ANO 25 - Nº 293 - ABRIL/2017 - ISSN 1676-3661

Boletim IBCCRIM

Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

www.ibccrim.org.br

EDITORIAL

Desencarceramento em massa

O início de 2017 foi marcado por cenas trágicas de mais uma rebelião no sistema penitenciário brasileiro. Apenas nas duas primeiras semanas do ano, ao menos 126 presos foram mortos em conflitos entre facções criminosas ou perseguições policiais no Amazonas, na Paraíba, em Roraima, no Rio Grande do Norte e no Paraná.

Não se trata, evidentemente, de novidade: a história de nossas prisões é a história de sua crise. Propostas de reforma também são recorrentes. Há mais de 40 anos, uma CPI sobre o sistema carcerário foi instalada na Câmara dos Deputados, e concluiu que as prisões brasileiras eram "*ambientes de estufa em que a ociosidade é a regra* (...)*; tipo de confinamento promíscuo, definido alhures como 'sementeira de reincidência', dados seus efeitos criminógenos*".[(1)] Hoje, diversas alterações legais e duas CPIs depois, a aposta na prisão como resposta preferencial do sistema de justiça criminal não foi revertida, mas apenas reforçada.

Os mais de 600 mil presos e presas no Brasil se amontoam em pouco mais de 370 mil vagas – uma taxa de ocupação de 161%.[(2)] Nessas condições, falar em ressocialização é uma ironia de mau gosto: é simplesmente impossível desenvolver programas de educação, profissionalização ou mesmo garantir um mínimo de dignidade às pessoas submetidas à custódia estatal. A realidade que se impôs é bem diversa: facções criminosas surgiram como forma de resistência à violência estatal e, hoje, efetivamente controlam os estabelecimentos prisionais, organizando a delinquência e disputando influência dentro e fora do cárcere.

Há vários anos são formuladas alternativas legais para dotar o sistema jurídico-penal de ferramentas mais criativas e eficazes do que o simples encarceramento. A própria edição da Lei de Execução Penal, bem como da Parte Geral do Código Penal, em 1984, tiveram esse objetivo. Nos anos seguintes, a ampliação das possibilidades de substituição da pena de prisão por restritiva de direitos e a multiplicação das hipóteses e modalidades de medidas cautelares diversas da prisão são apenas algumas das alterações legais que tiveram como objetivo reduzir o ritmo do encarceramento no país. Contudo, o movimento segue em sentido contrário: o Brasil tem a quarta população carcerária do mundo, sendo o único desse grupo cuja taxa de encarceramento segue crescendo.

Este Instituto tem denunciado, desde a sua fundação, as mazelas desse estado de coisas. Mas ainda persiste a visão majoritária que aposta na punição em geral – e na pena de prisão, em particular – como forma de solucionar os problemas mais complexos da sociedade. Isso significa que o primeiro desafio é consolidar um consenso mínimo na sociedade no sentido de que o superencarceramento não é uma solução, mas sim um grande problema.

Reconhecido o problema, é preciso identificar as soluções adequadas. Desde o começo do ano, o agravamento da crise penitenciária levou uma série de entidades e movimentos sociais a apresentar uma agenda efetiva de reforma do sistema penitenciário.

O IBCCRIM participou de articulação com a Associação Juízes para a Democracia (AJD), o Centro de Estudos em Desigualdade e Discriminação (CEDD) e a Pastoral Carcerária Nacional, elaborando anteprojetos de lei destinados a racionalizar a legislação penal, processual penal e de execução penal, a fim de enfrentar o superencarceramento como um problema sério. As propostas aumentam a exigência para que a prisão seja decretada e equilibram as penas cominadas aos crimes que estão mais representados nos cárceres brasileiros – na sua grande maioria, crimes patrimoniais cometidos sem violência.

O Instituto de Defesa do Direito de Defesa e a Conectas Direitos Humanos apresentaram medidas urgentes para reduzir a superlotação carcerária. No início de março, o deputado federal Wadih Damous apresentou 11 projetos de lei destinados a atualizar a legislação e reverter a tendência explosiva que vivemos hoje.

A preocupação não é de hoje. O próprio IBCCRIM foi criado logo depois de um dos maiores massacres prisionais do país, o do Carandiru, em 1992. E, desde 2013, um grupo de organizações articuladas pela Pastoral Carcerária, Mães de Maio e Justiça Global tem buscado pautar uma agenda com propostas de desencarceramento.

Sabemos que alterações legislativas não são suficientes para a transformação do estado de coisas inconstitucional[(3)] em que vivemos. Diversas mudanças ao longo dos anos não foram capazes de inverter a cultura encarceradora do sistema de justiça, que tão somente replica a ansiedade punitiva da sociedade. Mas a mudança de verdade, que é sobretudo cultural, depende de um impulso político que poderá vir da união de forças em torno desse conjunto de medidas e de esforços.

É preciso reconhecer que um dos principais problemas brasileiros só será resolvido com o desencarceramento em massa.

Notas

(1) Relatório final da CPI do Sistema Carcerário. Diário do Congresso Nacional, Seção I, 04.06.1976, Suplemento, p. 61.

(2) Fonte: Infopen 2014.

(3) "Estado de coisas inconstitucional" é uma expressão usada na petição inicial da ADPF 347.

| Caderno de Doutrina

Supremo Tribunal Federal e critérios para indicação de seus membros
Martonio Mont'Alverne Barreto Lima ____ 2

O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP)
Diogo Malan e Fernanda Vilares ____ 4

Injustiça alimentar, regulação e *compliance*: expectativas da Carne Fraca
Eduardo Saad-Diniz ____ 6

O juiz da execução penal em tempos de ódio
Luís Carlos Valois ____ 7

Encarceramento em massa e a tragédia prisional brasileira
Giane Silvestre e
Felipe Athayde Lins de Melo ____ 8

Um convite ao debate: como o FUNPEN pode aperfeiçoar o Sistema Penitenciário Brasileiro?
Alynne Nayara Ferreira Nunes ____ 11

Penas infamantes no Direito Penal Empresarial brasileiro: pressupostos para uma análise de constitucionalidade
Marcelo Almeida Ruivo ____ 13

Tribunal de exceções
Theodoro Balducci de Oliveira ____ 15

O sistema socioeducativo brasileiro e o garantismo de Ferrajoli: uma análise de compatibilidade
Rafael Barros Bernardes da Silveira ____ 16

A problemática da oitiva informal de adolescente acusado de ato infracional e a audiência de custódia como proposta de adequação procedimental à Constituição
Lara Maria Tortola Flores Vieira e
Carlos Cristiano Meneguini de Oliveira ____ 18

| Caderno de Jurisprudência

| JURISPRUDÊNCIA ANOTADA
Superior Tribunal de Justiça ____ 2013

Do direito à convivência familiar e da limitação legal à punição: e se a Constituição entrasse no cárcere?
Verônica dos Santos Sionti

Desacato e controle de convencionalidade: a decisão do STJ no Recurso Especial 1.640.08
Alexandre Morais da Rosa

| O DIREITO POR QUEM O FAZ
Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina ____ 2016

| JURISPRUDÊNCIA
Supremo Tribunal Federal ____ 2017
Superior Tribunal de Justiça ____ 2018
Tribunais de Justiça ____ 2020

ADPF 395 (constitucionalidade do art. 260 do CPP): pedido de ingresso do IBCCRIM como *amicus curiae*

No dia 14 de março de 2017, o IBCCRIM foi admitido como *amicus curiae* na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 395, pela qual se questiona a constitucionalidade do art. 260 do Código de Processo Penal, em face da garantia constitucional de não autoincriminação.
Para ver a íntegra da petição, acesse: <http://www.ibccrim.org.br/docs/2017/IBCCRIM_Pedido_admissao_ADPF_395.pdf>.

MP 755/16 (alterações no Fundo Penitenciário): nota técnica do IBCCRIM

O IBCCRIM, por nota técnica encaminhada à Comissão Mista do Congresso no dia 30 de março de 2017, manifestou-se contrariamente à medida provisória que diminuiu as receitas do Fundo Penitenciário Nacional e permitiu o seu uso em questões de segurança pública alheias ao sistema prisional.
Para ver a íntegra da nota técnica, acesse: <http://www.ibccrim.org.br/docs/2017/Nota_Tecnica_MP_FUNPEN.pdf>.

Supremo Tribunal Federal e critérios para indicação de seus membros

Martonio Mont'Alverne Barreto Lima

> "*Quando um povo pelos erros de seus monarchas, pelos vicios de sua indole e pelas influencias das circumstancias, degenerado inteiramente da sua actividade primitiva, da sua pristina grandeza, e da sua prosperidade nacional, chegado à ultima degradação da intelligencia e dos costumes, está prestes a apagar o seu nome da lista das nações, só dois caminhos se lhe oferecem para frustrar o destino que o está ameaçando. Só há dois meios para evocar de novo à existencia um povo, que raiou as extremas da sua dacadencia: a revolução* (...) *ou o despotismo iluminado* (...). *Para que a revolução prospere e vingue, não é forçoso – como o pregam os sophistas da reacção – que haja um povo inteiro de sábios educados nos segredos mais reconditos da sciencia social, mas é preciso que preexista uma nação capaz de compreender ao menos pela paixão ou pelo instincto a luz da revolução. É necessário que haja um povo, que não tenha a razão entenebrecida pela mais idomita bruteza e consciência avassalada pela mais torva superstição*".

As palavras acima introduzem a obra de **José Maria Latino Coelho** sobre a situação política portuguesa antes do *Marquês de Pombal*.[1] A tragédia institucional, a desorganização econômica e a ausência de qualquer horizonte positivo desencadeavam o pessimismo lusitano sobre a possibilidade de reconstrução de uma sociedade e de suas instituições.

O que se vive no Brasil desde 2014, consolidando-se com o golpe de 2016, aproxima-se de um quadro de verdadeiro desânimo. Poucos acreditavam que, transcorridos mais de 30 anos do final da ditadura militar, o Brasil viveria uma ruptura institucional, desta vez abertamente apoiada pelo Congresso Nacional, pelo Poder Judiciário e pelo Ministério Público, exatamente órgãos que mais sofreram com toda sorte de perseguições durante o regime militar autoritário brasileiro instalado em abril de 1964. Práticas como cassação de mandatos e cargos, aposentadorias compulsórias, destituições de servidores públicos parecem ter sido esquecidos, passando a pertencerem a um passado tão distante, que muitos dos que enfrentaram a ditadura militar permaneceram silentes diante do que aconteceu em abril e agosto de 2016, com a derrubada da Presidente Dilma Rousseff, ou até foram protagonistas de tais episódios. Cabe um destaque especial ao Supremo Tribunal Federal (STF).

Igualmente poucos poderiam imaginar que o STF capitularia tão facilmente. Acossado pela força de uma poderosa mídia, a Suprema Corte permitiu as mais severas violações, sejam a direitos e garantias individuais, sejam às leis e à Constituição: autorizou que um de seus mais expressivos membros mantivesse e mantenha aberto protagonismo político-partidário; consentiu que se dessem dois tratamentos distintos a dois nomeados para o mesmo cargo de Ministro Chefe da Casa Civil em menos de um ano; nada fez contra decisão de instância inferior que reconheceu estado de exceção; nenhuma atitude foi tomada a tempo contra um Presidente da Câmara dos Deputados que o próprio STF sabia ter severos indícios de atos de corrupção e por essa razão afastou-o de seu cargo mais tarde, quando já consolidado o golpe contra a democracia brasileira; estabeleceu condenações com base em "autorização da literatura" sobre o tema respectivo; assistiu a seus ministros e ministras bradarem em seus votos contra corrupção de forma absolutamente parcial no julgamento da Ação Penal 470, e viu os mesmos ministros e ministras em cúmplice sossego com a atual situação do País. Como explicar que homens e mulheres, a disporem de cargos vitalícios e bons vencimentos diretos e indiretos, tenham medo de defender a Constituição cuja guarda lhes pertence? Afinal, não foi este tratamento especialíssimo o argumento para suas altivez e independência perante os poderosos da economia, da imprensa e da política? Nada disso parece ter funcionado por aqui, porque já não funcionava. Não recuperarei a histórica adesão do Poder Judiciário a golpes e interrupções democráticas nem no Brasil, tampouco mundo afora. Há inúmeros trabalhos mais autorizados do que qualquer reflexão que venha a fazer neste espaço.

A condição atual do STF exige análises sobre o acesso a este tribunal. Em referido contexto, o STF não escapa do que se viu quando da formação das Cortes constitucionais de outros países. Até o começo do século XX o controle da constitucionalidade parecia mais uma invenção esdrúxula do constitucionalismo dos Estados Unidos. Na verdade, jamais o foi. A *judicial review* dos Estados Unidos possui suas origens tanto nas declarações de *repugnancy*[2] desde a Inglaterra elisabetana, quanto no debate entre *loyalists* e *antiloyalists*[3] nos mesmos Estados Unidos do final do século XVIII. A significativa diferença entre este controle sobre leis declaradas *repugnants* ou ofensivas aos *loyalists* norte-americanos e o controle da constitucionalidade dos dias atuais é a de que aquele se prestava a proteger a autoridade do Estado em face dos interesses privados, econômicos e políticos, fortalecendo o mesmo Estado; enquanto este de hoje presta-se a enfraquecer o Estado diante dos mesmos interesses no Brasil, nos Estados Unidos e na Europa!

A consolidação do controle da constitucionalidade pelo Judiciário em 1803 surge num panorama de embate: estavam em disputa as ideias da Revolução Francesa e sua oposição conservadora, melhor representada por **Edmund Burke**. A França revolucionária não somente havia deslocado o poder de um monarca absoluto para o parlamento. Havia, sobretudo, formado este parlamento por todos os eleitores, isto é, pelas "maiorias loucas" que jamais puderam exercer qualquer participação política. A "sábia advertência" liberal de que o homem que trabalha para viver não pode votar porque este homem não dispõe de tempo para estudar e compreender a complexa arte de governar veio abaixo, abrindo caminho para um modelo de participação jamais visto e que, por este motivo, precisava ser combatido. Nada mais adequado do que devolver a um colegiado de homens cultos o controle sobre esta legalidade produzida por este parlamento. O argumento de "defesa da supremacia da Constituição" constitui-se numa astúcia a esconder seu real objetivo: defesa da supremacia de uma corte sobre o parlamento, com o relevo de que inexiste qualquer controle direto

da soberania popular sobre esta mesma corte. Aqui começam os graves problemas de compatibilidade entre o controle da constitucionalidade com a teoria da democracia da modernidade e a soberania popular: *temos uma constituição, mas a corte suprema é quem diz o que a constituição é.* Em outras palavras, só temos uma constituição elaborada por um poder constituinte como e quando a corte quiser.

Com os fenômenos do ativismo judicial e da judicialização da política em todo canto do mundo, o constitucionalismo passou a desenvolver poderosas teses sobre interpretação constitucional, ponderação e qualidade das normas constitucionais no dirigismo constitucional após 1945. Toda sorte de teoria foi elaborada a fim de conceder autonomia política à constituição, praticamente como se não existissem disputas econômicas e políticas, e como se estas disputas não detivessem nenhuma importância sobre as cortes.

O modelo europeu de cortes constitucionais após 1945 veio a mitigar muito desses temas. Alimentado pelo debate entre **Carl Schmitt** e **Hans Kelsen** no começo dos anos de 1930, o constitucionalismo após a Segunda Guerra produziu na Alemanha e na Itália cortes constitucionais formadas a partir de indicações exclusivas dos parlamentos ou de outros órgãos, como o Conselho Federal (*Bundesrat*) do caso alemão. Sua competência seria exclusivamente para o controle concentrado da constitucionalidade e os membros dos tribunais teriam mandatos, sendo vedada sua recondução. Assim, um professor de Direito nomeado juiz para o Tribunal Federal Constitucional alemão exercerá seu ofício por dez anos, e jamais poderá ser novamente juiz naquele Tribunal.

Esse modelo não está imune à crítica, assim como aquele brasileiro, de nítida inspiração nos Estados Unidos. O que caracteriza o caso brasileiro é que temos um STF formado a partir do exemplo dos EUA, porém com competências originária, recursal e de controle concentrado. Ou seja: temos os controles difuso (dos EUA) e concentrado (da Europa) de constitucionalidade, exercidos por um Tribunal com nomeações vitalícias. O efeito vinculante que caracteriza as duas experiências – EUA e Europa – só chegou a nós com a Emenda Constitucional 3/93, quando da introdução da ação declaratória de constitucionalidade.

O título completo da mais conhecida obra de **Rousseau** é *Do contrato social ou princípios do direito político*. Direito constitucional nada mais é do que direito político desde a modernidade da teoria constitucional. A jurisdição constitucional não poderia ser diferente, e nada mais é do que jurisdição política. A politização da jurisdição constitucional é bem-vinda, porque a política democrática também deve ser bem recebida. Não deve ser confundida com partidarização. Parece razoável que se aceite o tom político – não partidário – de uma nomeação para Cortes constitucionais. A indicação de um membro com convicções mais à esquerda ou à direita traduz a composição do parlamento ou do presidente que o indica.

A histeria disseminada entre imprensa, juristas e políticos contra uma indicação a que se vincula o nomeante – Legislativo ou Executivo – denuncia apenas um reles jogo de cena. Quando reclamam, recorrem ao sofisma de intimidarem nomeante e nomeado contra suas convicções políticas, como se os nomeantes não tivessem enfrentado eleições. Por isso que somente quem foi eleito, quem passou pelo teste da democracia e foi vencedor tem a legítima liberdade para escolher integrantes de cortes constitucionais, sempre observados os parâmetros constitucionais para tais indicações. Nomeações originadas de governos – ou de parlamentos – autoritários, ou por governos – ou parlamentos – constituídos por qualquer tipo de golpe sequer merecem qualquer digressão, ante a teoria da democracia da modernidade, isto é, após a Revolução Francesa.

