ANO 24 - Nº 283 - JUNHO /2016 - ISSN 1676-3661

Boletim IBCCRIM

Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

www.ibccrim.org.br

Editorial

Tortura: até quando?

"Pela memória do coronel Carlos Alberto Brilhante Ustra, o pavor de Dilma Rousseff"

Essas foram, entre outras, as palavras proferidas pelo deputado federal Jair Bolsonaro (RJ) durante a sessão da Câmara dos Deputados em que se autorizou a abertura de impeachment contra Dilma Rousseff.

Considerando que vivemos numa pretensa democracia desde 1988, poder-se-ia entender que essa foi uma fala caricata, feita por um congressista que só pensa em causar espanto com o que diz para, com isso, conseguir votos. Um saudoso da ditadura, fora de si, isolado no mundo, sem crédito algum. Seria algo muito mais parecido com a fala de um palhaço de muito mau gosto no picadeiro do que com o discurso de um deputado, por mais desequilibrado que fosse, no Congresso Nacional. Infelizmente, a "palhaçada" ocorre no nosso dia a dia: o fim da ditadura não implicou o fim da tortura no país, e esse discurso abjeto diz muito sobre nós.

Como todos sabem – ou deveriam saber, inclusive desde a escola, para que essa face horrenda da nossa história nunca mais se repita – Ustra foi comandante do DOI-Codi/São Paulo (Destacamento de Operações de Informações/Centro de Operação de Defesa Interna), um centro de tortura e extermínio para onde eram levados, por força de sequestros, os militantes políticos de esquerda, ali submetidos às torturas, inclusive ao estupro. Também ali pessoas foram assassinadas e/ou desapareceram – sob seu comando cerca de 70 militantes foram assassinados, sem que seus corpos jamais tenham sido entregues aos familiares para sepultamento digno. A Arquidiocese de São Paulo colheu 502 denúncias de pessoas torturadas diretamente sob a responsabilidade do "homenageado".

Trata-se do único agente de Estado declarado torturador do período da ditadura militar brasileira, em razão de ação cível promovida pela Família Teles, que teve todos os seus integrantes, os pais e seus filhos de 5 e 4 anos, além da tia das crianças, grávida de 8 meses, submetidos a sequestros e torturas físicas e psicológicas sob o seu comando. O seu nome está inscrito também na lista de 377 torturadores, publicada no relatório da Comissão Nacional da Verdade.

A repulsa sentida pela mera leitura do resumo dos "feitos" do Coronel Ustra causaria, numa nação intolerante com a tortura, a imediata morte política do deputado que o homenageou. No Brasil, contudo, a reação foi diferente, e não por acaso: um dos fatores que impede o avanço da construção democrática por aqui é a falta de coragem das autoridades em agir no sentido de coibir a tortura e apurar de uma vez por todas os crimes da ditadura, o sequestro, a prisão arbitrária e o ocultamento de cadáveres que até hoje se repetem sobretudo no cotidiano da vida da população negra e pobre, nas periferias e favelas.

Nosso Supremo Tribunal Federal, ao contrário das altas cortes de países vizinhos como Argentina, Peru, Chile, Uruguai e Colômbia, julgou válida a Lei de Anistia (ADPF 153), em desabrida ofensa a qualquer senso de justiça e, sobretudo, à jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) sobre o tema.

Na sequência, como era de se esperar, fomos condenados pela CIDH, no ano de 2010, pelas violações praticadas por nossa ditadura militar na denominada *Guerrilha do Araguaia*, na qual houve detenções arbitrárias, tortura e desaparecimento de 70 membros do Partido Comunista e de camponeses da região do Araguaia no período de 1972 a 1975 (caso Gomes Lund e outros vs. Brasil).

Nossa Comissão Nacional da Verdade teve pouco tempo e poucos recursos para trabalhar, sem falar em diversos problemas estruturais e de atribuição para melhor passar a limpo nossa história. O maior sintoma de sua ineficácia foi a pouca repercussão que se deu ao seu relatório final e, sobretudo, a nenhuma prioridade que o próprio Estado deu para a implementação de suas recomendações, numa omissão que é uma confissão clara de que, por aqui, são poucos que têm a vontade de acertar contas com o nosso passado de sequestros, prisões arbitrárias, torturas, ocultamento de cadáveres, desaparecimentos forçados e estupros.

Nossos Comitê e Mecanismo Nacionais de Prevenção e Combate à Tortura ainda engatinham, e há poucos Comitês e Mecanismos Estaduais implementados, conforme noticiado pelo IBCCRIM no seu editorial de junho/2015. A vontade política sobre o tema é quase inexistente.

Numa solução de continuidade, percebe-se que a impunidade para as arbitrariedades do passado se espelha na manutenção de violência estatal no presente. Para o Relator Especial para Tortura da Organização das Nações Unidas (ONU), **Juan Mendez**,[(1)] de acordo com diagnóstico por ele feito a partir de recente visita ao país, a tortura praticada por agentes públicos "*continua sendo a regra, e não a exceção*", sendo voltada "*principalmente contra pessoas que pertencem a minorias raciais, sexuais, de gênero e outros grupos minoritários*", em especial em locais de contenção, como delegacias de polícia, onde identificou haver "*um uso excessivo da tortura na interrogação*".

Por outro lado, levantamento feito pelo IBCCRIM juntamente com outras quatro organizações não governamentais mostra que mais de 60% dos casos de tortura foram cometidos por agentes públicos, principalmente policiais, agentes penitenciários e monitores de unidades de internação de jovens, concluindo que ainda se tortura para obter confissões ou informações sobre eventuais crimes.

A pesquisa, lançada em 2015, também evidencia que os casos de tortura continuam não chegando ao olhar da justiça. Realizada no período de cinco anos (2005 a 2010), o estudo identificou apenas 455 casos, envolvendo 752 réus, que foram julgados pelos 27 Tribunais de Justiça estaduais.[(2)] Esse universo pífio de processos, dissonante da realidade do nosso encarceramento em massa, está em consonância com o relatório de **Juan Mendez**, que afirma haver no Brasil "*um alto grau de impunidade pela tortura*".

A leitura desses dados, somada à altíssima letalidade de nossas polícias, revela que a ideologia, os métodos e as práticas do torturador Ustra, "homenageado" de forma abjeta dentro da Casa que deveria ser do povo, e morto impune, como tantos outros torturadores que já se foram ou que perecerão antes que o Brasil se mexa, continua presente na rotina do país mesmo após décadas do fim da ditadura.

Se em pleno 2016 um Deputado sentiu-se à vontade para, em momento de grande visibilidade mundial, fazer discurso indecoroso, há algo de muito podre entre nós. Urge que, de uma vez por todas, reconheçamos isso e enfrentemos o problema da tortura e demais crimes praticados pelos agentes do Estado durante a ditadura; urge, mais ainda, que os crimes dos agentes de Estado praticados diariamente na atualidade sejam prioridade nacional.

Afinal, não há democracia verdadeira que conviva com a tortura. Não há democracia com corpos insepultos!

Notas

(1) Disponível em: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/134/68/pdf/G1413468.pdf?OpenElement>.

(2) Disponível em: <http://goo.gl/Y1OkTk>.

| Editorial

Homenagem a Adauto Suannes
Alberto Silva Franco _____ 2

O estado de coisas inconstitucional das prisões brasileiras: a ADPF 347 e o papel do STF na elaboração e implementação de políticas públicas
Ana Beatriz Guimarães Passos, Carlos Augusto Liguori Filho e Guilherme Saraiva Grava _____ 3

Audiência de custódia no processo penal: limites cognitivos e regra de exclusão probatória
Vinicius Gomes de Vasconcellos _____ 5

Excisão do clitóris feminino: uma obrigação penal?
Orlando Faccini Neto _____ 6

Precisamos discutir saídas (das) para as prisões brasileiras
Ana Gabriela Mendes Braga, Theuan Carvalho Gomes da Silva e Bruno Shimizu _____ 8

Repercussões da teoria civilista do adimplemento substancial na execução penal. Modulação normativa principiológica – Vetor essencial de legitimação e integração normativa
Bruno Joviniano de Santana Silva _____ 10

O Projeto de Emenda Constitucional 28/2015: a inconstitucional vedação à progressão de regime para crimes hediondos e a necessidade de análise crítica das propostas legislativas
Bruna Azevedo de Castro _____ 11

Uma releitura do direito ao confronto no Processo Penal brasileiro
Marcus Vinícius Pimenta Lopes _____ 12

A criminalização do enriquecimento ilícito dos agentes públicos sugerida pelo Ministério Público Federal e o princípio da presunção de inocência
Pedro Augusto de Padua Fleury _____ 14

Emendando o Código de Processo Penal para readaptar a *emendatio libelli*: a hora é agora; o novo CPC é o caminho!
Franklyn Roger Alves Silva _____ 15

O problema da detração penal nas medidas cautelares alternativas à prisão: das lacunas aos descontos possíveis
Camile Eltz de Lima _____ 17

Os reais efeitos da medida socioeducativa de internação para as adolescentes: um estudo no CASE Santa Luzia, Recife-PE
Milena Trajano dos Anjos _____ 18

| Caderno de Jurisprudência

| JURISPRUDÊNCIA ANOTADA

Quando a ré deixa de ser mãe pela gravidade da infração: o equívoco da aplicação apenas casuística do regime domiciliar de cumprimento da prisão preventiva
Juliana Garcia Belloque _____ 1933

Execução antecipada da medida socioeducativa de internação ainda que ao adolescente não tenha sido aplicada internação provisória no curso do processo
Alexis Couto de Brito e Giancarlo Silkunas Vay _____ 1933

| JURISPRUDÊNCIA

Supremo Tribunal Federal _____ 1937
Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo _____ 1939

Homenagem a Adauto Suannes(*)

Alberto Silva Franco

Amigas e amigos.

Admito, com toda a franqueza, que resisti o mais que pude à missão de falar no momento em que se inaugura com o nome de **Adauto Suannes** o auditório do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. E qual o motivo que se ocultava atrás dessa resistência? Tomando de empréstimo as palavras de **Carlos Drummond de Andrade**, o sentimento de que *"não há falta na ausência". "A ausência é um estar em mim"*[1] *e a "ausência assimilada, ninguém a rouba mais de mim"*.[2] E tal ausência se incorporou a todos os filhos, a todos o parentes e a todos os amigos de **Adauto**, como uma subjetividade comum.

Para nós, **Adauto** não partiu: distanciou-se apenas, mas tudo quanto ele representou em vida, acomodou-se em cada um de nós como um legado precioso e intransferível.

É bem por isso que, em lugar de estabelecer um clima de luto ou de tristeza, creio ser o instante exato no qual sua multifacetada personalidade deva vir à tona para dar suporte à merecida homenagem que hoje a ele se presta.

Foram inumeráveis as qualidades desse ser humano tão especial. **Adauto** foi sempre um personagem complexo. E, por tal razão, colecionava amigos incondicionais e inimigos ferrenhos. Ele nunca seria capaz, como dizia **Martin Buber**, de "*permanecer na praia, contemplando as espumas das ondas*". Corria sempre o risco de "*atirar-se na água e nadar*".[3] Não tinha medo de afrontar os perigos, viessem de onde viessem. E suas ações eram o retrato exato de seu pensamento. Sem subterfúgios, sem enganos. Não era homem de encobrir opiniões, emoções ou paixões. E se não deixou um diário de sua vida, escreveu, como ele próprio afirmou, "*páginas e mais páginas*" (...) "à espera de alguma oportunidade para serem utilizadas pois nelas",[4] como afirmava **Norberto Bobbio**, exprimiria "*não só sentimentos e ressentimentos, simpatias e antipatias, intolerâncias, pequenas indignações e enormes desprezos, mas também comentários sobre os acontecimentos do dia, breves raciocínios para desfazer uma dúvida, argumentos a favor ou contra uma tese controvertida, rascunhos de artigos futuros*". Essas folhas, como enfatizava **Bobbio**, contêm, não raro, "*anotações autobiográficas, lançadas no papel nem tanto para transmitir à posteridade acontecimentos memoráveis, quanto para dar vazão a uma ansiedade de espírito, refletir sobre um erro cometido com o propósito de não o repetir, anotar um defeito para dele me libertar, tornando-me consciente dele e confessando-o, se não aos outros, pelo menos a mim mesmo*".[5]

Foi juiz, advogado, escritor, cronista, poeta, pintor, escultor, gravurista e, ainda, foi um dos fundadores do IBCCRIM. E todas essas múltiplas atividades dão conta de que **Adauto** não era uma pessoa comum, mas alguém que tinha indiscutíveis traços de genialidade. Com isso, não digo que só lhe credito virtudes. Não é para o simples louvor que chamei a atenção para a variedade de suas ações. Como qualquer ser humano, **Adauto** conjugava virtudes e defeitos: tinha momentos de arroubos irrefreáveis e de gestos de extrema humildade; passava por instantes de euforia e de depressão; era, por vezes, lobo solitário e, outras tantas vezes, apaixonado por seu poder criativo; demonstrava alegrias intensas e tristezas profundas, mas o saldo final, o que dava nota, tom e sentido à sua personalidade, era-lhe extremamente favorável.

Se se pudesse em poucas palavras resumir tudo quanto **Adauto** foi em vida, usaria a sua própria definição: "*nas vésperas de me tornar, irremediavelmente, um setuagenário, achei que deveria prestar contas daquilo de melhor recebi ao nascer:* ***minha capacidade de me indignar***".[6]

E tal capacidade se fez presente na sua judicatura. Lembro-me de trecho de uma saudação por ele proferida na qual destacava a insuportável impotência do juiz "*para fazer face a um sistema social desumano, que faz questão de manter marginalizado aquele que se atreveu a denunciar, comportamentalmente, às regras cínicas e injustas da sociedade em que vive. Quem é o ladrão senão alguém que nos joga no rosto o sentido infantil de uma concepção do direito de propriedade puramente individualista, incompatível com o 'bem comum' a que tal direito se destina? Quem é o ladrão senão alguém que executa*, manu militari, *aquela hipoteca social que pesa sobre toda propriedade individual, para usar a expressão de Paulo VI?*"[7]

E como não retratar sua revolta contra "*os Juízes frios, legalistas, parados no tempo*"? "*Somos Juízes que conhecemos a candente advertência de Calamandrei: 'reduzir a função do juiz a um puro silogismo significa empobrecê-la, torná-la árida, dessecá-la. A Justiça é algo mais: é criação que surge de uma consciência viva, sensível, vigilante e humana. É precisamente este calor vital, este sentido de contínua conquista, de atenta responsabilidade, que necessita ser prezado e desenvolvido no Juiz. O maior perigo que, numa democracia, ameaça os juízes e, em geral, todos os funcionários públicos, é o perigo da rotina, da indiferença burocrática, da irresponsabilidade anônima. Para o burocrata, os homens deixam de ser pessoas vivas e tornam-se números, fichas, documentos: uma papelada como se diz na linguagem cartorária, isto é, um conjunto de papéis com capas que contém muitas folhas protocoladas e, no meio delas, um homem dessecado, sem vida. Para o burocrata, as aflições do homem vivo que está aguardando alguma providência valem pouco: ele vê aquele processo que estorva sua mesa e apenas trata de encontrar um expediente para fazê-lo passar para a mesa de outro burocrata e de descarregar sobre ele o fastio daquele aborrecimento'*".[8]

Adauto estava mil anos-luz à frente dos juízes de sua época. Sou testemunha, como seu companheiro na 5.ª Câmara do extinto Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, do quanto ele contribuiu para abrir novos caminhos. Seu desapego ao texto da lei ordinária, diante de princípios e regras constitucionais, sua exclusão de todo tipo de corporativismo, sua visão abrangente do saber, sua perspectiva de garantidor de direitos que atribuem dignidade ao ser humano, seu enfrentamento ostensivo a todo tipo de exclusão, seja social, seja provocada pelo não consumo, sua luta pela igualdade de gêneros, contra o racismo e contra a violência policial, tornaram-no um juiz moderno e democrático, modelo a ser seguido por qualquer juiz.

Como advogado, após sua aposentadoria causada por injusto ato do Tribunal de Justiça, fez sucesso e nunca se separou dos menos afortunados para os quais, diante da detecção de flagrante injustiça, impetrava *habeas corpus* para Tribunais Superiores ainda que o favorecido desconhecesse tal impetração.

Na qualidade de escritor, não se restringiu a escrever livros jurídicos de alto gabarito. Foi além. Foi escritor de inumeráveis contos e de outras tantas crônicas. Não sei se produziu romances. Sei apenas – e ele dizia isso com frequência – que estava em busca de um editor para publicação de outros livros. Dava gosto vê-lo escrever, seja na velha máquina datilográfica, seja no computador: seus dedos tamborilavam as teclas na mesma velocidade com que seu cérebro funcionava e um texto, simples ou complexo, jurídico ou literário, surgia como um passe de mágica. **Adauto** tinha particular conexão com a literatura que, como afirma **Vargas Llosa**, "é, foi e continuará sendo, enquanto existir, um desses denominadores comuns da experiência humana, graças ao qual os seres vivos se reconhecem e dialogam, não importa o *quão distintas sejam suas ocupações e desígnios vitais, as geografias e as circunstâncias em que existem e, inclusive os tempos históricos que determinam o seu horizonte*".[9] Em resumo, a boa literatura foi para ele, como recentemente ressaltou **Amós Oz:** "*a capacidade de fazer se abrir um terceiro olho em nossa testa*",[10] com o poder de nos provocar perturbações.

