



JUSTIÇA, GARANTISMO PENAL E RESPONSABILIDADE DO ESTADO

Enio Luiz de Carvalho Biaggi
Lícia Jocilene das Neves
(Organizadores)

 **Dom Helder**
ESCOLA SUPERIOR

**JUSTIÇA, GARANTISMO PENAL E RESPONSABILIDADE
DO ESTADO**

Enio Luiz de Carvalho Biaggi

Lícia Jocilene das Neves

(Organizadores)

JUSTIÇA, GARANTISMO PENAL E RESPONSABILIDADE DO ESTADO

Editora Dom Helder

Belo Horizonte/MG

2024

E-book – Justiça, garantismo penal e responsabilidade do Estado

Capa:

"Prudência, Justiça e Paz" por Jürgen Ovens.

ESCOLA SUPERIOR DOM HELDER CÂMARA

Reitor: Paulo Humberto Stumpf, SJ.

Vice-Reitor: Francim Jorge Sobral de Brito

PRO-REITORIA DE PESQUISA

Pró-reitor de Pesquisa: Caio Lara

Secretário Administrativo: Cristialan Belça da Silva

EDITORA DOM HELDER

Coordenador de Editoria: José Adércio Leite Sampaio

Diretora Executiva: Beatriz Souza Costa

Rua Álvares Maciel, 628, bairro Santa Efigênia, Belo Horizonte/MG. CEP 30.150-250.

Tel. (31) 2125-8863

Todos os direitos deste E-book são reservados, não podendo ser reproduzida, por qualquer processo, nenhuma parte desta edição sem expressa autorização. O conteúdo dos textos é de inteira responsabilidade dos respectivos autores.

FICHA CATALOGRÁFICA

B576 Biaggi, Enio Luiz de Carvalho.

Justiça, garantismo penal e responsabilidade do estado. / Enio Luiz de Carvalho Biaggi. Lícia Jocilene das Neves. – Belo Horizonte, 2024.

90f. il.:

Ebook

Possui referências

ISBN: 978-85-69921-26-4

1. Justiça 2. Criminologia 3. Responsabilidade do estado 4. Seletividade penal 5. Inocência I. Título. II Organizadores

CDU: 343.41

Sumário

Apresentação <i>Os Organizadores</i>	5
Prefácio Vinícius Lott Thibau	7
1 Criminologia: por uma superação do estrito dogmatismo penal Michel Wencland Reiss (<i>In memoriam</i>)	9
2 O regime disciplinar diferenciado e a progressão de regime na lei anticrime: o isolamento e a cultura do encarceramento Lícia Jocilene das Neves Enio Luiz de Carvalho Biaggi	19
3 Seletividade penal no sistema punitivo brasileiro: a estigmatização do criminoso e o ilusório controle punitivo Ana Luiza Bastos Medeiros Júlia Fernanda Tavares Santos	35
4 A efetivação do ideal de ressocialização por meio do trabalho nos presídios Ana Cláudia Rufino Duque Rosália Coelho Caputo	48
5 A medida de segurança e o princípio da vedação à pena de caráter perpétuo: análise sob a ótica do garantismo penal Amanda Luiza Nunes Soares Júlia Natividade Teixeira	59
6 Tribunal do crime: as formas de justiça na sociedade contemporânea Ana Clara Macedo Santos Sophia Coura Fantini	71
7 A presunção da inocência em perspectiva: prisão em segunda instância em casos de grande repercussão midiática Anna Luiza de Paula Mendes Sofya Ferreira Canaverde Linhares	82

APRESENTAÇÃO

Este trabalho é fruto de pesquisas realizadas pelo grupo de iniciação científica “Justiça, Garantismo Penal e Responsabilidade do Estado” proposto pelo seu coordenador e líder - professor Enio Luiz de Carvalho Biaggi - e pela sua secretária - professora Lícia Jocilene das Neves - com o objetivo de investigar e analisar as peculiaridades da justiça, no âmbito penal e processual penal, e a responsabilidade do estado na equidade jurídica.

Ao longo de 2022, na Escola Superior Dom Helder Câmara, as alunas Amanda Luiza Nunes, Ana Clara Macedo Santos, Ana Cláudia Rufino Duque, Ana Luiza Bastos Medeiros, Isabelly Vitória Monteiro da Cruz, Júlia Fernanda Tavares Santos, Júlia Natividade Teixeira, Raphaela Rabelo Rodrigues, Rosália Coelho Caputo e Sophia Coura Fantini, como membros do grupo, escreveram artigos científicos pertinentes à temática do grupo.

Procurou-se mediante a leitura e interpretação de textos jurídicos analisar o teórico conceito de justiça e o devido processo legal, verificar as peculiaridades da justiça e o garantismo penal e identificar nas decisões judiciais a atuação do Estado e o consenso popular de justiça.

O consenso popular sobre o que seja justiça no âmbito das decisões penais, por vezes, se contrapõe ao garantismo penal, ao devido processo legal e à atuação do poder judiciário. Nem sempre uma sentença é identificada como justa no entendimento de uma sociedade, mas alcança os fundamentos do Direito Penal e do Direito Processual Penal. Necessário, portanto, é identificar o que seja a justiça penal e a responsabilidade do Estado na sua efetivação.

Igualmente, necessário verificar a preservação dos princípios fundamentais do indivíduo e garantias constitucionais no âmbito do processo penal, como os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, principalmente em uma estrutura acusatória como o próprio Estado assim definiu pela Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019, chamada de Lei Anticrime. Até então observava-se uma estrutura mista do sistema processual penal conforme doutrina dominante.

No que tange a responsabilidade do Estado, os ditames constitucionais devem ser aplicados não somente mediante a atividade legiferante, como igualmente por todas as estruturas dos demais poderes, principalmente na atuação judiciária no que se refere a equidade jurídica e no devido processo legal.

Por fim, o presente trabalho resultou de um seminário realizado pelo grupo já citado anteriormente, onde foram apresentados os artigos desenvolvidos pelas alunas

membros do grupo, seus professores líderes e ainda contou com a palestra, em novembro de 2022, do ilustre professor Doutor Michel Wencland Reiss sobre criminologia.

PREFÁCIO

Nos escritos tradicionais de Direito Penal e Direito Processual Penal brasileiros, mostra-se frequente a afirmação no sentido de que aqueles que delinquem devem sofrer as penalidades estatais pertinentes. Discorre-se, como muita naturalidade, acerca dos bens jurídicos que merecem proteção especial pelo Direito Penal, assim como se faz quanto à finalidade do processo penal, que é, dogmaticamente, compreendido como um meio idôneo à atuação solipsista de magistrados que titularizam o exercício da jurisdição no âmbito penal.

Escreve-se, e muito, sobre a necessidade de se punir, sobre quando se deve punir, sobre a medida da pena, sobre como deve ser certificada, aplicada e cumprida a pena, sobre quem deve punir, sobre o tempo da punição, sobre os limites da pena e até mesmo sobre o comportamento de uma pessoa, que, após ser judicialmente condenada, passa a ser chamada de apenada.

No entanto, uma vez baseados esses escritos nas truculentas lições do Estado Social de Direito, que, no Brasil, foi superado em 1988 (art. 1º da Constituição), acolhe-se e dissemina-se, ainda hoje, um sedutor apelo pela indispensável imposição da violência estatal à obtenção da paz social, dando continuidade a um magistério passado, que, no presente, não é severamente testificado.

Assim é que inúmeras produções de Direito Penal e, acrescento, de Criminologia – que, ainda, é equivocadamente considerada por muitos uma mera auxiliar do Direito Penal – , pouco refletem, de modo detido, em relação à contribuição do próprio Estado que pune à eclosão de crimes e contravenções penais. Lamentavelmente, em pleno século XXI, são raríssimos os escritos que tematizam a inocorrência de implementação estatal de direitos e garantias fundamentais para todos e os impactos desta omissão para o advento da denominada criminalidade.

Por outro lado, a ineficiência e a ineficácia da metodologia punitiva que já nos assombra há séculos também não é interrogada, de modo consistente, pelos estudos não contemporâneos de Direito Penal e Criminologia, assim como a frágil estrutura estatal destinada ao cumprimento da pena, a qual, registre-se, nem sempre é fixada mediante integral observância do *devido processo*.

Em diversas produções de Direito Processual Penal, aliás, é habitual a conceituação do processo penal como uma relação jurídica de direito público estruturada em vínculos de subordinação do acusado ao Estado-Juiz, isto é, ao julgador que representa o público, de modo soberano, no recinto instalado à apuração da culpa.

Uma teorização originária das asserções de Oskar von Bülow, que, em 1868, notabilizou-se não só por promover a independência do direito processual em relação ao direito material, mas por assegurar a supremacia do público sobre o privado e o protagonismo dos juízes no recinto destinado à aplicação do direito, que foi radicalizado por obra publicada em 1885.

Uma concepção de processo que, por atribuir especialíssimo valor à sensibilidade, à vontade e à intuição dos magistrados que representam o público no espaço de atuação do direito, prestou enorme auxílio ao Movimento do Direito Livre e ao Nacional-Socialismo. Uma teoria que, apesar de seus trágicos legados, atualmente, erige-se bastante resistente no âmbito penal, viabilizando a atuação de juízes que se valem do processo como um instrumento para o exercício do poder estatal e não como uma instituição possibilitadora do exercício do direito de fiscalidade pelo povo, também no recinto procedimental penal.

Por tudo isso, a oportunidade de prefaciар este livro causa-me extrema alegria. É que esta publicação é resultante de um esforço inicial de professores e alunos que almejam romper, de alguma forma, com o dogmatismo que, infelizmente, instalou-se em diversas produções brasileiras atuais que tratam do Direito Penal, da Criminologia e do Direito Processual Penal.

Trata-se de uma obra coletiva integrada por sete textos, que examinam, de modo crítico, as interfaces entre o regime disciplinar diferenciado e a progressão de regime, a partir da chamada Lei Anticrime, as correlações entre a Criminologia e o estrito dogmatismo penal, a problematização da presunção de inocência pela prisão por condenação em segunda instância, a atuação dos intitulados Tribunais do Crime, a aplicação da medida segurança por uma perspectiva garantista, a estigmatização dos denominados criminosos e, por fim, a ressocialização por via do trabalho do preso.

A leitura desses escritos é mais do que recomendada, uma vez que os textos formalizados se apresentam contributivos para a reflexão jurídico-democrática. Que esta obra coletiva seja apenas a primeira de muitas!

1 CRIMINOLOGIA: POR UMA SUPERAÇÃO DO ESTRITO DOGMATISMO PENAL

Michel Wencland Reiss¹
(*In memoriam*)

Eu não acredito no efeito dos códigos penais.
Eles têm capacidade limitada e utilidade duvidosa.
(ZAFFARONI, 1995, p. 7)

Introdução

Tradicionalmente a criminologia é tida, quando muito, como ciência auxiliar ao Direito Penal. Essa constatação é fruto do positivismo jurídico. Ainda que tal linha filosófica já esteja superada há décadas, deixou feridas ainda abertas no âmbito jurídico no que diz respeito ao tratamento dado à ciência criminológica.

Essa constatação gera consequências negativas, eis que a realidade acaba sendo ignorada. Toda a atenção está no dogmatismo penal. O sistema penal, grande responsável por demonstrar as adversidades constatadas cotidianamente, não seria digno de merecer a devida atenção pelo Estado, o que faz com que o infortúnio se perpetue.