Não parece possível a indicação de membros pretensamente neutros ou "técnicos" para os tribunais constitucionais, pelo fato de que ninguém é neutro nem técnico; mas todos temos a obrigação da imparcialidade. A exigência de membros "técnicos" é uma simplória prática política que deseja esconder a própria política para atendimento de interesses localizados. O desafio é sobre como se comportam os indicados após sua nomeação. A legitimidade para esta ou aquela posição política de quem terá assento nestas cortes é indireta, porque não há, infelizmente, nomeação direta pelo poder constituinte, isto é, pelo povo que vota para o Legislativo e Executivo. Será neste instante que a periodicidade das nomeações adquire contorno fundamental.

Quando Legislativos e Executivos são legítimos e passaram na prova da escolha direta do povo, estão credenciados para suas posições vencedoras da batalha eleitoral. Nada mais racional que o direito de indicarem às cortes constitucionais aqueles a aproximarem-se de suas concepções políticas em matéria constitucional. Aliás, é assim que é desejável. Se um parlamento formado por determinada maioria indica um membro para o tribunal constitucional, parece razoável exigir-se deste membro posturas nesta direção, sempre nos limites constitucionais, como é evidente. O problema reside quando esta nomeação se afasta daquela concepção política – que é a concepção constitucional – responsável por sua nomeação. Não há como, numa democracia, permitir que qualquer magistrado decida conforme sua convicção ou vontade. Este magistrado simplesmente não as tem: quem as possui é o poder constituinte, que elaborou a Constituição e as leis, e ainda elege certa e periodicamente Legislativo e Executivo.

É nesse momento que a natureza temporária do cargo no tribunal mostra-se precioso instrumento de controle sobre indicados e nomeados. Talvez seja esta a principal modificação necessária aos critérios de indicação para integrantes do STF, a aplicar-se a todos os seus membros, inclusive os ocupantes atuais. Afinal, foi este Tribunal quem decidiu que inexiste direito adquirido ante norma constitucional; e que não há o mesmo direito a regime jurídico de servidor público.

A instituição de mandatos para o cargo em cortes constitucionais deve vir acompanhada de uma segunda alteração: modificação da competência do STF. Entendo que a sua transformação em corte constitucional, para os casos de violações a direitos e garantias fundamentais e ao dirigismo constitucional, deve operar-se naqueles casos de controle concentrado. O alegado congestionamento processual de que tanto se fala no STF seria reduzido em função da desconcentração de suas atribuições. É evidente que, a exemplo de outras cortes exclusivamente constitucionais, determinadas competências para julgamento de autoridades como chefia de Legislativo ou de Executivo poderiam, excepcionalmente, permanecer sob competência do STF, em razão de sua complexidade e do impacto político do julgamento de tais autoridades.

O que deve ser anteriormente discutido é a natureza da democracia que se quer. Democracia é conflito, e os momentos de crise são aqueles a caracterizarem a consolidação democrática ou a confirmarem sua tibieza. No Brasil de 2016, constatamos a sua não consolidação. Referida constatação exige, portanto, medidas de reengenharia institucional, e estas deverão enfrentar necessariamente a reformulação dos critérios de indicação do STF; assim como as atribuições de órgãos investigativos, como os Ministérios Públicos, Tribunais de Contas e Polícias. O enfrentamento da corrupção em qualquer país do mundo nunca foi tema central das escolhas políticas democráticas em razão de que ninguém defende corrupção. Os temas centrais e conflituosos de qualquer democracia são desenvolvimento econômico e social, desigualdade, concentração econômica, soberania e ativismo internacional, solidariedade com outros povos e busca de construção de uma paz mundial. Fazer do combate à corrupção a razão da existência de um Estado e de sua Constituição nada mais é do que se desviar das verdadeiras tarefas transformadoras de qualquer sociedade, e é assim que a história adverte.

Já estamos atrasados para essas alterações. O que se percebe no Brasil é que estamos a viver o que a República de Weimar conheceu: uma tentativa de democracia sem democratas. Ainda há tempo de que nosso desfecho não seja como o da Alemanha dos anos 30.

Notas

(1) Coelho, José Maria Latino. *Marquez de Pombal*. Lisboa: Arte Mágica Editores, 2003. p. 1.

(2) Cf.: Bilder, Mary Sarah. The Corporate Origins of Judicial Review. *Boston College Law School Faculty Papers*, 2006, paper 164, p. 1-66. Disponível em: <http://lsr.nellco.org/bc/bclsfp/papers/164>.

(3) Cf.: Huselbosch, Daniel. A discrete and cosmopolitan minority: the loyalists, the Atlantic World, and the origins of judicial review. *New York University Public Law and Legal Theory Working Papers*, paper 36, p. 100-143. Disponível em: <http://lsr.nellco.org/ nyu/plltwp/papers/36>.

Martonio Mont'Alverne Barreto Lima
Professor Titular da Universidade de Fortaleza.
Procurador do Município de Fortaleza.

ANO 25 - Nº 293 - ABRIL/2017 - ISSN 1676-3661

O Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP)[1]

Diogo Malan e Fernanda Vilares

Ilustre desconhecido, mesmo da vasta maioria daqueles que militam diuturnamente no sistema de administração da justiça criminal, o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP) finca suas origens históricas no Decreto 16.665/24.

Este último instituiu o *Conselho Penitenciário*, composto pelo Procurador da República, representante do Ministério Público local e cinco pessoas gradas de livre nomeação do Presidente da República, preferencialmente três dentre Professores de Direito ou juristas em atividade forense e duas dentre Professores de Medicina ou clínicos profissionais.

A função precípua desse colegiado era verificar a presença dos requisitos legais para a concessão do livramento condicional (art. 2.º).[2]

O atual marco legislativo regulador do CNPCP é a Lei 7.210/84 – Lei de Execução Penal (LEP), que lhe conferiu relevo político-institucional ímpar, ao alçá-lo ao patamar de principal órgão da execução penal do País (art. 61, I), dispondo que sua sede será na Capital da República, estando subordinado ao Ministério da Justiça (art. 62).

Segundo a LEP, a composição do CNPCP é de 13 Conselheiros nomeados pelo Ministro da Justiça dentre pesquisadores e práticos das Ciências Penais e correlatas, bem como representantes da comunidade e dos Ministérios da área social. O mandato (não remunerado) dos Conselheiros possui duração bienal, havendo anualmente a renovação de 1/3 da composição do CNPCP (art. 63).

As relevantes funções político-institucionais desse órgão cimeiro são as seguintes: (i) propor diretrizes político-criminais quanto à prevenção do delito, administração da justiça criminal e execução de penas e medidas de segurança; (ii) contribuir na elaboração de planos nacionais de desenvolvimento, sugerindo metas e prioridades de política criminal e penitenciária; (iii) promover avaliação periódica do sistema criminal, para sua adequação às necessidades do País; (iv) estimular e promover pesquisa criminológica; (v) elaborar programa nacional penitenciário de formação e aperfeiçoamento do servidor; (vi) estabelecer regras sobre arquitetura e construção de estabelecimentos penais; (vii) estabelecer critérios para elaboração da estatística criminal; (viii) inspecionar e fiscalizar unidades penitenciárias e informar-se, mediante variegados meios, acerca da execução penal nos Estados Federados e Distrito Federal, propondo medidas necessárias ao seu aperfeiçoamento às autoridades responsáveis; (ix) representar ao Juiz da execução ou à autoridade administrativa para instauração de sindicância ou procedimento administrativo sobre violação das normas da execução penal; (x) representar à autoridade competente para interdição de unidade do sistema penitenciário (art. 64); (xi) determinar o limite máximo de capacidade de unidades penitenciárias, atendendo à sua natureza e peculiaridades (art. 85, parágrafo único).

A esse catálogo legal de funções se soma a confecção da minuta do tradicional Decreto Presidencial natalino de indulto e comutação de penas (art. 84, XII, da CR). Importante ressalvar que há outros órgãos de consultoria técnica – a Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça e a Casa Civil da Presidência da República – que revisam a minuta encaminhada pelo CNPCP, não raro fazendo-lhe alterações substanciais (tal como ocorrido, por exemplo, nos anos de 2014, 2015 e 2016).

Para tanto, o CNPCP dispõe do suporte administrativo e financeiro do Departamento Penitenciário Nacional (Depen), nos termos do art. 71 da LEP.

O atual regimento interno do CNPCP foi aprovado pela Portaria 1.107/08 do Ministério da Justiça, no qual era prevista a existência de 5 Conselheiros Suplentes. Recentemente, contudo, a composição desse colegiado foi alterada pela Portaria 81/17 do Ministério da Justiça, que aumentou a quantidade de Conselheiros Suplentes para 13.

Essa ampliação pode atender a interesses públicos relacionados ao incremento da eficiência na atuação do CNPCP.

A título de exemplo, vale citar que, em 2014, nosso País – de dimensões continentais – possuía 1.424 unidades prisionais espraiadas por 26 Estados Federados e pelo Distrito Federal,[3] sendo certo que a quantidade e periodicidade de inspeções e fiscalizações feitas *in loco* pela antiga composição (reduzida) do CNPCP estava aquém do ideal.

Além disso, a composição mais ampla pode conferir ao CNPCP natureza mais democrática, heterogênea e representativa, ao abarcar maior diversidade de experiências profissionais e concepções político-criminais. A soma de individualidades pode ter o condão de produzir melhores resultados e, ao que tudo indica, houve preocupação em trazê-la com ênfase na diversidade para a nova composição.[4]

Como é sabido, o órgão da Administração Pública legalmente responsável pelo *planejamento*, *coordenação* e *execução* da *gestão* da política penitenciária nacional é o Ministério da Justiça (art. 27, VIII, *f*, da Lei 10.683/03), por intermédio do Depen (art. 71 da LEP).

Nesse arcabouço, o papel desempenhado do CNPCP é dúplice: (i) *prestar consultoria* técnic*a* ao sobredito gestor do sistema penitenciário nacional, propondo diretrizes político-criminais quanto à prevenção do delito, administração da justiça criminal e execução de penas e medidas de segurança; (ii) *inspecionar e fiscalizar as unidades do sistema penitenciário* – função essa que é compartilhada com o Juiz da Execução (art. 66, VII, da LEP), o Depen (art. 71, II, da LEP), os Conselhos congêneres estaduais (art. 70, II, da LEP), o Ministério Público (art. 68, parágrafo único, da LEP) e a Defensoria Pública (art. 81-B, V, da LEP).

O sobredito arranjo político-institucional deixa absolutamente claro que as diretrizes de política criminal e penitenciária apresentadas pelo CNPCP ao Ministro da Justiça não têm natureza jurídica *vinculante*, e sim *opinativa*.

Vale dizer: não cabe ao CNPCP – órgão de *consultoria técnica* e *fiscalização* – se arvorar no papel de *gestor* do sistema penitenciário nacional, porquanto isso implicaria usurpação de competência administrativa legalmente atribuída ao Ministro da Justiça.

À luz das suas sobreditas características institucionais, o CNPCP deve ser visto como relevante órgão *de Estado* (e não *de Governo*), cujos Conselheiros devem ter atuação apartidária, discreta, independente e técnica, imbuídos do espírito de *servidor público* no seu sentido mais nobre: aquele que exerce função em prol da sociedade, visando à promoção das melhores condições possíveis para pessoas e instituições afetadas por sua atividade funcional.

Vale dizer: nenhum Conselheiro do CNPCP deve – nem *pode* – se lançar na arena do embate político-partidário, investindo-se no papel de militante do partido predileto do responsável por sua indicação ou nomeação, ou de opositor à agremiação partidária de eventual sucessor do Presidente da República ou Ministro da Justiça, havendo transição do regime de governo.

Ele deve, sim, concentrar seus esforços na construção de um sistema penal e penitenciário mais justo e humano, que resulte, em

ANO 25 - Nº 293 - ABRIL/2017 - ISSN 1676-3661

última instância, numa sociedade respeitadora de direitos e garantias fundamentais em todas as suas expressões, destacando-se *liberdade*, *dignidade* e *segurança*.[5]

Daí por que pensar na composição do CNPCP, bem como no aumento do número de seus membros, levando-se em consideração a origem da indicação, viola a própria concepção de órgão consultivo da República.

Por conseguinte, o CNPCP não deve – e nem *pode* – ser objeto de *aparelhamento*, instrumentalizado para fins de fabricação de fatos políticos ou midiáticos, nem contaminado pela lamentável polarização que hoje praticamente interdita o debate público sério neste País.

Conforme leciona a doutrina, "*o futuro dos Conselhos Penitenciários vai depender do seu prestígio como órgãos integrados por pessoas idôneas, despreocupadas com ideologias e sem vinculações partidárias*".[6]

Nesse contexto, a gravíssima crise do sistema penitenciário brasileiro decerto não será solucionada por exploração político-partidária (disfarçada ou ostensiva), discurso panfletário, proselitismo, nem busca de *bode expiatório*.

Com efeito, não se pode atribuir a situação-limite de crise de cariz sistêmico no âmbito do sistema penitenciário nacional a ato *exclusivo* de determinado agente político ou órgão público.

O devido senso de perspectiva histórica revela que graves e maciças violações de Direitos Humanos, ocorridas durante rebeliões letais em presídios, marcaram todos os sucessivos Governos democráticos desde 1989,[7] tendo uma delas (o massacre do *Carandiru*) sido o próprio evento catalizador da criação do IBCCRIM.

Esse *estado de coisas inconstitucional* do sistema penitenciário brasileiro, reconhecido pelo STF em decorrência do "*quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária*",[8] representa problema social *altamente complexo*, com variegadas dimensões e nuances (administrativa, cultural, institucional, legislativa, político-criminal, judiciária, orçamentária etc.).[9]

Para se chegar ao atual estado de coisas, decerto concorreram sucessivos atos comissivos e omissivos praticados, ao longo de quase três décadas, por diversos agentes políticos, órgãos públicos e privados – inclusive o próprio CNPCP – e também pela sociedade brasileira (responsável pela eleição dos artífices da espiral inflacionária legislativa penal, da gestão penitenciária em nível federal e estadual etc.).

Lamentavelmente, hoje vicejam falta da necessária autocrítica e discursos autofágicos de terceirização de responsabilidades, em vez da construção coletiva de pautas de *políticas públicas voltadas à resolução do gravíssimo problema da superpopulação carcerária no País* – verdadeiro *nó górdio* que aparenta ser a raiz da crise do sistema penitenciário.

É preciso, portanto, ousar implementando agenda genuinamente progressista de políticas públicas de desencarceramento. Para tanto não é preciso reinventar a roda, bastando adaptar à realidade nacional diretrizes engendradas por entidades internacionais dedicadas ao estudo da superlotação penitenciária.[10]

Apesar do fatalismo pessimista veiculado no Editorial da última edição do Boletim do IBCCRIM, este terá dois associados veteranos – ambos com amplo histórico de colaborações prestadas a sucessivas gestões – *combatendo o bom combate* no âmago do CNPCP, de forma independente, em prol de um sistema de administração da justiça criminal respeitoso da Constituição da República e do sistema internacional de proteção aos Direitos Humanos.

Para tanto, é importante a participação do IBCCRIM e dos seus qualificados associados, pois nenhum projeto institucional de construção de política criminal democrática, humanista e racional pode prescindir da ocupação dos espaços públicos disponíveis, máxime um da relevância do CNPCP.

Notas

(1) As ideias defendidas neste artigo são de exclusiva responsabilidade dos autores, não representando manifestação institucional do CNPCP nem do IBCCRIM.

(2) Esse Decreto outorgou ao *Conselho Penitenciário* atribuições adicionais: (i) verificar o cabimento da concessão de livramento condicional e de indulto, a requerimento do preso, do Diretor da unidade penitenciária ou por iniciativa do próprio Conselho; (ii) visitar mensalmente as unidades do sistema penitenciário, zelando pela boa execução do regime penitenciário, representando a órgãos da Administração Pública; (iii) aferir a regularidade das condições impostas aos apenados em regime de liberdade condicional e egressos em colônias de trabalhadores livres ou serviços externos; (iv) apresentar anualmente relatório dos trabalhos encetados (art. 3.º).

(3) Ministério da Justiça. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen (junho de 2014). Disponível em: <https://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>. Acesso em: 16 mar. 2017.

(4) A atual composição do CNPCP inclui Ministro do STM, Desembargadores e Juízes, Procuradora da Fazenda Nacional, Advogados, Defensoras Públicas, Procuradores e Promotores de Justiça, Agentes Penitenciários etc., todos com larga experiência acadêmica e/ou prático-profissional do sistema de administração da justiça criminal.

(5) Nesse sentido: Barbosa, Licínio. Os direitos humanos e o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária do Ministério da Justiça. *Revista do CNPCP*, Brasília, v. 01, n. 09, p. 103-114, jul./dez. 1997.

(6) Borges, Lineu Escorel. Atribuições do Conselho Penitenciário: passado, presente e futuro. *Revista do CNPCP*, Brasília, v. 01, n. 02, p. 89-106, jul./dez. 1993.

(7) Como bem ilustram, dentre outros, os massacres da Delegacia do Parque São Lucas (1989), da Casa de Detenção de São Paulo – *Carandiru* (1992), do Complexo Penitenciário da Papuda (2000), de diversas unidades penitenciárias do Estado de São Paulo (2001), da Casa de Detenção José Mario Alves da Silva – *Urso Branco* (2002), da Casa de Custódia de Benfica (2004), do Complexo Penitenciário de Pedrinhas (2010), de diversas unidades penitenciárias da Região Metropolitana de Fortaleza/CE, da Penitenciária Estadual Ênio dos Santos Pinheiro (2016), do Complexo Penitenciário Anísio Jobim – Compaj, da Penitenciária Estadual de Alcaçuz, da Penitenciária Agrícola do Monte Cristo (2017) etc.

(8) STF, Pleno, ADI 347 MC/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJe* 19.02.2016.

(9) A Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), ante "*indício de eventual generalização de um problema estrutural de âmbito nacional do sistema penitenciário brasileiro*", editou Resolução unificando 4 casos submetidos à Corte (Complexo Prisional do Curado, Complexo Penitenciário de Pedrinhas, Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho e Unidade de Internação Socioeducativa no Espírito Santo) em um único *supercaso* (CIDH, Resolução de 13.02.2017. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/placido_se_01_por.pdf >. Acesso em: 16 mar. 2017).