Na arte, **Adauto**, com o nome fictício **Adalon**, não foi uma

figura menor. Escultor, produziu peças de real valor, premiadas no Brasil e no estrangeiro. Como pintor expressava seus sentimentos mais profundos. Seus traços e as cores que seus pincéis imprimiam à tela demonstravam, com extrema fidelidade, o seu estado interior: tranquilo ou explosivo, alegre ou depressivo. Suas gravuras não fugiam à sua maneira de ser e punham à luz o seu temperamento e à sua forma de entender a vida e o mundo.

Por derradeiro, e para embasar a cerimônia na qual Adauto empresta seu nome ao maior e mais significativo espaço do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, devo partir de uma indagação: o que ele representou para o IBCCRIM? Foi um dos subscritores da ata de fundação no dia 14 de outubro de l992. Era o trigésimo quinto associado. Isso representaria muito pouco se sua ação se circunscrevesse à assinatura de uma ata. **Adauto** foi além. Acompanhou *pari passu*, dia a dia, tijolo a tijolo, parede a parede a construção física do Instituto desde a pequena sala da Rua Tabatinguera até a ocupação quase integral do Palacete Elza, na rua XI de Agosto. Mas sua contribuição avançou bem mais à frente. Por sua coragem, por sua ousadia e, sobretudo, por seu exemplo, transformou em realidade os objetivos estatutários: o respeito incondicional dos princípios e das garantias constitucionais, a defesa do Estado Democrático e Social de Direito e a luta apartidária em prol das minorias e dos excluídos sociais. Seus escritos no *Boletim* do IBCCRIM e na *Revista Brasileira de Ciências Criminais* dão conta do empenho e da dedicação com que sempre se conduziu. **Adauto** resume, em verdade, a própria história do IBCCRIM. Sua figura permite recompor a instituição desde os momentos inaugurais, com as dificuldades próprias de seu lançamento; tornam explícitas as variadas crises pelas quais passou, e comprova o reconhecimento de sua seriedade científica. **Adauto** foi presença constante em cada uma dessas etapas. Quem hoje ingressa no Instituto talvez imagine que o IBCCRIM desde seu início até a presente data teve sempre a mesma estrutura atual. Pouco se sabe sobre o enorme sacrifício pessoal realizado por seus associados desde os anos iniciais até o dia de hoje para torná-lo vivo e produtor de conhecimentos, sem receber recursos financeiros oficiais e sem, em momento algum, renunciar ou desmentir seus propósitos e seu passado. **Adauto** foi e será sempre o cavaleiro andante do IBCCRIM, o homem destemido e um tanto quixotesco que não se conformava com as injustiças do mundo e se punha, lança à mão, a enfrentar todo e qualquer obstáculo que representasse ofensa à dignidade da pessoa humana. A placa que ora se inaugura chama a atenção para o poder de indignação de que **Adauto** era possuidor desde seu nascimento, mas, além disso, lembrará, a todos que frequentam o auditório do IBCCRIM, que sua ausência deverá estar sempre marcada em cada um de seus associados e por ter sido uma ausência assimilada nunca será apagada. O Instituto Brasileiro de Ciências Criminais será, enquanto puder ser, o ponto de encontro de pessoas, como **Adauto**, que carregam dentro de si o propósito de ir ao encontro de utopias, mesmo que estejam distantes demais e possam parecer impossíveis de serem alcançadas. Isto faz lembrar **Mário Quintana**:[11]

"Se as coisas são inatingíveis...ora!
Não é motivo para não querê-las...
Que tristes os caminhos, se não fora
A mágica presença das estrelas!"

Notas

(*) O IBCCRIM homenageou Adauto Alonso Silvinho Suannes, atribuindo seu nome ao auditório do Instituto. Texto do discurso proferido na cerimônia realizada no dia 19.05.2016.

(1) Andrade, Carlos Drummond de. Corpo e novos poemas. São Paulo: Record, 1984:
"Por muito tempo achei que a ausência é falta.
E lastimava, ignorante, a falta.
Hoje, não a lastimo. Não há falta na ausência.
A ausência é estar em mim".

(2) Andrade, Carlos Drummond de. Ibidem:
"porque a ausência, essa ausência assimilada ninguém a rouba de mim".

(3) Buber, Martin. *Eu e tu*. Trad. Newton Aquiles von Zuben. São Paulo: Cortez & Moraes, 1977 . p. XXVIII e XXIX.

(4) Suannes, Adauto. *Justiça & caos*. Curitiba: Instituto Memória, 2008. p. 20.

(5) Bobbio, Norberto. *O tempo da memória*. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1997. p. 3-4.

(6) Suannes, Adauto. Op. cit., p. 2.

(7) Saudação proferida por Adauto Suannes na cerimônia de recepção dos Juízes Benedito Mário Vitirito e Evandro Antonio Cimino, no Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo.

(8) Saudação aos Des. Benedito Vitirito e Evandro Antonio Cimino.

(9) Vargas Llosa, Mario. *A verdade das mentiras*. Trad. Cordelia Magalhães. São Paulo: Arx, 2004. p. 380.

(10) Oz, Amós. *Como curar um fanático*. Trad. Paulo Geiger. São Paulo: Companhia das Letras, 2016. p. 13.

(11) Quintana, Mário. *Espelho mágico*. 2. ed. 8ª reimpressão. São Paulo: Ed. Globo, 2010. p. 28.

Alberto Silva Franco
Ex-Presidente do IBCCRIM (gestão 2007/2008).
Vice-Presidente do IBCCRIM (gestão 2015/2016).
Desembargador aposentado do Tribunal
de Justiça do Estado de São Paulo.

O estado de coisas inconstitucional das prisões brasileiras: a ADPF 347 e o papel do STF na elaboração e implementação de políticas públicas

Ana Beatriz Guimarães Passos, Carlos Augusto Liguori Filho e Guilherme Saraiva Grava

Não é novidade o estado calamitoso do sistema prisional no Brasil. Trata-se de um diagnóstico compartilhado pela ONU, por entidades da sociedade civil e até pelo Poder Legislativo, segundo o relatório da CPI do Sistema Carcerário. É tão natural anunciar suas falhas, que o então Ministro da Justiça, **José Eduardo Cardozo**, não teve constrangimento em afirmar que preferiria morrer a "*cumprir muitos anos em alguma prisão nossa*". Marcadas pela exclusão social, as prisões evidenciam traços sombrios da desigualdade no país, já que os encarcerados são majoritariamente pessoas

que se encontram em situação vulnerável. Neste contexto, a privação da liberdade é acompanhada de inúmeras outras, por vezes ainda mais graves: não há saúde, educação, trabalho, assistência judiciária e, sobretudo, perspectivas de melhorias em um curto prazo.

Este cenário é reforçado pelo fato de que a população carcerária não tem voz na arena eleitoral, pois também se encontra privada do direito ao voto. Isso ocorre não apenas por determinação constitucional, no caso dos presos condenados, mas também devido ao absoluto descaso das autoridades em relação aos presos provisórios (cerca de 41% do total de encarcerados no país). Além de sub-representado, trata-se de um grupo impopular, visto com frequência pela população como merecedor da precariedade do sistema. Como consequência, o ambiente institucional não oferece incentivos para a adoção de medidas voltadas ao enfrentamento destes graves problemas, o que se reflete na inércia generalizada dos poderes públicos, incapazes de criar ou implementar políticas abrangentes e eficazes. Desde o processo de elaboração das leis até a sua real efetivação, é possível verificar ineficiências nas medidas adotadas pelo Legislativo e pelo Executivo. Motivados pela necessidade de apoio popular, tais Poderes priorizam leis e programas que tenham o potencial de gerar maior retorno das urnas. Na esfera penal, portanto, são privilegiadas ações destinadas ao endurecimento da legislação, com especial enfoque na criação de novos crimes e aumento de penas, bem como no reforço da pena privativa de liberdade. Também o Judiciário colabora para o aprofundamento das deficiências do sistema ao aplicar de forma excessiva a figura da prisão processual mesmo nas situações em que a lei autoriza a adoção de medidas alternativas, contribuindo, assim, para a configuração da perversa "cultura do encarceramento".

Em face deste panorama, é importante ressaltar o papel significativo que pode ser exercido pelo STF em relação à administração carcerária. Segundo o entendimento da Corte, o caráter técnico de sua composição, presente também no fundamento de suas decisões como guardiã constitucional, seria capaz de legitimar sua atuação *contramajoritária* na garantia de direitos fundamentais, a despeito do princípio democrático e da opinião pública. Observa-se que, em razão desse modo de proceder, minorias com pouca representatividade têm depositado na Corte expectativas de reverter políticas que lhes são desfavoráveis. Isso se deu, por exemplo, quando foi decidida a constitucionalidade da união estável homoafetiva, convertida em casamento por resolução do CNJ, e que até hoje aguarda posicionamento do Congresso. Situação semelhante é verificada em relação à temática prisional: recentemente, diversas ações em controle abstrato de constitucionalidade e em via recursal têm provocado o STF a se posicionar diante de questões consideradas sensíveis, tais como: reconhecimento da responsabilidade civil do Estado por danos morais causados aos detentos que cumprem penas em condições degradantes e o consequente pagamento de indenização (ADI 5.170/DF e RE 580.255/MS); possibilidade de o Judiciário demandar a realização de obras em presídios com o intuito de garantir a integridade física e moral dos presos (RE 592.581/RS); determinação do cumprimento de pena em regime menos gravoso diante da inexistência de vagas naquele originalmente estabelecido na condenação (RE 641.320/RS).(1)

Inserida neste movimento, a ADPF 347 apresenta uma nova estratégia. Proposta pelo PSOL e baseada em representação formulada pela Clínica de Direitos Fundamentais da Faculdade de Direito da UERJ, insurge-se contra as deficiências estruturais que envolvem todo o sistema prisional do país, demandando que o STF determine aos Governos Federal, Distrital e Estaduais a formulação de planos conjuntos para saná-las. Além de atuar como homologador, requer-se ao STF que fiscalize a sua implementação junto ao CNJ. Juridicamente esses pedidos repousam no reconhecimento do *estado de coisas inconstitucional* do sistema penitenciário brasileiro, conceito inovador na jurisprudência nacional que se inspira nos precedentes do Tribunal Constitucional Colombiano. Sua configuração depende da presença dos seguintes requisitos: (1) violação generalizada de diversos direitos fundamentais que afete um grupo amplo e determinado de pessoas; (2) prolongada omissão das autoridades responsáveis; (3) inexistência das medidas legislativas, administrativas ou orçamentárias cabíveis; (4) necessidade da atuação conjunta de uma multiplicidade de atores para tratar da questão; e (5) entendimento de que se todos os afetados recorressem ao Judiciário, seria verificado um enorme congestionamento de processos.(2)

Caso confirme a ocorrência do *estado de coisas inconstitucional* do sistema penitenciário, julgando procedente o mérito da ação, o STF reconhecerá a existência de falhas na atuação dos três Poderes, o que poderia justificar sua intervenção como gestor de um plano nacional das políticas de encarceramento, algo inédito em sua história. Todavia, até o momento, o Tribunal limitou-se a conceder apenas duas entre as oito medidas cautelares pleiteadas, determinando que juízes observem a obrigatoriedade da realização de audiências de custódia, e vedando que a União contingencie as verbas do FUNPEN. Conquanto a aplicação desse novo conceito possa gerar dúvidas sobre os limites à atuação da Corte como instância de formulação e controle de políticas públicas, o resultado pode ser indicativo de certa cautela. Se, por um lado, acredita-se que tal atitude é essencial à manutenção do equilíbrio entre Poderes, especialmente porque o conceito vago de *estado de coisas inconstitucional* pode vir a ser estendido a outros casos, teme-se, por outro, que esta timidez implique o esvaziamento da demanda, que poderá ter pouca eficácia além de sua indiscutível força simbólica.

Referências

Barcellos, Ana Paula de. Violência urbana, condições das prisões e dignidade humana. *Revista de Direito Administrativo* n. 254, 2010.

Campos, C. A. A. *Da inconstitucionalidade por omissão ao "estado de coisas inconstitucional"*. 245 f. Tese (Doutorado em Direito Público). Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

Taylor, M. O Judiciário e as políticas públicas no Brasil. *Dados*, Rio de Janeiro, v. 50, n. 2, p. 229-257, 2007.

Silveira, Rafael Barros Bernardes da. "Senso comum criminal" e o discurso da impunidade. *Boletim IBCCRIM*, ano 22, n. 264, p. 9-10, nov. 2014.

Szafir, Alexandra Lebelson. *Descasos: uma advogada às voltas com o direito dos excluídos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

Notas

(1) Importante mencionar que este último tópico foi tema de audiência pública realizada no Tribunal em maio de 2013, além de constituir objeto da Proposta de Súmula Vinculante 57, apresentada à Corte pelo Defensor Público-Geral Federal com fundamento no princípio da individualização da pena.

(2) Os elementos para a configuração do "estado de coisas inconstitucional" encontram-se presentes em reiteradas decisões da Corte Constitucional Colombiana. Para este artigo considerou-se o texto da *Sentencia* T-025/04.

Ana Beatriz Guimarães Passos
Mestranda em Direito e Desenvolvimento pela FGV Direito SP.
Pesquisadora do Núcleo de Justiça e Constituição da FGV Direito SP.
Bacharel em Direito pela PUC/SP.

Carlos Augusto Liguori Filho
Mestrando em Direito e Desenvolvimento pela FGV Direito SP.
Pesquisador do Grupo de Ensino e Pesquisa em Inovação da FGV Direito SP.
Bacharel em Direito pela USP.

Guilherme Saraiva Grava
Mestrando em Direito e Desenvolvimento pela FGV Direito SP.
Pesquisador do Núcleo de Justiça e Constituição da FGV Direito SP.
Bacharel em Direito pela PUC/SP.

ANO 24 - Nº 283 - JUNHO/2016 - ISSN 1676-3661

Audiência de custódia no processo penal: limites cognitivos e regra de exclusão probatória

Vinicius Gomes de Vasconcellos

Conforme a Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), de 15 de dezembro de 2015, determina-se que "*toda pessoa presa em flagrante delito, independentemente da motivação ou natureza do ato, seja obrigatoriamente apresentada, em até 24 horas da comunicação do flagrante, à autoridade judicial competente, e ouvida sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão ou apreensão*". Trata-se da denominada "audiência de custódia",[1] que, a partir dos fundamentos convencionais nos arts. 9º, item 3, do PIDCP, e 7º, item 5, da CADH, tem sido implementada no Processo Penal brasileiro, essencialmente a partir de postura política iniciada por Tribunais estaduais e, posteriormente, assumida e propagada pelo Supremo Tribunal Federal.[2]

Contudo, diversos pontos problemáticos têm surgido a partir do estudo acerca de tal mecanismo, o que enseja inúmeros posicionamentos doutrinários. Uma das principais questões diz respeito aos limites cognitivos de tal audiência, o que se relaciona diretamente com a determinação das finalidades do referido ato. Visto que esse momento se executa fundamentalmente a partir da realização pelo juiz de "entrevista" com a pessoa presa, percebe-se que há um contato prévio do julgador com possíveis elementos probatórios relacionados ao caso que, eventualmente, será processado e julgado. Ou seja, considerando-se que o magistrado terá contato direto com o imputado, que muitas vezes é visto (equivocadamente) como "principal fonte de prova" para o processo, há um forte risco de antecipação da produção probatória, a partir de uma realização adiantada do interrogatório do réu sobre o mérito da persecução.

Portanto, questão primordial é a determinação precisa da finalidade da audiência de custódia no Processo Penal e, como consequência, do papel do juiz em tal ato. No caso *Tibi v. Equador* (2004), a Corte Interamericana de Direitos Humanos afirmou que "*o controle imediato é uma medida que visa a evitar a arbitrariedade ou ilegalidade das prisões, tomando em conta que em um Estado de Direito corresponde ao julgador garantir os direitos do detido, autorizar a adoção de medidas cautelares, quando isso se mostre estritamente necessário, e assegurar que, em geral, se trate o acusado de modo compatível com a presunção de inocência*" (item 114).[3] Assim, em compasso com a doutrina brasileira, o ato de apresentação do preso ao juiz almeja prevenir abusos na atuação policial, evitar a tortura e, especialmente, proporcionar uma análise específica e atenta sobre a legalidade do flagrante e a necessidade da imposição de qualquer medida cautelar.[4]

Diante disso, segundo a Resolução 213 do CNJ, além de outras medidas, a autoridade judicial deverá "*indagar sobre as circunstâncias de sua prisão ou apreensão*" (art. 8.º, inc. V) e "*abster-se de formular perguntas com finalidade de produzir prova para a investigação ou ação penal relativas aos fatos objeto do auto de prisão em flagrante*" (inc. VIII). Tal restrição caracteriza limitação cognitiva aos elementos analisados na audiência de custódia, pois, conforme **Cláudio Amaral**, "*qualquer outra consideração implicaria indevida antecipação de elementos de convicção sobre o mérito, e, dessa forma, acarretaria a contaminação psicológica do julgador, o qual se tornaria debilitado em equidistância, imparcialidade e equilíbrio para apreciar o caso em momentos futuros de maior espaço cognitivo*".[5]

Com relação à gravação da oitiva, a Resolução 213 do CNJ dispõe que "*será registrada, preferencialmente, em mídia, dispensando-se a formalização de termo de manifestação da pessoa presa ou do conteúdo das postulações das partes, e ficará arquivada na unidade responsável pela audiência de custódia*" (art. 8.º, § 2.º). Portanto, tal dispositivo indica a exclusão da gravação da entrevista dos autos processuais. Contudo, embora se determine que "*o termo da audiência de custódia será apensado ao inquérito ou à ação penal*" (art. 12), há a imposição de que tal documento contenha, "*apenas e resumidamente, a deliberação fundamentada do magistrado quanto à legalidade e manutenção da prisão, cabimento de liberdade provisória sem ou com a imposição de medidas cautelares diversas da prisão, considerando-se o pedido de cada parte, como também as providências tomadas, em caso da constatação de indícios de tortura e maus-tratos*" (art. 8.º, § 3.º).