Enfim, o estrito dogmatismo penal leva a uma realidade em que ser humano fica banido da discussão jurídica, sendo que o correto seria exatamente o contrário.

O presente artigo busca assim enfrentar a relação entre a Criminologia e um Direito Penal que só possui interesse na dogmática, e nada mais; bem como qual a consequência social gerada por essa relação tão desigual.

Foi utilizado o método hipotético-dedutivo, com estudo teórico, utilizando doutrina e textos normativos para se atingir a conclusão mencionada ao final do trabalho.

Antes de tratar do Direito Penal, sua dogmática e relação com o sistema penal, faz-se necessário compreender algumas noções básicas da ciência criminológica.

1 Criminologia: considerações iniciais

¹ Doutor em Direito (PUC-Rio/DHES). Mestre em Ciências Penais (UFMG). Professor da Dom Helder Escola Superior. Advogado criminalista.

1.1 Definição

Antes de qualquer consideração acerca da Criminologia como ciência autônoma, bem como seu caráter essencial no estudo das ciências penais, é necessário conceituá-la.

Há uma definição básica comumente encontrada: a Criminologia seria o “exame causal-explicativo do crime e dos criminosos” (MALAGUTI, V., 2021, p. 15). Ou então “estudo do crime e do criminoso, isto é, da criminalidade” (SHECAIRA, 2008, p. 38). Por óbvio que se trata de conceitos criticáveis em dois principais aspectos: além de suas exageradas superficialidades², têm viés notadamente positivista (MALAGUTI, V., 2021, p. 15).

Já Prado assim a define:

ciência empírica, de cunho interdisciplinar, que estuda o fenômeno criminal utilizando-se do método causal-explicativo. Ocupa-se das circunstâncias humanas e sociais relacionadas com o surgimento, a prática e a maneira de evitar o crime, assim como do tratamento dos criminosos (2008, p. 57).³

Shecaira (2008, p. 37) apresenta a seguinte definição:

Criminologia é um nome genérico designado a um grupo de temas estreitamente ligados: o estudo e a explicação da infração legal; os meios formais e informais de que a sociedade se utiliza para lidar com o crime e com atos desviantes, a natureza das posturas com que as vítimas desses crimes serão atendidas pela sociedade; e, por derradeiro, o enfoque sobre o autor dos fatos desviantes.

Percebe-se que a definição de criminologia está, via de regra, ligada ao seu objeto de estudo, o que será abordado no item seguinte.

1.2 A criminologia como ramo autônomo do conhecimento científico

A Criminologia é tida como ciência por possuir objeto e método próprios.

² A ideia de “conceito” tem, na sua essência, duas concepções. A primeira, de ordem pedagógica, é de extrema relevância: o conceito é uma apresentação de determinado instituto (ou ciência, ou ideia), ou seja, um primeiro contato, o que facilitará, num segundo momento, a compreensão de aspectos mais profundos. A segunda concepção é que o conceito, por definição, é superficial e sucinto, sob pena de deixar de ser uma apresentação, um primeiro contato. Ocorre que, nas definições acima transcritas, a superficialidade é exagerada, não sendo possível compreender em quase nada o significado da Criminologia.

³ O autor continua trazendo algumas especificidades no conceito: “Em sentido estrito, a criminologia se limita à investigação empírica do delito e da personalidade do delinquente, e, em sentido lato, inclui, também, a análise do conhecimento experimental-científico sobre as transformações do conceito de delito (criminalização) e sobre a luta contra o mesmo, o controle da restante conduta social desviada, assim como a investigação dos mecanismos de controle policiais e da justiça” (2008, p. 57).

O objeto da Criminologia constitui no estudo do crime, do criminoso, da vítima e, especialmente na atualidade, do controle – formal e informal – da criminalidade. Tanto é assim que, segundo Baratta, o objeto envolve o estudo “tanto [d]as reações institucionais dos órgãos de controle social do desvio [...] quanto às [das] reações não-institucionais⁴” (1999, p. 24).

Quanto ao método⁵ e considerando que a Criminologia é ciência do ser, ele é empírico e indutivo, além de interdisciplinar. A criminologia busca conhecer a realidade (empírica) para explicá-la (indução). Já o Direito Penal é normativo e dedutivo (baseado na norma, que alcança uma infinidade de casos concretos a ser aplicada). É, notadamente, ciência do dever-ser.

1.3 O descaso dos penalistas com a criminologia e suas escolas

No início do século passado, o Direito era inundado pelo positivismo. Em 1933 foi publicada, pela primeira vez, a consagrada “Teoria Pura do Direito”, de Hans Kelsen (1998), principal exemplo da adoção daquela linha filosófica na Ciência do Direito.⁶ Ainda estudado com profundidade nas faculdades de Direito, muitos continuam utilizando as ideias kelsenianas como se as mesmas tivessem sido produzidas na Alemanha há alguns poucos anos. Imagine-se então quando surgiu o Código Penal brasileiro, em 1940.

No tocante ao positivismo jurídico no âmbito do Direito Penal, leciona Dotti:

... durante os anos 30 e 40, sob a influência dos códigos penais orientados pelos princípios neoclássicos, manifestou-se uma tendência muito viva em *purificar* o Direito Penal das investigações e dos conceitos desenvolvidos pela Criminologia, Sociologia Criminal e outras ciências da conduta (2005, p. 80) (itálico no original).⁷

A exposição feita por Dotti é facilmente perceptível na obra de Nelson Hungria, que foi o grande responsável pela redação do Código Penal (1940) e dispensa maiores

⁴ As reações não institucionais serão abordadas infra, quando tratar-se-á do sistema penal

⁵ Para Bianchini *et al*, “‘*método*’ significa – etimologicamente – perseguir um fim. Do ponto de vista filosófico, equivale a proceder de acordo com determinado plano, isto é, conforme uma específica ordem, para se conseguir uma meta” (2009, p. 73) (itálico no original).

⁶ Afirma Kelsen: “Quando a si própria se designa como ‘pura’ teoria do Direito, isto significa que ela se propõe garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto, tudo quanto não se possa, rigorosamente, determinar como Direito. Quer isto dizer que ela pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos. Esse é o seu princípio metodológico fundamental” (1998, p. 1).

⁷ Continua o autor: “No mencionado período, a Criminologia, sobretudo após a Primeira Guerra Mundial, ficou confinada nos laboratórios, penitenciárias, centros médicos psiquiátricos, afastando-se das elocubrações dos gabinetes ou das polêmicas dos congressos” (2005, p. 80).

apresentações. Ele sequer admitia “intromissões” do Direito Civil no Direito Penal⁸ – o que dizer então quando as contribuições fossem oriundas de ciências do ser.⁹

Para corroborar a tese de Dotti, tem-se Aníbal Bruno. Nas “noções preliminares” de seu clássico Direito Penal trata sucintamente da Criminologia, que compreenderia a Biologia Criminal e a Sociologia Criminal (2003, p. 18). Mas o que mais chama atenção é que, em outra parte da obra, trata daquilo que denomina “Escola Penais”, e não escolas criminológicas. O que mais chama a atenção é que sequer usa a palavra “Criminologia”. Para Bruno, há “correntes filosófico-jurídico em material penal, chamadas escolas penais” – e não escolas criminológicas” (2003, p. 47).

Esse é, de certa forma e na atualidade, o tratamento dado por Cezar Roberto Bitencourt à temática. Ao invés de se referir a escolas criminológicas, o autor prefere falar em “etapas da evolução epistemológica do Direito Penal” (2012, p. 94).

Já o uruguaio Martinez evoluiu com relação aos mencionados penalistas brasileiros, mas ainda assim muito aquém do necessário. Defende o autor que a Criminologia é tida como ciência auxiliar ao Direito Penal, como um complemento – ainda que ainda que reconheça que a necessidade de seu estudo (MARTINEZ, 1998, p. 25).

A título de conclusão, fácil perceber o desprezo que a literatura penal tem no tocante à criminologia. Basta ver o objeto do Direito e da Criminologia. Aqui a prioridade não é o estudo da norma jurídica, e nem se trata de ciência do dever-ser. Como já dito, não se pode confundir o método dedutivo, essência do método no estudo do Direito, com o indutivo, tão característico da Criminologia.

Esse descaso impede até mesmo a transdisciplinaridade entre a Criminologia e o Direito, como exposto a seguir.

1.3.1 Do desprezo à transdisciplinaridade

⁸ Hungria chegou a afirmar: “Foi deplorável a transfusão de sangue que o direito penal recebeu, sem necessidade alguma, do direito civil. [...] Cumprir ter em vista que todo ramo do direito tem exigências próprias, que diferem das dos outros, porque diverso é o setor social a que se referem. Há entre o direito civil e o direito penal um inseparável contraste de concepções éticas, políticas e sociológicas, de modo que não podem ser conjugados ou unificados os seus critérios de estudo. [...] Decididamente, precisamos de voltar ao direito penal na plenitude de sua autonomia, sem cordão umbilical com o direito civil, pois este somente tem servido para apagar-lhe o ‘fogo sagrado’, desvalorizar-lhe as normas centrais ou peculiares, amesquinhar-lhe o conteúdo profundamente humano e estruturalmente sociológico” (1949, p. 584-591).

⁹ Dotti, na mesma linha anteriormente mencionada, defende que “o desprestígio da Criminologia decorreu no antagonismo que lhe passaram a dedicar ilustres penalistas da geração dos anos 30. [...] Em vários trechos do CP se percebe o hermetismo em que se radica, opondo-se fortemente às contribuições da Criminologia e da Vitimologia e outras disciplinas. [...] Durante todo o tempo do fastígio das ideias fundantes do diploma brasileiro de 1940, a Criminologia caiu *em desgraça* na órbita jurídica” (2005, p. 81) (itálico no original).

Por tudo o que foi dito, a Criminologia, quando muito, é considerada auxiliar ao Direito Penal – como se essa fosse a “grande ciência”, talvez não apenas no âmbito do Direito, mas nas ciências humanas e sociais aplicadas. Nos dizeres de Carvalho, em tom crítico, as demais ciências criminais seriam meras “servis” do Direito Penal (2013, p. 56).

Esse tipo de pensamento acaba por impedir a evolução do próprio Direito Penal, que acaba ficando enclausurado em seus dogmas sem perceber a riqueza que uma ciência do ser tem. Enfim, a transdisciplinaridade é essencial. Como afirma Luiz Regis Prado: “Em realidade, a ciência do Direito Penal [...], a política criminal e a criminologia são ciências que se distinguem, mas que não se separam; antes se completam” (2008, p. 58).

Ainda nessa linha, o que não se pode admitir é uma hierarquização dos saberes. Como leciona Carvalho, a divisão das ciências em vários ramos, cada um se verticalizando mais e mais, implica no risco dessa hierarquização, onde todos saem perdendo. E conclui: “a incorporação das críticas exógenas oxigena a área do conhecimento, permite autocrítica e fomenta seu desenvolvimento” (2013, p. 56).¹⁰

2 Direito penal, sistema penal e dogmática penal

Para que se alcancem os objetivos deste pequeno escrito, faz-se necessário tratar de duas outras questões. Num primeiro momento, é o caso de distinguir Direito Penal e sistema penal. Em seguida, tratar-se-á da dogmática penal, sua importância e como um estrito dogmatismo prejudica sobremaneira a ciência do Direito Penal.