(10) Albrecht, Hans Jörg. *Prison overcrowding:* Finding effective solutions. Strategies and best practices against overcrowding in correctional facilities. Disponível em: <https://www.mpicc.de/shared/data/pdf/research_in_brief_43_-_albrecht_prisonvercrowding.pdf>. Acesso em: 16 mar. 2017; United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC). *Handbook on strategies to reduce overcrowding in prisons* (2010). Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Overcrowding_in_prisons_Ebook.pdf>. Acesso em: 16 mar. 2017; Penal Reform International. *Ten-Point Plan to Reduce Prison Overcrowding* (2012). Disponível em: <https://www.penalreform.org/wp-content/uploads/2013/05/10-pt-plan-overcrowding.pdf>. Acesso em: 16 mar. 2017.

Diogo Malan
Conselheiro do CNPCP (2017/2018).
Professor da UERJ e da FND/UFRJ.
Advogado.

Fernanda Vilares
Conselheira do CNPCP (2017/2018).
Professora da FGV DIREITO SP.
Procuradora da Fazenda Nacional.

Injustiça alimentar, regulação e *compliance*: expectativas da Carne Fraca

Eduardo Saad-Diniz

A Operação Carne Fraca, que inclui gigantes do setor (JBS S.A. e BRF S.A.) nas investigações de esquema fraudulento e de corrupção, apura a aprovação de venda e exportação de carne adulterada por parte de funcionários públicos. O escândalo atingiu desde contratações de merenda escolar até doações ilícitas a políticos e partidos, alegando-se cumplicidade dos dirigentes das empresas na escolha do responsável pelas inspeções. Após a turbulência das detenções, os efeitos negativos da investigação na reputação do mercado de carnes no Brasil ainda permanecem incertos e, em tempos de militância para redução da carne no hábito alimentar (*demeatification*), já há quem celebre a Carne Fraca.

Para não falar da soberania alimentar nem das dimensões políticas da injustiça alimentar no Brasil (pobreza extrema, fome, desnutrição, aumento da população obesa e degradação ambiental),[(1)] e para mais uma vez não falar do uso de operações para fins de moralização dos costumes políticos, importa por agora analisar algumas expectativas em relação à segurança alimentar que a Carne Fraca fez reacender.

À diferença da Lava Jato, desta vez a vítima dos escândalos de corrupção não é "invisível". É bem mais difícil demonstrar a vitimização quando se trata de abstrações do tipo equidade, estabilidade institucional, lealdade da concorrência ou mesmo a capacidade de formular políticas de desenvolvimento sustentável.[(2)] Na Carne Fraca, os debates sobre aplicação do ácido ascórbico e seus (discutíveis) efeitos cancerígenos trouxeram o impacto da operação não apenas na comercialização do produto carne, mas na construção do hábito de consumo do brasileiro.

No entanto, assim como na Lava Jato, as expectativas não são as mais promissoras. As dificuldades na produção de prova das deliberações dos dirigentes responsáveis e a necessidade de oferecer à população uma resposta podem levar a severas intervenções punitivas e à vulneração de direitos a determinados acusados. Tão frustrante como na Lava Jato, a nova operação pode seguir apenas mais do mesmo, com gigantismo e espetáculos de alto efeito simbólico, porém sem melhoria institucional ou no cenário regulatório, reproduzindo a mesma lógica superficial (ou perversa) de incentivos e intimidação de dirigentes das empresas e políticos de alto escalão.[(3)] E isso não apenas pela repercussão política, mas pela repugnância moral[(4)] decorrente da vitimização concreta sentida no hábito alimentar.

O problema é que as infrações sanitárias não passam de simples proteção de falhas na cadeia produtiva.[(5)] A exposição pública da Carne Fraca pode ficar restrita a evidenciar as limitações dos delitos e infrações administrativas previstos na legislação brasileira. As possibilidades de reparação do dano ao consumidor são remotas e a impessoalidade da atividade empresarial dilui a autoria nas estruturas societárias. Na maioria dos casos, sequer é possível determinar se os graves danos causados às vítimas da violência corporativa[(6)] foram intencionais ou se poderiam ser atribuídos à decisão dos diretores. Como no ordenamento brasileiro a responsabilidade penal das empresas não vai além dos crimes ambientais, os mecanismos de reação se apequenam.

Definitivamente, os instrumentos jurídicos disponíveis são insuficientes e a baixa qualidade do ambiente regulatório pode pressionar o Judiciário a respostas severas e instáveis. Mesmo assim, se os níveis de compreensão pública da violência corporativa são bastante rudimentares, ao menos a deflagração da Carne Fraca teve o mérito de colocar em evidência a magnitude da ameaça à saúde pública e o estado precário da governança alimentar no Brasil.

As transformações de governança alimentar não estão limitadas à integridade nas contratações públicas. A governança alimentar se estende à implementação de estratégias de desindustrialização do alimento e redução do impacto da cadeia produtiva nas relações entre produtor, distribuidor e consumidor. A mera existência de avaliação dos fornecedores não é convincente e pode ser apenas mais uma representação "cosmética"[(7)] de devida diligência. A Carne Fraca nos permite reconhecer que o regime corporativo orientado por cadeias produtivas agressivas leva a práticas de lucro a qualquer custo (*business is business*) e ao jogo da captura regulatória.[(8)] Nem mesmo o que se conhece na literatura especializada em segurança alimentar como o "novo efeito Wal Mart" (amplas redes de contratos corporativos que supririam a insuficiência regulatória "de cima para baixo", controlando fornecedores e contratantes)[(9)] apresenta evidências convincentes quanto a melhorias na cadeia produtiva do alimento.

A Carne Fraca reabre uma importante oportunidade para a superação da injustiça alimentar no Brasil, permitindo rever tanto a organização social dos regimes de produção do alimento quanto as iniciativas de *compliance* das empresas alimentícias.[(10)] Isso, claro, se de fato não se tratar de apenas mais um escândalo corporativo, arriscando-se a ser bem pouco efetivo caso não demonstre capacidade de articular mudanças sensíveis no regime corporativo de produção do alimento. O papel das corporações envolvidas no escândalo corporativo não pode se limitar a mera reação defensiva. Se for assim, a operação terá feito muito pouco para combater a injustiça alimentar no Brasil.

Notas

(1) Veja-se o pioneiro trabalho de Elisabeth Maniglia, desenvolvendo a noção de soberania alimentar e o direito humano à alimentação adequada (Maniglia, Elisabeth. *As interfaces do direito agrário e dos direitos humanos e a segurança alimentar*. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2009, p. 117 e ss.); na perspectiva internacional, Wittman, Hannah. "Food sovereignty: a new rights framework for food and nature". In: Weston, Burns; Grear, Anna (org.). *Human rights in the world community*. 4. ed. Philadelphia: Penn, 2017. p. 198. A militância internacional em torno da "capacitação" encontra inspiração no seminal Sen, Amartya. *Poverty and famines: an essay on entitlement and deprivation*. Oxford: Oxford, 1981, p. 39; Henry Shue pontua, no entanto, que uma perspectiva realista do direito humano à alimentação deve articular a dimensão negativa (protegendo aqueles que estão em necessidade) à dimensão positiva do dever (condicionando reais condições para o exercício da livre-determinação alimentar). Shue, Henry. Solidarity among strangers and the right to food. In: Aiken, William; LaFollete, Hugh. *World Hunger and Morality*. 2. ed. New Jersey: Prentice Hall, 1996. p. 119.

(2) Shacklock, Arthur et al. Introduction. In: Sampford, Charles et al. (org.). *Measuring corruption*. Hampshire: Ashgate, 2006. p. 1.

(3) Saad-Diniz, Eduardo. Escândalos de corrupção corporativa: filme de terror sem fim?. *Boletim IBCCRIM*, 274/11-12, 2015.

(4) Laufer, William. Where is the moral indignation over corporate crime? In: BRODOWSKI, Dominik et al. (org.) *Regulating Corporate Liability*. Heidelberg: Springer, 2014. p. 20.

(5) Verificamos no relatório "Informe Sección II AIDP – Seguridad Alimentar y Fraude, 2016" que os delitos e as infrações econômicas que afetam a segurança alimentar estão, basicamente, adstritos à proteção da cadeia produtiva. Os penalistas têm dado pouca atenção à matéria. Veja-se Esquivel, Carla. L. Waldow. *Crimes contra a saúde pública:* fraude alimentar. Curitiba: Juruá, 2009. 284 p.

(6) Hills, Stuart. *Corporate violence: injury and death for profit*. New Jersey: Rowman & Littlefield, 1987, p. 2.

(7) Nieto Martin, Adan. Cosmetic Use and Lack of Precision in Compliance Programs: Any Solution? Eucrim 3/124, 2012.

(8) "Our failure to wrestle with the most significant compliance questions and challenges raised nearly twenty years ago reveals a comfort with the status quo; a series of concessions by compliance stakeholders (from corporate counsel to prosecutors, and ethics officers to regulators) that results, as a practical matter, in a two decade old compliance game where the object of the game has little to do with achieving economic corporate criminal justice" (LAUFER, William. O *compliance game*. In: Saad-Diniz, Eduardo et al. (org). *Regulação do abuso no* ámbito *corporativo*. São Paulo: LiberArs, 2015. p. 58).

(9) Vandenbergh, Michael. The new Wal-Mart effect: the role of private contracting in global governance. *UCLA Law Review*, 54/913, 2007.

(10) O desenvolvimento deste texto e suas principais críticas também se encontram em andamento em Saad-Diniz, Eduardo. "Justiça alimentar, soberania alimentar, governança alimentar: chamado brasileiro para uma perspectiva integrada" (de breve publicação).

Eduardo Saad-Diniz
Professor Doutor da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto
e do Programa de Integração da América Latina
da USP (FDRP/PROLAM/USP).
Bolsista Fapesp.

ANO 25 - Nº 293 - ABRIL/2017 - ISSN 1676-3661

O juiz da execução penal em tempos de ódio

Luís Carlos Valois

Na obra *A miséria do mundo*, coordenada por **Pierre Bourdieu**, o sociólogo traz as reflexões dele próprio sobre uma entrevista com um juiz da execução penal da França, apresentado simplesmente como Denis J. Logo no início, a constatação de que o juiz da execução penal é um estranho, estranho inclusive entre seus próprios colegas magistrados, como se deferir progressões de regime e livramentos condicionais estivesse "sob a suspeita de desfazer o veredicto do juiz, portanto, enfraquecer a autoridade da justiça" (2011, p. 243).

O juiz de **Bourdieu** agia, tentava inovar na execução penal, trabalhar com o social em prol dos apenados e descobriu – como mais cedo ou mais tarde descobrem todos os juízes com perfis parecidos – que a instituição tribunal não dá a mínima para esse tipo de coisa, e acabou removido numa forma de punição transversa.

Sim, o juiz da execução penal sempre enfrentou essas dificuldades, porque é preciso se isolar no gabinete, não ouvir ninguém, parte ou advogados, para ignorar o caos que é o sistema prisional, e nem todos os juízes têm essa capacidade de abstrair a miséria do encarceramento patrocinado pela instituição da qual faz parte.

Um juiz que foge do estereótipo do juiz que "manda prender", um juiz que só solta, concede livramento, progressão, prisão domiciliar. Que juiz é esse que não prende ninguém? O juiz da execução, estranho entre seus pares, é incompreendido principalmente pela sociedade.

Contudo, mesmo diante de todas essas dificuldades originais, o juízo da execução penal foi criado. Se, a princípio, para fiscalizar as prisões, com o surgimento da ideia de "pena tratamento", foi alçado à posição de "juiz médico", avaliador de exames e pareceres de psicólogos e psiquiatras.

Assim, foi promulgada a Lei de Execução Penal, em 1984, prevendo um juiz da execução da pena que poderia negar um direito previsto em lei com base em alguma característica psicológica do preso. Até 2013, com a Lei 10.792, que extinguiu os tais exames e pareceres.

A citada lei extinguiu os exames e pareceres, mas o Judiciário, apegado à ideia de "pena tratamento", continua entendendo possível que uma progressão de regime e um livramento condicional fiquem vinculados a essas avaliações psicológicas (STF, *HC* 135.484-AgR, Rel. Min. Teori Zavascki, 2ª Turma, julgado em 16.09.2016).

Na verdade, não é apegado à ideia de "pena tratamento", como dissemos, que o Judiciário continua exigindo esses exames, mas apegado à prisão. Nossos ministros, desembargadores e juízes sabem, nem que seja pelo jornal das oito, que o sistema penitenciário não trata ninguém. A exigência desses exames é uma forma de agravamento da sanção, simplesmente isso.

Sobre o uso dessas avaliações psicológicas em prejuízo do apenado muito já se falou: "*a história pregressa é uma montagem, cuja finalidade é confirmar no indivíduo o rótulo de criminoso*" (Rauter, 2003, p. 92). Em outra pesquisa, demonstra-se o quão a jurisprudência, valendo-se do extinto exame criminológico e de um ideal suspeito de ressocialização, consegue agravar as penas na execução penal (Valois, 2013).

O pior de tudo, na possibilidade desses exames mentais de uma pessoa presa, não é que o Judiciário os tem permitido sem previsão legal, mas que o Judiciário os tem permitido mesmo após uma lei expressamente os revogar. Em outras palavras, o Judiciário tem exigido esses exames não só criando norma, mas violando a própria norma (Lei 10.792/13) que os tornou desnecessários para efeito de progressão e livramento condicional.

Entretanto, tribunais, superiores ou de segunda instância, não são tribunais de execução penal, são tribunais essencialmente penais. Não entendem, não captam ou percebem as angústias do dia a dia da miséria do encarceramento e, como tribunais penais, praticamente tribunais policiais, a tendência é efetivamente encarcerar. Decidem real e legitimamente, infelizmente, de gabinetes.

Contudo, há outra razão para que o Judiciário continue pedindo exames e pareceres para a concessão de direitos na execução penal. Talvez para não expor a própria inutilidade do juiz da execução penal, inutilidade que se intensifica na proporção da dificuldade de se falar de direitos de presos em época de ódio e ressentimento.

Ora, vejamos bem, se, segundo o art. 112 da Lei de Execução Penal, basta a certidão de bom comportamento e o tempo necessário de pena cumprida para o apenado ter direito à progressão de regime e ao livramento, para que serve o juiz da execução penal senão para atrapalhar a vida desse preso, aguardando parecer ministerial (o qual não raramente pede desnecessariamente outra certidão) emitindo ofícios, mandados, fazendo novos cálculos?

Na redação atual da Lei de Execução Penal, principalmente a do art. 112, o juiz da execução penal só serve para atrapalhar, porque a direção do estabelecimento penal poderia muito bem, verificado o bom comportamento e o cumprimento do tempo de pena necessário, progredir o preso de regime normalmente, sem interferências.

Seria o que muitos temiam na época da crença na "pena tratamento", a "administrativização" da execução penal. Nada demais, porque o juiz poderia continuar fiscalizando – se alguém quiser acreditar também nessas fiscalizações – o cárcere, e atuando quando algum direito penitenciário fosse violado, com a não concessão por parte da administração penitenciária.

Mas não se fala disso, o juiz da execução penal, que não prende, acaba servindo para não soltar. É um obstáculo, um entrave ao direito dos presos, atuando em um procedimento burocrático, com evidente intuito de procrastinação. Dessa forma, o juiz da execução penal acaba parecendo com seu coirmão juiz do processo de conhecimento. Só que, enquanto este condena, aquele faz tudo para a pena não ter fim.

Então, a atitude da jurisprudência, possibilitando a existência de um exame em que a lei expressamente o tornou desnecessário, pode ter outra função, dar um ar de cientificidade – mesmo que uma cientificidade na qual ninguém mais acredita – ao juiz da execução da pena. Uma cientificidade que se traduz na necessidade de manter as chaves da cela, o poder de encarcerar e não deixar sair, um poder aparentemente caro ao Judiciário.

Aos poucos vão transformando o juiz da execução penal em um monstro, um juiz que não "manda prender", mas faz de tudo para não soltar. Todas as certidões, ofícios, folhas, exames, do mundo, podem ser solicitados para obstaculizar o direito do preso, e tudo devidamente fundamentado na jurisprudência penal.

Em tempos de ódio, em que a palavra "execução penal" parece mais com o linchamento da esquina do que com regras jurídicas, falar de dignidade da pessoa humana e direitos de preso tornou-se muito perigoso, e alguns juízes da execução, embalados pela subserviência jurisprudencial, vão se adaptando aos tempos modernos.

Do "juiz médico", que carregava certa aura de cientista humanizado e humanizador, preocupado com o "tratamento" do preso, o juiz da execução penal foi se igualando ao imaginário de todo juiz. Antes era apenas a sociedade que não entendia a parcela da pena que deve ser cumprida em liberdade – isso não em prol de algum tratamento, mas em favor da própria humanidade que a progressão de regime traz à pena, incluindo algo de esperança durante a execução –, mas hoje há juízos da execução penal chamando o sistema progressivo de cumprimento da pena privativa de liberdade de benesse.

ANO 25 - Nº 293 - ABRIL/2017 - ISSN 1676-3661

Difícil mesmo – e este deveria ser o papel do juiz da execução pós-"pena tratamento" – é ver e executar a pena de prisão dentro do princípio da legalidade, em que o rigor deveria ser o do limite estrito da legislação e da Constituição Federal, e não um rigor abstrato, subjetivo, às vezes ilegal, sobre aquela pessoa já condenada e com a pena estabelecida pelo Estado.

Se ainda há juízes de execução que se negam a ser grandes carcereiros, recusando-se a seguir uma desconexa jurisprudência de característica policial quase imposta, preocupados com o caos penitenciário, como o juiz de **Bourdieu**, citado no início, nesses tempos de incompreensão e descrédito, esses juízes podem muito menos, com riscos muito maiores de punição.

Referências bibliográficas

Bourieu, Pierre. *A miséria do mundo*. Petrópolis: Vozes, 2011.