Entretanto, diante do fato de que a decisão do magistrado sobre a prisão cautelar deverá necessariamente ser motivada, há risco de que eventual confissão seja descrita em tal documento, por exemplo. Trata-se de complexa problemática, mas, em resumo, pensa-se que, diante da autorização concedida pelo próprio CPP para a retratação, ela somente poderá ser considerada se houver confirmação em juízo no momento processual adequado, qual seja, ao final da instrução, no interrogatório do acusado.[6] Em sentido contrário, há quem afirme que não há óbice jurídico a tal utilização, somente uma "mera opção de cunho político", pois, "*por ser um ato judicial – o que leva, como já visto, a ter natureza processual – e com a incidência do princípio do contraditório, não há como negar que os requisitos previstos no art. 155 do CPP estão perfeitamente presentes*".[7] Além da referida autorização à retratação e das finalidades da audiência de custódia, tal argumentação viola o direito de defesa e o contraditório, ao passo que o acusado tem o direito de se manifestar sobre a acusação após a produção probatória, de modo a ter condições de se posicionar de modo informado.

Em relação à eventual regulamentação legislativa sobre a matéria, o PLS 554/2011 pretende alterar o CPP para introduzir previsão legal da audiência de custódia. Na redação final, após aprovação na Comissão de Constituição e Justiça, "*a oitiva a que se refere o parágrafo anterior será registrada em autos apartados, não poderá ser utilizada como meio de prova contra o depoente e versará, exclusivamente, sobre a legalidade e necessidade da prisão; a prevenção da ocorrência de tortura ou de maus-tratos; e os direitos assegurados ao preso e ao acusado*" (alteração proposta ao art. 306, § 7.º, do CPP). Segundo **Fauzi Choukr**, tal dispositivo "*surge como de grande valia prática vez que estabelece os limites da legalidade e da forma da oitiva, deixando claro que se trata de depoimento sem finalidades para o mérito da ação de conhecimento*".[8]

Contudo, foi apresentada emenda pelo Plenário (n.º 12), a qual propõe a adoção de texto mais genérico e, portanto, de conteúdo jurídico vazio no referido parágrafo: "*A oitiva a que se refere o parágrafo anterior será registrada em autos apartados e versará obrigatoriamente sobre a legalidade e necessidade da prisão; a prevenção da ocorrência de tortura ou de maus-tratos; e os direitos assegurados ao preso e ao acusado*".[9] Fundamental perceber que a redação proposta nessa emenda esvazia por completo a limitação imposta à utilização do depoimento prestado pelo imputado em tal momento inicial da persecução penal. Assim, o texto original do PLS 554/2011, que impõe a exclusão de tal documento dos autos principais do processo e veda a sua utilização como meio de prova para condenação, é o único adequado e legítimo à essência do instituto objeto deste estudo, pois "*as informações obtidas na audiência de custódia servem somente para averiguar a legalidade e a manutenção ou não da prisão e não devem instruir o processo-crime*".[10]

Por fim, o principal risco da não vedação ao ingresso no mérito do caso penal durante a audiência de custódia é a sua total desvirtuação e transformação em instrumento para obtenção de condenações antecipadas por meio de coações e abusos arbitrários. Tal instituto não pode se tornar espaço propício à expansão de negociações e mecanismos consensuais no processo penal, visto que a barganha é mecanismo essencialmente incompatível com as premissas de um processo penal democrático.[11] Esse temor se evidenciou no exemplo equatoriano descrito por **Jorge Paladines** ao desvelar que as Unidades de Gestão de Flagrância, criadas em Quito e Guayaquil em 2012, embora se justificassem declaradamente para um maior controle da legalidade das detenções, se transformaram em "*máquinas judiciais para promover condenações imediatas*".[12]

ANO 24 - Nº 283 - JUNHO/2016 - ISSN 1676-3661

Portanto, em resumo, a oitiva do preso realizada em audiência de custódia não pode ser utilizada como prova para eventual condenação, caracterizando-se uma regra de exclusão probatória, pois: 1) isso desvirtuaria a finalidade da audiência de custódia, causando uma completa inversão em sua essência; 2) haveria violação ao contraditório e ao direito de defesa, pois se inverteria a ordem dos atos acusatórios e defensivos, já que o imputado se manifestaria antes do estabelecimento da denúncia e da delimitação da imputação; 3) isso violaria a sistemática adotada pela reforma de 2008, que deslocou adequadamente o interrogatório para o final do procedimento, em prol do contraditório e da ampla defesa;[13] e 4) possibilitar-se-iam indevidos espaços para manifestações de arbitrariedades e ilegítimas negociações, visando à obtenção de condenações antecipadas por meio de barganhas, incompatíveis com o Processo Penal de um Estado Democrático de Direito.

Notas

(1) Sobre a terminologia adotada em relação ao instituto, ver: Paiva, Caio. *Audiência de custódia e o processo penal brasileiro*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 31-33.

(2) Minagé, Thiago M.; Sampaio Jr., Alberto. A questão político-criminal da audiência de custódia. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, v. 16, n. 93, p. 54-61, ago.-set. 2015, p. 56.

(3) Tradução livre. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf>. Acesso em: 18 dez. 2015.

(4) Paiva, Caio. *Audiência de custódia e o processo penal brasileiro*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 34-39; Andrade, Mauro F.; Alflen, Pablo R. *Audiência de custódia no processo penal brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 51. Conforme Leonardo Machado, trata-se de "*medida de comprometimento humanitário e aprimoramento do processo de tomada de decisões sobre as privações de liberdade especialmente cautelares (ou pretensamente cautelares)*" (Machado, Leonardo M. Resistência crítica e poder punitivo: diálogo em torno da audiência de custódia. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, v. 16, n. 93, p. 30-53, ago.-set. 2015, p. 50).

(5) Amaral, Cláudio do Prado. Da audiência de custódia em São Paulo. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 23, n. 269, p. 4-6, abr. 2015, p. 6.

(6) Lopes Jr., Aury. *Direito Processual Penal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 647.

(7) Andrade, Mauro F.; Alflen, Pablo R. *Audiência de custódia no processo penal brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 140.

(8) Choukr, Fauzi Hassan. PL 554/2011 e a necessária (e lenta) adaptação do processo penal brasileiro à convenção americana de direitos do homem. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 22, n. 254, p. 2-3, jan. 2014, p. 2.

(9) Informações fornecidas em quadro comparativo elaborado pela coordenação de redação legislativa da secretaria-geral da mesa do Senado Federal em 10.12.2015. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/184798.pdf>. Acesso em: 18 dez. 2015.

(10) Prudente, Neemias M. Lições preliminares acerca da audiência de custódia no Brasil. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, v. 16, n. 93, p. 9-31, ago.-set. 2015, p. 13.

(11) Sobre as críticas à justiça criminal negocial e sua essencial incompatibilidade com as premissas de um processo penal democrático, ver: Vasconcellos, Vinicius G. *Barganha e Justiça Criminal Negocial:* análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCRIM, 2015. p. 143-208.

(12) "*As Unidades de Flagrância não promoveram em geral uma discussão sobre o direito das pessoas acusadas, mas um debate sobre a eleição de formas de controle social punitivo que não limitaram o processo de aprisionamento, nos levando ao maior crescimento do encarceramento na história republicana do país. Sendo assim, se deve perguntar constantemente se na realidade esse modelo de gestão gerou menos impunidade ou, por outro lado, a aumentou às custas das vítimas da fábrica de flagrantes*" (Paladines, Jorge Vicente. Fábrica Flagrancia: la gestión procesal de la detención en Ecuador. In: Machado, Bruno Amaral (coord.). *Justiça Criminal e Democracia*. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 161-tradução livre).

(13) "*A mudança do momento procedimental do interrogatório, da fase postulatória para o final da fase instrutória, ressalta a sua natureza de ato de defesa, mais especificamente de autodefesa, por meio do seu direito de audiência*" (Badaró, Gustavo H. *Processo penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. p. 437). Assim também: Giacomolli, Nereu J. *Reformas (?) do processo penal:* considerações críticas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 69.

Vinicius Gomes de Vasconcellos
Doutorando em Direito pela USP.
Mestre em Ciências Criminais pela PUC-RS.
Professor das Faculdades Integradas "Campos Salles" (SP).

Excisão do clitóris feminino: uma *obrigação* penal?

Orlando Faccini Neto

Trataremos da excisão do clitóris feminino, pautada em uma espécie de *dimensão cultural*. Teria relevância a alegação de uma *cultural defense*, isto é, o argumento de que quem realiza tal prática limitou-se a seguir as regras de sua própria cultura?[1]

A bem acabada formulação de **Silva Dias** conta com nossa concordância parcial. Da atualidade do problema, em vista dos fluxos migratórios contemporâneos, mormente na Europa, até a asserção de que a vigência das normas penais, pela "relevância dos valores que tutelam", não pode depender dos sistemas de crenças dos destinatários, nada em acréscimo poderíamos estabelecer. É inequívoco que punir com fundamento tão só na preservação de vigência das normas, sem atender ou cuidar da sua ligação com "*o mundo da vida dos destinatários, representa afinal um enfeudamento do Direito Penal a uma lógica funcionalista, autopoiética, alheia à vivência normativa dos indivíduos, e por isso avessa a considerações de justiça*".[2]

Silva Dias afasta solução baseada na exclusão da tipicidade ou da ilicitude, alertando que a prática da excisão, recaindo sobretudo sobre crianças, priva-as de, no futuro, optarem por uma concepção de sexualidade diferente daquela de sua comunidade de origem, sem contar que se, sob o fundamento da *cultural defense*, assinalar-se a ausência de ilicitude, serão estabelecidos padrões diferentes de proteção estatal, conforme a origem e filiação das vítimas, isto é, à criança membro da comunidade praticante da excisão seria negada a igual proteção dos seus direitos à integridade física e ao desenvolvimento sexual, afrontando-se o princípio da igualdade.

No plano da culpabilidade, porém, alvitra que algumas situações de excisão, máxime as praticadas por pessoas que chegaram há pouco tempo ao país de destino, sem tempo ainda de compreender os valores por que se rege, poderiam constituir casos de erro sobre a ilicitude, dado que o agente não compreende o "*significado e o alcance da proibição do facto*", carecendo da orientação normativa necessária para aceder à ilicitude penal.[3]

Ponto relevante, a tornar discutível a alegada insciência sobre a ilicitude, é haver, também nos países de origem, incriminação específica, concernente à excisão clitoriana.[4] Ficaria por dizer, ademais, se a falta de consciência da ilicitude apregoada aplicar-se-ia, igualmente, aos casos de canibalismo ou de morte de mulheres adúlteras por lapidação.

Quando o comportamento se dá, já não é sob um juízo de subsunção, senão o de verificação sobre se o *sentido* do fato praticado corresponde ao *sentido* da proibição, que se parte da tipicidade para o campo da ilicitude. O *sentido* mesmo do ato, na excisão, está nas convicções profundas de quem o realiza, assinalando a degradação da dignidade das vítimas.

Porque não está propriamente vinculado a uma compreensão de religiosidade – e nada do que diremos seria diverso se estivesse –, e sim num *aviltamento da condição feminina*, na medida em que a mulher é concebida meramente como ser reprodutor, de quem se retira, no fim de tudo, qualquer possibilidade de desfrute ou obtenção de prazer através do sexo.

O afastamento potencial da culpabilidade, então, resvala justamente numa concepção funcionalizada desta, pois já não importa se os praticantes da excisão virão ou não a reincidir, mas, sim, a mensagem de que, para mais da reprovação do comportamento que se realiza num

nível físico de padecimento inolvidável, censura-se a própria convicção sobre a qual ele se fundamenta.[5]

Tem razão **Hörnle**, ao dizer que a eficácia preventiva, por si só, não é decisiva, uma vez que uma norma de proibição penal não se reduz a uma relevância funcional, senão que, também, ostenta relevância simbólica (*symbolische Bedeutung*), para manifestar desaprovação pelas condutas descritas.[6]

A prossecução de um diálogo intercultural e a tentativa de se encontrar rituais alternativos não lançam, entretanto (não num caso como o da excisão, não em casos de execução com pedradas de mulheres eventualmente adúlteras), a incriminação numa posição subalterna.[7]

Num exemplo radical, dirá **Seher** que o assassinato é de tal relevância que ninguém duvidaria do acerto de se lhe contrapor uma pena, inclusive se por meio da norma penal não se impedisse um só assassinato.[8] Por isso os atuais questionamentos a respeito da *ultima ratio*, tida por **Wohlers** como um princípio sem conteúdo expressivo próprio (*ein Grundsatz ohne eigenen Aussagegehalt*).[9] É que os seus contornos resultam convincentes somente diante de uma perspectiva funcional, que configure a pena criminal a partir da prevenção, ocultando uma dimensão de *valor*.[10]

No grupo de casos referidos por **Grimm**, para fixar critérios de harmonização entre mandados ou proibições emanados do Direito interno e comportamentos exigidos pela religião ou cultura de onde provenham imigrantes, insere-se a excisão na situação de uma virtual imposição de normas internas do grupo, as quais estão em contradição com as normas gerais vigentes. Em tal hipótese, dá-se que o grupo pretende dotar-se de uma liberdade que, ao fim, colima em suprimir, nas relações internas do próprio grupo, as pretensões de liberdade ou de igualdade vigentes com caráter geral, tudo a conduzir para que o membro singular deste grupo acabe por pagar um preço deveras significativo. Que se vocacione, pelo menos a prática a que nos estamos referindo, a um rebaixamento da condição feminina, não passou despercebida a **Grimm**. O autor, nesta conjuntura, suscita mesmo que os direitos fundamentais devam apresentar-se em seu aspecto de *deveres de proteção* a cargo do Estado, exigindo-se deste que tutele a liberdade individual diante dos perigos que emanem de terceiros, ainda que pertencentes ao mesmo grupo. A igualdade de gênero há de ser concebida como um dos marcos irrenunciáveis do quadro constitucional, e tampouco a integridade física e a psíquica podem ser sacrificadas em favor da necessidade de grupos, como se dá nas mutilações rituais.[11]

Hessen procura descolar-se do subjetivismo axiológico, pois no nível valorativo a referência a um sujeito não significa que este possa, por conseguinte, decidir do que é valioso: o sujeito não é a medida dos *valores*.[12] Não se devem tomar os *valores* apenas pela razão de serem reconhecidos pelo sujeito ou pelo grupo, visto que o *valor* se configura como tal independentemente das valorações de fato feitas pelo indivíduo.[13] A concepção sobre a relatividade dos valores apenas é exata se com isso quisermos dizer que na base de todo valor ou valoração situa-se, sempre, a ideia de relação com um sujeito valorante,[14] sem que isso implique, contudo, na modificação do que é tido como valioso.

Quando o indivíduo exterioriza as suas "*directivas interiores, não pode continuar a falar-se de uma liberdade total, nem de uma incompetência do Estado para intervir*"; com efeito, uma liberdade "*sem limites conduziria ao caos*", não só porque permitiria ao indivíduo desvincular-se do cumprimento de qualquer dever jurídico "*sujeitando-se a ordem jurídica a uma reserva geral de consciência*", mas também na medida em que "*consentiria na lesão dos direitos dos outros*". Disto desponta, uma vez mais, a necessidade de uma *compreensão constitucional adequada* para efeitos do Direito Penal. Conforme **Silva Dias**, os "*limites mencionados não resultam da lei penal, mas tão só da Constituição*",[15] em cujo âmbito, dizemos nós, ressai na cúpula a dignidade, de um modo tal que a ela os demais princípios se remetem, sendo certo que, na multiplicidade de suas expressões, teremos, para alguns casos, a convocação de incriminações; para outros, interditos.

A excisão convoca o Direito Penal.

Notas

(1) Para uma abordagem detalhada, cf. Renteln, Alison Dundes. *The cultural defense*. Oxford: Oxford University Press, 2004.

(2) Silva Dias, Augusto. *Faz sentido punir o ritual do fanado? Reflexões sobre a punibilidade da excisão clitoridiana*. Disponível em: <http://www.fd.ul.pt/Portals/0/Docs/Institutos/ICJ/DiasAugusto1.pdf>. Acesso em: 4 jan. 2016.

(3) Silva Dias, Augusto. *Faz sentido punir o ritual do fanado? Reflexões* sobre a punibilidade da excisão clitoridiana. Disponível em: <http://www.fd.ul.pt/Portals/0/Docs/Institutos/ICJ/DiasAugusto1.pdf>. Acesso em: 4 jan. 2016.

(4) O fato é definido como crime, ao menos desde 2011 na Guiné-Bissau e mais recentemente em Gâmbia e Nigéria, inclusive em decorrência de normativas internacionais que aludem tratar-se, a mutilação genital, de clara violação aos Direitos Humanos.

(5) É um equivocado tabu dos criminalistas rechaçar essa perspectiva; basta ver a agravação de pena no homicídio, nos casos em que a vítima é mulher, por conta de sua condição feminina – a lei brasileira fala em menosprezo ou discriminação dessa condição –, e as discussões, que contam com nosso apoio, pela maior punição dos casos cometidos contra homossexuais ou movidos por ódio racial. Em todas as hipóteses, serão as *convicções* que levaram o agente ao crime a razão de maior reprimenda.

