliana Sette Sabbato, Leopoldo Stefanno Leone Louveira, Mariana Helena Kapor Drumond, Matheus Silveira Pupo, Michelle Pinto Peixoto de Lima, Milene Mauricio, Milton Alexandre do Nascimento, Paula Mamede, Pedro Luiz Bueno de Andrade, Rafael Carlsson Gaudio Custódio, Renato Silvestre Marinho, Renato Watanabe de Morais, Ricardo Mamoru Ueno, Roberta Werlang Coelho Beck, Sâmia Zattar, Stephan Gomes Mendonça, Suzane Cristina da Silva, Thaís Marcelino Resende, Vivian Peres da Silva e Wilson Tavares de Lima.

COMISSÃO DE ATUALIZAÇÃO DO VOCABULÁRIO BÁSICO CONTROLADO (VBC): Alberto Silva Franco, Maria Cláudia Girotto do Couto, Renato Watanabe de Morais e Suzane Cristina da Silva.

EDITORES IBCCRIM: Adriano Galvão, Eduardo Carvalho e Willians Meneses.

PROJETO GRÁFICO: Lili Lungarezi - lililungarezi@gmail.com
PRODUÇÃO GRÁFICA: Editora Planmark - Tel.: (11) 2061-2797 planmark@editoraplanmark.com.br
REVISÃO: Microart - Tel.: (11) 3013-2309 microart@microart.com.br
IMPRESSÃO: Ativaonline - Tel.: (11) 3340-3344
O Boletim do IBCCRIM circula exclusivamente entre os associados e membros de entidades conveniadas. O conteúdo dos artigos publicados expressa a opinião dos autores, pela qual respondem, e não representa necessariamente a opinião deste Instituto.
Tiragem: 11.000 exemplares
ENDEREÇO DO IBCCRIM:
Rua Onze de Agosto, 52 - 2º andar, CEP 01018-010 - S. Paulo - SP
Tel.: (11) 3111-1040 (tronco-chave)
www.ibccrim.org.br

Com a palavra, a estudante

Legados de Ruanda: a violência sexual contra a mulher como arma do genocídio

Amanda Pilon Barsoumian

A violência sexual contra a mulher sempre foi uma prática de guerra muito comum tanto no Ocidente como no Oriente, representando uma espécie de recompensa aos vencedores que, ao violarem as mulheres do grupo vencido, atingiam a honra deste.(1) Porém, mais recentemente, principalmente com a guerra em Ruanda (1994), tem-se dado uma maior atenção à violência sexual contra a mulher como arma de destruição de todo um grupo nacional, por meio de estupros em massa, estupros coletivos e a criação de "campos de estupro" ("rape camps"). Nesse diapasão, o presente artigo pretende analisar o tratamento dado pelo Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR) ao chamado "gendercide" ou genocídio de gênero contra a mulher, bem como as suas consequências para as vítimas sobreviventes.

Inicialmente, deve-se ressaltar a importância que a violência sexual ganhou nos julgamentos do TPIR, principalmente no emblemático caso Akayesu,(2) que culminou na primeira condenação por genocídio por um Tribunal Penal Internacional. Jean-Paul Akayesu foi o prefeito da cidade de Taba, de abril de 1993 a junho de 1994, quando ocorreram em toda a região, bem como nas dependências da repartição pública a qual chefiava estupros em massa e outros atos de violência sexual – como mutilações genitais e nudez forçada – contra mulheres da etnia Tutsi, praticados pelos Interahamwe (milícia hutu) repetidamente e em público.

Nesse julgamento, o TPIR entendeu que as práticas de mutilação genital, esterilização, controle de nascimentos, segregação de gênero e proibição de casamento podem ser consideradas crimes de genocídio, o que foi uma inovação na jurisprudência internacional, posto que anteriormente não se entendia a violência sexual como prática ligada diretamente ao objetivo genocida. Ademais, a Corte considerou o estupro como um ato análogo à tortura, afirmando ser esta uma violação à dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, o Tribunal definiu estupro como "a penetração física de natureza sexual cometida de forma coerciva" e definiu violência sexual – a qual inclui o estupro – como "qualquer ato de natureza sexual cometido contra uma pessoa de forma coercitiva".(3) Importante ressaltar que, no Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia, no caso Kunarac et al., observou-se uma evolução no conceito de estupro dado pelo TPIR, entendendo esta Corte que o elemento caracterizador do estupro não é a coerção, mas, sim, a falta de consentimento da vítima.(4) Com isso, reconheceu-se no plano internacional que o crime de estupro tem como principal objeto de tutela a liberdade sexual da vítima, deixando de lado as concepções tradicionais de tutela da honra e dos costumes.(5)

Por fim, o TPIR declarou que o estupro e outras violências sexuais perpetrados pelo acusado durante a guerra em Ruanda constituíram atos de genocídio, uma vez que foram cometidos com a intenção específica de destruir um grupo-alvo: os Tutsis.