Rauter, Cristina. *Criminologia e subjetividade no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

Valois, Luís Carlos. *Conflito entre ressocialização e o princípio da legalidade na execução penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

Luís Carlos Valois
Doutor e mestre em Criminologia e Direito Penal pela USP.
Juiz de direito, titular da Vara de Execuções Penais do Amazonas.
Professor de execução penal da Escola Nacional de Formação
e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM.

Encarceramento em massa e a tragédia prisional brasileira

Giane Silvestre e Felipe Athayde Lins de Melo

Introdução

O sistema prisional brasileiro passou a ocupar as pautas dos principais veículos da mídia desde que entramos em 2017, devido ao massacre ocorrido no Complexo Penitenciário Anísio Jobim, o Compaj, em Manaus. A tragédia anunciada, como muitos especialistas denominaram, tornou pública, mais uma vez, as condições subumanas às quais os presos são submetidos de norte a sul do Brasil. Desde 1992, com o massacre na Casa de Detenção do Carandiru em São Paulo, não se via uma matança nessas proporções dentro de uma prisão no país. O episódio também colocou em evidência que a gestão penitenciária terceirizada, por meio de parceria público privada (PPP), não é a "solução mágica" para o "problema" do sistema prisional, como alguns chegaram a propagar. Pelo contrário, ela cobra mais caro pela mesma ineficiência, e ainda abre uma brecha para que gestores públicos (de má-fé) se eximam da responsabilidade que têm sobre a gestão da população encarcerada.

À tragédia de Manaus seguiram-se novos eventos. Diariamente, somos informados de novas mortes, fugas, motins. O presente artigo busca retomar, brevemente, alguns processos por meio dos quais chegamos à atual situação de descalabro no(s) sistema(s) penitenciário(s), percorrendo condicionantes oriundos das políticas de segurança pública e de justiça criminal. Analisa ainda as formas como é operada a Administração Penitenciária no país, tomando como premissa que há um compartilhamento da gestão dos estabelecimentos prisionais entre Estado e organizações criminais.

Por fim, faz-se um apanhando nas ações que vêm sendo apontadas como alternativas de superação do cenário atual.

Aspectos do encarceramento massivo brasileiro

Os anos que separam as tragédias de 1992 e 2017 foram marcados por algumas mudanças nas prisões brasileiras, sobretudo no que diz respeito à gestão da vida no cárcere e especialmente pelo crescimento exponencial do número de presos e das taxas de encarceramento em todo o país. Estima-se que no Brasil, hoje, existam cerca de 700 mil pessoas presas. Trata-se, entretanto, de uma estimava, justamente porque não sabemos ao certo quantas pessoas estão encarceradas nos cerca de 1.430 estabelecimentos prisionais brasileiros, uma vez que o dado mais recente do Departamento Penitenciário Nacional (Depen) data de dezembro de 2014. Como, então, gerir de forma adequada um sistema que mal se conhece na sua grandeza? Não é exagero afirmar que o Estado poucas vezes se importou com as consequências de um sistema superlotado, e o descaso está até mesmo na falta de informação e conhecimento sobre a população carcerária.

Em 2001, a taxa de presos por 100 mil habitantes era de 135; passado pouco mais de uma década, esta cifra subiu para 306, o que representa um crescimento da ordem de 127%. A proporção deste crescimento não deixa dúvidas de que estamos diante de um processo de "encarceramento em massa", noção que passou a ser usada por estudiosos do campo da punição para descrever as mudanças na escala do encarceramento que se iniciaram nos anos 1970 e tornaram-se visíveis em meados dos anos 1980, especialmente nos Estados Unidos. Mais do que evidenciar o número de encarcerados, autores como **Zimring** e **Hawkins** (1991), **Garland** (1990, 2008) e **Simon** (1997) chamavam a atenção para a desproporcionalidade racial, etária e de gênero, para os altos custos da prisão, e a discutível capacidade da prisão na redução da violência. Assim, a noção combina três distintos fatores que compõem o aumento do encarceramento: sua escala, a aplicação categórica da pena de prisão em situações em que poderiam ser aplicadas outras medidas e a substituição da função correcional da prisão por uma função de gerenciamento de pessoas, como um depósito de indivíduos "indesejáveis" (Simon, 2007).

No Brasil, diversos fatores podem ter influenciado diretamente neste processo, como a promulgação da Lei dos Crimes Hediondos, em 1990, que passou a limitar a progressão de regime aumentando, consequentemente, o tempo de pena em regime fechado. Para os não reincidentes nesta modalidade de crime, a lei restringe a liberdade condicional após o cumprimento de 2/3 da pena e não 1/3, conforme rege o Código Penal. Além disso, a inclusão do tráfico de drogas no rol de crimes hediondos é outro fator que pode ter impactado este crescimento significativo da população prisional.

Com os dados fornecidos pelo Depen nos últimos anos, a despeito da precariedade e indisponibilidade de determinadas informações, é possível afirmar que a população carcerária é majoritariamente formada por homens, jovens e negros, e que cerca 80% das pessoas presas respondem por delitos de duas naturezas: drogas e patrimônio. A promulgação da chamada "nova Lei de Drogas", em 2006, trazia consigo a ideia de descriminalização do uso de entorpecentes e, consequentemente, o fim do encarceramento de usuários de drogas. Contudo, como as mudanças legislativas de ordem "progressista" nem sempre surtem efeitos sobre práticas "conservadoras" estabelecidas, o encarceramento de usuários e pequenos traficantes se tornou regra na atividade policial, especialmente diante de pressões por produtividade, com metas administrativas a serem cumpridas.

Os crimes patrimoniais, em sua maioria roubos e furtos, levam para o cárcere, em boa parte das vezes, pessoas cujos objetos subtraídos valem muito menos do que o custo mobilizado para mantê-las atrás das grades. Crimes contra a vida, por sua vez, representam cerca de 10% das prisões, o que demonstra, de certa forma, a incapacidade do sistema de justiça em priorizar a preservação da vida, já que toda a mobilização se dá em torno do processamento dos crimes ligados ao patrimônio. Como destacado por **Sinhoretto** (2014), o predomínio da preocupação com a administração de conflitos ligados à circulação da riqueza pode ser observado no perfil dos presos.

A continuidade dessas prisões é proporcionada pelo aval do Ministério Público, no qual, em grande medida, predomina a lógica da suspeição e opera a resposta punitiva demandada por diversos setores da sociedade. E por um Judiciário que, muitas vezes, acredita que a prisão possa ser um recurso punitivo eficaz.

A conjunção desses fatores, além de outros não listados, fez com que chegássemos ao cenário atual no país. Nas prisões, ao mesmo tempo em que faltam vagas, observam-se a precariedade das condições de encarceramento e a gestão do cotidiano prisional nas mãos de grupos criminais – apesar da soberba insistência dos nossos governantes em negar e/ou minimizar a existência de tais grupos, assim como a dificuldade em admitir que não têm o controle das prisões que criaram. Definitivamente, a construção de unidades prisionais não é uma resposta adequada para a questão penitenciária no Brasil, como anunciou o então Ministro da Justiça logo após o massacre ocorrido em Manaus.

Sabemos que o crescimento físico do sistema prisional impulsiona o crescimento do encarceramento, e o maior exemplo disso é o Estado de São Paulo, que nos últimos 20 anos construiu mais de 120 prisões em diversas cidades do Estado e teve sua taxa de encarceramento aumentada em 200%. Hoje, São Paulo tem uma das maiores taxas de encarceramento do país (503 presos por 100 mil habitantes) e o maior sistema prisional, com 166 unidades. A criação dessas prisões ao longo de duas décadas não representou melhorias no interior do cárcere, e o déficit no sistema prisional nunca deixou de existir. O aumento vertiginoso da população carcerária, sem a melhora na infraestrutura das unidades já existentes, em grande medida, favoreceu o aparecimento do Primeiro Comando da Capital (PCC), que do interior das prisões construiu sua hegemonia no crime.

A dispersão das unidades prisionais no interior de São Paulo possibilitou, também, uma ampliação das transferências e de isolamentos de presos considerados de alta periculosidade ou ainda vistos como lideranças do PCC. Tal prática, constantemente acionada como estratégia da administração penitenciária para o enfraquecimento dessas organizações, surtiu o efeito contrário ao esperado, ou seja, acabou por fortalecer estes grupos e por consolidar a rede dentro dos presídios paulistas.

Hegemônico no controle das prisões e de diversos territórios paulistas, o PCC nacionalizou-se e hoje possui representantes nos 27 Estados brasileiros. Este expansionismo começou a produzir conflitos com um antigo aliado, o Comando Vermelho (CV), uma vez que ambos passaram a disputar o apoio de grupos locais surgidos em diferentes Estados, especialmente no Norte e Nordeste do país. Desde o segundo semestre de 2016,[1] notícias e relatos dão conta de um rompimento entre PCC e CV, acirrando as condições de convívio nas prisões e dando origem ao que passou a ser denominado "guerra de facções".

O exemplo de São Paulo

Em seu estudo sobre o PCC, **Dias** (2011) apresenta três fases que conduziram o grupo criminal de sua fundação em resposta à violência institucional até a hegemonia no mundo do crime, consolidando o que a autora classifica como uma "nova figuração social" nas prisões. Aos períodos que compreendem as fases de surgimento e guerra, de disseminação do PCC pelas unidades prisionais de São Paulo e sua posterior consolidação como principal grupo criminal paulista, corresponde um período de grande expansão dos estabelecimentos penais e do quantitativo populacional sob custódia da Secretaria de Administração Penitenciária – SAP, órgão que fora criado em 1993, após o Massacre do Carandiru, mas que apenas alcançará sua autonomia administrativa e operacional durante a gestão Nagashi Furukawa (1999-2006). Assim, entre 1994 e 2006, a população prisional de São Paulo saltará de cerca de 55 mil pessoas para mais de 144 mil, e o número de estabelecimentos prisionais sob gestão da SAP pulará de 43, em 1994, para 144, em 2006.

Esta expansão, porém, terá dois aspectos primordiais: uma expansão física, marcada pelo número de vagas, de unidades prisionais e de pessoas presas, e uma expansão territorial, marcada pela construção de unidades em quase todas as regiões administrativas do Estado,[2] promovendo um amplo processo de descentralização, interiorização e desterritorialização do sistema prisional (Silvestre, 2012; Melo, 2008), que resultou "*numa mobilidade distinta dos demais estados aos presos e presas de São Paulo, que passam por constantes transferências de uma unidade a outra, em diferentes regiões geográficas, configurando redes de relacionamentos próprias do sistema prisional paulista*" (Melo, 2014, p. 27).

Não obstante, o mesmo crescimento não ocorrerá no que diz respeito aos serviços penais, já que a expansão do sistema carcerário não foi acompanhada do investimento na infraestrutura dos estabelecimentos e muito menos nos números e na qualificação de seus funcionários. Como bem destacaram **Adorno** e **Salla** (2007), a proporção de agentes prisionais por preso, que era de 1 para 2,17 em 1994, passa para 1 para 4,99 em 2006, uma redução para praticamente metade dos funcionários. Considerando somente os agentes penitenciários, de fato responsáveis pela custódia dos presos (já que muitos agentes estão alocados em funções administrativas ou serviços gerais), a proporção é ainda mais alarmante, com 1 agente para 7,3 presos, de acordo com os dados levantados por **Dias** (2011) para o ano de 2010.

Dessa forma, num complexo de unidades cada vez maior, com mais pessoas presas, sem o cumprimento das obrigações estatais no tocante aos serviços e assistências penais, sem efetivo de servidores adequados e com servidores pouco qualificados, com a constante transferência de pessoas presas para as diferentes unidades prisionais, o sistema prisional de São Paulo irá constituir, progressiva e continuamente, as condições necessárias para o fortalecimento do PCC. Hoje, quase duas décadas depois da fundação do PCC, pode-se dizer que as prisões de São Paulo são administradas de forma compartilhada entre o Estado e o grupo criminal.

Assim, temos de um lado a permanência do crescimento ininterrupto do número de unidades prisionais, representando uma política de desenvolvimento regional e geração de trabalho e renda em regiões do Estado com pouca presença de outras políticas públicas. Esta expansão promoverá, para fora das muralhas das prisões, um desenvolvimento assentado numa cultura de criminalização. Mas, internamente, as principais inovações geradas pela gestão prisional paulista foram a criação do GIR – Grupo de Intervenção Rápida e dos AEVPs – Agentes de Escolta e Vigilância Penitenciária, dois grupamentos especializados que reforçam as práticas militarizadas na gestão prisional (Silvestre, 2016, p. 258).

Dessa forma, podemos afirmar que há, no controle estatal da criminalidade, uma perversa combinação de presenças e ausências. Uma presença externa ao sistema prisional que promove uma cultura de produção do criminoso como inimigo público a ser combatido e/ou eliminado. Internamente ao sistema, a presença reforça a cisão entre garantia de direitos e segurança prisional, aumentando os níveis de tensão entre quem está privado de liberdade e quem trabalha nas prisões. No interior das prisões temos as ausências de ambientes para execução das assistências, de serviços sociais básicos previstos em lei, de equipes técnicas e de políticas públicas. Estas ausências, no dia a dia, serão operadas ostensivamente por meio da criação de privilégios, de modo que poucas pessoas conseguem acesso a tudo aquilo que é restrito. E esta gestão dos privilégios também será operada, no dia a dia, pelo PCC, que cumpre a função de regular as relações nos ambientes de convívio, ao passo que o Estado se beneficia exatamente desta "ordem" que é regulada pelos grupos criminais.

Esses modos de operar as prisões se traduzem em comportamentos e decisões cotidianas, que podem ser expostos em dois exemplos. O primeiro é a fala de um diretor de segurança e disciplina de uma penitenciária, no ano de 2005: "*aqui tá tudo sob controle, mas sob controle* dos cara. *Pra manter a ordem é assim: a gente finge que tá no controle e os caras fazem o controle deles lá dentro. Só que o ladrão sabe que se aprontar alguma, a gente vai com tudo lá pra cima deles*" (Melo, 2014, p. 84). Dez anos depois, estes procedimentos se tornam ainda mais necessários e um

ex-diretor geral de presídios irá assim descrevê-los: "*A automação das unidades significará o passo fundamental para consolidar o modelo de depósito de gente: com ela, os guardas não entrarão nos raios exceto que haja alguma situação de necessidade. Com isso, os presos ganham ainda mais a administração destes espaços*" (Caderno de Campo, Melo, 2015).

Assim, se em termos gerais é o Estado quem controla os fluxos de entrada e saída nas prisões, de transferências de presos, de acesso aos serviços e assistências por meio da limitação de vagas, no cotidiano o que há é um processo gradual e contínuo de entrega de gestão dos ambientes de convívio das unidades prisionais para grupos criminais, sem a qual não seria possível manter tanta gente encarcerada em ambientes com tanta superlotação e com tanta escassez de servidores e serviços.

Diante desse cenário, torna-se extremamente temerária a propagação do modelo de controle do crime paulista como um exemplo a ser seguido em nível nacional. O atual Ministro da Justiça fez parte da cúpula da segurança pública do estado de São Paulo e compartilhou da estratégia de negação/minimização do PCC, o que, em partes, fez com que o grupo encontrasse espaço para se fortalecer dentro e fora das prisões. A política de expansão do sistema prisional, com a construção de unidades por praticamente todas as regiões do território paulista, impulsionou o encarceramento massivo, não diminuiu a superlotação e tampouco melhorou as condições de vida dos detentos, mas favoreceu a ramificação do PCC e colocou a gestão do cotidiano prisional nas mãos do grupo. Seguramente, a federalização do "modelo" paulista, tal qual se percebe nas medidas anunciadas pelo Ministério da Justiça neste início de 2017, é uma das piores políticas que pode ser adotada pelo governo.

Como romper com as recorrentes tragédias prisionais brasileiras?

Ainda que a maior parte das prisões brasileiras estejam superlotadas, a construção de mais unidades sem que haja, simultaneamente, a implementação de uma política descarcerizante não resolverá a questão. Não existe uma solução mágica nem rápida para a questão, porém, se apontarmos a responsabilidade das tragédias apenas às disputas de facções rivais, corremos o risco de não enxergar que o problema central está na política de encarceramento em massa.

A população prisional cresce de forma acelerada desde a metade da década de 1990, mas as iniciativas que fortalecem as penas alternativas, por exemplo, ainda são incipientes. Falta também uma articulação efetiva entre os três poderes para a implementação de políticas de segurança e justiça que não vislumbrem somente o encarceramento como medida punitiva, e algumas iniciativas são ameaçadas por interesses corporativos das diferentes instituições que compõem o sistema de justiça e segurança.

Mudanças legislativas de caráter descarcerizante como a Lei 12.403/11 – que possibilita ao juiz a decretação de diversas medidas cautelares diferentes da prisão – e a iniciativa do Poder Judiciário de implementar as Audiências de Custódia em todo o país são alguns exemplos, ainda muito recentes, de articulação entre os três poderes e que podem fazer a diferença no curso do encarceramento excessivo. Além disso, é preciso lembrar que 36% da população prisional brasileira é formada por presos provisórios, ou seja, por pessoas que ainda não tiveram sua culpa comprovada por parte da justiça e, por isso, a celeridade no processamento destes casos também é uma medida que se faz urgente no cenário brasileiro.

De modo complementar, medidas específicas para a gestão prisional devem ser implantadas com vistas à superação do quadro de violação de direitos e degradação da dignidade da vida, incluindo o desenvolvimento de desenhos institucionais de políticas voltadas aos sistemas prisionais, a implantação de um modelo de gestão que oriente a política prisional no país, estabelecendo princípios e fluxos de gestão dos estabelecimentos prisionais e de organização das estruturas estaduais da Administração Penitenciária, e a qualificação e institucionalização das carreiras de servidores penais.

Notas

(1) No final de 2015, uma série de rebeliões no Rio Grande do Norte já informava a existência de conflitos locais entre o PCC e o CV por apoio de grupos locais, como a Família do Norte e Sindicato do Crime. O rompimento nacional entre os dois maiores grupos criminais foi anunciado, entretanto, em outubro de 2016.