(6) Hörnle, Tatjana. Subsidiarität als Begrenzungsprinzip – Selbstschutz. In: *Mediating Principles*. Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung. Baden-Baden: Nomos Verlaggesellschaft, 2006. p. 36.

(7) No ano de 2006 o Código Penal italiano passou a contar com tipo penal específico tratando da "pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili", nomeadamente em seu art. 583-bis, cuja pena é sensivelmente mais gravosa do que a imposta ao geral dos casos das lesões corporais. Nas palavras de Bernardi: "*l'intrinseca gravità di tali forme di mutilazione e il fine di preservare l'integrità física di migliaia di bambine africane attualmente residenti in Italia può per certi aspetti giustificare una tale riforma*" (Bernardi, Alessandro. *Modelli penali e società multiculturale*. Torino: G. Giapichelli Editore, 2006. p. 119).

(8) Seher, Gerhard. Kann Strafrecht «subsidiär» sein? Aporie eines «ubestrittenen» Rechtsgrundsatzes. In: *Mediating Principles*. Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung. Baden-Baden: Nomos Verlaggesellschaft, 2006. p. 77.

(9) Wohlers, Wolfgang. Strafrecht als ultima ratio – tragender Grundsatz eines rechtsstaatlichen Strafrechts oder Prinzip ohne eigenen Aussagegehalt? In: *Mediating Principles*. Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung. Baden-Baden: Nomos Verlaggesellschaft, 2006. p. 69.

(10) Seher, Gerhard. Kann Strafrecht «subsidiär» sein? Aporie eines «ubestrittenen» Rechtsgrundsatzes. In: *Mediating Principles*. Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung. Baden-Baden: Nomos Verlaggesellschaft, 2006. p. 71.

(11) Grimm, Dieter. Multikulturalität und Grundrechte. In: *Das Rechte des Menschen in der Welt*. Kolloquium aus Anlass des 70. Geburtstags von Ernst-Wolfgang Böckenforde. Rainer Wahl und Joachim Wieland (Hrsg.). Berlin: Duncker&Humblot, 2002. p. 135-149.

(12) Hessen, Johannes. *Filosofia dos valores*. Trad. L. Cabral de Moncada. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1944. p. 46-48.

(13) Idem, p. 92.

(14) Idem, p. 51-52.

(15) Silva Dias, Augusto. *A relevância jurídico-penal das decisões de consciência*. Coimbra: Livraria Almedina, 1986. p. 69.

Orlando Faccini Neto
Doutorando em Ciências Jurídico-Criminais
pela Universidade de Lisboa.
Professor de Direito Penal e de Processo Penal
da Escola Superior da Magistratura/RS.
Juiz de Direito.

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

Precisamos discutir saídas (das) para as prisões brasileiras

Ana Gabriela Mendes Braga, Theuan Carvalho Gomes da Silva e Bruno Shimizu

O aprisionamento no Brasil atingiu níveis inimagináveis, o que parece ser reconhecido de forma generalizada, sem que, contudo, nenhum ator político ou jurídico assuma a responsabilidade por esse colapso. Um ex-ministro da Justiça chegou a proferir polêmica declaração, dizendo que preferiria estar morto a cumprir pena no Brasil.(1) O Poder Judiciário, por seu turno, corrobora as situações de ilegalidade cotidianas nos cárceres, provocando o crescimento das taxas de encarceramento em um ritmo alucinante: entre 1990 e 2014 o aprisionamento no Brasil cresceu 575%.(2)

De acordo com os últimos dados divulgados pelo Infopen/MJ, o déficit de vagas no sistema carcerário brasileiro é de 231.062. Estão presas 607.731 pessoas onde caberiam apenas 376.669, ou seja, chega-se a 161% de superpopulação.(3) Não são raras as denúncias nesse sentido, como recentemente noticiado em Planaltina de Goiás/GO, onde estavam presas 24 pessoas em cela para duas.(4)

De norte a sul do país, a violação de direitos no cárcere é a regra. Nesse cenário, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos já concedeu duas medidas cautelares contra o Estado Brasileiro pela violação de direitos humanos das pessoas presas, pelo caso de Pedrinhas/MA(5) e do presídio central de Porto Alegre/RS.(6)

A LEP assegura, em seu art. 88, que a pessoa cumpra pena em cela individual, de pelo menos seis metros quadrados, com salubridade, aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana, além de assistência jurídica, material, à saúde, educacional, social e religiosa; condições muito diferentes daquelas encontradas pela CPI do Sistema Carcerário, em cujo relatório, para dizer o mínimo, ficou constatado que as pessoas tinham até mesmo sarna(7) em razão das péssimas condições de habitação.

Nesse contexto, aventamos a hipótese de que qualquer pessoa presa no Brasil teria direito à concessão da ordem de *habeas corpus*, inclusive de ofício. A Constituição Federal garante a possibilidade da concessão de *habeas corpus* para todos que sofram ilegalidade na restrição de sua liberdade, bem como garante a vedação quanto a penas cruéis ou degradantes.

A mensuração da lei penal leva em conta limites quantitativos de aplicação da pena, contudo, a qualidade da pena será pautada necessariamente pelas condições materiais de encarceramento, as quais estão longe de cumprir os padrões mínimos legais. Apesar disso, nossos juízes, quando condenam, ignoram tais condições, demonstrando distanciamento da realidade social. Diante dessa situação, os magistrados, que advêm de estratos sociais muito apartados daqueles dos quais provém a clientela preferencial do sistema penal, continuam optando por ignorar essas violações evidentes e, como, em sua maioria, nunca puseram os pés nos raios de uma prisão, não parecem ser afetados pela realidade.

Tratando-se de problema que atinge mais de meio milhão de pessoas, não nos parece razoável, tampouco estratégico, o enfrentamento das violações caso a caso, por meio de *habeas corpus* individuais. Nesse sentido, não há dúvidas de que o *habeas corpus* coletivo apresenta-se como o remédio mais adequado para o esvaziamento das nossas prisões, ainda que haja discussão quanto ao cabimento da modalidade coletiva dessa ação, a qual passamos a enfrentar.

Ora, não nos parece ser razoável impor como óbice ao conhecimento do *habeas corpus* coletivo o disposto no art. 654, § 1.º, "a", do CPP, que determina que a petição terá de conter o nome do paciente. O advento da Constituição Federal de 1988 impôs a todo o sistema normativo anterior a necessidade de que tais diplomas passassem a ser interpretados a partir da Constituição, em interpretação conforme à Lei Maior, e não o inverso.

No que toca à garantia fundamental do *habeas corpus*, uma vez que a Constituição determina que ele deve ser sempre concedido em face de constrição ilegal à liberdade, nos parece que não se pode opor ao texto constitucional um dispositivo de Decreto-lei que foi redigido décadas antes da criação de um sistema de tutela coletiva, amplamente abarcado pela Constituição Democrática.

Salvo melhor juízo, quando o art. 5.º, XXXV, da Constituição Federal, prevê que a lei não poderá afastar lesão ou ameaça a direito do controle jurisdicional, não exclui as lesões de caráter coletivo ou metaindividual. Nesse sentido, não pode o remédio constitucional em questão, único hábil à tutela da liberdade individual, ser considerado incompatível com lesão a direito de caráter coletivo ou metaindividual por força de dispositivo do Código de Processo Penal que sequer proíbe a impetração de *habeas corpus* coletivo, mas apenas regulamenta a forma da petição inicial.

Como é cediço, a Constituição prevê a possibilidade de impetração de Mandado de Segurança coletivo, desde que por entidade legitimada para tanto, sempre que houver lesão ou ameaça de lesão a direito líquido e certo, diverso da liberdade ambulatorial, de caráter metaindividual.

A liberdade de locomoção, contudo, justamente por ser alçada pela Constituição a um valor de primeira grandeza e relevância, talvez apenas comparável à vida e à integridade física, goza, para sua tutela, de um remédio constitucional próprio: o *habeas corpus*.(8) Sendo assim, nos parece estranho que o constituinte originário tenha admitido que a tutela coletiva seria cabível, por remédio constitucional, para a defesa de qualquer direito, menos da liberdade. É evidentemente equivocada a interpretação segundo a qual direitos envolvendo interesses corporativos ou de categorias, bem como direitos patrimoniais, gozem, para sua tutela, de remédio constitucional de caráter coletivo, ao passo que a liberdade, valor máximo expressado pela Constituição, não possa ser tutelada por essa via.

Somam-se, ainda, os argumentos trazidos no parecer de lavra do professor Daniel Sarmento quanto à possibilidade da concessão de *habeas corpus* coletivo,(9) ao qual remetemos. O próprio STJ, na paradigmática decisão proferida no *HC* 142.513/ES, de 2010, da relatoria do Min. Nilson Naves, concedeu a ordem para libertar pessoa que estava presa em *container* de carga, inclusive estendendo a concessão para todos aqueles que se encontravam na mesma condição de aprisionamento ilegal, no estado do Espírito Santo.

A questão do caos penitenciário foi debatida pelo STF, no bojo da ADPF 347, ajuizada pelo PSOL com a assessoria da Clínica de Direitos Fundamentais da UERJ, que pretendia a declaração do estado de coisas inconstitucional das prisões brasileiras. Os Ministros da Suprema Corte, com efeito, reconheceram as violações de direitos e o descumprimento das condições mínimas de prisão no Brasil, tendo concedido, parcialmente, a medida cautelar, para os pedidos ajuizados contra os estados da federação e contra a União, de maneira tímida, com destaque apenas para a obrigação de implementação das audiências de custódia em todo o Brasil no prazo de 90 dias e do descontingenciamento do fundo penitenciário. É preciso avançar mais.

Nessa linha de raciocínio, diante das gravíssimas violações de direitos humanos que assolam aqueles que estão presos hoje no Brasil, não haveria outra possibilidade aos juízes e tribunais a não ser a concessão do *writ* para que cesse imediatamente o constrangimento ilegal de milhares de pessoas presas. Aliás, o STF manifestou-se em

ANO 24 - Nº 283 - JUNHO/2016 - ISSN 1676-3661

sentido parecido no *HC* 93.596/SP, ao conceder *habeas corpus* para pessoa presa ilegalmente em regime fechado, quando tinha direito ao regime semiaberto, para então aguardar vaga em regime aberto. Essa tese, inclusive, está sendo debatida na proposta de Súmula Vinculante 57, cuja votação encontra-se suspensa desde março de 2015, por pedido de vista do Ministro Luís Roberto Barroso,(10) e no RE com repercussão geral 641.320/RS. Uma das saídas para o superencarceramento seria a aplicação analógica desse entendimento para atacar, tal como a ilegalidade por regime impróprio, a ilegalidade pela ausência de condições dos estabelecimentos prisionais. O que não se pode admitir, de maneira banalizada, é a prisão indigna e ilegal de homens e mulheres, como está ocorrendo neste momento.

Propostas como estas de ampliação de liberdade – ainda que para garantir o direito à vida – têm poucas adesões no marco punitivista e conservador que pauta nosso sistema de justiça criminal. Mas há exceções. Há alguns anos, as Defensorias Públicas, a Pastoral Carcerária Nacional e o IBCCRIM têm tentado inserir no decreto de indulto a possibilidade de indulto e comutação para as pessoas que estão presas em condições desumanas e, logo, qualitativamente mais severas do que o previsto na lei penal e efetivado em sentenças. Essa proposta dialoga bem com aquilo que o professor **Juarez Tavares**, em parecer emitido sobre as condições do sistema carcerário para a ADPF 347, nos ensina acerca da pena ficta, que seria o valor numérico que representa a criminalização abstrata pelo tipo e a individualização feita pelo magistrado e, de outro lado, a pena real, que é aquela que assimila as condições precárias e indignas dos locais em que o Estado brasileiro priva a liberdade das pessoas.(11)

O indulto e a comutação em razão de superpopulação e cumprimento em condições degradantes, ao menos por enquanto, mostram-se como uma estratégica saída de política criminal para o sistema carcerário, já que, ao que parece, a declaração do estado de coisas inconstitucional das unidades prisionais dá sinais de que – caso seja feita – poderá vir tarde demais, com prejuízos incomensuráveis para milhares de pessoas que estão, neste momento, cumprindo pena ou aguardando julgamento nas nossas masmorras.

Notas

(1) Santiago, Tatiana. *Ministro da Justiça diz que preferia morrer a ficar preso por anos no país*. Disponível em: <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2012/11/ministro-da-justica-diz-que-preferia-morrer-ficar-preso-por-anos-no-pais.html>. Acesso em: 18.11.2015.

(2) Depen. Levantamento nacional de informações penitenciárias INFOPEN, junho de 2014. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>. Acesso em: 17.11.2015, p. 15.

(3) Ibidem, p. 11.

(4) Oliveira, Raphael. *Celas superlotadas mudam a rotina da polícia em delegacia de GO*. Disponível em: <http://g1.globo.com/hora1/noticia/2015/01/celas-superlotadas-mudam-rotina-da-policia-em-delegacia-de-go.html>. Acesso em: 17.11.2015.

(5) Inter-American *Commission on Human Rights*. Resolutions 11/2013. Precautionary Measure n. 367-13. *Matter of Persons Deprived of Liberty at the Penitentiary Complex of Pedrinhas regarding Brazil*. Disponível em: <http://www.oas.org/en/iachr/decisions/pdf/Resolution11-13(MC-367-13).pdf>. Acesso em: 14.11.2015.

(6) Inter-American *Commission on Human Rights*. Resolutions 14/2013. Precautionary Measure n. 8-13. *Matter of Persons Deprived of Liberty at the Central Penitentiary of Porto Alegre regarding Brasil*. Disponível em: <http://www.oas.org/en/iachr/decisions/pdf/Resolution14-13(MC-8-13).pdf>. Acesso em: 14.11.2015.

(7) Câmara dos Deputados. Disponível em: <http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/2701>. Acesso em: 17.11.2015, p. 84.

(8) Aliás, o art. 3º da Constituição, ao elencar os objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito, não por acaso coloca a liberdade como o primeiro desses objetivos, estampado logo no inciso I do referido artigo, que menciona como objetivo central do Estado a construção de uma "sociedade livre, justa e solidária".

(9) Sarmento, Daniel; Borges, Ademar; Gomes, Camilla. *O cabimento do habeas corpus coletivo na ordem constitucional brasileira*. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/parecer-hc-coletivo.pdf>. Acesso em: 17.11.2015.

(10) STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=287206>. Acesso em: 23.12.2015.

(11) Tavares, Juarez. *Parecer para ADPF 347*. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/juarez-tavares-diz-que-nao-se-pode-prender-no-brasil-falta-responsabilidade-do-estado-e-de-seus-magistrados/>. Acesso em: 20.11.2015.

Ana Gabriela Mendes Braga
Doutora e mestre em Direito Penal e Criminologia pela USP.
Professora de Direito Penal da UNESP.
Líder do grupo de pesquisa NEPAL/UNESP.

Theuan Carvalho Gomes da Silva
Mestrando em Direito pela UNESP.
Pós-graduando em Direitos Humanos pela USP.
Pesquisador do grupo de pesquisa NEPAL/UNESP.

Bruno Shimizu
Doutor e mestre em Direito Penal e Criminologia pela USP.
Defensor Público coordenador auxiliar
do Núcleo Especializado de Situação Carcerária da
Defensoria Pública do Estado de São Paulo.
Presidente da Comissão de Sistema Prisional do IBCCRIM.

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

Repercussões da teoria civilista do adimplemento substancial na execução penal. Modulação normativa principiológica – Vetor essencial de legitimação e integração normativa

Bruno Joviniano de Santana Silva

O Direito não pode ser visto como secções separadas sem correlação, mas, sim, como um todo coeso e interdependente. Nesse prisma, é relevante o fenômeno da Constitucionalização do Direito, ou seja, a incidência da Constituição sobre os compartimentos jurídicos, que consagra a majestade do Texto Supremo que irradia seus efeitos por todo o ordenamento jurídico. Assim, cai por terra aquela clássica diferença entre público e privado, pois os feixes normativos, entre si, se conectam com os demais pelo tronco Magno, chamado Constituição. Por isso, existem normas gerais aplicáveis a todos os ramos, os chamados princípios gerais do Direito, poderosos instrumentos de integração do ordenamento jurídico.

Pois bem, a temática aqui abordada diz respeito aos influxos de festejada teoria civilista, no âmbito da execução penal, tendo como foco o instituto do livramento condicional e derivações daí decorrentes.

Essa teoria vem sendo utilizada no Direito Civil para afastar a resolução contratual, quando há a satisfação relevante da dívida. Nessa linha de pensamento, exsurge a teoria do adimplemento substancial, que obsta o exercício arbitrário do direito de resolução por parte do credor, afastando desconstituições desnecessárias e sanções contratuais desarrazoadas, em favor da preservação do acordo, com o fito de efetivar a realização dos princípios da boa-fé e da função social do contrato, quando o devedor já cumpriu parte considerável da dívida.

Aproveitando-se desses alicerces, nota-se que as consequências da revogação do livramento condicional (art. 88 do CP), quais sejam, a perda integral do período em gozo de livramento condicional e a impossibilidade de nova concessão pelo mesmo delito, consistem em verdadeira subversão do princípio da ressocialização, por consagrar a dupla apenação pelo mesmo fato, que não pode prevalecer, sob uma simples leitura constitucional, em especial, dos princípios da dignidade da pessoa humana, individualização da pena, razoabilidade e proporcionalidade, sobretudo em situações em que o apenado já cumpriu grande parte da pena, isto é, já houve o adimplemento substancial desta.