Outrossim, observa-se que, no genocídio de Ruanda, o estupro ganhou uma face muito mais nociva do que aquela conhecida até o momento, destinando-se à completa destruição de um grupo nacional "indesejado". Os estupros de mulheres tutsis eram incentivados pela propaganda hutu, que as colocava como objetos sexuais, e se tornaram prática comum naqueles 100 dias de horror em 1994.(6) Nesse contexto, o TPIR alcançou apenas aqueles perpetradores-chave, ou seja, os líderes do regime opressor. Mas, para muitos estupradores, não houve punição nem mesmo em Tribunais ruandeses e, consequentemente, muitas vítimas ainda são obrigadas a viver na mesma vila ou bairro em que seus algozes, com a sombra do estupro as rodeando a todo instante.

Secundariamente, o estupro das mulheres tutsis se prestou à perpetuação do grupo opressor, como observa-se a partir da leitura do seguinte trecho do julgamento:

"Em sociedades patriarcais, onde o pertencimento a um grupo é determinado pela identidade do pai, um exemplo de uma medida destinada a impedir os nascimentos no seio do grupo [art. 2(d) da Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio] é o caso em que, durante o estupro, uma mulher do grupo-alvo é deliberadamente engravidada por um homem do outro grupo, com a intenção de fazê-la dar à luz a uma criança pertencente ao grupo opressor. Ademais, a Câmara nota que as medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo podem ser físicas, mas também mentais. Por exemplo, o estupro pode ser uma medida destinada a impedir nascimentos no seio do grupo quando a mulher estuprada se recusa a procriar posteriormente, assim como membros do grupo podem ser levados, em razão de ameaças ou do trauma, a não procriar".(7)

É sabido que, das cerca de 250 a 500 mil mulheres estupradas durante o genocídio em Ruanda,(8) nasceram 200 mil crianças, que, mais de 20 anos depois dos eventos de 1994, enfrentam preconceito por sua origem Hutu e são hostilizadas por suas próprias mães, que enxergam nelas lembranças dos agressores Interahamwe.(9)

É o que chamamos no estudo da vitimologia de vitimização terciária, mais uma face do estupro como arma de genocídio. Assim, as vítimas do estupro de guerra, além de enfrentarem traumas e problemas de saúde devido às violações sofridas (vitimização primária), também sofrem com as consequências secundárias ou posteriores do estupro, como a rejeição da família e da comunidade em que viviam e a convivência forçada com um filho fruto de uma relação não consensual.(10)

E, nesse ponto, a justiça internacional ainda tem muito a evoluir, uma vez que não há mecanismos para garantir a reparação das vítimas de estupros de guerra, sendo estas consideradas meras testemunhas nos Tribunais Penais Internacionais. Os arts. 75 e 79 do Estatuto de Roma, que traz as regras de funcionamento do Tribunal Penal Internacional, preveem a possibilidade de criação de um fundo de reparação às vítimas de crimes de guerra e crimes contra a humanidade. Porém, esse poder é meramente discricionário e não contém um procedimento jurisdicional para a apuração dos prejuízos de cada uma das vítimas, com oitivas de testemunhas e produção de provas.(11)

Ressalte-se que a indenização por violações sexuais sofridas não se prestaria apenas a dar conforto financeiro às vítimas, mas, também, a satisfazer a sua necessidade de reconhecimento, respeitando a individualidade de cada uma delas como mulher. Assim, uma instância jurisdicional para a reparação das vítimas desses crimes contribuiria para a cura das feridas deixadas pela violência na medida em que as mulheres seriam ouvidas em suas experiências e sentimentos, recebendo o reconhecimento do sofrimento pelo qual passaram em uma instância jurisdicional oficial.