2.1 Direito Penal e sistema penal

O grande mérito da Criminologia é evidenciar a distinção entre Direito Penal e sistema penal. O primeiro, como já tratado, é uma ciência do dever-ser, cujo objeto é essencialmente a norma jurídica. Portanto, a problemática recai na correta compreensão do sistema penal, eis que não se trata de instituto jurídico. Na verdade, sua definição está fora do ordenamento jurídico, e diz respeito essencialmente à Criminologia.

¹⁰ Continua o autor: “Nas ciências criminais, torna-se evidente a sujeição ao Direito Penal de todas as disciplinas alienígenas que investigam o crime, o criminoso, a vítima os processos de criminalização e as agências de controle do saber formal. Todavia este modelo arquitetônico de saber, no qual o direito penal encontra-se em posição privilegiada, impossibilita a interdisciplinaridade [transdisciplinaridade, a nosso ver], pois para que esta possa ser atingida prescinde que todas as disciplinas estejam abertas para críticas advindas do exterior” (2012, p. 56).

O sistema penal, bem mais amplo que o Direito Penal, pode ser conceituado como agências, formais ou não, encarregadas da aplicação da norma penal e sua execução. No âmbito formal, é o Estado selecionando, num primeiro momento e geralmente através das polícias, aqueles alvos do poder punitivo estatal – regra geral os mais vulneráveis (ZAFFARONI, 1995, p. 7).

Ainda sobre essa seleção, importante mensagem é trazida por Zaffaroni:

Só excepcionalmente veremos um hóspede de luxo atrás das grades. Se pensar bem, todos nós cometemos rotineiramente infrações penais, mas só vai para cadeia quem pertence a um certo estereótipo. Isso é fruto dos preconceitos racista e classistas da nossa cultura (1995, p. 7).

Após as providências policiais, inclusive com prisões de natureza em tese processuais¹¹, o Ministério Público formaliza a acusação. Após um rito processual que na maioria das vezes se preocupa apenas em “judicializar” a prova produzida nas delegacias, o “selecionado” é levado a cumprir pena – sendo que a sanção por excelência é a pena privativa de liberdade.

Isso tudo sem falar sem falar das agências não formais, cujo principal exemplo é a mídia, que por sua vez é o principal meio de formação da opinião pública. Os linchamentos e os “justiceiros” fazem parte do controle informal. Além disso, todas as vezes em que órgãos do estado agem ilicitamente, o sistema penal também funcionará de modo informal: maus tratos por ocasião da prisão, tratamento degradante na delegacia, falta de uma urbanidade mínima por parte das autoridades presentes numa audiência, castigos no sistema penitenciário, e daí em diante.

Nesse sentido leciona Nilo Batista: “Para a criminologia dos noticiários, está interdito o debate sobre a própria lei penal e sobre o desempenho histórico real das agências estatais encarregadas de sua aplicação e execução das penas aplicadas” (2021, p. 9-10).¹²

Há um último aspecto a ser considerado: as normas penais incriminadoras não distinguem entre a cor da pele do sujeito ativo do delito, sua situação econômica, onde mora, em que trabalha, e outras questões afins. Em sentido completamente oposto está o sistema penal: seletivo, preconceituoso e elitista.

Muito mais importante seria investir no sistema penal – não no sentido estritamente econômico do termo – ao invés de preocupar simplesmente com a alteração das

¹¹ Diz-se “em tese processuais” porque grande parte delas são um cumprimento antecipado de pena, sem qualquer cautelaridade. A prova maior disso está na comparação entre a quantidade de presos provisórios e aqueles em efetivo cumprimento de pena, notoriamente desproporcional.

¹² No mesmo sentido Zaffaroni: “o poder punitivo é algo muito diferente do que o código penal fala. Não são os juízes que vão para a rua e determinam quem vai ser penalizado. O poder punitivo é exercido por meio das agências executivas” (1995, p. 7).

normas penais. No Brasil, fatos noticiados de forma sensacionalista normalmente implicam no surgimento de mais e mais leis penais, sendo que, muitas das vezes, bastaria uma gestão mais eficiente dos órgãos de segurança pública.¹³

2.2 Importância e aspectos críticos da dogmática penal

A dogmática possui sim imensa importância para o Direito Penal. Inicialmente, ela que tem a função de sistematizar o estudo das normas penais, inclusive sob pena de inviabilizar sua aplicação. Como afirmam Zaffaroni *et al*, há “necessidade de se construir um sistema, isto é, de formar um conjunto organizado que enlace seus elementos” (2003, p. 151).

Acrescente-se que a necessidade de sistematização não é exclusiva do Direito Penal, mas das ciências normativas em geral.

Com a sistematização, a dogmática atingirá sua finalidade, qual seja, estabelecer “referências isonômicas, baseadas e pautadas em certo grau de certeza” (REISS, 2017, p. 94). Afinal, dar um tratamento isonômico é dar garantia.

Mas a grande crítica está no superdimensionamento que a dogmática tem recebido. Assim como a Criminologia tem ficado num segundo plano quando se fala em Ciências Penais, o mesmo ocorre quando se relaciona a dogmática penal com o sistema penal – sendo esse fruto do saber criminológico. E, com esse superdimensionamento da dogmática, corre-se sério risco de cair “num conceitualismo excessivamente abstrato” (ZAFFARONI *et al*, 2010, p. 23).

A questão não apresenta maiores dificuldades: a partir do instante em que a literatura foca estritamente na dogmática, no que seria um estrito dogmatismo penal, o grande prejudicado é o sistema penal. Esse continua sem vez, e se eterniza uma realidade pautada na violência das agências penais.

O estrito dogmatismo penal não pode apagar todos os malefícios produzidos pelo sistema penal. É como afirmar Zaffaroni *et al*:

Uma dogmática do gênero “arte pela arte” transforma o operador judicial num perigoso autômato, que manobra um programa cuja função ignora – mas que, inexoravelmente, apesar de manobrado por um néscio, julga dispensável saber para quê e a que serve aquilo que ele mesmo faz. (2010, p. 25-26)

¹³ Não se está a defender que leis penais não precisem ser criadas, modificadas ou até mesmo abolidas. Essa evolução normativa é fundamental. Por outro lado, não se pode dar uma importância ao “instrumento penal” que ele não tem; eis que, na verdade, o grande responsável pelas mazelas é o sistema penal.

Já partindo para o fim, é essencial que se verifique a (in)idoneidade dos limites estatais na efetividade dos Direitos. Em outras palavras, como o Estado trata o garantismo. A conclusão é que o estrito dogmatismo coloca o ser humano em uma névoa, incapaz de ter seus direitos exercidos e suas garantias efetivamente reconhecidas. Consequentemente, o estado-penal ganha um tamanho incompatível com os limites que o próprio ordenamento jurídico impõe. Em outras palavras, o Estado é o primeiro e grande violador dos Direitos Humanos há muito consagrados.

Considerações finais

Por definição, a Criminologia é ciência do ser, indutiva, tendo como objeto o crime, o criminoso, a vítima e o controle (formal e informal) da criminalidade. Já o Direito Penal é ciência do dever ser, dedutiva, e seu objeto é a norma jurídica. Enquanto a Criminologia é essencialmente empírica, o Direito Penal tem seu foco voltado para a norma em abstrato.

Lamentavelmente, o Direito Penal, desde a chegada do positivismo jurídico ainda no início do século passado, atingiu um *status* que o torna quase intocável – ainda mais por saberes científicos estranhos ao Direito.

A transdisciplinaridade com a Criminologia enriqueceria sobremaneira o estudo do Direito Penal. Afinal, o jurista não pode ignorar a realidade do sistema penal, com todas as suas incongruências e desigualdades. Insista-se: não se pode conceber o estudo da norma pela norma, ignorando a realidade social que se encontra a sua volta.

Não se está aqui simplesmente a criticar a dogmática penal, que sistematiza o estudo e assim viabiliza decisões isonômicas. Esse o seu mérito.

Entretanto, a partir do instante em que o estudo é baseado num estrito dogmatismo, o indivíduo é sumariamente ignorado, já que a importância está na norma. O estado-penal, ao ignorar as pessoas envolvidas no fato-crime, acaba tendo uma dimensão que o torna incompatível com as garantias individuais fundamentais. Como dito, o estudo da norma pela norma torna o Estado o grande responsável pelas violações aos Direitos Humanos. Caso a dogmática penal se lembrasse, ainda que minimamente, do sistema penal, certamente as afrontas ao garantismo diminuiriam.

Referências

BATISTA, Nilo. Prefácio. *In.*: BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à Criminologia brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2 ed., 2021.

BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à Criminologia brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2 ed., 2021.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. Introdução à Sociologia do Direito Penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. v. I. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Código Penal (1940). **Decreto-Lei n. 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm Acesso em: 08 dez. 2023.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**. Parte Geral. t. I. 5. ed. São Paulo: Forense, 2003.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DOTTI, René Ariel. **Direito Penal: Parte Geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

HANS, Kelsen. **Teoria pura do Direito**. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao Código Penal**. V. I. Rio de Janeiro: Forense, 1949.

MARTINEZ, Milton Cairolí. **Curso de Derecho Penal Uruguayo**. t. I. 2. ed. Fundación de Cultura Universitaria: Montevideo, 1988.

MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal: fundamentos e limites do Direito Penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal brasileiro**. V. 1. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ROCHA, Anacélia Santos *et al.* **O dom da produção acadêmica: Manual de normalização e metodologia de pesquisa**. Belo Horizonte: Dom Helder Escola Superior, 2020. Disponível em https://ead.domhelder.edu.br/dom_da_producao.pdf Acesso em: 06. dez. 2023.

REISS, Michel Wencland. **Tribunal Penal Internacional: Construindo a Parte Geral do Direito Internacional Penal**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al.* **Direito Penal Brasileiro**. Teoria geral do Direito Penal. v. I. Rio de Janeiro: Revan, 2003. Lumen Juris, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al.* **Direito Penal Brasileiro**. Teoria do delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade. v. II, t. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, v. II, t. I.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Entrevista. *In.*: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Ano 3, n. 9. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

2 O REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO E A PROGRESSÃO DE REGIME NA LEI ANTICRIME: O ISOLAMENTO E A CULTURA DO ENCARCERAMENTO

Lícia Jocilene das Neves¹⁴

Enio Luiz de Carvalho Biaggi¹⁵

Introdução

No final do século XVIII, quando a privação da liberdade em um estabelecimento próprio pareceu ser uma resposta à brutalidade e à crueldade das penas impostas aos indivíduos que praticassem um delito, como já descrito por Michel Foucault no século XIX, não era possível prever que, com o aumento populacional e, principalmente no Brasil, com a desigualdade social e a desigualdade de oportunidades a marginalizar pessoas, a instituição-prisão seria um tanto quanto indigna e cruel. Não se trata de deixar de punir a quem merece nem de deixar de repreender aqueles que violam as leis e impõem insegurança à sociedade, trata-se de se exigir que a prisão, seja provisória ou definitiva, cumpra, verdadeiramente, o seu papel cautelar ou de instrumento de combate, prevenção, ressocialização e repressão ao crime.