O art. 88 do CP consagra verdadeiro suplício infamante, na dicção da CF/1988, pena cruel, que foi claramente vedada pelo Constituinte. Essa norma se mostra ainda mais destemperada, quando se tem em vista o paralelismo com outros institutos na execução penal, isto é, cotejando-se ao regramento da remição de pena, que não admite a perda integral dos dias remidos, havendo uma limitação legal expressa, o que aponta, novamente, para a necessidade de revisão, à luz da Constituição, do dispositivo legal em tela, de forma a afastar a perda integral dos dias em livramento e a impossibilidade de nova concessão pelo mesmo crime.

Cabe, ainda, mais um comparativo com as legislações mais modernas. Recentemente, foi implementado o normativo, referente às medidas cautelares diversas da prisão, o qual previu instrumentos diversos da custódia, para assegurar bens juridicamente relevantes ao Direito Penal. Essa legislação incorporada ao CPP trouxe a previsão de que, havendo descumprimento das medidas cautelares anteriormente fixadas, caberia, ao juiz, fixar outras mais rígidas e, em *ultima ratio*, caso as novas medidas não surtam o efeito esperado, então, determinar a prisão. Vê-se, dessa forma, que as legislações modernas aglutinaram em seu bojo o princípio da proporcionalidade, em especial nas facetas proibição de proteção deficiente (os bens juridicamente relevantes devem ser objeto de uma tutela estatal ampla, integral e efetiva, evitando-se uma proteção insuficiente) e vedação ao excesso (esse núcleo essencial da proporcionalidade preconiza que a atuação estatal deve ser adequada aos seus fins, isto é, nem tanto ao mar nem tanto ao céu, atuação com equilíbrio, serena, com vistas à consecução do interesse público, pois não se permite ao Estado agir de forma histriônica e efusiva, ainda que travestido de legalidade e oficialidade a pretexto de lograr o interesse público).

Ainda enriquecendo a exposição, vale observar que o Superior Tribunal de Justiça considerou inconstitucional o preceito secundário do art. 273, § 1.º-B, V, do Código Penal (CP), sob o fundamento de que a sanção cominada em abstrato fere os princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade, sobretudo por se tratar de um crime de perigo abstrato, sendo patente a dissintonia entre o crime e a pena.
Nesse precedente judicial, o STJ consignou que o supracitado delito apresenta pena distorcida e excessiva, sobretudo quando comparado a outros crimes de considerável lesividade jurídica, como o delito de tráfico de drogas, estupro e homicídio doloso. Houve a aplicação da técnica do ajuste principiológico ao afastar o preceito secundário tido por inconstitucional e ao se valer da pena de outro crime com lesividade jurídica semelhante para complementar o dispositivo penal. Nessa situação, os Ministros decidiram aplicar o preceito secundário do delito de tráfico de drogas, em substituição à pena do crime de falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais, por ser, também, crime hediondo, de perigo abstrato e cujo bem jurídico tutelado é a saúde pública. Como se vê, deparando-se com situação de manifesta teratologia jurídica, cabe ao aplicador do Direito proceder ao ajuste principiológico da norma, submetendo-a ao crivo desses elementos fundantes da ordem normativa para que seja depurada e escoimados eventuais vícios.

Por todo o exposto, tem-se que a norma impositiva da perda integral dos dias em gozo do benefício de livramento condicional padece de vício insanável de inconstitucionalidade material, razão pela qual não deve ser mais considerada pelos operadores do Direito, no que tange a perda integral da pena cumprida, em livramento condicional e no concernente à impossibilidade de nova concessão pelo mesmo delito, devendo-se, no caso, proceder ao ajuste principiológico, de forma a aplicar o regramento atinente à perda dos dias remidos, sem prejuízo de outras sanções legais, tais como regressão de regime, agravamento das condições do benefício, como forma legítima de consagrar os princípios informadores da execução penal, em especial da ressocialização, da individualização da pena e da dignidade da pessoa humana.

Noutro pensar, em atenção aos mais conservadores, pode-se, inclusive, proceder à modulação normativa principiológica, assim chamada por mim, ajuste principiológico – pelo STJ – no âmbito da própria norma impugnada, isto é, afastando-se a pena de perda integral dos dias em gozo de livramento condicional, mantendo-se somente a pena de impossibilidade de nova concessão pelo novo delito, como legítima forma de garantir a justiça (razoabilidade, proporcionalidade, vedação ao *bis in idem*) sistêmica. O Estado, na execução da pena, deve ser razoável na sua resposta penal executória, sob pena de incidir na grave violação de direitos.

Por derradeiro, é de se ponderar que os princípios não têm forma predefinida, são elementos de resolutividade dotados de alta plasticidade.

ANO 24 - Nº 283 - JUNHO/2016 - ISSN 1676-3661

Logo, pode-se, no caso concreto, aplicar a solução que resolva a situação da melhor forma, expurgando-se do sistema normas que colidam com núcleo duro do sistema, como forma de manter a harmonia conglobante do ordenamento jurídico.

Referências bibliográficas

Barroso, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

Bulos, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. rev. e atual. de acordo com a Emenda Constitucional 70/2012. São Paulo: Saraiva, 2012.

Costa Neto, Nilo de Siqueira. Ressocialização do preso: falência do sistema penitenciário. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 18, n. 3.560, 31 mar. 2013. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/24073>. Acesso em: 24 jun. 2015.

Delmanto, Celso et al. *Código Penal comentado*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

Greco, Rogério. *Curso de direito penal*. Parte geral. 12. ed. Niterói: Impetus, 2010.

Lenza, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

Lopes Jr., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. v. II.

Mendes, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

Nucci, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 8. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011.

Ottoboni, Mário. *Ninguém é irrecuperável*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Cidade Nova, 2001.

Regatieri, Daniella Geres de Lima. Ressocialização como fim da pena. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 19, n. 4.050, 3 ago. 2014. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/30639>. Acesso em: 23 jun. 2015.

Silva, Bruno Joviniano de Santana. Comutação retroativa: imperativo de justiça e legítimo direito adquirido. *Conteúdo Jurídico*, Brasília-DF: 7 jul. 2015. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.53954>. Acesso em: 11 jan. 2016.

_____. *O atestado de pena a cumprir. Direito fundamental. Instrumento de ressocialização*. Disponível em: <http://brunojssilva.jusbrasil.com.br/artigos/195009685/o-atestado-de-pena-a-cumprir-direito-fundamental-instrumento-de-ressocializacao?ref=topic_feed>. Acesso em: 4 jun. 2015.

_____. Possibilidade de ato infralegal do Executivo extinguir penas e questões sobre o Poder regulamentar. *Conteúdo Jurídico*, Brasília-DF: 24 jun. 2015. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.53881>. Acesso em: 11 jan. 2016.

Bruno Joviniano de Santana Silva
Defensor Público.
Ex-Advogado da Petrobras.
Especialista em Direito Público pela Universidade Anhanguera Uniderp.

O Projeto de Emenda Constitucional 28/2015: a inconstitucional vedação à progressão de regime para crimes hediondos e a necessidade de análise crítica das propostas legislativas

Bruna Azevedo de Castro

Hans Kelsen divisou a teoria do Direito em duas perspectivas notadamente distintas: a estática e a dinâmica. A primeira, caracteriza-se pelo conjunto de normas vigentes em determinado ordenamento jurídico. Assim, o estudo do Direito como sistema estático consiste na ordenação e apreensão do sistema jurídico em vigor, isto é, do Direito positivado (momento estático). De sua vez, a teoria dinâmica tem por objeto "*o processo jurídico em que o direito é produzido e aplicado, o direito no seu movimento*".(1)

É certo que o ensino e a pesquisa jurídica dedicam-se prioritariamente à compreensão e à crítica do sistema de normas vigente (estática), bem como às decisões judiciais (dinâmica). A produção legislativa, também parte integrante da dinâmica jurídica, em regra, não é objeto de apreciação no meio acadêmico. Compete ao Poder Legislativo, quando do exercício de sua função típica, fazê-lo com racionalidade: discutir as proposições com setores especializados, realizar audiências públicas, seguir o processo legislativo constitucional e votar os projetos de acordo com as verdadeiras necessidades sociais.

Como afirma **Ripollés**, é urgente a necessidade de se reorientar o interesse acadêmico para a racionalidade na elaboração das leis penais, uma vez que a lei penal vem sendo cada vez mais utilizada para cumprir fins meramente simbólicos e seu campo de criação está relegado às "*mãos da improvisação e do oportunismo social e político*".(2)

Nesse passo, é importante salientar que nem sempre as reinvindicações populares (clamor social) são as providências que devem ser tomadas para solucionar determinados problemas. Medidas paliativas e não raro colidentes com a dignidade humana são exigidas pela população e ecoam no Legislativo, que visa renovar mandatos.

Neste breve ensaio, busca-se afirmar a importância de que os juristas voltem sua atenção também às proposições legislativas, pois algumas já nascem inconstitucionais, fundamentadas apenas no sentimento generalizado de insegurança da população e incompatíveis com o quadro axiológico que inspira a Constituição democrática. Para tanto, foi selecionada uma entre tantas proposições que refletem essa tendência de recrudescimento do sistema penal, em clara manipulação de seu caráter simbólico.

Não se pretende, todavia, defender a completa desconsideração dos anseios populares pela redução da criminalidade e reivindicação por mais segurança pública. Essa demanda é justa. Porém, a atuação estatal tem limites e é importante que não só os agentes públicos tenham consciência disso, mas também a população em geral.

Propaga-se equivocadamente a ideia de que a "vontade da maioria" é a expressão que define substancialmente a Democracia. Tratando-se da "vontade penal" da população, dita maioria demanda soluções que vão de encontro com a própria essência do Estado Democrático. Logo, a concretização de aspirações que endurecem o sistema penal, que não têm por escopo a garantia real dos valores liberdade e igualdade para todos, não é expressão da Democracia, mas sua perversão, pois ao invés de garantir, restringem ou aniquilam as principais conquistas do homem quanto a direitos fundamentais.

Projeto de Emenda Constitucional 28/2015

Este projeto pretende alterar o art. 5.º, XLIII, da Constituição Federal, que considera como inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a tortura, o tráfico de drogas, o terrorismo e os crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, executores e o que, podendo evitá-

los, se omitirem.

De acordo com a proposta, acrescenta-se ao inciso XLIII a proibição da progressão de regime em caso de prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os crimes definidos como hediondos.

Intenta-se, portanto, "ressuscitar" a antiga vedação à progressão de regime de cumprimento de pena para crimes hediondos e equiparados, discutida e declarada inconstitucional há uma década,(3) alocando-a no próprio Texto Constitucional. Tal projeto nasce inconstitucional; a matéria é *ultrapassada e vencida*. Impedir a progressão de regime antagoniza com o princípio da individualização da pena, como destacado pelo STF no julgamento do *HC* referido em nota anterior.

É importante lembrar também que, após essa histórica decisão, alterou-se a Lei 8.072/1990, determinando que condenados a crimes hediondos, pelo menos, *iniciassem* o cumprimento de sua pena em regime fechado – independentemente do *quantum* de pena definitivo fixado (nova redação para o § 1.º do art. 2.º da referida Lei), além de acrescentar o § 2.º, delimitando frações diferentes (maiores) de cumprimento da pena para a progressão. Uma vez mais, o Supremo declarou a inconstitucionalidade do § 1.º, de modo incidental, no *HC* 111.840, em 2012, também por afrontar a individualização da pena, pois a determinação do regime inicial deve ser feita de forma individualizada, tendo em vista o caso concreto, mesmo para crime hediondo ou equiparado.

Esse brevíssimo histórico acerca do tratamento jurídico-penal do cumprimento de pena nos crimes hediondos e a interpretação dada pelo Pretório Excelso demonstra que eventual alteração na Constituição Federal, com o intuito de restabelecer a proibição categórica da progressão, certamente não escapará ao controle de constitucionalidade repressivo.

A justificação desse projeto reflete exatamente o que se afirmou anteriormente sobre a exploração eleitoreira da sensação social de insegurança. Em uma única frase, resume-se todo o atual discurso que movimenta a máquina legislativa em matéria criminal: "*a escalada da violência no Brasil tem deixado toda a sociedade refém do crime e o Poder Legislativo tem que dar uma resposta rápida e dura para a impunidade dos bandidos*".

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

Para cumprir a finalidade da pena como retribuição orientada à proteção de bens jurídicos e à prevenção especial,(5) a individualização é igualmente imprescindível. Nesse sentido, a progressão de regime visa atenuar os efeitos nefastos da privação de liberdade, pretendendo impedir que uma retribuição *justa* se transforme em violência arbitrária e desproporcional do Estado contra o indivíduo, incapaz de ser direcionada à ressocialização.

Convém ressaltar que o legislador brasileiro faz da Lei dos Crimes Hediondos uma "*fábrica produtora de etiquetas*".(6) Ou seja, quando determinado crime praticado causa intensa comoção social, se não estiver incluído no rol dos crimes hediondos, ele certamente o será em poucos meses. Por isso, nada impede o legislador de conferir hediondez a uma conduta que não tem a extensão ofensiva dos demais comportamentos assim divisados.

Sem a pretensão de encerrar o tema, reitera-se a *premência* de se levar a sério propostas dessa envergadura. Sabe-se que ela é de todo absurda e inconstitucional, mas tais defeitos não impediram no passado e não impedem que o Legislador, atualmente, leve-a adiante.

O ensino e a pesquisa jurídica devem também incluir em suas pautas a análise crítica da criação das leis, embora de forma mais modesta, para que elas sejam objeto de discussão no meio acadêmico, que pode contribuir para a elaboração de leis mais coerentes e eficazes. Na mesma esteira, e para não gerar equívoco sobre eventual presunção de autossuficiência do conhecimento jurídico, é igualmente relevante, sobretudo em algumas matérias, promover debates com setores especializados, destacando conhecimentos fornecidos por outras áreas do conhecimento humano, tais como a Psicologia, Psiquiatria, Ecologia, Sociologia, Antropologia, Genética, Engenharia etc. Urge que o jurista amplie seus conhecimentos ou, pelo menos, desarme-se da ideia de que a ciência jurídica é a única importante na regulação de condutas humanas, pois o Direito não é capaz de dar resposta técnica e suficiente a todas as questões. Contudo, esse é um tema que excede o presente trabalho e deve ser objeto de discussões em outra oportunidade.

Notas

(1) Kelsen, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 80.

(2) Díez Ripollés, José Luis. *A racionalidade das leis penais*. Teoria e prática. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: RT, 2005. p. 14.

(3) A inconstitucionalidade da vedação à progressão de regime foi declarada pelo Supremo Tribunal Federal, quando da análise do art. 2.º, § 1.º, redação original, da Lei 8.072/1990, no *HC* 82.959, em 23.02.2006. O dispositivo determinava que os condenados a crimes hediondos cumprissem sua pena em regime integramente fechado.

(4) Como leciona Luiz Luisi, é durante a execução penal que a individualização da pena atua verdadeiramente sobre a pessoa do delinquente (Luisi, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2003. p. 52).

(5) Gracia Martín, Luis. *Fundamentos de dogmática penal*: una introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal. Barcelona: Atelier, 2006. p. 199; Prado, Luiz Regis. Teoria dos fins da pena: breves reflexões. *Ciências Penais:* Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais, São Paulo, v. 1, n. 0, p.143-158, jan./jun. 2004.

(6) Expressão de Alberto Silva Franco em pertinentes críticas feitas pelo autor em: Fábrica produtora de etiquetas. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 23, n. 277, p. 08-10, dez. 2015.

Bruna Azevedo de Castro
Mestre em Direito Penal pela Universidade Estadual de Maringá (UEM).
Doutoranda em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo (FADISP).
Professora de Direito Penal.

Uma releitura do direito ao confronto no Processo Penal brasileiro

Marcus Vinícius Pimenta Lopes

1. Introdução

No presente trabalho, primeiramente, será feita uma apresentação do instituto do direito ao confronto, remetendo-se à sua origem anglo-saxã; em seguida, defender-se-á uma releitura do direito ao confronto, entendendo-o não como técnica de produção de prova oral, mas sim como técnica de produção de todos os meios de prova; após, serão destacadas algumas implicações dessa releitura.

2. O direito ao confronto

Segundo **Diogo Malan**, a existência do direito ao confronto se deu no século XVI como consequência da ruptura entre a Igreja Católica e a Inglaterra: "*Essa ruptura favoreceu a rejeição ao paradigma probatório canônico, que exigia duas testemunhas para a comprovação do fato, em favor do paradigma probatório da liberdade valorativa. Este último, por enfatizar a questão da credibilidade do elemento de*

prova testemunhal, em detrimento do aspecto quantitativo, viabilizou a instituição do direito ao confronto."[1]

A partir daí, o direito ao confronto passou a ser empregado de maneira discricionária pelos juízes até a Lei de Traição (*Treason Act*) de 1696, que previu expressamente o instituto. Ante a influência da Inglaterra no Direito estadunidense, o instituto migrou de continente e faz parte da Constituição americana desde 1791, com a 6.ª emenda: "*Em todas as persecuções penais, o acusado terá direito [...] a ser confrontado com as testemunhas contrárias a si*".[2]

Basicamente, o direito ao confronto: "*impõe que todo o saber testemunhal incriminador passível de valoração pelo juiz seja produzido de forma pública, oral, na presença do julgador e do acusado e submetido à inquirição deste último. Logo, a declaração de uma testemunha não pode ser admitida como elemento de prova contra o acusado, a não ser que ela tenha sido prestada nas sobreditas condições*".[3]

Os benefícios ao processo do exercício de tal direito são: (a) a valoração da prova oral produzida diante do juiz, com o desprezo pelos atos unilaterais e sigilosos; (b) um aumento de credibilidade da prova, uma vez que a prova é feita de maneira pública, sob juramento da testemunha e com a influência de ambas as partes – o que desencoraja o falso testemunho; e (c) provoca uma maior verossimilhança na prova, pois o acusado, aquele que teoricamente mais sabe sobre o caso, pode influir na formação da prova levantando questões que de outro modo não existiriam.