Observa-se, portanto, que, apesar dos grandes avanços do Direito

Penal internacional no combate aos estupros de guerra, deixando de lado as concepções machistas de tutela da honra e dos costumes e reconhecendo a liberdade sexual das mulheres, ainda há um longo caminho a ser trilhado para que a mulher se torne o centro da justiça internacional no sentido de reconhecer suas peculiaridades e desenvolver mecanismos de justiça que as atendam e, sobretudo, valorizem-na como sujeito de direitos autônomos.

Notas

(1) Fidalgo, Sônia. Os crimes sexuais no direito internacional penal. *Doutrinas Essenciais de Direito Internacional*. vol. 3, p. 1009-1028, fev. 2012.
(2) ONU. Tribunal Penal Internacional para Ruanda, Caso Akayesu, 02.09.1998. Arusha, Tanzania.
(3) *Idem*, *ibidem*, p. 149.
(4) ONU. Tribunal Penal Internacional para A Ex-Iugoslávia, Caso Kunarac et al., 22.02.2001. Haia, Holanda.
(5) Fidalgo, Sonia. Os crimes sexuais no direito internacional penal cit., p. 1009-1028.
(6) ONU. Tribunal Penal Internacional para Ruanda cit., p. 177.
(7) *Idem*, *ibidem*, p. 131.
(8) Jones, Adam. *Genocide: a comprehensive introduction*. Nova York: Routledge, 2011.
(9) Lindsey, Hilsum. Ruanda, 20 anos depois: o depoimento trágico dos filhos do estupro. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 16 jun. 2014. Ilustríssima. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2014/06/1469971-ruanda-20-anos-depois-o-depoimento-tragico-dos-filhos-do-estupro.shtml>. Acesso em: 16 jan. 2016.
(10) Burgess, A. W.; Regehr, C.; Roberts, A. R. *Victimology: Theories and applications*. London: Jones and Bartlett Publishers, 2010.
(11) Brasil. Decreto n. 4.388, de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 26.09.2002.

Amanda Pilon Barsoumian
Discente do último semestre do curso de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie.
Integrante do grupo de estudos sobre genocídios da Universidade Presbiteriana Mackenzie.
Estagiária da Procuradoria Regional da República da 3.ª Região.

Descasos

O tráfico na infância e juventude

Alexandra Lebelson Szafir

Roberto Luiz Corcioli Filho é Juiz da Vara da Infância e Juventude de Itapevi (SP). Recentemente, publicou no *site* "Jornalistas Livres" o pungente relato "Carol não verá seu irmão nascer" (http://jornalistaslivres.org/2016/04/carol-nao-vera-seu-irmao-nascer/).

No artigo, o Dr. Roberto conta a história de uma adolescente apreendida pelo tráfico de pequena quantidade de drogas quando tinha apenas 12 anos, em companhia do namorado mais velho.

Carol(1) ficou internada na Fundação CASA por 45 dias – prazo máximo de internação enquanto se aguarda a sentença. Esta veio semanas depois, condenatória. A decisão julgou ser imprescindível a internação por prazo indeterminado. O defensor público nomeado para defendê-la recorreu. O Dr. Roberto, que passara a atuar naquela Vara, recebeu o recurso, determinando que ela recorresse em liberdade. Tudo em consonância com o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e com a presunção constitucional de inocência.

Daí, foi a vez de o Ministério Público recorrer. O Tribunal de Justiça, por sua Câmara Especial, deu provimento a esse recurso, determinando a imediata internação de Carol, que hoje conta 14 anos.

O Dr. Roberto determinou o cumprimento da ordem, anotando que, em conformidade com o Pacto de São José da Costa Rica, Carol deveria ser trazida à sua presença tão logo encontrada pela polícia. E assim foi feito.

O artigo segue com uma emocionante narrativa de como Carol e sua mãe – esta, grávida de oito meses –, a princípio tranquilas, foram, pouco a pouco, sendo tomadas pelo desespero, à medida que se tornavam cientes de que aquela seria internada por um prazo mínimo de seis meses.

Não é a primeira vez em que escuto (ou melhor, leio) relato semelhante do Dr. Roberto. Em agosto do ano passado, em um e-mail intitulado "Libera, refaz a vida e... volta para o sistema", ele já me contava história muito parecida, também com direito a choro compulsivo do rapaz e da sua mãe.