(2) A exceção será a Região Administrativa de Registro, que compreende o Vale do Ribeira, onde há diversos impedimentos de ordem ambiental.

Referências bibliográficas

Adorno, Sergio; Salla, Fernando. Criminalidade organizada nas prisões e os ataques do PCC. *Estudos Avançados* (21), v. 61, p. 7-29, 2007.

Dias, Camila N. C. *Da pulverização ao monopólio da violência:* expansão e consolidação do Primeiro Comando da Capital (PCC) no sistema carcerário paulista. Tese (Doutorado em Sociologia). Universidade de São Paulo. Departamento de Sociologia. São Paulo: USP, 2011.

Garland, David. *Punishment and Modern Society*: a study in social theory. Chicago: The University of Chicago Press, 1990.

Melo, Felipe. A. L. *Anotações em Caderno de Campo*. Arquivo do autor, não publicado, 2015.

_____. *As prisões de São Paulo:* estado e mundo do crime na gestão da "reintegração social". São Paulo: Alameda, 2014.

_____. Estratégias de atendimento ao egresso prisional e ao familiar de preso: análise de experiências e proposta de mobilização. *Anais I Congresso Latino-americano de educação em direitos humanos.* Araraquara/SP: UNESP, 2008.

Silvestre, Giane. *Dias de visita*: uma sociologia da punição e das prisões. São Paulo: Alameda, 2012.

_____. *"Enxugando Iceberg":* como as instituições estatais exercem o controle do crime em São Paulo. 313 f. Tese (Doutorado em Sociologia). Universidade Federal de São Carlos. Departamento de Sociologia. São Carlos: UFSCar, 2016.

Simon, Jonathan. *Poor Discipline*: Parole and the social control of the underclass, 1890-1990. Chicago: University of Chicago Press, 1997.

_____. *Governing through crime*: How the war on crime transformed American democracy and created a culture of fear. Oxford: Oxford University Press, 2007.

Sinhoretto, Jacqueline. Reforma da justiça: gerindo conflitos numa sociedade rica e violenta. *Diálogos sobre Justiça*, v. 2, p. 49-56, 2014.

Zimring, F. E.; Hawkins, G. *The scale of imprisonment*. Chicago: University of Chicago Press, 1991.

Giane Silvestre
Doutora em Sociologia.
Pesquisadora do Grupo de Estudos sobre Violência e Administração de Conflitos da Universidade Federal de São Carlos (GEVAC/UFSCar).

Felipe Athayde Lins de Melo
Doutorando em Sociologia.
Pesquisador do Grupo de Estudos sobre Violência e Administração de Conflitos da Universidade Federal de São Carlos (GEVAC/UFSCar).

IBCCRIM
Fundado em 14.10.92
DIRETORIA DA GESTÃO 2017/2018

DIRETORIA EXECUTIVA
Presidente: Cristiano Avila Maronna
1.º Vice-Presidente: Alexis Couto de Brito
2.ª Vice-Presidente: Eleonora Rangel Nacif
1.º Secretário: Renato Stanziola Vieira
2.º Secretário: Carlos Roberto Isa
1.º Tesoureiro: Edson Luis Baldan
2.º Tesoureiro: Bruno Shimizu
Diretor Nacional das Coordenadorias Regionais e Estaduais: André Adriano Nascimento e Silva

CONSELHO CONSULTIVO
Andre Pires de Andrade Kehdi
Carlos Alberto Pires Mendes
Helios Alejandro Nogués Moyano
Mariângela de Magalhães Gomes
Sérgio Salomão Shecaira

OUVIDOR
Rogério Fernando Taffarello

ANO 25 - Nº 293 - ABRIL/2017 - ISSN 1676-3661

Um convite ao debate: como o FUNPEN pode aperfeiçoar o Sistema Penitenciário Brasileiro?

Alynne Nayara Ferreira Nunes

Com a intenção de garantir recursos para modernizar e aprimorar o Sistema Penitenciário Brasileiro, a Lei Complementar 79, de 7 de janeiro de 1994 (LC 79/94), criou o Fundo Penitenciário Nacional, o FUNPEN.

Durante seus mais de 20 anos de vigência, os recursos do Fundo foram contingenciados – isto é, embora o orçamento tenha autorizado a despesa para aquele exercício, apenas parte dela era de fato utilizada. Com essa ação, parte dos recursos destinou-se ao cumprimento de metas de *superávit* primário, garantindo-se o pagamento de juros da dívida pública.(1)

Em virtude dessa situação orçamentária e da patente violação de direitos que marca o Sistema Penitenciário Nacional, o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) ingressou com a ADPF 347 perante o STF em maio de 2015. Um dos argumentos do partido consistia em reconhecer o *estado de coisas inconstitucional* do Sistema Penitenciário brasileiro e determinar o imediato descontingenciamento dos recursos do FUNPEN.

Em setembro do mesmo ano, o STF apreciou o pedido de medida cautelar e determinou, entre outras providências, o descontingenciamento dos recursos do Fundo. O julgamento de mérito, contudo, ainda está pendente.

Considerando essa recente decisão e tendo em vista o período em que o FUNPEN teve seus recursos contingenciados, pretende-se estimular o debate sobre seu funcionamento e demonstrar brevemente como seus recursos foram gastos durante seus mais de 20 anos de vigência. Nesse sentido, a comunidade jurídica pode formular demandas e críticas mais sofisticadas ao uso de seus recursos, contribuir para a decisão de mérito do STF, assim como considerar eventuais impasses decorrentes do desenho normativo da LC 79/94.

1. Funcionamento do FUNPEN: dos recursos à efetiva alocação

Embora o FUNPEN tenha sido criado pela LC 79/94, sua origem propriamente remonta-se à reforma do Código Penal de 1984, por meio da Lei 7.209, que determinou que a pena de multa consistia em pagamento ao "fundo penitenciário" (CP, art. 49). A proposta para sua criação somente ocorreria em 1993, quando a Presidência da República encaminhou projeto de lei para o Congresso Nacional a fim de criar o FUNPEN, que seria capaz de impulsionar "(...) *serviços, programas e projetos penitenciários, sem onerar o contribuinte com novas taxas e impostos*".(2) Estava claro, portanto, que o Sistema Penitenciário Brasileiro contaria com fonte estável de financiamento, sem depender exclusivamente da arrecadação tributária. No ano seguinte, o projeto de lei tornou-se a Lei Complementar 79/94.

Sobre o FUNPEN propriamente, os recursos que o compõem são, segundo o art. 2.º da LC 79/94:

> *"I – dotações orçamentárias da União;*
>
> *II – doações, contribuições em dinheiro, valores, bens móveis e imóveis, que venha a receber de organismos ou entidades nacionais, internacionais ou estrangeiras, bem como de pessoas físicas e jurídicas, nacionais ou estrangeiras;*
>
> *III – recursos provenientes de convênios, contratos ou acordos firmados com entidades públicas ou privadas, nacionais, internacionais ou estrangeiras;*
>
> *IV – recursos confiscados ou provenientes da alienação dos bens perdidos em favor da União Federal, nos termos da legislação penal ou processual penal, excluindo-se aqueles já destinados ao Fundo de que trata a Lei n.º 7.560, de 19 de dezembro de 1986;*
>
> *V – multas decorrentes de sentenças penais condenatórias com trânsito em julgado;*
>
> *VI – fianças quebradas ou perdidas, em conformidade com o disposto na lei processual penal;*
>
> *VII – cinquenta por cento do montante total das custas judiciais recolhidas em favor da União Federal, relativas aos seus serviços forenses;*
>
> *VIII – três por cento do montante arrecadado dos concursos de prognósticos, sorteios e loterias, no âmbito do Governo Federal;*
>
> *IX – rendimentos de qualquer natureza, auferidos como remuneração, decorrentes de aplicação do patrimônio do FUNPEN;*
>
> *X – outros recursos que lhe forem destinados por lei*".

Esses recursos são geridos pelo Departamento de Assuntos Penitenciários da Secretaria dos Direitos da Cidadania e Justiça, do Ministério da Justiça, e direcionados aos Estados por meio de convênios (LC 79/94, art. 3.º, § 1.º) ou instrumentos similares de transferência de recursos, que, por sua vez, devem obedecer ao regramento da Instrução Normativa 1/97, da Secretaria do Tesouro Nacional (Brasil, 2012, p. 7). Segundo a norma, os Estados devem propor o convênio ou acordo ao Ministério da Justiça, atendendo aos requisitos previstos em seu art. 2.º.

Assim, enquanto o Ministério da Justiça gerencia os recursos do Fundo, garante-se autonomia aos Estados para executar o objeto do contrato de convênio. Inclusive, para a AGU essa é a principal falha do FUNPEN: a de que os Estados não são capazes de executar os convênios, o que leva ao cancelamento de repasses, frustrando a política pública.(3) Por outro lado, a AGU não considera o contingenciamento de recursos como fator relevante, porque teria ocorrido sobre percentual inexpressivo dos recursos.(4)

Após a arrecadação dos recursos, questiona-se: como eles devem ser aplicados? O art. 3.º da LC 79/94 prevê as hipóteses, que são:

> *"I - construção, reforma, ampliação e aprimoramento de estabelecimentos penais;*
>
> *II - manutenção dos serviços e realização de investimentos penitenciários, inclusive em informação e segurança; (Redação dada pela Medida provisória nº 755, de 2016)*
>
> *III - formação, aperfeiçoamento e especialização do serviço penitenciário;*
>
> *IV - aquisição de material permanente, equipamentos e veículos especializados, imprescindíveis ao funcionamento e à segurança dos estabelecimentos penais; (Redação dada pela Medida provisória nº 755, de 2016)*
>
> *V - implantação de medidas pedagógicas relacionadas ao trabalho profissionalizante do preso e do internado;*

ANO 25 - Nº 293 - ABRIL/2017 - ISSN 1676-3661

VI - formação educacional e cultural do preso e do internado;

VII - elaboração e execução de projetos destinados à reinserção social de presos, internados e egressos, inclusive por meio da realização de cursos técnicos e profissionalizantes; (Redação dada pela Medida provisória nº 755, de 2016)

VIII - programas de assistência jurídica aos presos e internados carentes;

IX - programa de assistência às vítimas de crime;

X - programa de assistência aos dependentes de presos e internados;

XI - participação de representantes oficiais em eventos científicos sobre matéria penal, penitenciária ou criminológica, realizados no Brasil ou no exterior;

XII - publicações e programas de pesquisa científica na área penal, penitenciária ou criminológica;

XIII - custos de sua própria gestão, excetuando-se despesas de pessoal relativas a servidores públicos já remunerados pelos cofres públicos.

XIV - manutenção de casas de abrigo destinadas a acolher vítimas de violência doméstica. (Incluído pela Lei Complementar nº 119, de 2005)

XV – implantação e manutenção de berçário, creche e seção destinada à gestante e à parturiente nos estabelecimentos penais, nos termos do § 2º do art. 83 e do art. 89 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal. (Incluído pela Lei Complementar nº 153, de 2015)

XVI - programas de alternativas penais à prisão com o intuito do cumprimento de penas restritivas de direitos e de prestação de serviços à comunidade, executados diretamente ou mediante parcerias, inclusive por meio da viabilização de convênios e acordos de cooperação; (Incluído pela Medida provisória nº 755, de 2016)

XVII - políticas de redução da criminalidade; e (Incluído pela Medida provisória nº 755, de 2016)

XVIII - financiamento e apoio a políticas e atividades preventivas, inclusive de inteligência policial, vocacionadas à redução da criminalidade e da população carcerária. (Incluído pela Medida provisória nº 755, de 2016)".

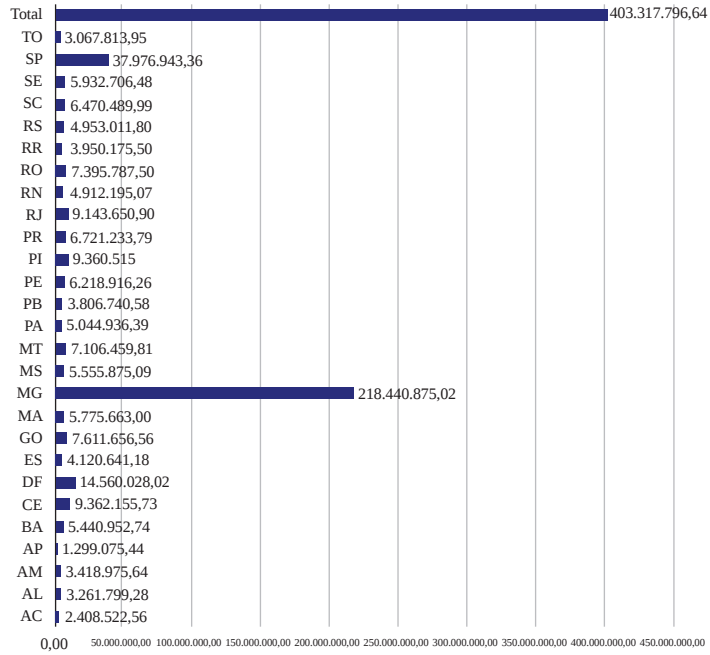
2. Breve análise: como os recursos do FUNPEN foram gastos?

Em pedido de informação formulado ao Ministério da Justiça (MJ), obteve-se acesso à integralidade dos convênios celebrados com os Estados entre 1995 e 2015. As planilhas enviadas[5] não indicaram, no entanto, quais convênios foram cancelados e/ou suspensos. Por isso, consideremos, a seguir, que os dados[6] representam ao menos o interesse dos Estados em celebrar convênios e os valores potencialmente despendidos em sua execução. Para pesquisa mais exaustiva, recomenda-se que o leitor ou a leitora busque essas informações detalhadas também via Lei de Acesso à Informação.

Feitas essas considerações, pode-se tratar de dois assuntos principais, extraídos a partir dos dados enviados pelo MJ: (i) valores investidos em cada Estado da Federação e (ii) para qual tema listado no art. 3.º da LC 79/94 o recurso foi direcionado.

Quanto ao primeiro, tem-se que o Estado de Minas Gerais figurou como o maior beneficiário dos recursos do FUNPEN, pois celebrou convênios que ultrapassaram R$ 200 milhões de reais – a maior parte destinada à construção de estabelecimentos prisionais. São Paulo e Distrito Federal apareceram logo após, mas receberam recursos em menor quantidade: R$ 37 milhões e R$ 14 milhões, respectivamente.

Gráfico 1: Valor total dos convênios celebrados desde a vigência do FUNPEN

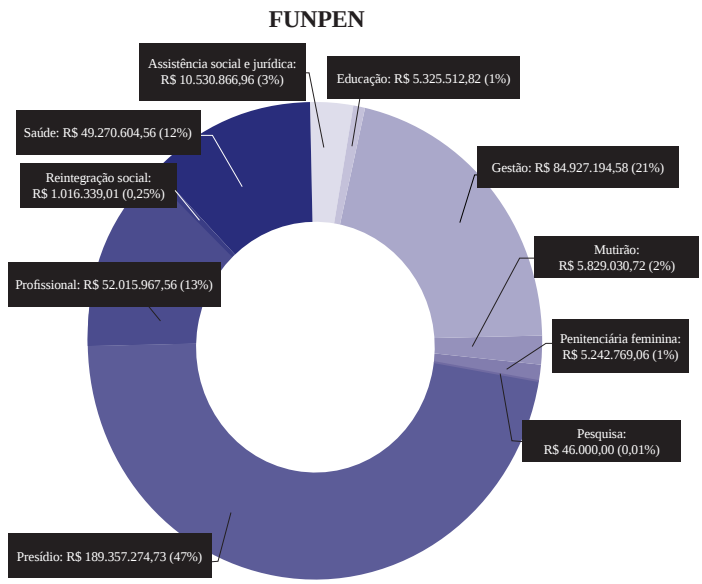


Fonte: elaboração própria a partir dos dados obtidos via Lei de Acesso à Informação.

Acerca do objeto dos contratos, cabe ressalvar que os assuntos foram organizados segundo categorias abrangentes, para facilitar a sistematização, que estão dispostas no gráfico.

Percebe-se, por sua vez, que a construção e a reforma de penitenciárias figuraram como a principal despesa do FUNPEN, que corresponde a 47% dos recursos. Em seguida, tem-se as despesas na gestão da administração penitenciária, que envolve cursos de qualificação aos agentes prisionais, referente a 21% dos recursos. As despesas com a profissionalização do internado apareceram em terceiro lugar, com 13% dos recursos. Note que temas relevantes para a ressocialização, como investimento em educação, assistência social e jurídica, receberam poucos recursos quando comparados com a distribuição para a construção e reforma de presídios.

Gráfico 2: Alocação dos recursos do FUNPEN



Fonte: elaboração própria a partir dos dados obtidos via Lei de Acesso à Informação.

3. Um debate necessário: compatibilizar a destinação dos recursos do FUNPEN com o cumprimento de direitos constitucionais

A decisão do STF proferida em sede de medida cautelar da ADPF 347, que determinou o descontingenciamento dos recursos do FUNPEN, foi capaz de gerar expectativas positivas sobre o futuro do Sistema Penitenciário Brasileiro. Na verdade, a complexidade que envolve o uso dos recursos do FUNPEN exige debate que transcenda a questão do descontingenciamento. Isso porque há outros elementos relevantes a serem considerados para sua implementação, como, por exemplo, a destinação dos recursos e o procedimento para celebração de convênios e outros instrumentos de transferência.

Ao mesmo tempo em que é necessário estímulo para que os Estados tenham condições de executá-lo, igualmente é necessário que isso se dê de acordo com os parâmetros da decisão do STF, que determinou a adoção de medidas contra o *estado de coisas inconstitucional* do Sistema Penitenciário Brasileiro.

Assim, se a principal despesa do FUNPEN consistiu na construção e manutenção de estruturas prisionais, não há, por outro lado, justificativa razoável que sustente por que os gastos com educação, saúde e assistência social e jurídica, potencialmente capazes de ressocializar o preso, são pouco expressivos. Se há preponderância de gastos com encarceramento, esses direitos correlatos não deveriam ser prestados na mesma proporção, considerando o aumento da população carcerária?