Diferente dos países de *civil law*, que historicamente buscaram ser parte, em oposição ao modelo inquisitivo, nos países da *common law* a preocupação sempre foi mais pragmática, utilitarista,[4] e, assim, mais que um problema teórico, o confrontamento é um problema prático: o que importa é a participação da parte na produção da prova oral, com o aumento da credibilidade dessa prova.

Essa diferença entre o *civil* e o *common law* também está ligada à diferença do tratamento da participação do acusado no processo, seja pelo contraditório da *civil law* ou pelo direito ao confronto da *common law*; e é sobre esse direito ao confronto num país de *civil law* que cuidaremos em seguida.

3. Uma releitura do direito ao confronto no Processo Penal brasileiro

Como país de *civil law*, que centrou seu processo no contraditório, é de fácil entendimento o porquê de o direito ao confronto ter sido legislado expressamente no Brasil apenas em tratados internacionais – muito influenciados por superpotências econômicas que adotam o *common law*, como os Estados Unidos. Assim, o surgimento do instituto no Direito brasileiro data de 1992, ano de entrada em vigor do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e do Pacto de São José da Costa Rica.

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos prevê o direito ao confronto em seu art. 14.3; é dito que: "*3. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: e) a interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e a obter comparecimento e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições de que dispõem as de acusação;"*. E, conforme o art. 8, 2, f, do Pacto de São José da Costa Rica, é "[...] *direito da defesa inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos*". E aqui se devem fazer algumas considerações.

Primeiro, após a EC 45/2004, e o novo § 3.º do art. 5.º da CF,[5] e depois de ampla discussão no STF,[6] é considerado que a norma que verse sobre direitos humanos aprovada no Congresso Nacional por quórum inferior ao de emenda constitucional, antes da vigência da EC 45/2004, é detentora de *status* supralegal – assim, tanto o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos quanto o Pacto de São José da Costa Rica são superiores à legislação ordinária (incluindo, por óbvio, o CPP) e estão abaixo da Constituição Federal.

Segundo, ambas as convenções não se referem ao contraditório – por influência dos países de *common law*, há referência apenas ao direito ao confronto –, o que tem um relevantíssimo impacto na jurisdição internacional dos direitos humanos, pois apenas as violações às convenções podem ensejar denúncias ou queixas nas cortes internacionais (a exemplo do colocado no art. 44 do Pacto de São José da Costa Rica).

Terceiro, como tais convenções tratam de garantias individuais e têm *status* supralegal, elas são cláusulas pétreas em nosso ordenamento, nos termos dos arts. 5.º, §§ 2.º e 3.º, e 60, § 4.º, IV, da CF – portanto, o direito ao confronto é cláusula pétrea.

Além disso, vários dos elementos que compõem o direito ao confronto já estão previstos no Código de Processo Penal: o art. 204 prevê a oralidade; os arts. 217, 260 e 261, a presença do acusado e de seu defensor; o art. 212, a presença do juiz do mérito da causa; o art. 203, o compromisso de verdade às testemunhas; os arts. 203 e 205, o direito de o acusado saber a identidade das fontes de provas orais; e o art. 212, o *cross examination* – a inquirição cruzada na produção da prova testemunhal.[7]

Após vistas toda a importância e a recepção do instituto do direito ao confronto no Brasil, considerando-se que ele é garantia fundamental, deve existir uma releitura do direito ao confronto para que ele não seja mais apenas técnica de produção de prova exclusivamente oral: é urgente o entendimento de que ele deve ser expandido e aplicado em todos os meios de prova. Não estamos mais no século XVI, a tecnologia evoluiu gigantescamente e, consequentemente, os meios de investigação e de produção de prova; negar o direito ao confronto nos demais meios probatórios é romper com a paridade de armas, amputar a defesa e deslegitimar a atuação da jurisdição democrática.

3.1 Implicações da releitura da aplicação do direito ao confronto no Brasil

3.1.1 O direito ao confronto e a cadeia de custódia

Em julgamento histórico no STJ,[8] decidiu-se que os elementos de prova devem ser preservados para poderem proporcionar o exercício da defesa de maneira ampla na fase processual. Ora, no exercício dos métodos ocultos é impossível o seu confrontamento, tanto por serem em sua maioria sigilosos em fase investigativa quanto por não contarem com a participação da defesa. Então, qual a solução para se legitimar um processo penal no Estado Democrático de Direito ante meios ocultos que produzem provas sem ampla defesa?

A resposta foi dada pelo próprio STJ e por **Geraldo Prado** em obra específica dedicada ao tema:[9] a solução é a proibição da quebra da cadeia de custódia dos elementos de prova, com a declaração de nulidade de toda prova que tenha sido instrumentalizada com posterior destruição de seus elementos, seja por boa-fé ou por má-fé.

No processo penal democrático, a participação da defesa é *conditio sine qua non* de legitimidade, não existem provas exclusivas da acusação, todas as provas são do processo, e aqui o direito ao confronto – em sua releitura – é aplicável: o acusado tem o direito de confrontar todos os elementos de prova e argumentos da acusação; para tanto, é fundamental a preservação da cadeia de custódia dos elementos de prova e, somente assim, as questões complexas podem ser sujeitas a novas perícias requeridas pela defesa para confrontamento com o que tenha sido colocado pela acusação. Na afirmação da paridade de armas, à defesa deve ser dada a oportunidade de exercer seu papel de confrontador de tudo o que for colocado pela acusação; no caso de quebra da cadeia de custódia, o único caminho, em respeito ao processo democrático, é a declaração de nulidade de todas as provas irrepetíveis e as delas decorrentes feitas sem o procedimento de produção antecipada de provas (art. 156, I, do CPP).

Se o elemento de prova não pode ser confrontado, a sua instrumentalização por qualquer meio de prova é viciada e deve ser sancionada com a nulidade.

3.1.2 A identidade do agente infiltrado na lei de organizações criminosas

Outro ponto relevante e relacionado ao direito ao confronto é a identidade do agente infiltrado na lei de organizações criminosas. O art. 12, § 2.º, da Lei 12.850/2013 diz que "[...] *Os autos contendo as informações da operação de infiltração acompanharão a denúncia do Ministério Público, quando serão disponibilizados à defesa, assegurando-se a preservação da identidade do agente*".

Se se interpretasse o dispositivo literalmente, a ofensa ao direito ao confronto seria absurda: pois o acusado, não sabendo quem é o agente, não poderia sequer contraditar o agente policial por impedimento ou suspeição, por exemplo, quanto mais questioná-lo adequadamente em audiência; o que ensejaria na nulidade da utilização do acervo produzido pelo agente infiltrado por ofensa direta ao direito ao confronto – juntamente aos princípios a ele relacionados da paridade de armas e da ampla defesa.[10]

Portanto, é impossível a vedação da identidade do agente infiltrado ao acusado, em cumprimento ao direito ao confronto. A vedação posta no art. 12 deve ser entendida como aplicável à mídia e ao povo em geral, mas nunca ao réu.

4. Conclusão

Por tudo o exposto, conclui-se que o direito ao confronto, de origem anglo-saxã, é inicialmente técnica de produção de prova oral apta a aumentar a participação do acusado e a credibilidade da prova e que, em acordo com a paridade de armas, o instituto do direito ao confronto deve passar por uma releitura de modo que seja aplicado não só nos meios de prova oral, mas em todos os meios de prova; e, no caso dos meios ocultos, pelo confrontamento na produção da prova ser impossível, deve ser proibida a quebra da cadeia de custódia da prova, proporcionando ao acusado na fase judicial o confrontamento de todos os elementos de prova e argumentos da acusação por meio de novos atos probatórios, como as perícias, no esclarecimento das questões do caso penal.

Notas

(1) Malan, Diogo Rudge. *Direito ao confronto no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 62-63.

(2) No original: "*In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right […] to be confronted with the witnesses against him*".

(3) Malan, Diogo Rudge. *Direito ao confronto no processo penal.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 78.

(4) Ramos, João Gualberto Garcez. *Curso de processo penal norte-americano*. São Paulo: RT, 2006. p. 65-74.

(5) "*Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.*"

(6) Vide no STF, R*HC* 79.785/RJ e RE 466.343/SP.

(7) Malan, Diogo Rudge. *Direito ao confronto no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 90.

(8) STJ, 6.ª T., *HC* 160.662/RJ, Rel. Min. Assusete Magalhães, *DJ* 17.03.2014.

(9) Prado, Geraldo Luiz Mascarenhas. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos*: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. Madrid: Marcial Pons, 2013.

(10) João Gualberto Garcez Ramos aponta que, nos EUA, mesmo a identidade dos informantes dos policiais deve ser revelada em favor da defesa (*Curso de processo penal norte-americano*. São Paulo: RT, 2006. p. 148.) E o Tribunal Europeu de Direitos do Homem, no caso Ruiz-Mateos contra *Espanha*, garantiu o direito de conhecimento e a possibilidade de confrontamento por qualquer parte dos elementos de prova produzidos pela outra: 1993, § 63.

Marcus Vinícius Pimenta Lopes
Mestrando em Direito Processual pela
Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.
Bacharel em Direito pela Pontifícia
Universidade Católica de Minas Gerais.
Advogado criminalista.

A criminalização do enriquecimento ilícito dos agentes públicos sugerida pelo Ministério Público Federal e o princípio da presunção de inocência

Pedro Augusto de Padua Fleury

O pacote "anticorrupção" lançado em campanha do Ministério Público Federal[1] traz algumas medidas destinadas – segundo seus idealizadores – "*ao aperfeiçoamento do sistema jurídico, de modo a reprimir a corrupção e a impunidade no Brasil*".

Entre essas medidas chama a atenção a proposta de criminalização do enriquecimento ilícito dos agentes públicos, tipificação que consta, inclusive, no parecer da Comissão Temporária de Estudo da Reforma do Código Penal (Relator Senador **Pedro Taques**). O texto sugerido pelo MPF é:

"*Art. 312-A. Adquirir, vender, emprestar, alugar, receber, ceder, possuir, utilizar ou usufruir, de maneira não eventual, bens, direitos ou valores cujo valor seja incompatível com os rendimentos auferidos pelo servidor público, ou por pessoa a ele equiparada, em razão de seu cargo, emprego, função pública ou mandato eletivo, ou auferidos por outro meio lícito:*

Pena – prisão, de 3 (três) a 8 (oito anos), e confisco dos bens, se o fato não constituir elemento de crime mais grave".

Nesses moldes, num passar de olhos pelo tipo penal apresentado, podemos constatar que, se existir discrepância entre os bens do servidor público e seus rendimentos, poderá haver sua condenação, sem que ao menos se comprove a ilicitude da origem dos bens. Ou seja, o servidor público é que tem que comprovar a licitude no incremento de seu patrimônio para não ser condenado, cabendo à acusação a simples indicação da discrepância.

Em que pese o julgamento do *HC* 126.292 pelo STF – que declarou constitucional a execução antecipada da pena após o julgamento de segundo grau –, ainda existe a previsão do princípio da presunção de inocência na Constituição da República e, enquanto não acabarem de vez com tal dispositivo, ele ainda deve ser observado e respeitado.

A conhecida (mas atualmente esquecida) previsão desse princípio, tão caro ao Estado Democrático de Direito, vem insculpida no art. 5.º, inciso LVII: "*ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*".

Maurício Zanoide de Moraes,[2] em primorosa obra acerca do tema, assenta: "*A função da presunção de inocência é servir de eixo estrutural de um processo penal a ser feito conforme ao determinado pela Constituição.*

Sua posição central explica-se na medida em que ela representa uma maneira de compreender, administrar e constituir um sistema processual penal para o qual o indivíduo, já no início da persecução, é inocente e assim deve ser considerado e tratado até que o Judiciário tenha a certeza e declare de modo definitivo a sua culpabilidade, com base em conjunto probatório incriminador mínimo e lícito.

É um 'princípio-cardinal' do processo penal apto a orientar toda a conformação legal de um novo sistema porque, como já referido, representa a idéia síntese da área criminal (penal e processual penal) advinda da intersecção formada pelos princípios da igualdade, do respeito à dignidade da pessoa humana e do Estado Democrático do Direito. Ideário que informa e orienta a formação e aplicação de todos os atos da persecução penal, uma vez que um cidadão sempre estará submetido à constrição estatal desde o primeiro ato persecutório até à sua conclusão definitiva e, ainda, em âmbito revisional".

Nesse sentido, ensinam os Professores **Gomes Canotilho** e **Vital Moreira**[3] que as consequências desse instituto constitucional se concretizam por meio das seguintes garantias: "(a) *proibição de inversão do ónus da prova em detrimento do arguido;* (b) *preferência pela sentença de absolvição contra o arquivamento do processo;* (c) *exclusão da fixação da culpa nos despachos de arquivamento;*

(d) não incidência de custas sobre o arguido não condenado; (e) proibição da antecipação de verdadeiras penas a título de medidas cautelares (cfr. AcTC n. 198/90); (f) proibição de efeitos automáticos da instauração do procedimento criminal; (g) natureza excepcional e de última instância das medidas de coação, sobretudo as limitativas ou proibitivas da liberdade; (h) princípio 'in dubio pro reo', implicando a absolvição em caso de dúvida do julgador sobre a culpabilidade do acusado".

O tema "enriquecimento ilícito dos agentes públicos" – sob o aspecto da presunção de inocência – tem como um dos aspectos mais relevantes a questão de o ônus da prova ser sempre da acusação, a ela incumbindo descrever os fatos criminosos e obter provas por meio lícito que concretizem a culpa do acusado, levando-as ao processo da maneira em que a lei preceitua.

"En ese sentido, tomando en consideración que el contenido esencial del derecho a la presunción de inocencia comprende que la carga de la prueba corresponde a quien acusa, sin nadie esté obligado a probar su propia inocencia, las disposiciones constitucionales y legales a las que se ha hecho referencia, imponen al Estado por órgano del Ministerio Público la carga de prueba."[4]

No entanto, da simples leitura do tipo penal sugerido pelo MPF, parece-nos que há imposição ao acusado do ônus de provar que seu incremento patrimonial foi legítimo, desincumbindo a acusação de provar que o funcionário público enriqueceu de maneira *ilícita*.

Não basta que o funcionário tenha aumentado seu patrimônio de forma não condizente com seus rendimentos. Para que haja a imputação do tipo penal em estudo é imprescindível seja o enriquecimento *ilícito*, isto é, proveniente de atividade delituosa.

É relevante perceber que o próprio título do tipo penal – "enriquecimento ilícito" – dá conta de que não basta que o aumento patrimonial seja proveniente de atividade lícita. Mais do que isso, o preceito primário do crime prevê que a conduta do agente só será considerada criminosa se houver incremento de bens *"cujo valor seja incompatível com os rendimentos auferidos pelo servidor público, ou por pessoa a ele equiparada, em razão de seu cargo, emprego, função pública ou mandato eletivo,* ou auferidos por outro meio lícito" (grifamos).

Desta feita, a incongruência patrimonial necessariamente deve ser analisada sob dois prismas: 1) incompatibilidade com os rendimentos do funcionário público; 2) não tenha advindo de atividade lícita. Assim, para que a acusação possa imputar o delito, sob a segunda ótica, é mister seja produzida prova da conduta delituosa antecedente.

Exatamente esse elemento do crime – enriquecimento consequente de delito – é indispensável que seja comprovado pela acusação não só para fins de configuração típica, mas também para que a presunção de inocência seja respeitada e para que o tipo ganhe *status* de constitucionalidade.

A mera presunção de que o arguido tenha enriquecido de forma não condizente com seus rendimentos pode trazer consequências odiosas, com aplicação equivocada e injusta do Direito Penal. Trata-se de um delito de "mera suspeita",[5] ou seja, não se pune o agente pelo que ele fez, mas pela mera suspeita de ter feito, no caso, de ter praticado ilícitos penais e enriquecido por causa disso.

O grande perigo da tipificação da forma colocada pelo MPF é a eventual punição em casos em que há licitude na conduta que gerou o acréscimo de seus bens e, por uma razão ou por outra, o acusado não quer revelar.

Podemos pensar, por exemplo, num aumento patrimonial pela prática de jogo. Imaginemos que o investigado ganhe alguns milhares de reais apostando em cavalos. Entretanto, como sua religião não permite contato com qualquer espécie de jogo, ele prefere não revelar a origem de seu aumento de bens para não sofrer sanções do líder de sua crença e não perder o prestígio perante sua comunidade religiosa.

A partir do momento em que o acusado é obrigado a se justificar, sem que a acusação tenha provado qualquer espécie de crime antecedente, há clara afronta ao art. 5.º, inciso LVII, da Carta da República.

Em suma, aceitar a tipificação penal do enriquecimento ilícito não é só ferir de morte a Constituição Federal, mas também atestar a ineficiência e a incompetência estatal. Na medida em que não consegue identificar o crime principal – visando à sanção a qualquer custo, mesmo que inconstitucional –, pune a mera presunção de que o funcionário público tenha cometido crime, de modo que a proposta do Ministério Público Federal é absolutamente incompatível com o princípio da presunção de inocência.

Notas

(1) Disponível em: <http://www.combateacorrupcao.mpf.mp.br/10-medidas/docs/medidas-anticorrupcao_versao-2015-06-25.pdf>. Acesso em: 29 fev. 2016.