Mas... espere um pouco! Fazia muito tempo que eu não lia o ECA; porém nele não havia um artigo dizendo que a apreensão só se daria em caso de flagrante de ato infracional cometido com violência ou grave ameaça à pessoa?

Há. É o art. 173. O art. 174 prevê uma exceção à regra, estipulando que o adolescente pode ser apreendido "para garantia de sua segurança pessoal ou manutenção da ordem pública".

Há ainda o art. 122, o qual prevê que a medida de internação só será aplicada em caso de ato infracional cometido com grave ameaça ou violência a pessoa, reiteração na prática de outros crimes graves, ou descumprimento "reiterado e injustificável" de medida anteriormente imposta.

Os doutos desembargadores da Câmara Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo e muitos juízes de primeiro grau, no entanto, fazem verdadeira ginástica mental: afirmam, *grosso modo*, que o tráfico envolve violência ou grave ameaça porque em torno dele há toda uma cadeia de crimes, como assaltos etc. Fala-se que é algo terrível e que acaba com as famílias. Que é crime hediondo. Que o adolescente precisa ser retirado desse meio. E o meu favorito: que somente a internação poderá cumprir a função de "reeducá-lo". Santa hipocrisia!

E a limitação do ECA? Ora, a lei...

A perversidade do sistema é tamanha que, nos casos de recurso ministerial, os juízes garantistas acabam por dar um verdadeiro presente de grego aos menores. Sim, porque, depois de um bom tempo em liberdade, muitos com a vida refeita, como nos dois exemplos citados aqui, são obrigados à internação novamente.

Chega-se ao absurdo de concluir que é melhor para os adolescentes ficarem presos!

Tristes tempos...

Nota

(1) Nome fictício, obviamente.

Alexandra Lebelson Szafir
Advogada.
(aleszafir@uol.com.br)

ANO 24 - Nº 282 - MAIO/2016 - ISSN 1676-3661



PALESTRANTES INTERNACIONAIS CONFIRMADOS

ARGENTINA
Stella Maris Martínez

CHILE
José Luis Guzmán Dalbora

ESPANHA
Adán Nieto Martín

EUA
Emilio C. Viano

EUA
Warren Young

HOLANDA
Andries Huibert Klip

HOLANDA
John A. E. Vervaele

INGLATERRA
Ray Bull

PORTUGAL
Cândido da Agra

PORTUGAL
Paulo Sérgio Pinto de Albuquerque

ESCRITÓRIOS PATROCINADORES

ALEXANDRE WUNDERLICH | ADVOGADOS PORTO ALEGRE RS
Almeida Castro Advogados Associados
ANDRE KEHDI & RENATO VIEIRA ADVOGADOS
Arns de Oliveira & Andreazza Advogados Associados
AURY LOPES JR Advogados Associados
BADARÓ advogados
BARANDIER Advogados Associados
CANTERJI ADVOCACIA CRIMINAL
Cavalcanti & Arruda Botelho Advogados
Costa, Coelho Araujo e Zaclis
DAMIANI SOCIEDADE DE ADVOGADOS
Daniel Gerber Advocacia Penal
DANIEL LIMA ADVOCACIA CRIMINAL
DIAS E CARVALHO FILHO | ADVOGADOS
Dotti. ESCRITÓRIO PROFESSOR RENÉ DOTTI 55 ANOS
Gamil Föppel Advogados Associados
IOKOI ADVOGADOS
JOYCE ROYSEN ADVOGADOS
MARIA ELIZABETH QUEIJO E EDUARDO M. ZYNGER ADVOGADOS
MARONNA, STEIN & MENDES ADVOGADOS
15 anos MORAES PITOMBO advogados
MORAIS DONNANGELO TOSHIYUKI ADVOGADOS ASSOCIADOS
podval antun indalecio raffaini beraldo ADVOGADOS
RCVA RAHAL CARNELÓS VARGAS DO AMARAL ADVOGADOS
SILVA FRANCO FELTRIN · SOUZA LIRA ADVOGADOS ASSOCIADOS
Tofic Simantob advogados
Toron, Torihara e Szafir advogados
Zanoide de Moraes Peresi, Braun & Castilho Advogados Associados

INSCREVA-SE!
www.ibccrim.org.br/seminario22

IBCCRIM