Ocorre que o sistema prisional, como noticiado, visto, comentado e conhecido pela população brasileira, tornou-se um depósito de pessoas e, nestas condições, se apoiar na cultura do encarceramento, como visto no regime disciplinar diferenciado, ou nas novas regras determinadas para a concessão da progressão de regime, não parece ser uma resposta útil e hábil a se promover o combate às organizações criminosas, às associações criminosas e às milícias privadas sem que outras medidas de caráter socioeducativas duradouras e eficientes sejam implementadas. Caso contrário, desde 2003, quando implantado o RDD, já se observariam resultados positivos.

Neste cenário, de maneira a abranger satisfatoriamente o tema proposto, inicialmente tratar-se-á do regime disciplinar diferenciado, descrevendo as suas características, cabimento e procedimento, fazendo um comparativo entre o que se previa na Lei de Execução Penal antes da Lei Anticrime e o que atualmente se prevê. Pretende-se, desta maneira, analisar a cultura do encarceramento no âmbito legislativo e a violação do princípio

¹⁴ Mestre em Direito pela FUMEC. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais e em Engenharia Civil pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professora da Escola Superior Dom Helder Câmara.

¹⁵ Doutorado e Mestrado pela Universidade Federal de Minas Gerais. Graduação em Direito pela PUC Minas e em Letras pela UFMG. Professor da Escola Superior Dom Helder Câmara. Líder do Grupo de Iniciação Científica “Justiça, Garantismo Penal e Responsabilidade do Estado”.

da dignidade da pessoa humana ao se impor o isolamento diário por um período prolongado. Continuamente, será analisado o direito do preso à progressão do regime de cumprimento de pena e como a Lei Anticrime alterou a Lei de Execução Penal dificultando a sua concessão e, novamente, como está contribuindo para a cultura do encarceramento. No terceiro e último tópico, será verificado como o isolamento aplicado no RDD é controverso diante do entendimento doutrinário, apesar de autorizado pelas autoridades judiciais. Objetiva-se, ainda, neste tópico, tratar do isolamento como uma medida indigna e ineficiente, historicamente imposta, para se forçar o preso a pensar na sua conduta apesar de não ser este o seu objetivo atualmente. Por fim, nas considerações finais, buscaremos concluir o artigo de forma a responder à questão anteriormente colocada e de se compreender que o ambiente prisional, não obstante ser indigno e cruel, é institucionalmente mais um local para a marginalização humana.

1 O regime disciplinar diferenciado e os reflexos da lei anticrime

A Lei 10.792, de 1º de dezembro de 2003, ao instituir o regime disciplinar diferenciado (RDD), tratou de regulamentá-lo na Lei de Execução Penal (Lei 7210/84) ao alterar seu artigo 52. Não se trata de outro regime de cumprimento de pena além dos já previstos no artigo 33 do Código Penal e nos artigos 87, 91 e 93 da Lei 7.210/84 – regime fechado, semiaberto e aberto - e, sim, de uma espécie de sanção disciplinar aplicada em certas situações.

Conforme o *caput* do artigo 52 da Lei 7210/84, caberá a inclusão do preso provisório ou do condenado, nacional ou estrangeiro, no RDD, quando ocorrer, no interior do estabelecimento prisional, a prática de fato previsto como crime doloso que constitui falta grave ou quando se praticar conduta que cause a “subversão da ordem ou disciplina internas”. (BRASIL, 1984). Ressalta-se que este artigo foi alterado pela Lei Anticrime, pois, anteriormente a sua publicação, não estava expresso que presos provisórios e condenados estrangeiros também podiam ser submetidos ao regime (BRASIL, 2019). O artigo 52 da Lei 7.210/84 ainda se refere à falta grave. Conforme a própria Lei de Execução Penal determina nos artigos 50 e 51, são faltas disciplinares consideradas graves:

- Art. 50. Comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que:
 - I - incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina;
 - II - fugir;
 - III - possuir, indevidamente, instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem;
 - IV - provocar acidente de trabalho;
 - V - descumprir, no regime aberto, as condições impostas;

VI - inobservar os deveres previstos nos incisos II e V, do artigo 39, desta Lei.

VII – tiver em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo.

VIII - recusar submeter-se ao procedimento de identificação do perfil genético.

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se, no que couber, ao preso provisório.

Art. 51. Comete falta grave o condenado à pena restritiva de direitos que:

I - descumprir, injustificadamente, a restrição imposta;

II - retardar, injustificadamente, o cumprimento da obrigação imposta;

III - inobservar os deveres previstos nos incisos II e V, do artigo 39, desta Lei. (BRASIL, 1984).

Percebe-se pela própria definição do que seja uma falta grave, as condutas descritas nos incisos I, II, III e IV são, por si só, subversivas à ordem ou a disciplina imposta, logo ao praticá-las, o preso estará sujeito ao RDD. Neste cenário, questiona-se: como deve ocorrer a inclusão no RDD? Deve ser automática, a partir da observação da falta grave ou a partir do fato previsto como crime doloso, visto que a palavra escolhida pelo legislador para autorizá-la foi meramente a prática? Não parece que o legislador se preocupou em descrever o que caracterizaria a prática, violando-se, portanto, o princípio da legalidade penal, no entanto, este assunto será tratado mais adiante.

Tratando-se da inclusão no RDD, ao se verificar a falta grave ou a prática do fato definido como crime doloso, nos termos do artigo 59 e 60 da LEP, será instaurado procedimento administrativo para a apuração da conduta, com direito de defesa por parte do preso, podendo o diretor do estabelecimento prisional (autoridade administrativa), decretar o isolamento provisório do preso por até dez dias, tendo então que comunicar ao juiz da execução penal para que ela possa autorizar a inclusão no RDD. A decisão será fundamentada e o caráter da sanção a ser aplicada “levar-se-ão em conta a natureza, os motivos, as circunstâncias e as consequências do fato, bem como a pessoa do faltoso e seu tempo de prisão”, como se define no artigo 57 da Lei de Execução Penal. (BRASIL, 1984).

Além das circunstâncias descritas que constituem as faltas graves autorizadoras à inclusão no RDD, outras situações também a admitem como descrito nos §§ 1º, 2º e 3º do artigo 52 que assim define:

§ 1º O regime disciplinar diferenciado também será aplicado aos presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros:

I - que apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade;

II - sob os quais recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organização criminosa, associação criminosa ou milícia privada, independentemente da prática de falta grave.

§ 2º Estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou o condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando.

§ 2º (Revogado).

§ 3º Existindo indícios de que o preso exerce liderança em organização criminosa, associação criminosa ou milícia privada, ou que tenha atuação criminosa em 2 (dois) ou mais Estados da Federação, o regime disciplinar diferenciado será obrigatoriamente cumprido em estabelecimento prisional federal.

Não há dúvida que, a partir da leitura dos parágrafos acima, vislumbra-se novamente que o legislador escolheu termos que também levam a uma subjetividade que, no âmbito penal, podem oferecer um risco à segurança jurídica como: “apresentem alto risco”; “recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação” ou ainda “existindo indícios”.

Além das circunstâncias indisciplinares e das condutas que caracterizam, nos termos da lei, a necessidade do isolamento do preso, também foi definido o prazo do isolamento e as condições que lhe serão impostas. Conforme definido na Lei de Execução Penal, no artigo 52 e em seus respectivos incisos, são características do RDD:

Art. 52. (...).

I - duração máxima de até 2 (dois) anos, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie;

II - recolhimento em cela individual;

III - visitas quinzenais, de 2 (duas) pessoas por vez, a serem realizadas em instalações equipadas para impedir o contato físico e a passagem de objetos, por pessoa da família ou, no caso de terceiro, autorizado judicialmente, com duração de 2 (duas) horas;

IV - direito do preso à saída da cela por 2 (duas) horas diárias para banho de sol, em grupos de até 4 (quatro) presos, desde que não haja contato com presos do mesmo grupo criminoso;

V - entrevistas sempre monitoradas, exceto aquelas com seu defensor, em instalações equipadas para impedir o contato físico e a passagem de objetos, salvo expressa autorização judicial em contrário;

VI - fiscalização do conteúdo da correspondência;

VII - participação em audiências judiciais preferencialmente por videoconferência, garantindo-se a participação do defensor no mesmo ambiente do preso. (BRASIL, 1984).

Observa-se que todas as disposições constantes dos incisos acima foram alteradas pela Lei Anticrime e algumas delas tornaram ainda mais severas as condições impostas, indicando uma disposição legislativa para o encarceramento. Assim, no inciso I, determina-se que o isolamento deverá ocorrer em cela individual pelo prazo máximo de dois anos, ou seja, até 730 (setecentos e trinta) dias diretos poder-se-á impor ao preso se isolar dos demais, tendo contato apenas com duas pessoas de quinze em quinze dias por duas horas, mediante visita. Da mesma forma, durante todo o tempo que permanecer isolado, poderá sair da cela por apenas duas horas diárias para o banho de sol, podendo, neste caso, sair em grupos de até quatro presos, desde que não tenha contato com os do seu mesmo grupo. Não parece digno se manter alguém dentro de uma cela isolado, portanto, em contato apenas com os agentes prisionais, por 22 (vinte e duas) horas diárias. Este mecanismo assemelha-se muito com o sistema

panóptico que se aplicava aos presos no final do século XVIII e início do século XIX como descreve Michel Foucault (2013, 222-223):

Primeiro princípio, o isolamento do condenado em relação ao mundo exterior, a tudo que motivou a infração, às cumplicidades que a facilitaram. Isolamento dos detentos uns em relação aos outros. Não somente a pena deve ser individual como individualizante. E isso de duas maneiras. Em primeiro lugar, a prisão deve ser concebida de maneira a que ela mesma apague as consequências nefastas que atrai ao reunir num mesmo local condenados muito diversos: abafar os complôs e revoltas que se possam formar, impedir que se formem cumplicidades futuras ou nasçam possibilidades de chantagem (no dia em que os detentos se encontrem livres), criar obstáculo à imoralidade de tantas associações misteriosas. (...) Enfim, e talvez principalmente, o isolamento dos condenados que se possa exercer sobre eles, com o máximo de intensidade, um poder que não será balado por nenhuma outra influência: a solidão é a condição primeira da submissão total.

Segundo Foucault, o isolamento consiste em um suplício, um castigo que é imposto ao preso, ou seja, uma submissão contra a qual não como poderá lutar enquanto nela estiver podendo apenas pensar. A verdade é que, nos estabelecimentos prisionais brasileiros, o pensamento reside em como poderá se comunicar sigilosamente com os demais de forma a continuar na sua atividade criminosa, vistos os índices de reincidência dos presos e a continuidade da liderança da organização, da milícia e da associação, por vezes observada, do próprio regime em que se encontra. Afinal, quais são as condições externas que encontrarão tais pessoas que as incentivem a dar um fim à atividade criminosa? Ademais, as condições serão ainda mais propícias, tendo em vista as diferenças sociais e a desigualdade de oportunidades.