(2) *Presunção de inocência no processo penal brasileiro*: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 358-359.

(3) Constituição da República Portuguesa anotada. Coimbra, v. 1: 2007, p. 518. In: Portugal. Tribunal Constitucional, Acórdão 179/2012. Rel. Conselheiro José da Cunha Barbosa, Lisboa, j. 04042012. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20120179.html>, p. 15. Acesso em: 29 fev. 2016.

(4) Salas, Marco Antonio Medina. Consideraciones sobre la inconstitucionalidad del delito de enriquecimiento ilícito. Capítulo Criminológico: *Revista de las Disciplinas del Control Social*, Maracaíbo, v. 37, n. 1, p. 149, jan.-mar. 2009.

(5) Godinho, Jorge A. F. Do crime de riqueza injustificada. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Macau*, ano XI, n. 24, p. 27-31, 2007.

Pedro Augusto de Padua Fleury
Pós-graduado em Direito Penal Econômico e Europeu pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra/IBCCRIM.
Advogado.

Emendando o Código de Processo Penal para readaptar a *emendatio libelli*: a hora é agora; o novo CPC é o caminho!

Franklyn Roger Alves Silva

I – Introdução

Na chegada dos oito anos da sanção da Lei n. 11.719/2008, que tratou da reforma dos procedimentos no Código de Processo Penal, um tema que foi alterado em seu texto, mas não acompanhou as ponderações doutrinárias se refere à *emendatio libelli*.

A reforma processual caminhou pela metade, já que o legislador promoveu significativa alteração no art. 384, reformulando a redação da *mutatio libelli* para atender à majoritária crítica da doutrina e da jurisprudência produzida em prol da interveniência judicial na titularidade da acusação.[1]

A construção da tese apta a influenciar na definição jurídica do fato, ficou relegada à interpretação jurisdicional. Temos hoje um art. 383 do CPP que estabelece ao juiz a possibilidade de atribuir definição jurídica diversa, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave

ao fato. Tal norma decorre das máximas *nihil tibi factum dabo tibi ius* e *iura novit curia*, que exprimem o dever do réu de se defender apenas dos fatos, pois cabe ao juiz conhecer e dizer o direito.

A concepção do que se entende pela expressão *definição jurídica*, constante do art. 383, deve ser buscada à luz do art. 41 do CPP, que enumera os requisitos essenciais da denúncia ou queixa, ao exigir a capitulação legal da infração praticada. Assim, configura-se a *emendatio libelli* sempre que houver uma alteração da classificação da figura típica, quando preservado o núcleo do fato delituoso.

O que o Código de Processo Penal propõe é que o réu se atenha a discutir os fatos articulados na denúncia, buscando, assim, demonstrar sua inocência ou real participação no crime, na medida de sua culpabilidade, não sendo dado ao juiz alterar os fatos contidos na denúncia, quando incidente a hipótese do art. 383 do CPP.

Infelizmente, nosso diploma processual, mesmo com as recentes reformas, não foi capaz de acompanhar a complexidade das demandas penais e a sofisticação das teses jurídicas. A atuação da acusação e da defesa exige um trabalho que se dedique ao cotejo do material probatório constante dos autos, a análise das questões processuais e, principalmente, do enfrentamento da adequação do direito material, inclusive a tipificação das condutas imputadas na denúncia, como aponta a doutrina.(2)

Quem melhor tratou da necessidade de se reconstruir a *emendatio libelli* à luz do princípio da correlação foi **Gustavo Badaró** que, ao prestigiar a ampla defesa e o contraditório, argumenta que seria necessário ao juiz, quando promovesse alteração na classificação do delito, submeter as partes ao contraditório a fim de se manifestarem sobre a nova classificação, evitando surpresas com a prolação da sentença.(3)

Apesar da qualidade dos argumentos lançados pelo processualista paulista, a realidade é que a aplicação do contraditório na *emendatio libelli* fica ao alvedrio do magistrado presidente da instrução. Seria possível revisitar esta temática e agregar novos argumentos à tese de **Badaró**, especialmente com a vigência do novo Código de Processo Civil?

II – *Emendatio libelli* em 2016 – Mais um caso em que o processo penal deve recorrer à disciplina processual civil (os princípios da cooperação, da vedação à decisão surpresa e ao contraditório como direito de influência)

Tivemos a oportunidade de criticar a omissão normativa do CPP(4) em outro estudo a respeito do princípio da correlação. Dando continuidade aos argumentos postos naquela breve reflexão, pretendemos agora uma reinterpretação da *emendatio libelli*, pautando-se na concepção do contraditório como possibilidade de influência e, especialmente, na redação revolucionária dos arts. 6.º ("*Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.*") e 10 do novo CPC ("*O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.*").

Atualmente não é possível mais se enxergar o contraditório como o direito de ciência e resposta à pretensão (binômio informação x reação). A efetividade do princípio passou a ser reconhecida por meio da garantia da informação, reação e influência, instalando-se um verdadeiro contraditório participativo.(5)

Partindo-se da premissa de que o princípio do contraditório deve expressar o próprio Estado Democrático de Direito e alcançar o aspecto de influência,(6) a possibilidade de as partes contribuírem de forma ativa na construção da decisão de mérito é medida que se impõe.

Tanto acusação quanto defesa técnica não só podem como devem participar, ou melhor, cooperar, na construção da qualificação jurídica adequada ao fato delituoso imputado na ação penal, posto que o contraditório é um princípio de qualquer processo, seja cível, penal, trabalhista etc.

Dentro da perspectiva de cooperação e influência impõe-se ao juiz o dever de clarificação e de consideração da contribuição das partes na relação processual. O diálogo do juiz com as partes, sempre que antever a possibilidade de utilização de fundamento ou qualificação jurídica reflete a construção de um processo democrático.

O art. 6.º do novo CPC inaugura um princípio ainda não digerido pela comunidade jurídica brasileira, o da cooperação processual das partes. Talvez no processo penal este princípio realmente mereça uma melhor depuração, especialmente pela posição ocupada pelo acusado na relação processual. No entanto, é inegável que, sob a ótica do contraditório, o princípio é plenamente aplicável e a defesa técnica deve ter a oportunidade de cooperar na identificação da qualificação jurídica adequada.

Ademais, quando o art. 10 do novo CPC adverte ao juiz a impossibilidade de prolação de decisão sem que as partes tenham a oportunidade de se manifestar, ainda que a matéria deva ser decidida de ofício,(7) parece-nos que o processo penal não deva seguir na contramão dessa regra.

O que se pretende evitar é a chamada "decisão-surpresa" e por isso o art. 10 do novo CPC inaugura, de acordo com os processualistas civis, um princípio de vedação da decisão surpresa.

Não pode o juiz, por ocasião da sentença e diante dos paradigmas aqui apontados, adotar qualificação jurídica diversa ao fato, sem oportunizar o debate entre as partes. Seja pela interrupção da fase decisória ou até mesmo durante a instrução processual, caberá ao juiz buscar esse diálogo com as partes e provocá-las a se manifestar sobre as impressões que elas possuem a respeito do seu entendimento, sem que isso signifique um pré-julgamento.

Se o direito adjetivo que trata de direitos disponíveis é tão avançado a ponto de prestigiar a influência das partes na decisão de mérito, o processo penal, instrumento estatal que lida com a liberdade do indivíduo, também deve assegurar igual garantia, aplicando-se a disciplina do Direito Processual Civil com suporte no art. 3.º do Código de Processo Penal.

Aliás, a observância do contraditório e do debate entre o juiz e as partes tornará desnecessário o aditamento no caso da *emendatio libelli*, razão pela qual divergimos da proposta de **Luis Gustavo Grandinetti**.(8) O contraditório que se faz necessário diz respeito à possibilidade de discussão de teses jurídicas, já que o núcleo fático descrito na denúncia permanece inalterado.

Cabe às partes apresentar fundamentos que justifiquem a pertinência ou não da adoção de determinado fundamento ou qualificação jurídica que, inclusive, passará a ser objeto de apreciação obrigatória e resposta na sentença, por força da necessidade de se aplicar o art. 489, IV, do novo CPC ("*não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador*") ao processo penal.

O tema é novo, provocador, e a doutrina processual penal não pode simplesmente fechar os olhos a essa nova realidade do Direito Processual Civil, restringindo suas observações e impressões ao "mais do mesmo".

Notas

(1) Hamilton, Sergio Demoro. *Estudos de processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

(2) "(...) *tal concepção – de que o acusado se defende apenas dos fatos imputados – não é de todo correta. Situações existem em que o erro da classificação do delito entranhado na denúncia ou queixa, pode provocar prejuízos à defesa e, consequentemente, a nulidade absoluta da sentença penal. A ampla defesa, para ser exercida em toda plenitude, implica permitir ao acusado a livre escolha do seu defensor, podendo eleger aquele que crê mais especializado na defesa técnica da infração, pelo qual é acusado, por exemplo.* (...) *Mais grave ainda ocorre, quando a acusação, para determinado tipo penal, possibilita meios defensivos não previstos para aquele considerado ao final da sentença.*" (Nucci, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 2. ed. São Paulo: RT, 2006. p. 621).

(3) Badaró, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Correlação entre acusação e sentença*. São Paulo: RT, 2000. p. 162.

(4) "*A nosso ver merece crítica a redação do art. 383 do CPP, pois verificando o juiz que os fatos narrados na denúncia não se amoldam ao tipo penal nela imputado, deveria oportunizar à defesa a possibilidade de se manifestar, pois bem ou mal, seus argumentos defensivos se fundaram no tipo penal apontado na denúncia*" (Silva, Franklyn Roger Alves. O princípio da correlação no processo penal à luz da Lei n. 11.719/08. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 5, p. 292-309, 2010).

(5) "*Hoje, exige-se um contraditório participativo, em que o juiz dialogue com as partes, e não apenas as escute. Ao expor suas opiniões ou os possíveis reflexos das alegações e das provas que estão sendo objeto de sua cognição, o juiz confere às partes a oportunidade de acompanharem o seu raciocínio e de influenciarem na formação do seu juízo, do seu convencimento*" (Greco, Leonardo. *Instituições de processo civil*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. v. I, p. 514).

(6) "*Nesse contexto, observamos que a compreensão do contraditório como direito de influência expressa a democracia deliberativa através do processo: a sociedade pode influir nos atos decisórios estatais através da argumentação discursiva e o contraditório é o princípio processual que materializa este procedimento*

dialógico, abrindo o palco jurisdicional para o debate pluralista e participativo" (Torres, Ricardo Lobo et al. *Dicionário de princípios jurídicos.* São Paulo: Elsevier, 2011. p. 200).

(7) "*Se não for conferida a possibilidade de a parte influenciar a decisão do órgão jurisdicional – e isso é o poder de influência, de interferir com argumentos, ideias, alegando fatos, a garantia do contraditório estará ferida. É fundamental perceber isso: o contraditório não se efetiva apenas com a ouvida da parte; exige-se a participação com a possibilidade, conferida à parte, de influenciar o conteúdo da decisão*" (Didier Jr., Fredie. *Curso de direito processual civil*. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v. I, p. 79).

(8) "*Decorrência da ampla defesa é, também, a similitude entre a acusação e a sentença condenatória, nos termos dos artigos 383 e 384 do Código, que tratam da emendatio libelli e da mutatio libelli. A desobediência a esses preceitos acarreta a nulidade processual. A crítica fica por conta da redação de ambos os dispositivos que carecem de uma interpretação sistemática. Por decorrência do princípio da correlação entre sentença e pedido, é indispensável, sempre, que o Ministério Público adite o pedido no caso de mutatio ou emendatio, bem como, em obediência ao princípio de ampla defesa, o réu se manifeste especificamente sobre o aditamento, devendo novamente ser citado e interrogado*" (Carvalho, L. G. Grandinetti Castanho de. *Processo penal e Constituição*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 154).

Franklyn Roger Alves Silva
Mestre e Doutorando em Direito Processual pela UERJ.
Professor da UCAM e da FESUDEPERJ.
Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro.

O problema da detração penal nas medidas cautelares alternativas à prisão: das lacunas aos descontos possíveis

Camile Eltz de Lima

A Lei 12.403/2011 criou uma sistemática de medidas cautelares alternativas à prisão, alterando substancialmente os dispositivos do Código de Processo Penal que disciplinavam a prisão processual e a liberdade provisória. O texto legal representou profunda alteração no tema, fundamentalmente, em razão de expressar que a prisão preventiva assume o *status* de *ultima ratio* e, portanto, só pode ser decretada quando não for possível sua substituição por outra medida cautelar prevista no art. 319 do Código de Processo Penal.

Ao instituir espécie de liberdade condicionada – desde que presente o binômio *adequação* e *necessidade* (art. 282 do Código de Processo Penal) –, o diploma legal, ao que se deduz, pretendeu diminuir o encarceramento provisório. Entretanto, tal redução não se fez efetiva nos pretórios nacionais, que, como é cediço, seguem a banalizar as prisões cautelares. Ao contrário de notarmos a esperada redução, percebemos o continuísmo do encantamento pelas prisões em massa na sociedade do punitivismo. Neste particular aspecto, observamos que os tribunais e as cortes superiores, ainda que de forma tímida e, algumas vezes, conservadora, vêm substituindo prisões por medidas cautelares alternativas ao cárcere.

Neste cenário, resta saber se, substituída a prisão processual por medidas cautelares, que, segundo adverte **Nereu Giacomolli**, "*mesmo diversas da prisão, produzem um constrangimento no imputado, uma limitação em seus direitos, embora de menor intensidade do produzido pelo recolhimento ao cárcere*",(1) caberá, em caso de sentença condenatória, aplicar o instituto da detração penal, descontando, assim, no tempo de pena a cumprir pelo agente, o período a que ficou submetido às regras da cautelaridade?

Em nosso juízo, o problema não encontra resposta na legislação. Não houve qualquer regramento sobre o assunto na Lei 12.403, o que impõe, como forma de suprir esta lacuna, uma revisitação hermenêutica do instituto da detração penal, atualizando-o com a nova realidade processual de índole constitucional, de forma a criar parâmetros de sua incidência em casos penais concretos.

A urgência na resolução dessa problemática se deve ao fato de que, há praticamente cinco anos da criação das cautelares pessoais, existem centenas de sentenças condenatórias, definitivas ou não, com condenados esperando a aplicação da detração de suas penas privativas de liberdade pelo cumprimento das medidas cautelares, sem, contudo, haver disciplina legal ou sólida orientação jurisprudencial sobre o tema. A questão é pertinente e atualíssima, na medida em que, em um dos casos de maior repercussão no país – Operação Lava Jato e suas dezenas de fases deflagradas –, há noticiada alteração no quadro das cautelares alternativas decretadas quando impostas sentenças condenatórias, especificamente, a supressão da medida de recolhimento domiciliar com tornozeleira eletrônica, pois "*tem ela o efeito colateral negativo de propiciar a futura detração da pena e a manutenção do recolhimento domiciliar por período recursal ainda incerto pode levar na prática a que o condenado cumpra toda a pena privativa de liberdade em recolhimento domiciliar*".(2)

Na tentativa de resolução da *questio*, recorremos à lição de **Cezar Bitencourt**, sublinhando que "*através da detração penal permite-se descontar, na pena ou na medida de segurança, o tempo de prisão ou de internação que o condenado cumpriu antes da condenação. Esse período anterior à sentença penal condenatória é tido como de pena ou medida de segurança efetivamente cumpridas*".(3) E, de acordo com o regramento vigente, as hipóteses previstas de desconto na pena privativa de liberdade são: prisão provisória, prisão administrativa e internação em casas de saúde. No ponto que interessa, segundo esclarece **Luiz Regis Prado**, "*a prisão provisória mencionada pela lei é a prisão processual, ou seja, a prisão que pode ocorrer previamente à sentença condenatória irrecorrível. Esse termo – 'prisão provisória' – deve ser interpretado de modo amplo, abarcando todas as medidas cautelares de restrição da liberdade*".(4)

Deixando de lado questões outras que, igualmente, impõem a atualização do instituto (por exemplo, a ausência de previsão quanto à possiblidade de detração quando não há nexo de causalidade entre o fato delituoso, a prisão provisória e a pena aplicada ou, ainda, a viabilidade de detração quando imposta pena restritiva de direitos), em nossa ótica, é bastante evidente que as medidas cautelares alternativas previstas no art. 319 do Código de Processo Penal impõem restrições à liberdade do indivíduo a ponto de se equivalerem à pena que priva a liberdade e, assim sendo, são passíveis de incidência da detração.

Assiste razão a **Gustavo Badaró**, quando refere que as medidas cautelares alternativas à prisão "*apresentam graus variados de restrição da liberdade de locomoção*".(5) De fato, no rol das medidas, encontramos desde o comparecimento periódico em juízo ou a proibição de frequentar determinados lugares até o extremo de decretar o recolhimento domiciliar noturno e a monitoração eletrônica. Assim, uma vez que as medidas previstas são diferenciadas na limitação de direitos, e algumas restringem em maior grau a liberdade, necessário haver compatibilização entre a medida cautelar e a espécie de pena imposta para fins de incidência do desconto. Neste espectro, se, por um lado, não se vislumbra possibilidade alguma de compensar a cautelar de fiança com a privação de liberdade imposta em sentença, por outro, infere-se, com serenidade interpretativa, a compatibilidade existente entre o recolhimento domiciliar e o monitoramento eletrônico com a privação de liberdade imposta em sentença.