Pode-se argumentar, inclusive, que a opção política na alocação dos recursos, durante os mais de 20 anos de vigência do FUNPEN, também contribuiu para o *estado de coisas inconstitucional*, uma vez não houve modernização ou aprimoramento do Sistema Penitenciário; pelo contrário.

Requer-se, para reverter esse cenário, não somente uma atuação do Poder Judiciário, mas também dos Poderes Legislativo e Executivo, que podem alterar ou regulamentar a norma do FUNPEN, a fim de torná-la mais flexível e adequada à estrutura complexa do federalismo nacional e do sistema penitenciário. Critérios que permitam a ressocialização do preso poderiam ser prioritários e, assim, seriam capazes de otimizar o uso dos recursos.

Na verdade, não basta a existência de recursos para melhorar a situação penitenciária; é igualmente necessária gestão responsável e regulação que permita sua implementação segundo os direitos constitucionais. Esse tema, que ainda tem muito a ser explorado, pode ser objeto de debates frutíferos pela comunidade jurídica, a fim de compatibilizar o procedimento para uso dos recursos do FUNPEN com os direitos fundamentais.

Notas

(1) Brasil. *FUNPEN em números*. 6. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 2012. p. 20.

(2) Cf. Exposição de Motivos 80/MJ, de 08.02.1993, subscrita pelo Ministro da Justiça Maurício Corrêa, p. 2.

(3) Em 2016, o MJ publicou o "Manual de Convênios e outros instrumentos de repasse", para orientar os Estados quando da apresentação de convênios e contratos correlatos, que está disponível em: <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/politicas-2/convenios-1/manual-de-convenios-e-instrumentos-congeneres-depen-2016.pdf>. Último acesso em: 12 nov. 2016.

(4) Cf. "AGU defende esforço conjunto do poder público para enfrentar crise em presídios". 27/08/2015. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/page/content/imprimir/id_conteudo/348575>. Último acesso em: 12 nov. 2016.

(5) Referente ao Processo (Pedido de Informação) nº 08850002075201600, que foi respondido pelo MJ em 06/07/2016. Disponibilizam-se as planilhas publicamente em: <https://goo.gl/pwjJHI>. Último acesso em: 12 nov. 2016.

(6) Os dados foram organizados em planilha do Excel, contendo o tema, unidade da federação, ano de celebração do contrato, objeto e valor, que está disponível para consulta em: <https://goo.gl/VRAIoE>. Último acesso em: 12 nov. 2016.

Alynne Nayara Ferreira Nunes
Mestre em Direito e Desenvolvimento pela Fundação Getulio Vargas (2016).
Pesquisadora.
Advogada.

Penas infamantes no Direito Penal Empresarial brasileiro: pressupostos para uma análise de constitucionalidade

Marcelo Almeida Ruivo

A doutrina do Direito Penal empresarial de matriz anglosaxônica tem sugerido a utilização de penas criminais infamantes (*shame sanctions*).(1)

Os eventuais benefícios radicariam desde diferentes finalidades preventivas relacionadas à utilidade da punição a consequências práticas, *v.g.*, evitar o incremento da massa carcerária, os altos custos da punição(2) e o afastamento do condenado da sua atividade produtiva lícita. Acredita-se que seria socialmente mais vantajosa a divulgação da condenação criminal irrecorrível, mantendo o empresário no gerenciamento do seu empreendimento, do que o encarceramento do condenado e, consequentemente, o enfraquecimento econômico.

A reflexão sobre a eventual possibilidade de inclusão de penas infamantes no ordenamento penal brasileiro exige o enfrentamento a partir de distintos pontos.

1. A indefinição do conceito e dos tipos de penas infamantes. É necessário identificar o que exatamente se pode entender por penas infamantes, quais são os tipos e os crimes correspondentes para que se possa efetivamente avaliar os fundamentos, as finalidades, os limites e as consequência desse tipo de pena. **Julia Jeuken** indica corretamente a "*dificuldade de conceituação uniforme*" desse tipo sancionatório,(3) que varia nos tipos de penas indicados por cada defensor da ideia. A concreta análise da conformidade constitucional depende da especificação do tipo de pena.

2. A indefinição dos elementos da teoria geral da pena. A principal questão prévia à análise das penas infamantes diz respeito à imprecisão conceitual dos elementos componentes da teoria geral da pena criminal no Brasil, nos Estados Unidos e, em boa parte, na Europa. Não raras vezes, a doutrina e a jurisprudência confundem o fundamento com as finalidades, bem como as finalidades com as funções ou as consequências da pena. Diante da indefinição de quais requisitos a condenação deve cumprir para a aplicação de pena legítima, não há como avaliar juridicamente e verificar empiricamente a bondade de algum tipo de pena para uma conduta concreta. Justamente por isso se acredita na importância da doutrina quadripartida da pena criminal, prevendo progressivamente as quatro fases atinentes às questões do fundamento, das finalidades, da espécie de pena e da oportunidade de punição.(4) Questões que suscitam as respectivas quatro perguntas: por quê, para quê, como e quando punir.(5)

A eventual viabilidade constitucional das penas infamantes remete ao tipo de pena, ou seja, o como punir. Para as penas infamantes seguem igualmente as exigências de satisfação do fundamento retributivo da culpa pela ofensa ao bem jurídico e das finalidades preventivas dos crimes, também conhecidas como doutrinas relativas.(6) Na primeira fase, deve-se testar especificamente se o tipo de pena infamante em concreto seria suficiente para a retribuição proporcional da culpa. Na segunda, responder se haveria: (1) a orientação da conduta do destinatário da norma pelo receio de sofrer a infâmia?; (2) a confirmação da vigência da norma por meio da aplicação da infâmia?; (3) a ressocialização do condenado por vivência da infâmia?; (4) a neutralização da capacidade ofensiva do condenado por meio da infâmia?

Cada modalidade específica de pena infamante – quer desagregadora, quer reintegradora – (7) apresenta diferentes níveis de adequação a cada uma das finalidades preventivas da pena. Ainda assim a pena infamante suscita duas interrogações com base na lógica utilitária do custo-benefício. As finalidades da pena no Direito Penal Econômico podem se restringir ao puro cálculo se os prejuízos decorrentes da condenação não superam os benefícios decorrentes do crime? Depois, a pena cumpriria as eventuais finalidades, caso o condenado, despreocupado com a perda da reputação, renunciasse a sua a honra pessoal por entender o proveito econômico oriundo do crime superior à humilhação pessoal?

3. A incerteza dos efeitos desse tipo de pena. Os fins político-criminais que se pretende alcançar com o uso das penas infamantes não podem ser afirmados categoricamente sem a verificação empírica,(8) assim como ocorre com todo tipo de pena.(9) Isto é, não se pode presumir que determinado tipo de pena sempre alcance as pretendidas finalidades em qualquer contexto de inserção,(10) o que reivindica um estudo específico do tipo de conduta ofensiva e do tipo de pena associada. No fundo, o efetivo atingimento das finalidades da pena, pretendidas pelo legislador e pelo juiz, liga-se à outra questão, o efeito prático ou o funcionamento desse tipo de pena. O funcionamento do tipo de pena não se subordina à vontade do jurista, por exemplo, o dano à honra e a eventual estigmatização do condenado são intrínsecos à noção de pena infamante,(11) ainda que não se queira tal consequência.(12) Ademais, o sentimento pessoal de humilhação do criminoso pode ser relativamente independente do setor de atividade empresarial, já os prejuízos comerciais à imagem serão incontrolavelmente distintos se a condenação for por crime tributário ou crime contra relação de consumo.(13)

4. A difícil conformidade constitucional. O texto constitucional, quando trata da inviolabilidade da "honra e imagem das pessoas" (art. 5.º, X, CF), não aponta quaisquer legítimas hipóteses de desproteção dos direitos fundamentais da honra e da imagem. Tudo leva a crer que o cidadão criminalmente investigado ou, até mesmo, condenado possui a mesma garantia dos direitos à sua honra e à sua imagem que o cidadão que jamais foi investigado ou acusado. A inviolabilidade da honra e da imagem do cidadão funda-se, em última instância, na dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III, CF), que impede o Estado de humilhar e estigmatizar o cidadão, mesmo que condenado criminalmente. O conceito geral de pena criminal caracteriza-se pela temporária restrição do direito fundamental afetado, o que não ocorre com a mesma delimitação nas penas infamantes. Não se trata apenas da temporária restrição do direito fundamental à honra, pois da humilhação pública do condenado pode decorrer a sua estigmatização – mesmo depois de cumprida a pena –, o que sabidamente não é controlável por via judicial.

Por essas e outras razões, o acolhimento da política-criminal que propõe penas infamantes requer cautela e o aprofundamento das reflexões nas ciências criminais.

Notas

(1) Em sentido crítico, Kahan, Dan; Posner, Eric. Shaming White-Collar Criminals: A Proposal for Reform of the Federal Sentencing Guidelines In: Brooks, Thom. *Shame punishment*. Farnham: Ashgate, 2014. p. 155 e ss. Analisando a publicação da decisão condenatória de empresas, Tiedemann, Klaus. *Leciones de derecho penal económico*. Barcelona: Ppu, 1993. p. 231; Heine, Gunther. Sanctions in the field of corporate criminal liability. In: Eser; Heine; Huber. *Criminal responsibility of legal and collective entities*. Freiburg: MPI, 1999. p. 249-250.

(2) Sobre os benefícios das *shame sanctions* em geral, Jeuken, Julia, Análise crítica às shame sanctions, São Paulo: LiberArs, 2017. p. 19, 38, 40, 53, 73 e 98 (prelo).

(3) Idem, p. 19, 33, 52, 74 e 97.

(4) Ruivo, Marcelo Almeida. O fundamento e as finalidades da pena criminal. A imprecisão das doutrinas absolutas e relativas. *RBCCRIM*, v. 121, p. 165 e 185, 2016.

(5) Idem, p. 165 e 185.

(6) Sobre a imprecisão da diferenciação entre doutrinas absolutas e relativas estabelecida sobre o critério da finalidade, ver Ruivo, Marcelo Almeida. O fundamento e as finalidades da pena criminal cit., p. 173.

(7) Brooks, Thom. *Punishment*. Londres: Routledge, 2012. p. 75.

(8) Idem, p. 78; Kahan, Dan; Posner, Eric. Shaming White-Collar Criminals: A Proposal for Reform of the Federal Sentencing Guidelines In: Brooks, Thom. *Shame punishment*. Farnham: Ashgate, 2014. p. 163 e 177

(9) Ruivo, Marcelo Almeida. O fundamento e as finalidades da pena criminal cit., p. 185.

(10) Kahan, Dan; Posner, Eric. Shaming White-Collar Criminals: A Proposal for Reform of the Federal Sentencing Guidelines In: Brooks, Thom. *Shame punishment*. Farnham: Ashgate, 2014. p. 163-164.

(11) Brooks, Thom. Punishment cit., p. 76.

(12) Outros exemplos de tipos de pena e as correspondentes consequências em Ruivo, Marcelo Almeida. O fundamento e as finalidades da pena criminal cit., p. 183-184.

(13) Jeuken, Julia, Análise crítica às shame sanctions, São Paulo: LiberArs, 2017. cit., p. 42-43 (prelo).

Marcelo Almeida Ruivo
Doutor pela Faculdade de Direito
da Universidade de Coimbra.
Pesquisador convidado no Max-Planck-Institut für
ausländisches und internationales Strafrecht (Freiburg,
Alemanha) em 2009, 2011-2012, 2014, 2016 e 2017.

BOLETIM IBCCRIM - ISSN 1676-3661
COORDENADOR-CHEFE: Fernando Gardinali Caetano Dias.
COORDENADORES ADJUNTOS: Daniel Paulo Fontana Bragagnollo, Danilo Dias Ticami e Roberto Portugal de Biazi.
EDITORES IBCCRIM: Adriano Galvão, Eduardo Carvalho, Taynara Lira e Willians Meneses.

CONSELHO EDITORIAL:
Acacio Miranda Filho, Amélia Emy Rebouças Imasaki, Anderson Bezerra Lopes, André Azevedo, André Felipe Pellegrino, Andre Ricardo Godoy, Antonio Baptista Gonçalves, Arthur Sodré Prado, Átila Machado, Beatriz Jubilut, Bruno Salles, Carlos Garcete, Carlos Viveiros, Christiany Pegorari, Clara Masiero, Daiana Ryu, Daiane Ayumi Kassada, Daniel Del Cid, Daniel Leonhardt, Daniel Nicory, Dayane Fanti, Décio Franco David, Edson Roberto Baptista de Oliveira, Emília M. Giuliani, Evandro Camilo Vieira, Fernanda Carolina de Araújo, Fernanda Vilares, Frederico Manso Brusamolin, Gabriel Huberman Tyles, Gabriela Gama, Guilherme Suguimori Santos, Henrique Buhl Richter, Hugo Leonardo, Hugo Leonardo Rodrigues Santos, Jacqueline Valles, Jamil Chaim Alves, João Anhê Andorfato, Jorge Nader, Jose Carlos Abissamra Filho, José Roberto Coêlho de Almeida Akutsu, Lévio Scattolini, Luan Nogués Moyano, Luana Oliveira, Luis Gustavo Sousa, Luiza Guedes Pirágine, Marco Aurélio Florêncio Filho, Mariana Chies, Matheus Pupo, Milene Maurício, Milene Cristina Santos, Octavio Orzari, Pedro Beretta, Pedro Machado de Almeida Castro, Rachel Lerner Amato, Rafael Fecury Nogueira, Rafael Tiago Silva, Renata Macedo, Ricardo Caiado, Rodrigo Sardenberg, Rogério Taffarello, Salomão Shecaira, Sâmia Zattar, Theodoro Balducci, Thiago Baldani Gomes de Filippo, Thiago Tezani, Verônica Carvalho Rahal, Vinicius Vasconcellos, Wilson Tavares e Yuri Felix.

COLABORADORES DE PESQUISA DE JURISPRUDÊNCIA:
Ana Beatriz Tabarelli Krasovic, André Campagnaro Rampinelli, Arthur Inácio, Arthur Martins Soares, Bruna Brandt, Bruna Diamante, Bruno Maurício, Camila Torres Cesar, Caroline Bussoloto de Brum, Caroline Mutaf, Cesar Janoti, Dafne Sena Coutinho Ribeiro, Fábio Suardi D'Elia, Felício Nogueira Costa, Felipe Monea, Frederico Manso Brusamolin, Gabriela Alcarpe, Gabriela Rodrigues Moreira Soares, Giancarlo Silkunas Vay, Ingrid Oliveira, Isabela Perrella, Jairton Ferraz Júnior, Karen Regina Amorim Carmo, Luana Oliveira, Ludmila Bello, Marcela Vieira da Silva, Matheus Pupo, Michelle Pinto Peixoto de Lima, Milene Maurício, Paula Mamede, Pedro Fernandes, Pedro Machado de Almeida Castro, Renato Silvestre Marinho, Renato Watanabe de Morais, Roberta Werlang Coelho Beck, Roberto Mendes Valadão, Rodrigo Olhiara da Silva, Rossana Brum Leques, Stela Valim, Stephan Gomes Mendonça, Suzane Cristina da Silva, Thais Felix, Thaís Marcelino Resende, Verônica Carvalho Rahal, Vivian Peres da Silva e Wilson Tavares de Lima.

COMISSÃO DE ATUALIZAÇÃO DO VOCABULÁRIO BÁSICO CONTROLADO (VBC): Adriano Galvão e Eduardo Carvalho.

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

Tribunal de exceções

Theodoro Balducci de Oliveira

A decisão da Corte Especial do Tribunal Regional Federal da 4ª Região que negou provimento, por acachapantes 13 votos a 1, ao recurso interposto por advogados contra o arquivamento da representação apresentada em desfavor do Juiz Federal Sérgio Fernando Moro seguiu por caminhos tortuosos que acabaram por lançar luz àquela que talvez seja, hoje, a maior mazela do Poder Judiciário: sua tendência ao poder total a partir da interpretação casuística do ordenamento jurídico.

Como se sabe, a representação em desfavor do Magistrado se deu por ocasião do levantamento do sigilo de conversa telefônica interceptada envolvendo a então Presidente da República Dilma V. Rousseff e o ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva, considerado irregular pelo Supremo Tribunal Federal nos autos da Reclamação 23.457/PR.

O voto vencedor, do Desembargador Federal **Rômulo Pizzolatti**, contudo, foi muito além da análise da conduta do representado, tida pelo tribunal local como "*incensurável*" (TRF4, 2016, p. 5 do voto do Relator). Após transcrever os dispositivos legais em tese violados com o levantamento do sigilo (e a consequente divulgação) da conversa interceptada (art. 35, I, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional; arts. 25 e 12 do Código de Ética da Magistratura Nacional; arts. 8.º e 9.º da Lei 9.296/1996; e art. 17 da Resolução CNJ 59/2008), o Relator evocou trecho da obra *Por que tenho medo dos juízes*, de **Eros Grau**, para sustentar que "*essas regras jurídicas só podem ser corretamente interpretadas à luz dos fatos a que se ligam e de todo modo verificado que incidiram dentro do âmbito de* normalidade *por elas abrangido*" e que "*os processos e investigações criminais decorrentes da chamada 'Operação Lava-Jato', sob a direção do magistrado representado, constituem* caso inédito (único, excepcional) *no direito brasileiro*", surgindo em seu âmbito, pois, "situações inéditas, *que escaparão* ao regramento genérico, *destinado aos* casos comuns" (TRF4, 2016, p. 4 do voto do Relator). E a exceção estaria justificada, ainda nos termos do voto vencedor, porque o levantamento do sigilo teria se dado para preservar a Operação Lava-Jato de supostas "*sucessivas e notórias tentativas de obstrução*", garantindo-se, assim, o "*interesse geral na administração da justiça e na aplicação da lei penal*" (TRF4, 2016, p. 4 do voto do Relator).