No que concerne às alterações promovidas pela Lei Anticrime nas condições observadas no RDD anteriormente à lei 13.964/2019, o prazo máximo de permanência no regime era de 360 (trezentos e sessenta) dias em um ano, sem prejuízo da repetição da aplicação do regime e as visitas eram semanais. Isso explica o uso da terminologia para se referir à essa política criminal como “cultura do encarceramento”, já que não há preocupação alguma na conscientização do preso que aquela situação não é ideal e que há necessidade ou que há possibilidade de mudar de atitude. Ao contrário, a pretexto de se combater à atividade criminosa, submete-se alguém a tais condições esperando que haja um milagre e que a atividade criminosa não continue a se desenvolver externamente àquela situação.

2 O direito à progressão de regime de cumprimento de pena pela Lei Anticrime

Como bem determina o *caput* do artigo 112 da Lei de Execução, a pena deve ser executada de forma progressiva em relação ao regime de cumprimento de pena e, caso o condenado, cumpra os requisitos legais, terá o direito de transferência de um regime mais

rigoroso para um regime mais brando (BRASIL, 1984). Da própria leitura do artigo 112, entende-se que a progressão de regime é um direito do preso e será concedido pelo juízo da execução da pena quando cumpridos os requisitos objetivos e subjetivos.

A Lei 13.964/2019 vem alterar substancialmente os requisitos objetivos necessários à concessão dos benefícios para a progressão de regime no cumprimento da pena. Antes da Lei 13.964, cabia a progressão quando o condenado cumprisse, ao menos, 1/6 (um sexto) da pena aplicada, além do bom comportamento carcerário atestado pelo diretor do estabelecimento penal e aptidão para se adaptar ao novo regime. Quanto aos crimes hediondos e equiparados (tráfico de drogas, tortura e terrorismo), a Lei de Crimes Hediondos, Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, determinava no artigo 2º § 2º, que o preso teria direito à progressão em tais crimes quando cumprido, ao menos, 2/5 (dois quintos) da pena aplicada, no caso de condenado primário e, ao menos, 3/5 (três quintos) quando reincidente. (BRASIL, 1990).

Como afirma Cesar Roberto Bitencourt, a progressão de regime “possibilita ao próprio condenado, através de seu procedimento, da sua conduta carcerária, direcionar o ritmo de cumprimento de sua sentença, com mais ou menos rigor”. (BITENCOURT, 2018, p. 638).

No entanto, com a Lei anticrime, o requisito referente ao tempo de pena cumprido exigido para a progressão foi alterado, tornando-se mais rigoroso esse requisito, prevendo inclusive os casos de reincidência com resultado morte. Conforme a nova redação do artigo 112 da Lei 7.210/84, define-se para a progressão de regime:

Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos:

I - 16% (dezesesseis por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;

II - 20% (vinte por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido sem violência à pessoa ou grave ameaça;

III - 25% (vinte e cinco por cento) da pena, se o apenado for primário e o crime tiver sido cometido com violência à pessoa ou grave ameaça;

IV - 30% (trinta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime cometido com violência à pessoa ou grave ameaça;

V - 40% (quarenta por cento) da pena, se o apenado for condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, se for primário;

VI - 50% (cinquenta por cento) da pena, se o apenado for:

a) condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, com resultado morte, se for primário, vedado o livramento condicional;

b) condenado por exercer o comando, individual ou coletivo, de organização criminosa estruturada para a prática de crime hediondo ou equiparado; ou

c) condenado pela prática do crime de constituição de milícia privada;

VII - 60% (sessenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado;

VIII - 70% (setenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente em crime hediondo ou equiparado com resultado morte, vedado o livramento condicional.

§ 1º Em todos os casos, o apenado só terá direito à progressão de regime se ostentar boa conduta carcerária, comprovada pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão.

§ 2º A decisão do juiz que determinar a progressão de regime será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor, procedimento que também será adotado na concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas, respeitados os prazos previstos nas normas vigentes. (BRASIL, 1984).

É notório que, a partir da nova definição do prazo de pena a ser cumprido, bem como as especificações da natureza do crime praticado e a reincidência específica (ou não), torna mais difícil a progressão de regime e, assim, evita-se que o condenado possa ser reintegrado à sociedade mais cedo, ainda que não tenha alterado o requisito quanto ao bom comportamento carcerário e à aptidão para o novo regime. Ou seja, se o condenado já apresentava um comportamento satisfatório para obter o benefício, por que então mantê-lo ainda mais tempo nesse ambiente prisional?

Em relação aos novos prazos exigidos pela Lei Anticrime, na concepção do defensor público Diogo de Azevedo Simão:

No que toca à execução penal, a novel legislação apresenta irrefutáveis retrocessos, posto que viola o sistema progressivo de cumprimento de pena, não contribui para a ressocialização (objetivo declarado na LEP), aumenta o tempo de aprisionamento e o gasto público com execução penal, além de não existir nenhuma comprovação de que o recrudescimento da lei penal diminuirá a criminalidade (falácia sustentada por quem defende essa espécie de legislação simbólica e populista). (SIMÃO, 2020).

Em decisão de 2015, o Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento da Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347/DF, proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade – PSOL – que requeria a caracterização do sistema prisional brasileiro como estado de coisas inconstitucional, assim decidiu, ante à superlotação prisional:

Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como 'estado de coisas inconstitucional'. (BRASIL, 2015).

Ressalta-se que no relatório da decisão acima citada, explica-se o que significa o termo estado de coisas inconstitucional, qual seja:

Conforme esclarece, a técnica da declaração do “estado de coisas inconstitucional” permite ao juiz constitucional impor aos Poderes Públicos a tomada de ações urgentes e necessárias ao afastamento das violações massivas de direitos fundamentais, assim como supervisionar a efetiva implementação. Considerado o grau de intervenção judicial no campo das políticas públicas, argumenta que a prática pode ser levada a efeito em casos excepcionais, quando presente transgressão grave e sistemática a direitos humanos e constatada a imprescindibilidade da atuação do Tribunal em razão de “bloqueios institucionais” nos outros Poderes. Afirma que essas condições estão presentes e são notórias no sistema prisional brasileiro, a legitimar a atividade do Supremo por meio desta arguição. (BRASIL, 2015).

Pode-se observar que, do trecho do relatório transcrito, há o reconhecimento da situação em que encontram os estabelecimentos prisionais brasileiros, requerendo o PSOL

que, através da declaração do estado de coisas inconstitucional, se pudesse exigir do poder público iniciativas urgentes no sentido de impedir a contínua violação de direitos fundamentais no referido sistema.

Sobre o reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal das violações de direitos fundamentais e, em consequência, da violação aos preceitos constitucionais no sistema prisional brasileiro, Diogo de Azevedo Simão (2020) expõe sobre a sua percepção da Lei Anticrime:

Justamente por isso, a Lei 13.964/2019 violou a autoridade da decisão do STF na *ADPF 347* em ao menos dois pontos: o primeiro, por não observar o quadro trágico do sistema penitenciário brasileiro no processo legislativo; o segundo, porque a elevação do tempo para obtenção de progressão de regime (...) irá resultar em maior tempo de aprisionamento e em significativa piora no quadro de superlotação carcerária, o que, portanto, vai na contramão da decisão do STF.

Não há dúvida de que tanto a alteração das características do regime disciplinar diferenciado quanto a modificação no tempo necessário para a progressão de regime, implementadas pela Lei 13.964/2020, que entraram em vigor em 23 de janeiro de 2020, somente pioram os problemas já existentes no sistema prisional e revelam a política legislativa do encarceramento, por isso faz-se necessário analisar, também, o entendimento doutrinário sobre a inconstitucionalidade do RDD e da progressão de regime nos termos da recente lei.

3 A (in)constitucionalidade do regime disciplinar diferenciado

Apesar do regime disciplinar diferenciado, como já dito anteriormente, implicar em um isolamento admissível por tempo prolongado e, ainda, apresentar na sua caracterização termos que denotam uma subjetividade, justamente por não descreverem as condutas como determina o princípio da legalidade penal, é controversa a sua constitucionalidade.

Na descrição do isolamento imposto pelos primeiros sistemas prisionais dos séculos XVIII e XIX, no entendimento de Michel Foucault, o preso, ao ficar entregue à sua cela e aos seus pensamentos em uma condição de “submissão profunda”, não haverá “um respeito exterior à lei ou apenas o receito da punição que vai agir sobre o detento, mas o trabalho de sua própria consciência”. E, assim, o que se observará é uma “mudança na moralidade do preso e não na sua atitude”. (FOUCAULT, 2013, p. 225). Isso significa que, já naquela época, havia dúvida se o isolamento realmente conseguiria impedir o crime, visto que se castiga a consciência, mas não se garante a mudança na sua conduta, porque o próprio preso não tem esperança na sua mudança. Como bem afirma o doutor em Ciências Sociais e

pesquisador no Núcleo de Sociabilidade Libertária – NU-SOL, do Programa de Estudos Pós-Graduados em Ciências Sociais – PUC/SP, José Eduardo Azevedo (1999),

Descrente da legislação vigente e em face da forma como é tratado, o preso vê com ceticismo e desconfiança a perspectiva de sua recuperação pelas regras impostas através do sistema prisional, e desenvolve uma aguda sensibilidade aos excessos de punição que lhe infligem as precárias condições da prisão e as penas privativas de liberdade.

Ainda reflete Foucault (2013, p. 223) sobre o isolamento: “Enfim, e talvez principalmente, o isolamento dos condenados garante que se possa exercer sobre eles, com o máximo de intensidade, um poder que não será abalado por nenhuma outra influência; a solidão é a condição primeira da submissão total”.

Sabe-se que, atualmente, pela própria descrição do RDD na Lei de Execução Penal, não é objetivo de sua decretação trazer consciência ao preso e, sim, afastá-lo da convivência dos demais, a fim de se evitar o contato e a gerência do crime organizado dentro do próprio estabelecimento prisional. Ademais, é mais fácil tratar do efeito do que tratar da causa. Neste aspecto, José Eduardo Azevedo (1999) afirma que “O sistema prisional está centrado preponderantemente na premissa da exclusão social do criminoso, visto como perigoso e insubordinado. O confinamento e a vigilância a que está submetido é estrategicamente ordenado por mecanismos de opressão”, portanto, não interessa se o isolamento conscientizará ou não o preso que não deve mais praticar qualquer conduta que o inclua novamente naquele regime, interessa é a sua exclusão absoluta até do próprio ambiente prisional.

Sobre a constitucionalidade do RDD, Guilherme de Souza Nucci retrata o fato do isolamento ser entendido por alguns doutrinadores como uma espécie de pena cruel e, desta maneira, violaria os preceitos fundamentais defendidos pela Constituição brasileira, principalmente o princípio da humanidade. (NUCCI, 2011). Entretanto, o referido autor defende o regime, ao afirmar:

Pensamos, entretanto, que não se combate o crime organizado, dentro ou fora dos presídios, com o mesmo tratamento destinado ao delinquente comum. Se todos os dispositivos do Código Penal e da Lei de Execução Penal fossem fielmente cumpridos, há muitos anos, pelo Poder Executivo, encarregado de construir, sustentar e administrar os estabelecimentos penais, certamente o crime não estaria hoje, organizado, de modo que não haveria necessidade de regimes como o estabelecido pelo art. 52 da Lei de Execução Penal. (NUCCI, 2011, p. 1107).