Previu-se, no art. 319, inciso V, do Código de Processo Penal, a possibilidade de aplicar ao réu a cautelar de recolhimento domiciliar noturno e nos dias de folga, quando o investigado ou o acusado tenha residência e trabalhos fixos. Essa cautelar é bastante gravosa, pois atinge diretamente a liberdade de locomoção e impõe ao réu a obrigação de permanência no local em que reside no período da noite e nos dias em que goza de folga. Nessa hipótese, resta acertada a conclusão de **Eugênio Pacelli**, "*como se trata de medida de inegável gravidade, limitativa da liberdade de locomoção, ainda que somente em período noturno e nas folgas do trabalho, pensamos que o tempo de seu cumprimento deve ser levado à conta da detração da pena, como se tratasse de verdadeira prisão provisória, nos termos, portanto, do art. 42, do Código Penal*".(6)

E, se não há dúvidas da possibilidade de incidência do instituto da detração aos casos de recolhimento domiciliar, inquietudes permanecem no que diz respeito ao *quantum* de desconto: opera-se a compensação equivalente ao número de dias em que houve o cerceamento da liberdade ou ao número de horas devidamente recolhidas domiciliarmente?

Paulo Rangel, ao dispor sobre a possibilidade de detração no que tange a esta medida de extrema gravidade à liberdade de locomoção, assevera, com acerto, que "*se o magistrado determina que o preso permaneça recolhido domiciliarmente entre 22h00 a 06h00, de segunda a sexta-feira, e nos finais de semana e feriados de 00h00 às 06h00 e essa limitação dura o tempo de x meses, totalizando três meses de cerceamento à sua liberdade, deve esse tempo ser detraído de sua sanção penal definitiva, sob pena de grave violação ao princípio da individualização da pena*".(7)

Em nosso sentir, a solução para problemática pode ser resolvida a partir da aplicação das regras que tratam do regime aberto. O art. 36, § 1.º, do Código Penal dispõe que o apenado – que deve trabalhar, frequentar curso ou outra atividade autorizada – deverá recolher-se durante o período noturno e nos dias de folga. Veja-se, portanto, que o tratamento penal previsto é idêntico, quer estejamos tratando de medida cautelar, quer de pena e seu regime de cumprimento. Logo, não havendo previsão que discipline expressamente sobre horas de cumprimento do recolhimento noturno – seja domiciliar, seja em albergue, como há, por exemplo, no caso de cumprimento de pena restritiva de direitos de prestação de serviço à comunidade –, deve-se considerar, para efeitos de desconto na pena, o período de tempo de "dias", e não de "horas", em que ocorreu a restrição da liberdade.

No que diz respeito à cautelar de monitoração eletrônica do art. 319, inciso IX, do Código de Processo Penal, verifica-se, para além da discussão sobre a legitimidade do curioso e intrusivo olho vigiador do Estado, que "*a possibilidade de vigilância ininterrupta serve como tutela para risco de fuga e a prática de novas infrações. Ao permitir o permanente controle sob a circulação do acusado, também serve de útil instrumento para dar eficácia às demais medidas cautelares diversas*", como anota **Aury Lopes Júnior**.(8)

As finalidades a que se propõe não deixam margem para divergências quanto à possibilidade desta medida, uma vez imposta, ser compensada em futura sentença condenatória, independentemente de ser medida isolada ou cumulada com outra restritiva de mesma espécie. Além da indiscutível finalidade cautelar, sua essência demonstra a natureza inerente de restrição antecipada da liberdade, pois, em havendo monitoramento, a única certeza que se tem é a de que o indivíduo não goza de liberdade plena e absoluta, eis que permanentemente monitorado pelo Estado.

Concluindo, é visível que a sistemática trazida pela Lei 12.403/2011 foi salutar, na medida em que objetiva reduzir os drásticos efeitos negativos gerados àqueles que são encarcerados provisoriamente. Todavia, a ausência de previsão quanto à possiblidade ou não de compensação na pena de prisão aplicada, do período que o condenado restou submetido a tais medidas alternativas, conduz à necessidade de imediata reflexão e providências no tratamento da detração penal, sobretudo com a aplicação do instituto de forma favorável ao réu condenado.

Notas

(1) *Prisão, liberdade e cautelares alternativas ao cárcere*. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 101.

(2) Sentença proferida em 03.11.2015 pelo Exmo. Juiz Federal 13.ª Vara Federal de Curitiba/PR, nos autos da Ação Penal 5083401-18.2014.4.04.7000/PR.

(3) *Tratado de direito penal*: Parte geral. 20. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 1, p. 635.

(4) *Tratado de direito penal brasileiro*: Parte geral – Consequências jurídicas do delito. São Paulo: RT, 2014. v. 3, p. 154.

(5) Medidas cautelares alternativas à prisão – Comentários aos artigos 319-350 do CPP, na redação da Lei 12.403/2011. In: Gomes Filho, Antonio Magalhães [et al.]. *Medidas cautelares no processo penal*: Prisões e suas alternativas – Comentários à Lei 12.403, de 04.05.2011. São Paulo: RT, 2011. p. 207.

(6) *Curso de processo penal*. 18. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2014. p. 512.

(7) *Direito processual penal*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 914.

(8) *Direito processual penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 880-881.

Camile Eltz de Lima
Mestre em Ciências Criminais pela PUC-RS.
Professora de Direito Penal no CESUCA.
Advogada e Conselheira Estadual da OAB/RS.

Os reais efeitos da medida socioeducativa de internação para as adolescentes: um estudo no CASE Santa Luzia, Recife-PE

Milena Trajano dos Anjos

O presente artigo versa sobre pesquisa sociojurídica realizada no Centro de Atendimento Socioeducativo – CASE Santa Luzia – localizado na cidade do Recife, unidade da Fundação Socioeducativa de Pernambuco – Funase – que executa medida de internação de mérito, determinada por sentença, a adolescentes do sexo feminino. Fez-se uma análise da realidade empírica da medida socioeducativa de internação, procurando inserir na discussão teórica elementos vivenciados na pesquisa de campo, em que foi analisada a referida medida sob um prisma prático.

O objetivo foi compreender as reais consequências, em termos de subjetividade, da adolescente submetida à privação de liberdade. Se, de um lado, a Convenção Internacional dos Direitos da Criança e o Estatuto da Criança e do Adolescente ensejaram a doutrina da proteção integral, que idealiza crianças e adolescentes como sujeitos de direitos, e, por isso, veem a internação como medida excepcional decorrente da prática de ato infracional, de outro, põe-se em dúvida essa pretensão, dada a privação da liberdade à qual a juventude é submetida.

As trajetórias dessas adolescentes nos dão pistas do que se poderia definir como o contrassenso do Estatuto da Criança e do Adolescente, ao passo em que "em nome dos direitos da infância e juventude", destina a essas jovens as ditas "medidas socioeducativas", promovendo o confinamento daquelas consideradas "perigosas", isto é, uma ameaça à sociedade. O que acontece, na verdade, é que, em nome da

"proteção integral", ao longo do cumprimento da medida de internação, as adolescentes em conflito com a lei são colocadas em "masmorras especializadas",[1] eufemisticamente chamadas de "estabelecimentos educacionais", tendo seus direitos desrespeitados diariamente.

Os direitos fundamentais dessas adolescentes são frequentemente relativizados em nome de uma pretensa socioeducação, desejando-se "reinserir" essas jovens no convívio social fora dos muros das Unidades de Internação, contudo não se preocupando com o impacto subjetivo causado por essa medida "socioeducativa" na autopercepção da adolescente.

Nesse diapasão, imperioso reconhecer que a medida de internação contribui substancialmente para a construção do estigma de "criminosas" pelas adolescentes a ela submetidas, quando do impacto negativo da absorção deste rótulo em suas subjetividades. Para tanto, analisou-se a construção social da criminalidade à luz da teoria da reação social, ou *labeling approach*.

A criminologia crítica veio mostrar que o desvio e a criminalidade não são qualidades intrínsecas da conduta, mas uma etiqueta imposta a determinados sujeitos por meio dos complexos processos de interação social, isto é, dos processos formais e informais de definição e seleção. Por isso, é mais apropriado falar da criminalização e do criminalizado do que falar da criminalidade e do criminoso, pois o caráter criminal de uma conduta e a consequente atribuição de criminoso ao seu autor dependem dos processos sociais de "definição", que atribuem tal caráter a esta conduta, e de "seleção", que etiquetam um autor como delinquente, pois uma conduta não é criminal "em si", nem seu autor é um criminoso por concretos traços patológicos de sua personalidade.[2]

Ao impacto que este etiquetamento causa na identificação pessoal do indivíduo, dá-se o nome de estigma. Assim sendo, o estigma é um atributo que produz um amplo descrédito na vida do sujeito e, para os indivíduos estigmatizados, a sociedade reduz as oportunidades, não lhes atribuindo valor, promovendo a perda da identidade social por uma identidade deteriorada. Ou melhor, esse "defeito" atribuído pelos outros, que ele incorporou, o faz, em alguns momentos, concordar que ele, na verdade, seria inferior ao que realmente deveria ser.[3]

Pelo método etnográfico, realizado no período de dois meses, e entrevistas livres, buscou-se compreender a realidade da socioeducação no âmbito subjetivo das adolescentes e a relação que estabelecem entre si. Com um caráter preponderantemente qualitativo, a etnografia vem sendo usada para definir um estudo de fenômenos antropológicos a partir de uma pesquisa em que o investigador participa ativamente no campo objeto da análise e permite captar determinados aspectos da dinâmica das relações urbanas que passariam despercebidos às visões estatísticas, focadas preponderantemente em números.

O objetivo principal é buscar entender o que as adolescentes apreendem ao perceberem o que acontece em seus mundos a partir do início do cumprimento de uma medida socioeducativa de internação e até que ponto isso vai interferir interna e externamente em suas vidas e em suas percepções sobre si mesmas.

As meninas relatam que é horrível estar em medida de internação e a denominam prisão. Afirmam que os agentes socioeducativos (ASES) não gostam delas e não as deixam fazer nada. Querem que elas fiquem trancadas no quarto o dia inteiro, não querem que elas fiquem no espaço de visitas, não façam barulho, não brinquem, não criem qualquer tumulto... enfim, elas não podem ser o que são: adolescentes!

Com o intuito de conseguirem benefícios como sair para o *mundão*, como chamam o mundo fora das grades, seja para realizar os cursos profissionalizantes, seja para realizar quaisquer outras atividades, as meninas vestem uma "máscara", e sabem que têm que se "comportar" da maneira como os ASES querem, senão não conseguem sair, o que para elas é uma grande conquista. Assim, ao instituírem essa fachada, as adolescentes tentam se "moldar" ao desejo dos agentes socioeducativos, e aquelas que resistem a essa padronização de comportamento são consideradas "rebeldes", "complicadas" ou "perigosas", e acabam não obtendo os benefícios da saída, bem como outros e, quiçá, acabam levando mais tempo no cumprimento da medida de internação.

Consequentemente, o custo de toda essa encenação é muito caro para essa adolescente, uma vez que, ao fazer o papel de comportada com o intuito de receber benefícios como saídas, ela está cada vez mais mortificando seu eu, sua subjetividade, adentrando num padrão, para "ser aceita". É bastante visível nas adolescentes como elas absorvam essa imagem de que "são erradas" e de que entraram para o "mundo errado", por isso estão na "prisão", termo como se referem constantemente à medida de internação. O impacto da medida de internação em suas autopercepções se revela na desvalorização com que se referem a si mesmas.

Ao se referirem ao Centro de Atendimento Socioeducativo como "prisão", à medida de internação como "pena", a si mesmas como "presas", as adolescentes demonstram claramente como absorveram o papel de "criminosas". É a clara manifestação do *role-engulfment*.[4] Na medida em que se autorrepresentam como "bandidas", é a clara manifestação de que o papel de delinquente assumiu o primado e assim se iniciou a carreira infracional. Neste sentido, pronunciou-se em consonância quando, em conversa com uma adolescente, esta confidenciou*: "Entrei aqui por tráfico, aí passei sete meses e fui pro mundão, aí fui inventar de roubar, e vim parar aqui de novo*".

Ao serem submetidas pelas cerimônias degradantes de passar por um processo, culminando em sua internação numa instituição fechada, as adolescentes têm fortemente atingida sua autoestima, acarretando na perda de sua identidade e na perda de seus valores e pertences, pois a sua identidade prévia será substituída pela imagem de delinquente que lhe fora atribuída e que absorveu. Na medida em que a adolescente, degradada pelo processo de estigmatização, se conforma com o estigma, quando da vivência na internação no CASE Santa Luzia, instituição total por natureza, passando a assumir o papel que dela se espera, configura-se aí o abandono da autonomia pessoal, ou seja, ela acaba tendo seu eu aniquilado, o que acarreta a mortificação de sua subjetividade.[5]

O início da derrota do ser humano se configura quando o processo de estigmatização se cumpre "com sucesso", como, segundo **Goffman**, uma *profecia-que-cumpre-a-si-mesma*, resultando no abandono da autonomia pessoal, ou seja, ela acaba aniquilando seu eu, acarretando na mortificação da pessoa.[6]

A conclusão que se impõe é de que depois da medida de internação (que segundo o ECA teria propósito educativo), a identidade da adolescente jamais será a mesma. Ao ser apreendida e "encarcerada", afeta-se drasticamente a autoimagem da adolescente, de forma tal que quase todas as referências que as internas fazem sobre si mesmas envolvem o termo "presas".

Diante desse contexto, agora mais do que nunca, a expressão "medida socioeducativa" aparece como algo extremamente inapropriado, quer porque essa medida de "socialização" ocorre por meio da segregação do próprio convívio social, quer porque o viés educativo é inexistente. A socioeducação supostamente pretende preparar a adolescente para ser reinserida no convívio social, porém é inviável sequer imaginar como esse resultado seria obtido, dado que a medida de internação priva a jovem de sua liberdade e quer inseri-la num "padrão" que termina acarretando a gradativa degradação de sua subjetividade.

Dessa maneira, não tem como se dizer que a medida de internação atenda minimamente aos princípios da doutrina da proteção integral... Muito pelo contrário, é assustador o abismo entre a expectativa apresentada pelo ECA e a realidade da vivência da medida.

Notas

(1) Rosa, Alexandre Morais da; Lopes, Ana Cristina Brito. *Introdução crítica ao ato infracional*. Princípios e garantias constitucionais. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 321.

(2) Andrade, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica*: do controle da violência à violência do controle penal. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, p. 205.

(3) Goffman, Erving. *Estigma*: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. 4. ed. Rio de Janeiro: Ed. Guanabara, 1988. p. 17.

(4) Erikson, Erik H.; Erikson, Kai T. The Confirmation of the Delinquent. *Chicago Review*, v. 10, n. 4 (Winter, 1957), p. 15-23. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/25293266>. Acesso em: 20 maio 2015.

(5) Bacila, Carlos Roberto. *Estigmas: um estudo sobre os preconceitos*. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 39-40.

(6) Goffman, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. 6. ed. Trad. Dante Moreira Leite. São Paulo: Perspectiva, 1999. p.16.

Milena Trajano dos Anjos
Mestranda em Direito na Universidade Católica de Pernambuco.

ANO 24 - Nº 283 - JUNHO/2016 - ISSN 1676-3661



PÓS-GRADUAÇÃO

IBCCRIM - COIMBRA

9ª Edição

DIREITO PENAL ECONÔMICO

QUANDO?

Aulas de 10 de agosto a 25 de novembro de 2016

ONDE?

AASP - Rua Álvares Penteado, 151 Centro, São Paulo – SP ou pela internet (modalidade a distância)

Às quartas, quintas e sextas-feiras, das 19h às 22h*

AULAS PRESENCIAIS OU A DISTÂNCIA

PROFESSORES CONFIRMADOS

NACIONAIS

- ALBERTO ZACHARIAS TORON (SP)
- ANTENOR MADRUGA (DF)
- ANTONIO SÉRGIO DE MORAES PITOMBO (SP)
- CEZAR ROBERTO BITENCOURT (DF)
- DAVI TANGERINO (SP)
- EDUARDO SAAD DINIZ (SP)
- FÁBIO ROBERTO D'AVILA (RS)
- FERNANDA REGINA VILARES (SP)
- GIOVANI SAAVEDRA (RS)
- JOÃO DANIEL RASSI (SP)
- LEANDRO SARCEDO (SP)
- MARCELO ALMEIDA RUIVO (RS)
- MARCELO COSTENARO CAVALI (SP)
- MARCELO LEONARDO (MG)
- MARLUS ARNS (PR)
- MARTA SAAD (SP)
- PIERPAOLO CRUZ BOTTINI (SP)
- RAFAEL DE SOUZA LIRA (SP)
- RENATO MELO JORGE SILVEIRA (SP)
- RODRIGO DE GRANDIS E GUSTAVO BADARÓ (SP)
- VINICIUS GOMES DE VASCONCELLOS (RS)

INTERNACIONAIS

- ANABELA MIRANDA RODRIGUES (COIMBRA)
- CLÁUDIA CRUZ SANTOS (COIMBRA)
- JORGE DE FIGUEIREDO DIAS (COIMBRA)
- MANUEL DA COSTA ANDRADE (COIMBRA)
- MARIA JOÃO ANTUNES (COIMBRA)
- SUSANA AIRES DE SOUSA (COIMBRA)

*Com base no Horário de Brasília. Válido para as modalidades presencial e a distância.

Inscrições abertas!
www.ibccrim.org.br/dpe2016

REALIZAÇÃO

IBCCRIM

idpee INSTITUTO DE DIREITO PENAL ECONÔMICO E EUROPEU

APOIO

AASP Associação dos Advogados São Paulo | Desde 1943

OAB COMISSÃO DE DIREITO PENAL EMPRESARIAL

INSTITUTO EDUARDO CORREIA