Ocorre, no entanto, que, ao abordar o tema, **Eros Grau** (2013, p. 125) ressalva que "*a situação de* exceção *há de ser decidida em coerência com a ordem concreta da qual a Constituição é a representação mais elevada no plano do direito posto*". E o valor supremo da Constituição da República, aquele *logos* do qual nunca se pode afastar, independentemente da hipótese, ainda que excepcional, é o da dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III, da CF).

Daí por que na obra citada **Eros Grau** (2013, p. 130-131) expõe alguns exemplos em que o Supremo Tribunal Federal captou, declaradamente, situações de exceção, trazendo trechos do voto que proferiu no *Habeas Corpus* 94.916/RS, em setembro de 2008, para conceder a ordem e garantir que a paciente, presa em flagrante por tráfico de entorpecentes e que apresentava saúde debilitada e de quem dependia a filha, aguardasse em liberdade o julgamento, a despeito da norma que vedava a liberdade provisória em tal hipótese.[1] Para o autor (Grau, 2013, p. 125), é incumbência do Poder Judiciário afastar-se da regra, que incide apenas no plano da normalidade, sempre que necessário para garantir a coerência sistêmica com os valores do ordenamento jurídico que se pretende ver aplicado. Ao fazê-lo, o juiz "*[e]xclui a aplicação da norma que em estado de normalidade incidiria sobre a exceção, de sorte a, com isso, incluí-la (a exceção) no direito*" (Grau, 2013, p. 125).

Mostra-se equivocada e falaciosa a linha de raciocínio desenvolvida pelo Desembargador Federal **Rômulo Pizzolatti**, destarte, porque decorrente de uma falsa premissa: a de que a exceção à regra jurídica pode ser invocada em desfavor de garantias fundamentais e de que se pode olhar para valores constitucionais sem enxergar o que seu conjunto sistêmico pretende proteger, que é a dignidade da pessoa humana como valor supremo.

O argumento de que o levantamento do sigilo das referidas comunicações telefônicas estaria justificado ante a necessidade de se proteger o *potestas puniendi* estatal – e, em sentido amplo e genérico, que toda a Operação Lava-Jato é excepcional e, assim, sujeita a interpretações *contra legem* em desfavor dos investigados e acusados – não encontra respaldo nem no ordenamento jurídico e nem na obra citada no voto que se sagrou vencedor. Trata-se, isso sim, da mais flagrante introdução do estado de exceção na ordem jurídica, que se dá, segundo a interpretação que **Giorgio Agamben** (2011, p. 56) faz da obra *Politische Theologie*, de **Carl Schmitt**, exatamente a partir da distinção (e autonomia) entre *norma* e *decisão*.

Segundo **Giorgio Agamben** (2011, p. 58), **Carl Schmitt** mostra que "*[n]a decisão sobre o estado de exceção, a norma é suspensa ou completamente anulada; mas o que está em questão nessa suspensão é, mais uma vez, a criação de uma situação que torne possível a aplicação da norma*". Ainda de acordo com o autor italiano (2011, p. 58), "*[o] estado de exceção separa, pois, a norma de sua aplicação*" para continuar mantendo-a aplicável, embora não naquela hipótese concreta, e introduzindo "*no direito uma zona de anomia para tornar possível a normatização efetiva do real*".

Vale dizer, portanto, que o estado de exceção distingue e afasta a norma da aplicação da norma (decisão) para, excepcionando-a na situação concreta, manter sua vigência no plano teórico. A lei está em vigor e o Estado de Direito paira sobre os acontecimentos com ares de normalidade democrática, mas nem aquela é aplicada e nem este é efetivado, motivo pelo qual **Giorgio Agamben** (2011, p. 58) define "*o estado de exceção na doutrina schmittiana como o lugar em que a oposição entre a norma e a sua realização atinge a máxima intensidade. Tem-se aí um campo de tensões jurídicas em que o mínimo de vigência formal coincide com o máximo de aplicação real e vice-versa*".

É exatamente o que sinalizou o mencionado acórdão. Com efeito, fora reconhecida a validade das normas tidas por violadas, mas não sua aplicabilidade àquela hipótese específica. Aos juízes em geral continua sendo vedado divulgar interceptações telefônicas (não há dúvida quanto a isso), mas não se estas tiverem sido deferidas na Operação Lava-Jato e expostas ao público pela pena do Juiz Federal Sérgio Fernando Moro.

A decisão, no entanto, foi além: ao sustentar que "*as investigações e processos criminais da chamada 'Operação Lava-Jato' constituem* caso inédito, *trazem* problemas inéditos *e exigem* soluções inéditas" (TRF4, 2016, p. 5 do voto do Relator), o Tribunal Regional Federal da 4.ª Região não apenas suspendeu a ordem jurídica para manter o arquivamento da representação contra o Magistrado de Curitiba/PR como lhe sinalizou de modo enfático que outras normas, constitucionais e infraconstitucionais, tampouco precisam ser observadas ante a excepcionalidade do caso em questão.

Mostrou-se cristalina, pois, a opção, consciente e voluntária, do mencionado tribunal por ratificar a adoção sem pudores desse regime no âmbito da Operação Lava-Jato e por abrir a porteira do casuísmo e da excepcionalidade, pela qual podem passar, sem maiores esgarçamentos, todas as conquistas civilizatórias dos últimos séculos. Nesse sentido, restou desnuda também a apaixonada parcialidade do colegiado pela legitimação dos atos do Juiz Federal que a preside e, consequentemente, pelo exercício sem peias jurídicas de toda a letalidade do sistema repressivo em face daqueles imputados.

A estrutura e o tom do discurso adotado pelo colegiado, desenhando um intencional e indistinguível imbricamento entre fato e direito – entre as circunstâncias políticas e subjetivas que excepcionam a norma (o *ineditismo* do caso, a gravidade dos fatos etc.) e o próprio discurso jurídico que pretende legitimar seu afastamento –, são a maligna semente, facilmente semeável no solo fértil do moralismo punitivista de nossos dias, da ruptura do ordenamento jurídico como regra. "*O estado de exceção moderno é (...) uma tentativa de incluir na ordem jurídica a própria exceção, criando uma zona de indiferenciação em que fato e*

direito coincidem" (Agamben, 2011, p. 42), ou seja, "*a produção de um patamar de indiscernibilidade em que* factum *e* ius *se atenuam um ao outro*" (Agamben, 2011, p. 46).

Em artigo recente, **Eugenio Raúl Zaffaroni** (2016, tradução minha) criticou o referido acórdão, vincando que "*[a] excepcionalidade foi o argumento legitimante de toda inquisição ao longo da história, desde a caça às bruxas até nossos dias, passando por todos os golpes de Estado e as consequentes ditaduras. Ninguém nunca exerceu um poder repressivo arbitrário no mundo sem invocar a 'necessidade' e a 'exceção', mas também é certo que também todos afirmaram hipocritamente que atuavam legitimados pela urgência de salvar valores superiores ante a ameaça de males de extrema gravidade*". E teceu tais considerações sem deixar escapar que, apesar de ter implodido a Constituição de Weimar afirmando que o desrespeito à lei em situações excepcionais era possível a partir do princípio republicano, **Carl Schmitt** teve o cuidado de invocá-lo – embora raciocinando de modo perverso –, ao passo que o Tribunal Regional Federal da 4.ª Região nem isso o fez: em aberta "*sinceridade revanchista*",(2) não teve sequer o trabalho "*de invocar algum valor superior nem de inventar alguma emergência grave, mas diretamente disse que se pode ignorar a Constituição quando é necessário para aplicar a lei penal em casos que não se considerem 'normais'*" (Zaffaroni, 2016, tradução minha).

O acórdão relatado pelo Desembargador Federal **Rômulo Pizzolatti** deveria ser lido pela comunidade jurídica e pelos tribunais superiores, destarte, como um forte elemento de deslegitimação das decisões proferidas pelo Tribunal Regional Federal da 4.ª Região na Operação Lava-Jato – tanto das pretéritas quanto das vindouras. Enquanto isso não ocorre, porém – e o Ministro **Luís Roberto Barroso**, do Supremo Tribunal Federal, já assinalou aquiescer com o tribunal local ao sustentar que "*[n]ão se muda o paradigma de impunidade fazendo mais do mesmo*" (CONJUR, 2016) –, o único Juiz Federal (por ora) que tem o poder de decidir acerca do estado de exceção no Brasil continua "*soberano absoluto no âmbito soberano de sua jurisdição*" (Marques Neto, 2016).

Notas

(1) O caso é anterior ao julgamento do *HC* 104.339/SP, ocorrido em 10.05.2012, quando o Supremo Tribunal Federal declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 44 da Lei 11.343/2006.

(2) A expressão é de E. Raúl Zaffaroni.

Referências bibliográficas

Agamben, Giorgio. *Estado de exceção*. 2. ed. rev. São Paulo: Boitempo, 2011.

Conjur. "Não tenho o sentimento de que haja inocentes presos em Curitiba", diz Barroso. *Consultor Jurídico*, 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-nov-08/nao-sinto-haja-inocentes-presos-curitiba-barroso>. Acesso em: 9 nov. 2016.

Grau, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes:* a interpretação/aplicação do direito e os princípios. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

Marques Neto, Floriano de Azevedo. No Estado de Direito ninguém é dono do interesse público. *Consultor Jurídico*: opinião, 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-fev-05/estado-direito-ninguem-dono-interesse-publico>. Acesso em: 9 nov. 2016.

TRF 4, Corte Especial, PA 0003021-32.2016.4.04.800/RS, Rel. Des. Federal Rômulo Pizzolatti.

Zaffaroni, E. Raúl. El escándalo jurídico. *Página 12*: contratapa, out. 2016. Disponível em: <http://www.pagina12.com.ar/diario/contratapa/13-313021-2016-10-30.html>. Acesso em: 9 nov. 2016.

Theodoro Balducci de Oliveira
Mestrando em Ciências Criminais pela PUC/RS.
Especialista em Direito Penal Econômico
pela FGV (GVlaw) de São Paulo/SP.
Advogado.

O sistema socioeducativo brasileiro e o garantismo de Ferrajoli: uma análise de compatibilidade

Rafael Barros Bernardes da Silveira

Recentemente, têm se tornado comuns discussões sobre a questão da delinquência juvenil, e sobre o sistema que atende o adolescente em conflito com a lei – o Sistema Socioeducativo. De maneira geral, a tônica dos debates gira em torno de demandas populares pelo aumento da severidade punitiva. A redução da maioridade penal é uma bandeira repetidamente levantada. A opinião pública costuma criticar o tempo "reduzido" da medida de privação de liberdade contemplada na legislação especial, que lhe parece insuficiente para dar resposta à prática de alguns atos infracionais, especialmente atos violentos, que provocam maior clamor social.

Essas críticas, exaustivamente divulgadas pela atuação midiática, demonstram que a opinião pública não compreende qual é a lógica do cumprimento das medidas socioeducativas ou da organização do Sistema Socioeducativo.

A atual Política de Atendimento do adolescente em conflito com a lei foi delineada a partir da edição do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA. A política aplicada até então se baseava em legislações ultrapassadas e discriminatórias (Volpi, 2011). O ECA inaugurou o regime da proteção integral, dialogando com o texto da Constituição – que destaca a tutela dos direitos fundamentais da criança e do adolescente em caráter prioritário (art. 227 da CR/88).

O ECA prevê a aplicação de 6 medidas socioeducativas. Dentre estas, se incluem medidas de privação e restrição da liberdade (semiliberdade e internação), com prazo máximo de duração de três anos. Não há dosimetria – porque a medida não comporta tempo determinado (art. 121, § 2º). Segundo a disposição legal, a manutenção da medida deve ser reavaliada pelo juiz, no máximo, a cada seis meses. O que causa preocupação nessas medidas é a restrição ou privação de liberdade que elas impõem ao indivíduo – por tempo indeterminado e condicionado ao alcance de certos requisitos, com forte carga moralizante.

Na prática, a lógica do sistema e da aplicação dessas medidas se constitui a partir do desenvolvimento de eixos definidos no plano individual de atendimento do adolescente (art. 52 e ss. da Lei do Sinase). Periodicamente, a cada intervalo obrigatório de reavaliação, é elaborado um relatório técnico, por meio do trabalho de uma equipe multidisciplinar, e encaminhado ao juiz, opinando sobre a manutenção, substituição ou suspensão da medida. Esse relatório contempla o desenvolvimento do adolescente nos aspectos de restabelecimento dos vínculos familiar e social, escolarização, cultura, profissionalização e responsabilização pelo ato infracional. Ou seja, o regular cumprimento da medida dá enorme destaque para a reinserção social do adolescente (ou ressocialização, ou dimensão especial positiva da prevenção).

Até certo ponto, o cumprimento das medidas socioeducativas contribui para a efetivação de direitos fundamentais. Há um esforço enorme para satisfazer todas essas necessidades do adolescente. Mas esse esforço vem a um preço. E aí está o ponto de maior preocupação. A medida socioeducativa não tem tempo determinado e dura enquanto o adolescente não cumprir todos os eixos (ou até que o prazo máximo de 3 anos seja atingido). Ou seja, a medida socioeducativa **condiciona a liberdade à ressocialização**.

É este o objeto de crítica deste breve estudo – o caráter moralizante das medidas socioeducativas. Opera-se uma privação (ou restrição) da liberdade do indivíduo, condicionada a uma resposta satisfatória de um exercício moralizante.

De fato, o raciocínio desenvolvido neste artigo também aponta uma crítica ao funcionamento do Sistema Socioeducativo – mas esta é uma crítica mais sofisticada do que as que a opinião pública normalmente aponta. Um apelo não pelo endurecimento punitivo, mas pela limitação ao exercício do poder punitivo, fundada na preocupação de que o exercício sancionador realizado em favor do adolescente infrator seja um exercício incompatível com o modelo de Estado Democrático de Direito, adotado no Brasil, com todos os seus pressupostos.

Neste cenário, quando se discute como deve se organizar um sistema punitivo para ser considerado compatível com o referido modelo de Estado, as ideais de **Luigi Ferrajoli** e sua teoria do garantismo penal estão altamente qualificadas a servir de referência nessa discussão.

Em 1990, **Ferrajoli** lançou *Diritto e ragione: teoria del garantismo penale*, obra que foi traduzida e editada em terras nacionais sob o título *Direito e razão: teoria do garantismo penal* (2006). Nas palavras de **Norberto Bobbio**, no prefácio à 1ª edição italiana (disponível na edição brasileira), a proposta de **Ferrajoli** com a mencionada obra era elaborar "*um sistema geral de garantismo*", ou, em outras palavras, "*a construção das vigas-mestras do Estado de direito que tem por fundamento e por escopo a tutela da liberdade do indivíduo contra as várias formas de exercício arbitrário do poder, particularmente odioso no direito penal*" (Ferrajoli, 2006, p. 7).

Os ideais de **Ferrajoli** repercutiram por todo o mundo ocidental – pela qualidade de sua análise, pela pertinência de suas críticas, por seu rigor metodológico e organização de ideias. Em linhas muito breves, o modelo do "sistema garantista", ou SG (termo do autor), é um modelo de limitação do poder punitivo. O autor elenca uma série de princípios (2006, p. 91), característicos do Estado Democrático de Direito, que representam condições para a responsabilização penal. Esses princípios – ou axiomas – são *conditio sine qua non* da punição. Ou seja, não havendo o respeito às garantias fundamentais do indivíduo, o poder punitivo se torna arbitrário e ilegítimo.

A obra do jurista italiano destaca um ponto central na construção do modelo SG – a separação entre Direito e moral. Nos termos de **Ferrajoli** (p. 205), conceber essa separação significa afirmar que estas duas esferas (Direito e moral) são reciprocamente autônomas e tratam de dimensões normativas de finalidades diferentes – ou seja, de dimensões distintas da legitimação do Direito Penal.

A preocupação de **Ferrajoli**, ao defender tão ferozmente essa separação, é com a indevida interferência das convicções morais na prática do sistema penal. Somente uma separação clara entre essas duas esferas é que garantirá a existência de um sistema que se orientará pela defesa dos interesses dos cidadãos, constitucionalmente consagrados, e não pelas convicções normativas pessoais de cada um dos operadores do direito. O Direito Penal não deve reforçar nenhuma perspectiva moral, mas apenas impedir que bens jurídicos alheios sejam concretamente ofendidos. No mesmo sentido, o Juízo deve recair somente sobre fatos, que são empiricamente verificáveis, e não deve contemplar critérios morais e internos do agente. O Direito Penal deve punir o indivíduo pelo que ele fez, e não pelo que ele é. Por sua vez, a sanção penal não deve possuir nem conteúdo nem finalidades morais – a pena não tem função pedagógica nem terapêutica (p. 207-210).

Seguindo esse raciocínio, **Ferrajoli** aponta a prevenção geral negativa como a única dimensão das funções da pena adequada ao seu modelo de sistema punitivo (p. 257-259), porque não traz consigo uma perspectiva moralizante – pretende-se somente prevenir a prática delinquente, por meio da intimidação. A prevenção geral negativa se dirige a todos os indivíduos de maneira geral – não valoriza aprioristicamente, não qualifica o potencial delinquente com nenhuma carga moral negativa.

Por tudo o que foi debatido, o caráter moralizante do sistema socioeducativo desperta a necessidade de uma discussão sobre a compatibilidade deste atributo com os fundamentos do Estado Democrático de Direito, tomando por referência as ideias de **Ferrajoli**.

Em outras palavras, a questão que se pretende responder é a seguinte: existe justificativa para que o Estado intervenha na liberdade individual do delinquente juvenil nos termos estabelecidos pela atual legislação?

Primeiramente, um dos argumentos que costuma ser levantado em favor dessa intervenção diz respeito à condição peculiar do adolescente como indivíduo em desenvolvimento, cuja personalidade ainda está em construção. Essa característica tem sido objeto de debates na literatura especializada. Esse instituto, inclusive, em documento elaborado em oposição à proposta de redução da maioridade penal pleiteada por meio da PEC 171/93, destacou que o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê expressamente no art. 6º o princípio da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, que garante ao adolescente tratamento condizente com este estágio, e destaca:

> *"Essa condição, ostentada pelo adolescente, justifica 'um sistema diferenciado de atendimento deste segmento da população', o qual foi materializado na legislação a ser aplicada àquele que pratica ato infracional"* (IBCCRIM, 2015, p. 7)

Seguindo este raciocínio, o Estado estaria autorizado a intervir na formação da personalidade do adolescente tendo em vista sua condição peculiar. O Estado deveria agir para que o delinquente juvenil não venha a construir uma "personalidade delinquente" e se torne um infrator na idade adulta. Tudo isso na aposta de "mudança do futuro" do adolescente.