E continua Nucci (2011, p. 1017):

Tanto quanto a pena privativa de liberdade, é o denominado mal necessário, mas não se trata de uma pena cruel. Proclamar a inconstitucionalidade desse regime, fechando os olhos aos imundos cárceres aos quais estão lançados muitos presos no

Brasil é, com a devida *vênia*, uma imensa contradição. Constitui situação muito pior ser inserido em uma cela coletiva, repleta de condenados perigosos, com penas elevadas, muitos deles misturados aos presos provisórios, sem qualquer regramento e completamente insalubre, do que ser colocado em cela individual, longe da violência de qualquer gênero, com mais higiene e asseio, além de não se submeter a nenhum tipo de assédio de outros criminosos.

Observa-se, a partir do comentário de Guilherme de Souza Nucci, que o problema seria o fato do poder executivo não se preocupar com o estado indigno que se encontram os estabelecimentos prisionais brasileiros e não conseguir pelos métodos tradicionais e constitucionais lidar com o problema da criminalidade, e, então, seria uma mal necessário utilizar de tal mecanismo para se evitar a prática de crimes e também o regime até se justificaria, pois seria uma maneira não usual de se melhorar a situação física do preso no ambiente prisional.

Descreve ainda Nucci (2011, p. 1017) que, “em lugar de combater, idealmente, o regime disciplinar diferenciado, pensamos ser mais ajustado defender, por todas as formas possíveis, o fiel cumprimento às leis penais e de execução penal (...)”. Se idealmente não se consegue impedir a criminalidade, não há consenso doutrinário sobre a imposição do regime como o RDD. Conforme defendem Luiz Flávio Gomes ex-promotor de justiça, Rogério Cunha e Thales de Pádua (2006, p. 22-27), ambos promotores públicos, sobre o RDD:

A gravidade do crime praticado não basta para presumir a personalidade do seu autor, havendo que existir, concretamente, dados que indiquem ser ele, enquanto preso, um perigo para ordem e a segurança do presídio. Ninguém pode ser punido (muito menos com RDD) pelo que é, sim, pelo que faz. Seria absurdo (e retrocesso inconcebível) punir alguém pelo risco que representa, sem ter cometido internamente algum fato revelador de periculosidade. (...). Outra exceção onde se aplica o RDD repousa no preso provisório ou condenado com trânsito em julgado que integre organização criminosa, quadrilha ou bando. Portanto, não precisa praticar o crime da Lei das Organizações Criminosas (9034/95 e 10217/01), bastando o artigo 288 do CP que se afigure nocivo a sociedade.

Da interpretação do descrito acima compreende-se que os termos usados na legislação para se justificar a inclusão de um preso no RDD, como “prática”; “receio”; “riscos” não são legalmente adequados. No mesmo sentido, o advogado criminalista Rodrigo Bello (2016) expõe:

Neste instante podemos perceber a intenção do legislador em simplesmente isolar os chamados criminosos de alta periculosidade. Percebemos que conceitos vagos e imprecisos colocados na Lei de Execução Penal dão azo para que os aplicadores do direito envolvidos, possam se valer das paixões emergenciais que, em muitas das vezes, são incentivadas por uma mídia viciada e tendenciosa. Ao que parece, o RDD retroage no tempo e faz com que as famosas solitárias tomem novo nome e elevem-se ao degrau de soluções do problema da criminalidade, principalmente no tocante às organizações criminosas.

Igualmente admite Rodrigo Bello que impor o isolamento ao preso é “impiedoso e lento”, nos seguintes termos:

Nossa intenção é demonstrar o retrocesso que nossa lei trouxe em criar um sistema prisional onde o preso se isola do mundo, não tendo contato direto com outros seres humanos, não tendo acesso a qualquer tipo de informação e não tendo, por exemplo, direito ao banho de sol com durabilidade razoável. Melhor seria construirmos masmorras e colocarmos esses tais presos altamente perigosos, isolados, no alto das torres e ao invés de carcereiros, pagarmos verdadeiros carrascos para “cuidar” destes “insignificantes” para a sociedade.

A prisão é um mal, todos nós sabemos disso. Sendo necessária em alguns casos, não podemos permitir o isolamento completo do ser humano para que ele tenha uma pena degradante e sofra sérias complicações mentais. Cumpre salientarmos que o erro, que o crime cometido deve ser punido, mas nunca na “mesma moeda”, ou seja, em um Estado Democrático de Direito não podemos permitir o desrespeito evidente do princípio da dignidade humana. E essa quebra de dogma constitucional vem em forma de tortura lenta, de isolar o ser humano para que o ócio e a rotina o retirem do mundo civilizado. Trata-se de um sofrer lento e impiedoso. (...). Por que agora nossos legisladores reacionários tendem a retroceder e criar verdadeiras prisões de segurança máxima onde o único objetivo é acabar aos poucos com o preso? Acaba com sua esperança, acaba com sua dignidade, alimenta a raiva, alimenta a indignação. Enfim, mata o ser humano. Se, por acaso, ventilar na cabeça desses condenados uma ligeira intenção em cumprir sua pena e voltar ao seio da sociedade como uma pessoa civilizada, esqueça! A luta agora é muito pior. A luta é travada contra o seu subconsciente. A única companhia será a sua. Seus tramas, seus medos, suas ansiedades, sua saudade o consumirão de uma forma lenta, torturando-o, culminando numa alienação mental completa. (BELLO, 2016).

Contrariamente aos entendimentos anteriores, a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, mediante decisão proferida em março de 2019, em agravo regimental no julgamento do *habeas corpus* 148.459/DF, cujo relator era o Ministro Alexandre de Moraes, negou provimento ao agravo em relação a presos de estabelecimento prisional federal de segurança máxima que estavam no regime disciplinar diferenciado há mais de um ano. Segundo o Ministro-relator:

A sociedade brasileira está farta do aumento da insegurança pública e da falta de integração entre União, estados e municípios, com inúmeras discussões estéreis e pouquíssimas inovações práticas eficientes, sendo necessária a soma inteligente de esforços institucionais, sempre com a absoluta observância da dignidade da pessoa humana e das normas constitucionais, para combater as organizações criminosas, que, lamentavelmente, mesmo de dentro dos presídios, amedrontam nossas famílias e atrapalham o crescimento e desenvolvimento de nosso país. (BRASIL, 2019).

Ressalta-se que, apesar da controvérsia que circunda o regime disciplinar diferenciado, há algo comum entre os entendimentos aqui citados: a prisão é um mal necessário, entretanto, deve seguir os preceitos da Constituição brasileira, principalmente, a humanidade que se necessita nos estabelecimentos prisionais, a fim de se evitar as penas corporais e as cruéis. É verdade, usualmente, que o sistema, por si, da forma como é administrado e gerido, viola todas as normas de dignidade que se imponha ao ser humano e, simultaneamente, faz-se necessário combater as organizações criminosas, as associações

criminosas e as milícias, contudo, não se pode permitir que o próprio poder legislativo reconheça e admita a aplicação de medidas inconstitucionais pelo poder executivo e judiciário.

4 A instrumentalidade do processo para a preservação das garantias constitucionais do jurisdicionado

A preservação dos direitos e garantias constitucionais no processo penal deve se estender a toda a persecução penal, que se inicia com a apuração da infração, na fase investigativa, geralmente por meio do inquérito policial, e que encontra seu fim na fase de execução da pena. É necessário assegurarmos a todo indivíduo condenado em uma ação penal, dentro do Estado Democrático de Direito, que tenha preservado suas garantias fundamentais pelo Estado, afinal, nesse processo de ressocialização, o preso deverá perder tão somente a sua liberdade, e não sua dignidade.

Na busca pela atividade jurisdicional, no exercício do direito de punir (*ius puniendi*), o Estado, na persecução penal, deve investigar e produzir as provas necessárias à acusação, mas preservando-se todas as garantias individuais estabelecidas na Constituição Federal, tais como a liberdade do indivíduo, a inviolabilidade do domicílio, o sigilo fiscal, tributário e bancário, a inviolabilidade das comunicações telefônicas e telegráficas, dentre tantas outras garantias fundamentais. O ordenamento jurídico (Constituição, Direito Penal, Direito Processual Penal etc.) possui, nesse momento, uma função dupla e, ao mesmo tempo, paradoxal: da mesma forma que serve como instrumento punitivo do Estado no exercício do poder pela sua atividade jurisdicional, exerce a função de mecanismo de proteção do indivíduo frente ao *ius puniendi*, limitando o poder punitivo do Estado.

No Estado Democrático de Direito, o próprio Estado (pessoa jurídica de direito público) e toda autoridade que atua em nome do Estado, assim como todo jurisdicionado, deve obediência às próprias normas que estabelece. Não é possível admitir, para a preservação do devido processo legal, infração às normas processuais e violações às garantias constitucionais por parte das autoridades que agem em nome do Estado. Não é possível aceitar produção de provas ilícitas no processo penal constitucional, tampouco coerção com a restrição de garantias individuais para forçar a celebração de acordos de colaboração premiada ou de leniência, uma vez que estaria fundado em nulidades que contaminam todo o processo. A relativização destas garantias implica em vícios insanáveis e ilegalidades, maculando-se o devido processo legal, mediante excessos ocasionados pelo abuso de poder no

exercício da função estatal da persecução penal em promover a apuração de infrações, a acusação e a instrução processual, o processamento e o julgamento dos fatos, o cumprimento da pena e a ressocialização do apenado.

A defesa não dispõe dos mesmos instrumentos tecnológicos e científicos para a produção e levantamento de elementos probatórios necessários à comprovação de suas alegações no processo penal. Essa disparidade entre as partes na relação processual impacta no desequilíbrio da balança e, conseqüentemente, no resultado de uma política criminal voltada para o exercício, em massa, de um Direito Penal máximo. O resultado, então, é uma superpopulação carcerária, com baixo índice de ressocialização e altas taxas de reincidência, devido à falta de estrutura, interesse e de políticas públicas para o reingresso e para a reinserção social do apenado.

A instrumentalidade do processo penal, com a preservação das garantias constitucionais, individuais, coletivas e processuais, é *conditio sine qua non* para o exercício da atividade jurisdicional imparcial no Estado democrático de Direito. O respeito às normas processuais penais e a atribuição de participação ativa à defesa na investigação e na instrução processual garantem a igualdade e paridade de armas entre acusação e defesa nessa relação. É dever do Estado, portanto, no exercício da sua atividade repressora, assegurar à defesa o acesso às mesmas condições e ferramentas de que dispõe a acusação para a comprovação de suas alegações no processo. A figura do Juiz das Garantias, incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro pela lei 13.964, de 2019, possui esse intuito de garantir à defesa, na fase investigativa, acesso aos meios, recursos e elementos probatórios de que dispõe a acusação que conduz o inquérito, afastando-se ainda mais o processo investigativo do sistema inquisitório.

O sistema acusatório, positivado na Constituição Federal de 1988, é inerente ao processo Constitucional no Estado Democrático. A imparcialidade do órgão julgador é garantida por regras processuais como as que remetem à suspeição e impedimento dos magistrados, a instauração de processo judicial por provocação e a vedação de tribunais de exceção. Nesse sentido, a figura do Juiz das Garantias vem assegurar, na fase de inquérito, a aplicação de princípios constitucionais como a ampla defesa, o contraditório e a paridade de armas entre acusação e defesa. Com o advento do Juiz das Garantias, a decisão sobre a pertinência de uma diligência caberá a um órgão imparcial, isento, descomprometido com a lide. Para a preservação da imparcialidade do julgador, os autos do processo contendo as provas colhidas na fase investigatória deverão ficar retidos, acautelados, na secretaria do juízo das garantias, como regra, devendo ser remetidas ao juízo da fase de conhecimento apenas as

provas irrepetíveis e medidas cautelares para obtenção de provas ou antecipação de provas. Essas medidas visam a garantir, no Estado Democrático de Direito em que vivemos, a adequação do sistema processual penal aos ditames constitucionais no sistema acusatório, afastando-se, cada vez mais, do sistema autoritário inquisitório que deram ensejo às bases que fomentaram a elaboração do código vigente.

Considerações finais

Com a instituição do regime disciplinar diferenciado pela Lei 10.792/2003, inclui-se na Lei de Execução Penal, uma espécie de sanção disciplinar que, à época, permitia-se, o isolamento de presos provisórios ou condenados por até 360 dias, em um ano, sem prejuízo da repetição do prazo, no caso de praticarem conduta classificada como crime doloso, conduta que acarretasse a subversão da ordem ou disciplina internas, no caso de apresentarem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade, e sobre eles recaíssem fundadas suspeitas de envolvimento ou participação em organizações criminosas, associações criminosas e milícias. Com a Lei 13.964/2019 viu-se aumentar o prazo máximo de isolamento no RDD para 2 anos, sem prejuízo da repetição do prazo. Ressalta-se que já em 2003, questionou-se a constitucionalidade do RDD, justamente pelo regime admitir um isolamento, diário, por 22 horas em cela individual, o que poderia sugerir a admissão de uma espécie de pena cruel, violando, portanto, o princípio da humanidade previsto constitucionalmente.

Apesar de séria a controvérsia que circunda o RDD, é aplicado nos estabelecimentos prisionais a pretexto de se combater a criminalidade e a sua gerência de dentro do estabelecimento, sendo necessário, para a sua aplicação ao preso, requerimento da autoridade administrativa, autorização judicial e parecer do Ministério Público. Salienta-se que a necessidade de aplicação do regime não encontra adeptos unicamente na doutrina, como também entre legisladores, magistrados e na própria sociedade brasileira, visto haver uma omissão, desinteresse ou incapacidade por parte das próprias autoridades em resolver, ou, ao menos, minimizar os problemas ligados à criminalidade dentro e fora dos estabelecimentos prisionais, bem como em melhorar as condições ambientais a que são submetidos os presos.

Em relação à progressão de regime, semelhante ao que aconteceu com o RDD, a Lei Anticrime alterou o artigo 112 da Lei de Execução Penal determinando regras mais rígidas para a concessão do direito ao condenado. Observou-se uma especificação mais

rigorosa sobre o prazo a ser cumprido pelo condenado, dependendo da natureza do crime praticado, a ocorrência ou não do resultado morte, bem como o comportamento e a aptidão do preso para se adaptar ao novo regime.

Igualmente, a decisão do plenário do Supremo Tribunal Federal que, em março de 2015, declarou o estado das coisas inconstitucional em relação aos desrespeito massivo dos direitos fundamentais nos estabelecimentos prisionais, permitiu que o próprio poder judiciário, mediante a arguição de descumprimento de preceito fundamental, exigisse, do poder executivo, medidas urgentes no sentido de se fazer parar as violações aos direitos humanos, bem como poderia supervisionar as implementações das medidas.

Não há dúvida que o sistema prisional brasileiro apresenta sérios problemas em relação à superpopulação e, assim, não oferece condições dignas para o cumprimento da pena ou para receber o preso provisório. Não obstante parecer um depósito de seres humanos, leis cada vez mais rigorosas são aprovadas como pretexto para conter a criminalidade e, assim, percebe-se que as regras aplicadas aos institutos do regime disciplinar diferenciado e da progressão de regime denotam a cultura do encarceramento tão apoiada pela sociedade brasileira, cansada de sofrer com a insegurança pública, com a falta de esperança e as frustrações socioeconômicas no dia a dia. A verdade é que, diante dos problemas enfrentados no ambiente prisional e a omissão do Estado em resolvê-los de maneira eficiente, é uma utopia se pensar em direitos humanos e justiça em um estabelecimento prisional.

Referências

AZEVEDO, José Eduardo. As relações de poder no sistema prisional. **Revista Sociologia Jurídica**. São Paulo. Ano VIII, n.º 18, 1999, p. 29-35. Disponível em: <https://sociologiajuridica.net/as-relacoes-de-poder-no-sistema-prisional/>. Acesso em 03 nov. 2020.

BELLO, Rodrigo. Da inconstitucionalidade do regime disciplinar diferenciado. **Genjurídico.com.br**. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2016/04/13/da-inconstitucionalidade-do-regime-disciplinar-diferenciado/>. Acesso em: 02 nov. 2020.

BITENCOURT, Cezar Roberto Bitencourt. **Tratado de Direito Penal**. Parte geral. (Art. 1º ao 120). 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2018, v. 1.

BRASIL. **Lei 7.210**, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 01 nov. 2020.

BRASIL. **Lei 8.072**, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072compilada.htm. Acesso em: 02 nov. 2020.

BRASIL. **Lei 10.792**, de 1º de dezembro de 2003. Altera a Lei nº 7.210, de 11 de junho de 1984 - Lei de Execução Penal e o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.792.htm. Acesso em: 01 nov. 2020.

BRASIL. **Lei 13.964**, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 01 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 347 MC/DF**. Plenário do Supremo Tribunal Federal. Relator Ministro Marco Aurélio. Brasília, 09 de setembro de 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 02 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ag. Reg. HC 148.459/DF**. 1ª Turma. Relator Ministro Alexandre de Moraes. Brasília, 1º de março de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/alexandre-moraes-rejeita-recurso-hc.pdf>. Acesso em: 02 nov. 2020.

FOUCAULT. Michel. **Vigiar e Punir**: nascimento da prisão. Tradução Raquel Ramalhete. 41 ed. Petrópolis/RJ: Editora Vozes, 2013.

GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogerio Sanches; CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. **O regime disciplinar diferenciado é constitucional? O legislador, o judiciário e a caixa de pandora**. Disponível em: <http://www.bu.ufsc.br/ConstitRegimeDisciplinarDifer.pdf>. Acesso em: 02 nov. 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 8 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

SIMÃO, Diogo de Azevedo. Inconstitucionalidade das novas regras para progressão de regime na lei "anticrime". **Consultor Jurídico**. 29 de janeiro de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-29/tribuna-defensoria-inconstitucionalidade-novas-regras-progressao-regime>. Acesso em: 02 nov. 2020.

3 SELETIVIDADE PENAL NO SISTEMA PUNITIVO BRASILEIRO: A ESTIGMATIZAÇÃO DO CRIMINOSO E O ILUSÓRIO CONTROLE PUNITIVO

Ana Luiza Bastos Medeiros¹⁶

Julia Fernanda Tavares Santos¹⁷

Introdução

A temática abordada propõe-se pertence à vertente metodológica jurídico sociológica e no tocante ao tipo de investigação, foi-se escolhido, na classificação de Witker (1985) e Gustin (2010), o tipo jurídico-projetivo. Além disso, o raciocínio desenvolvido na pesquisa referente a seletividade penal exemplificada no âmbito da Lei de Drogas será predominantemente dialético com respaldo em pesquisas bibliográficas de diversas áreas de conhecimento, como Direito Penal, Direito Processual Penal, Criminologia e Sociologia.

O sistema penal brasileiro tem o intuito de garantir a ordem social, a igualdade e o bem-estar comum, ações essas asseguradas pelo Direito. Entretanto, em sua aplicação prática esse sistema acaba se mostrando seletivo no que se diz respeito a interpretação normativa dos agentes policiais e do próprio Poder Judiciário quando se trata de indivíduos que já são marginalizados pela própria sociedade por fatores históricos, sociais e econômicos.

Esses indivíduos são historicamente marginalizados e inferiorizados devido a uma perpetuação de preconceitos herdados de um longo processo de escravidão no Brasil, que se fez vigente por mais de trezentos anos. Essa reprodução de estigmas em relação à população negra apresenta grandes reflexos no âmbito de justiça da atualidade, que serão abordados no presente trabalho.

Assim, justifica-se a necessidade de discussão do tema pela relevância teórica perante a comunidade científica, acadêmica e, primordialmente, social no aperfeiçoamento da análise os motivos que geram a ocorrência, predominantemente, de negros nas classes à margem e, consequentemente, no sistema prisional. Assim, compreende-se por meio de estudos legislativos do Direito, que a influência pejorativa na determinação de quem é considerado traficante e quem é usuário no sistema punitivo é fomentada pelo parágrafo segundo do artigo 28 da Lei de Drogas, discutindo-se mais a fundo a temática no decorrer da presente pesquisa.

¹⁶ Acadêmica de Direito

¹⁷ Acadêmica de Direito

Para compreender o porquê os negros compõem majoritariamente o sistema carcerário, se faz necessário realizar uma análise de todo o contexto histórico da escravidão no Brasil.

Nesse sentido, a formação da população negra no Brasil veio a partir da colonização exploratória de Portugal, na qual o país era uma colônia cujo viés era apenas a obtenção de lucro, fornecendo diversos insumos que interessavam o comércio português. Com isso, foram trazidas embarcações com escravos africanos para que eles trabalhassem de forma compulsória dentro de suas colônias. Mesmo tendo ciência que ao tratamento com os africanos era desumano nenhum indivíduo se opôs a tal feito, uma vez que eles consideravam os negros uma raça inferior. Neste viés, o historiador Boris Fausto afirma:

Por outro lado, nem a Igreja nem a Coroa se opuseram à escravização do negro. Ordens religiosas como a dos beneditinos estiveram mesmo entre os grandes proprietários de cativos. Vários argumentos foram utilizados para justificar a escravidão africana. Dizia-se que se tratava de uma instituição já existente na África e assim apenas transportavam-se cativos para o mundo cristão, onde seriam civilizados e salvos pelo conhecimento da verdadeira religião. Além disso, o negro era considerado um ser racialmente inferior. No decorrer do século XIX, teorias pretensamente científicas reforçaram o pré-conceito: o tamanho e a forma do crânio dos negros, o peso de seu cérebro etc. "demonstravam" que se estava diante de uma raça de baixa inteligência e emocionalmente instável, destinada biologicamente à sujeição. (FAUSTO, 2006, p.44).

Os primeiros escravos africanos começaram a ser importados no século XVI e seu trabalho nos engenhos ocorria basicamente nas atividades especializadas. Por esse motivo, eles eram bem mais caros que os índios, custando até 3 vezes mais. Além disso, a escravização africana também se fez necessária pela grande dificuldade de aceitação indígena em ser colonizado, uma vez que eles não suportavam o peso do trabalho compulsório que lhes eram impostos e milhares deles acabavam morrendo. Nos meados do século XVI, ocorreram várias epidemias no litoral brasileiro (como sarampo e varíola) o que resultou na morte de milhares deles, promovendo uma defasagem na mão de obra das colônias.