Nesse sentido, o desenrolar da medida contempla um trabalho de desenvolvimento no adolescente da compreensão do caráter ilícito de sua conduta, das dimensões e das consequências do seu ato e da obtenção do compromisso de que não praticará novos atos infracionais.

A análise a partir desse elemento, a bem da verdade, em vez de justificar de maneira satisfatória o caráter moralizante da medida socioeducativa, apenas o torna mais evidente. Fica claro que se pretende utilizar a medida socioeducativa num indivíduo em formação, colaborando para a construção de sua personalidade. Mostrar para o indivíduo que ele tem alternativas lícitas de vida. **E exigir que ele absorva todos essas orientações para restituir sua liberdade**.

Outro argumento que costuma ser apontado em favor da privação de liberdade por tempo indeterminado, até que o adolescente atenda aos requisitos legais, diz respeito ao apontamento de que a aplicação dessas medidas representa o oferecimento de um atendimento prioritário. O fato de esse indivíduo ter praticado atos infracionais muitas vezes revela sua posição de maior vulnerabilidade social e econômica. É nesse sentido – por se tratar de indivíduo mais vulnerável – que uma intervenção qualificada do Estado, em tese, se justificaria.

Com efeito, reforçando as constatações da seletividade do sistema penal, a clientela habitual do sistema socioeducativo é composta majoritariamente por indivíduos pobres, negros, em condição de marginalização socioeconômica, com grande defasagem escolar, usuários de droga, normalmente autores de ato infracional análogo ao tráfico de drogas, roubo ou furto (panorama referendado pelas estatísticas do sistema socioeducativo) (Brasil, 2011).

De fato, esses indivíduos se encontram numa especial posição de vulnerabilidade e faz todo sentido que o Estado se dedique a desenvolver a ressocialização deles (ou efetiva socialização, pela primeira vez). Essa perspectiva orienta o trabalho dos servidores do sistema que se opera a partir de um movimento de articulação com a rede socioassistencial –

todas as entidades (governamentais ou não) voltadas para o atendimento dos direitos dos adolescentes são acionadas no cumprimento das medidas, na busca pela efetividade dos direitos fundamentais dos adolescentes. Para além do ato infracional, o cumprimento da medida socioeducativa tenta combater a posição de marginalização.

O adolescente autor de ato infracional se encontra em posição extrema de vulnerabilidade e demanda uma resposta do Estado. **Mas não é possível concluir que essa demanda vale o preço de sua liberdade**.

Destacado o caráter moralizante das medidas socioeducativas, fica apontada sua incompatibilidade com o modelo garantista. No contexto do Estado Democrático de Direito, a reintegração do adolescente à sociedade (ou mesmo sua efetiva integração, pela primeira vez) não deve ser requisito para o cumprimento da medida – mas o Estado não pode se eximir de tentá-la. Muitas vezes o sistema funcionará como última barreira para que o adolescente tenha seus direitos, que vêm sendo cronicamente ignorados, finalmente garantidos.

Ainda que a efetivação dos direitos fundamentais do indivíduo seja atribuição do Estado, esse mesmo indivíduo não pode depender da concretização desse objetivo para ter sua liberdade de volta. Para que o sistema socioeducativo fosse completamente compatível com o modelo garantista, ele deveria se orientar apenas pela dimensão da prevenção geral negativa. Ou seja, a previsão, em abstrato, das medidas e a aplicação, em concreto, destas deveriam atuar sobre toda a população juvenil, intimidando-a, de maneira a desincentivá-la à prática de atos infracionais.

Na prática, o sistema socioeducativo também se propõe a cumprir essa tarefa. E é desejável que cumpra. Ou seja, o sistema socioeducativo precisa ter medidas de restrição e privação de liberdade para desestimular as práticas infracionais. A preocupação é que essas medidas condicionem a liberdade ao atendimento de requisitos moralizantes.

Como resolver esse impasse?

Uma alternativa seria pensar na reformulação do sistema no campo normativo. Modificar a dinâmica de cumprimento das medidas, excluindo o requisito do cumprimento dos eixos para conceder a liberdade do indivíduo. Contudo, no atual cenário político, é preciso agir com muita cautela, tendo em vista a proliferação de discursos conservadores e punitivistas. Rediscutir a estrutura da política de atendimento das medidas socioeducativas abriria espaço para mudanças na contramão das pretendidas.

Fica claro que uma ação prioritária é o investimento em reformas sociais, no combate às marginalizações socioeconômicas. Se o interesse maior das medidas socioeducativas é promover a efetivação dos direitos fundamentais dos adolescentes, não é necessário recorrer apenas ao sistema sancionador para tanto. Pelas características da clientela habitual do sistema socioeducativo, muitas vezes o primeiro contato que aquele indivíduo privado ou restrito de liberdade terá com o Estado será por meio do Sistema, a quem caberá dar efetividade a todas essas deficiências crônicas – diligenciar para emitir a documentação de registro do adolescente, tratar de enfermidades, suprir sua defasagem escolar, restabelecer vínculos sociais e familiares etc. De fato, parecem ser muitas atribuições para o sistema socioeducativo lidar. É por isso que se deve pensar no tratamento da questão sobre a perspectiva de todo o Estado – atuando sobre as questões sociais – e também da sociedade como um todo, contemplando a atuação em rede preconizada nas legislações específicas.

Referências bibliográficas

Bechara, Ana Elisa Liberatore Silva. Discursos de emergência e política criminal: o futuro do direito penal brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo, p. 411-436, 2008.

Brasil. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988.

_____. *Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)*. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Brasília: Senado,1990.

_____. *Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE)*. Lei 12.594, de 18 de janeiro de 2012. Brasília: Senado, 2012.

_____. Secretaria de Diretos Humanos. *Atendimento Socioeducativo ao Adolescente em Conflito com a Lei*. Levantamento Nacional 2011. Brasília: 2012. Disponível em: <http://www.sdh.gov.br/assuntos/criancas-e-adolescentes/pdf/SinaseLevantamento2011.pdf> Acesso em: 8 dez. 2015.

Ferrajoli, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: RT, 2006.

IBCCRIM – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. "Não à redução da maioridade penal". *Boletim IBCCRIM*, v. 270, 2015.

_____. *Nota técnica sobre a PEC 171/1993*. 2015. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/docs/PEC_171_93.pdf>. Acesso em: 8 dez. 2015.

Silveira, Rafael Barros Bernardes da. Rachel Sheherazade e o "coitadismo penal". *Boletim IBCCRIM*, v. 257, p. 15-17, 2014.

_____. Senso comum criminal e o discurso da impunidade. *Boletim IBCCRIM*, v. 264, p. 9-11, 2014.

Volpi, Mário (org.). *O adolescente e o ato infracional*. 9. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

Rafael Barros Bernardes da Silveira
Mestrando em Direito Penal Contemporâneo pela Universidade Federal de Minas Gerais/UFMG.
Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais/UFMG.
Analista Executivo de Defesa Social na Secretaria de Estado de Segurança Pública – Minas Gerais – SESP/MG.

A problemática da oitiva informal de adolescente acusado de ato infracional e a audiência de custódia como proposta de adequação procedimental à Constituição

Lara Maria Tortola Flores Vieira e Carlos Cristiano Meneguini de Oliveira

O Estatuto da Criança e do Adolescente de 1990 estabeleceu as normativas que regem o procedimento de apuração de ato infracional atribuído a adolescente, mais sentidamente, a partir do art. 171 do mencionado diploma. A despeito da conceituação de ato infracional como conduta equiparada a crime ou contravenção penal (art. 103 do ECA) e da possibilidade de imposição de sanção restritiva ou privativa de direitos pelo processo, verifica-se, por parte de setor da doutrina, muita resistência em reconhecer tal procedimento como, evidentemente, processual penal, respeitadas as devidas especificidades, de maneira a serem toleradas certas violações.

A própria análise dos dispositivos atinentes ao procedimento regulado pelo Estatuto permite a identificação de violações a direitos e garantias fundamentais de cunho processual penal e penal. O instituto da oitiva informal destaca-se como um desses momentos violadores: segundo o art. 179, *caput*, o representante do Ministério Público, após os trâmites iniciais policiais e a apresentação, procede à oitiva informal do adolescente, adotando, em seguida, alguma das providências elencadas no art. 180 do mencionado diploma. Os profissionais que atuam na seara penal de adolescentes sabem que nesse momento de oitiva informal o adolescente faz declaração que, mais tardiamente, podem vir a servir como prova em seu desfavor, muito embora tenha ocorrido sem o crivo do contraditório e da ampla defesa.

Aqui ganha especial destaque o papel que muitas vezes o Ministério Público exerce no procedimento de ato infracional: como órgão de acusação e não como fiscal da lei ou garantidor dos direitos fundamentais do adolescente, ainda que o represente com o pretenso discurso de proteção. Não raro, no momento da oitiva informal, o jovem acaba confessando alguma prática ilícita sob o discurso de que nas varas da infância e juventude os atores jurídicos unicamente se preocupariam em ajudá-lo.

O discurso da repressão-proteção não é novo no cenário jurídico brasileiro, tendo inclusive baseado o direito menorista, que regeu a normativa infanto-juvenil de 1927 a 1989, arraigado em bases da Escola Correcionalista de **Dorado Montero**. Segundo a mencionada escola, quem cometesse infrações, na verdade, tratava-se de um ser débil, que necessita de ajuda e o juiz deveria agir com carinho, doçura e amor, visando a cura da causa da tida debilidade.[(1)] Menores de idade não deveriam ser tratados conforme o Direito Penal, porque não deveriam ser jamais castigados, mas protegidos.[(2)]

Ainda é possível se verificar no ECA ranços do mencionado pensamento menorista, como o desrespeito à ampla defesa e ao contraditório ao estabelecer que a representação independe de prova pré-constituída de materialidade e autoria (art. 182, § 2.º), em clara violação ao princípio da legalidade estabelecido no art. 35, I, da Lei 12.594/12; que o adolescente será ouvido primeiro no procedimento de apuração na ocasião denominada "audiência de apresentação" e, apenas depois, as testemunhas, vítimas etc., em outra audiência chamada de "em continuação" (arts. 184, *caput*, e 186, § 4.º, do ECA) de forma a impossibilitar a ciência das provas pelo adolescente e a possibilidade de contraditá-las.

Entretanto, a recente abertura de espaço à chamada audiência de custódia no Brasil para os adultos oferece respaldo para que o mesmo, e com muito mais pertinência, ocorra em relação aos adolescentes acusados de prática de ato infracional. Não apenas pela efetivação dos direitos infanto-juvenis terem *status* de prioridade absoluta (art. 4.º, *caput*, do ECA) e pela vedação de tratamento mais gravoso a um adolescente em comparação ao destinado a um adulto na mesma situação, conforme já exposto, mas, outrossim, pelos próprios fundamentos da audiência de custódia.

As audiências de custódia surgiram no Brasil visando a condução do réu preso para sua apresentação imediata ao juiz, nos moldes do art. 310 do CPP, a evitação de restrições de liberdades desnecessárias, a verificação da legalidade da prisão e constatação de violência policial quando da abordagem.

O art. 9.º, item 3, do Pacto de *San Jose da Costa Rica*, ratificado pelo Brasil dois anos após a promulgação do ECA, prevê que toda pessoa presa, detida ou retida, deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. A Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ),[(3)] disciplinou a questão para o nível nacional.

O Estatuto da Criança e do Adolescente já trazia no bojo do art. 107 que a apreensão de qualquer adolescente e o local onde se encontra recolhido serão *incontinenti* comunicados à autoridade judiciária competente e à família do apreendido ou à pessoa por ele indicada, desde logo, além de dever ser analisada a possibilidade de liberação imediata. No entanto, apesar de a resolução 213 do CNJ ser também aplicável aos adolescentes, em razão mesmo da norma insculpida no art. 35, I, da Lei 12.594/12, não há, atualmente, nenhum estado que tenha efetivado as audiências de custódia para adolescentes.

Não retirando o mérito das discussões acerca da possibilidade de o CNJ dispor acerca da audiência de custodia, em razão de que a Constituição Federal dispõe que compete privativamente à União legislar sobre Direito Processual Penal, há a determinação para a efetivação das Audiências de Custódia (ADPF 347) aos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal, além do que inegável verifica-se o efeito garantista e desencarcerador que as audiências de custódia têm provocado em todo o país, em prol da garantia do direito fundamental à liberdade, além de constituir-se fator voltado à identificação e enfrentamento da violência policial, fato cotidiano na realidade infanto-juvenil.[(4)]

Já passou do momento de se romper com os pensamentos menoristas, segundo os quais as medidas socioeducativas apenas visam benefícios aos adolescentes, tal como se medidas protetivas fossem, para que o garantismo penal possa permear esta seara, de forma que se possa realmente falar em direitos e não benefícios aos adolescentes suspeitos ou acusados da prática de ato infracional. A audiência de custódia pode ser um primeiro passo para a democratização material do procedimento de apuração previsto no ECA.

Notas

(1) Dorado Montero, Pedro. *Bases para un nuevo derecho penal*. Buenos Aires: Depalma, 1973. p. 83.

(2) "*Na Pedagogia Corretiva e no Direito do Menor, dizemos: 'o ato delitivo é nada mais que um sintoma que nos pode fazer pensar que há um desvio de personalidade a investigar, nada mais'. Não podemos julgar por ele. O juiz de menores, o funcionário dos novos conselhos tutelares, o que vai apreciar é uma situação que compreende dois ângulos: a personalidade do menor (...) e o* (sic) *meio-ambiente que rodeia o menor. Para quê? Para proteger o menor, porque toda criança tem direito à sua formação como ser humano (...). O ato não nos pode interessar em absoluto*". Achard, José Pedro. *Curso de pedagogia corretiva:* a educação do menor difícil**.** Trad. Nuno Campos. Florianópolis: Lunardelli, 1977. p. 28.

(3) Conselho Nacional de Justiça. Atos Administrativos. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>. Acesso em 26 jun. 2016.

(4) Aqui não se pode ignorar as perseguições policiais que sofrem os adolescentes, principalmente aqueles oriundos de bairros periféricos e pobres, caracterizando um verdadeiro genocídio simbólico de certa parcela selecionada da juventude brasileira. Cf. Câmara dos Deputados. Relatório final. Comissão Parlamentar de Inquérito Homicídios de Jovens Negros e Pobres. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1361419&filename=REL+2/2015+CPIJOVEM>. Acesso em 26 jun. 2016.

Lara Maria Tortola Flores Vieira
Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (UEM).
Advogada.

Carlos Cristiano Meneguini de Oliveira
Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (UEM).
Especialista em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR).
Advogado.

ANO 25 - Nº 293 - ABRIL/2017 - ISSN 1676-3661

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

21.º Concurso de Monografias de Ciências Criminais – IBCCRIM

Estão abertas as inscrições. Leia o Regulamento e participe. Você pode ser o vencedor!

INSCRIÇÕES ABERTAS ATÉ O DIA 23 DE ABRIL DE 2017.

As inscrições são gratuitas e, para concorrer, não é preciso ser associado ao IBCCRIM, mas o trabalho deve ser absolutamente inédito, especialmente sob o ponto de vista acadêmico, institucional ou curricular, bem como não estar pendente de publicação. **Participe!**

Conheça as premiações do concurso:

1º

- Prêmio no valor de R$ 5.000,00 (cinco mil reais);
- Publicação impressa da monografia, ao encargo exclusivo do IBCCRIM;
- 50 (cinquenta) exemplares da Monografia, a título de cessão de direitos autorais;
- 10 (dez) exemplares das monografias disponíveis já editadas pelo IBCCRIM;
- 01 (uma) inscrição gratuita para o 23º Seminário Internacional de Ciências Criminais;
- 01 (uma anuidade) associativa ao IBCCRIM;
- 12 exemplares editados, no ano de 2017, da Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim);
- Uma placa comemorativa.

2º

- Prêmio no valor de R$ 2.000,00 (dois mil reais);
- Publicação digital da monografia, ao encargo exclusivo do IBCCRIM, disponível aos associados no site das Monografias Digitais, publicadas bimestralmente, respeitando a ordem de classificação no Concurso;
- 10 (dez) exemplares das monografias disponíveis já editadas pelo IBCCRIM;
- 01 (uma) inscrição gratuita para o 23º Seminário Internacional de Ciências Criminais;
- 01 (uma anuidade) associativa ao IBCCRIM;
- 12 exemplares editados, no ano de 2017, da Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim);
- Uma placa comemorativa.

3º

- Prêmio no valor de R$ 1.000,00 (mil reais);
- Publicação digital da monografia, ao encargo exclusivo do IBCCRIM, disponível aos associados no site das Monografias Digitais, publicadas bimestralmente, respeitando a ordem de classificação no Concurso;
- 10 (dez) exemplares das monografias disponíveis já editadas pelo IBCCRIM;
- 01 (uma) inscrição gratuita para o 23º Seminário Internacional de Ciências Criminais;
- 01 (uma anuidade) associativa ao IBCCRIM;
- 12 exemplares editados, no ano de 2017, da Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim);
- Uma placa comemorativa.

CRONOGRAMA

Início das inscrições: 23.03.2017
Término das inscrições: 23.04.2017
Distribuição dos trabalhos para a Comissão Julgadora: 01.05.2017
Entrega do resultado pela Comissão Julgadora: 03.07.2017
Proclamação do resultado: 14.07.2017

ACESSE O REGULAMENTO EM NOSSO SITE: www.ibccrim.org.br
INFORMAÇÕES: concursodemonografia@ibccrim.org.br | (11) 3111-1040 – Ramal 149

IBCCRIM