Após tais ocorrências, a Coroa portuguesa promulgou leis que proibissem de forma parcial a escravização indígena. Contudo, a escravidão dos povos africanos aumentou ainda mais, uma vez que os portugueses realizaram diversos aprimoramentos no tráfico dos navios negreiros, cerca de quatro vezes o valor da quantidade que navios que atracavam no Brasil anteriormente. Além disso, conquistaram definitivamente a Angola no final do século

XVI, ampliando ainda mais no número de escravos africanos e obtendo uma queda considerável no valor da mão-de-obra desses povos.

Desse modo, os negros passaram por todo o tipo de discriminação e viviam em condições desumanas dentro das colônias, sendo submetidos a trabalharem incessantemente. O Brasil nesse período era uma colônia de Portugal e por isso se utilizava dos códigos legais portugueses. Nestes códigos, a responsabilidade da punição que um escravo sofria caso se rebelasse era definido pelo senhor de engenho, ou seja, os negros escravizados sofriam todo tipo de violência, dentre elas, o açoitamento público em que o escravo era chicoteado em praça pública para servir de lição e evitar que outros escravos também se rebelassem.

Também vale ressaltar como era o tratamento desses indivíduos na legislação brasileira, no qual os escravos não possuíam nenhuma proteção legislativa e não tinham os direitos mínimos viabilizados, uma vez que para obter direitos é necessário ser um cidadão e os povos escravizados não eram considerados cidadãos, eles eram vistos apenas como “burros de carga” e objetos sem o menor valor jurídico e social.

Finalmente, após mais de 300 de regime escravocrata, no dia 13 de maio de 1888 foi promulgada a Lei Áurea, que legalmente proibiu a escravidão no Brasil, sendo o último país do continente americano a abolir as práticas escravistas. Todavia, apesar dos negros estarem livres no âmbito legal o racismo já estava estruturado na sociedade, com isso, a população negra não foi muito bem aceita dentro da comunidade, mantendo uma hierarquia social no qual os indivíduos brancos continuavam no topo da pirâmide, compondo todos os cargos de renome e a população preta se manteve marginalizada pela sociedade. Além disso, a Lei Áurea nada mais foi do que uma falsa sensação de liberdade ao povo negro uma vez que se encontravam livres, porém não possuíam estudo, documentos, dinheiro, moradia, emprego e não tiveram nenhum amparo do Estado, fator que fez com que diversos escravos libertos voltassem para as casas de seus senhores para que conseguissem sobreviver. Logo, em relação ao papel social do negro na sociedade brasileira, pode-se resumir que:

(...) a maioria dos negros e mestiços foi mantida nos segmentos mais desfavorecidos da população, não só pela precariedade das oportunidades oferecidas para a sua educação e aprimoramento profissional, como também pela preferência por pessoas de pele mais clara para ocupar os melhores cargos no mercado de trabalho. (SOUZA, 2005, p.142-143)

Para além disso, foram instaurados no Brasil os ideais de superioridade da raça branca, conceito vindo do darwinismo social pregado pelo filósofo inglês Herbert Spencer (1820-1903). Em razão disso, o preconceito racial que já era demasiado, ficou ainda mais alarmante, levando em consideração que os membros da burguesia brasileira pressionavam o

governo constantemente para que se implantasse um programa que possuía intuito de branquear a população, a fim de melhorar a condição genética dos indivíduos. Dessa forma, essa classe estimulava a imigração de brancos europeus para que não houvesse mais miscigenação no Brasil.

Em síntese, a marginalização perante a população negra na contemporaneidade ainda obtém muitos reflexos trazidos pelo histórico escravocrata do país, tendo em vista todos os eventos anteriormente citados. Logo, se faz compreender que a seletividade penal abrange problemáticas muito mais profundas, oriundas de um preconceito que se adentrou estruturalmente na sociedade brasileira e que, infelizmente, ainda irá demorar séculos para se erradicar integralmente.

1 A seletividade penal na conjuntura brasileira

A seletividade no âmbito penal é evidenciada na existência de uma pré-disposição perante um determinado perfil de indivíduos introduzidos no sistema carcerário. Nesse viés, são impostas razões como nível social e raça para definir o retrato de um criminoso na sociedade brasileira, atitude essa procedente de um processo histórico escravocrata no qual o preconceito ainda obtém grande reflexão no posicionamento judiciário do país. O estereótipo de um criminoso também se faz presente nas abordagens policiais, em que um indivíduo negro e morador de favela está sempre sendo refém de abordagens violentas e estigmatizadas, diferentemente do tratamento de uma pessoa branca moradora de um bairro nobre.

Desse modo, segundo a jurista Ana Luiza Pinheiro Flauzina (2006), o sistema penal foi construído contra a população marginalizada pela sociedade e tal sistema age diariamente contra essa classe. Com isso a autora afirma:

Como sistema subsidiário das funções do controle social informal, o aparato criminal tem funcionado como um regulador da mão-de-obra e do consumo, posicionando sob o espectro da criminalização os segmentos que não se adequam à lógica de mercado, servindo, nesse sentido, aos propósitos classistas. (FLAUZINA, 2006, p. 125)

É evidente que o sistema judicial é seletivo e historicamente enfatiza estereótipos racistas e classistas para rotularem um criminoso, na grande maioria das vezes sendo ele jovem, negro e de baixa renda. Exemplificando esta teoria, foi apresentado pelo Anuário Brasileiro de Segurança Pública (INFOPEN, 2022) um gráfico que ilustrava que a população carcerária era composta por 67,5% de pessoas negras e apenas 29% brancos, e este número vem progredindo a cada ano.

Deste modo, é visto que a criminalização de uma conduta cometida por uma pessoa branca é significativamente menor do que uma conduta cometida por uma pessoa negra, fator decorrente de todo um processo histórico de estruturação social, na qual a política criminal tem como aspecto fundamental o racismo, mesmo que este se apresente de forma velada. (ROMANO, 2016)

Em 2016, a juíza da 5ª Vara Criminal de Campinas Lissandra Reis Ceccon redigiu em acórdão que um réu suspeito de latrocínio não possuía as características de um bandido e por isso não seria facilmente confundido. "Vale anotar que o réu não possui o estereótipo padrão de bandido, possui pele, olhos e cabelos claros, não estando sujeito a ser facilmente confundido", anotou a magistrada. (BONFIM, 2019)

Esta alegação da juíza reafirma a estruturação do racismo em todo o setor de justiça brasileiro. Um evento recente que ainda possui reflexos de uma teoria que já deveria ser erradicada, sendo essa a teoria do “Homem Delinquente”, de Cesare Lombroso.

Lombroso (1835-1909) foi um médico psiquiatra e considerado por muitos o pai da criminologia moderna. O autor propôs uma extensa pesquisa no qual ele determinou um tipo físico para os criminosos. Nesse sentido, Lombroso afirmava que os criminosos:

Em geral, muitos criminosos têm orelhas de abano, cabelos abundantes, barba escassa, sinos frontais e maxilares enormes, queixo quadrado e saliente, zigomas largos, os gestos frequentes, em suma, um tipo aproximado domongol, às vezes, do negro.

O costume, assaz frequente entre os bandidos, de usar tranças e, dentre esses, os bravos, de portar *ciuffo*, como insígnia de seu feroz *métier*, dá-se, provavelmente, em razão de sua esplêndida cabeleira crespa e rebelde a qualquer penteado. (LOMBROSO, 2001, p.4).

Sua teoria a respeito da criminalidade foi um marco e revolucionou o cenário científico do estudo da criminologia, sendo vigorada por anos na Europa. No entanto, com o passar do tempo ela foi sendo colocada em desuso, tendo em vista que foi considerada por muitos tendenciosa e preconceituosa, enfatizando que pessoas negras ou pardas possuíam uma predisposição fisionômica de cometer algum crime. Contudo, apesar da teoria de Lombroso já ter entrado em decadência, será que realmente poderíamos afirmar que ela não é mais utilizada atualmente?

O ocorrido da sentença da juíza Ceccon comprova que essas tendências de estereotipização do perfil do criminoso ainda se fazem presente na contemporaneidade.

A frase dita por ela evidencia que tais preconceitos não se situam apenas nas instituições policiais, mas em todo o Poder Judiciário, ou seja, os instrumentos legais não são

utilizados para garantir a lei, mas para oferecer privilégios com relação à classe econômica e social de um determinado indivíduo. Desta forma, ao colocar uma pessoa negra e outra branca que cometeram mesmos crimes lado a lado, será notório que os réus negros serão mais criminalizados tanto pelos policiais quanto pelo sistema judicial e obterão mais dificuldades em obter seu direito de ampla defesa que, em tese, é garantido pela Constituição Federal de 1988. (ALVES,2019).

2 Contexto Histórico do primeiro Código Criminal Brasileiro

Em primeiro lugar, diante do tema da seletividade penal no sistema punitivo brasileiro, nota-se uma relevância na abordagem do contexto histórico ao qual este decorre, em que tem seu surgimento em meio a necessidade de suprir o acervo de leis desconexas, ditadas há um tempo remoto que perpetuava em um descompasso com tempovigente na época, por sua vez, este sistema apresentava inúmeros prejuízos sociais decorrentes da mentalidade retrógrada. Desse modo, até o ano de 1830, era vigente esse acervo de leis que excedia a qualificação e punição aos crimes, sendo aplicado arbitrariamente, segundo a conveniência e atendendo a inúmeros interesses escusos. Por isso, em 1830, cria-se o primeiro Código Criminal do Brasil, o qual esteve vigente por seis décadas e propiciou o início da discussão do conceito que hoje denominamos de segurança jurídica, na medida em que, apesar de constituir um ordenamento jurídico ao qual requer obediência social, este ainda assim não mudou o contexto de incidência de perfis sociais valorativos de criminalidade.

De acordo com o mencionado, faz-se verídica tal colocação pela existência de uma distinção, entre os próprios escravizados negros e os cidadãos livres do período, no momento de ditar as punições, não obstante que os crimes praticados ainda fossem iguais. Tal ponto, ressalta a ausência de uma isonomia plena desde o surgimento do primeiro Código Penal do Brasil independente, sendo tão opressivo e acentuado o perfil social pejorativo que atribuía às classes mais vulneráveis- no período, os escravos- mesmo diante da hipótese de uma sentença mais branda pelo tribunal, a previsão legal por este Código, de uma conversão automática em açoites, a qual, em contrapartida, era uma pena proibida para os livres, sobressaindo essa seletividade penal expressamente no texto legal. Por fim, torna-se imprescindível ressaltar – pelos documentos da época guardados nos Arquivos do Senado e da Câmara – como a existência da escravidão foi um fator exaltadamente recordado e utilizado como justificativa diante do debate sobre a implementação da pena de morte no Brasil.

Em segundo lugar, também se faz viável a análise da abordagem criminológica doutrinária, a qual abarca como base primordial a consolidação da teoria do Etiquetamento Social ou “*Labelling Approach*”. Neste viés, esta teoria crítica estende o objeto temático central da pesquisa em questão, ao dissertar sobre a existência de um processo repressivo seletista na identificação de um perfil do indivíduo “criminoso”. De acordo com isso, uma dentre as inúmeras reflexões a respeito da seletividade penal está presente na obra “Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal”, do autor Alessandro Baratta, sendo este um dos marcos teóricos a qual a presente pesquisa se baseia:

Quando se dirigem a comportamentos típicos dos indivíduos pertencentes às classes subalternas, e que contradizem as relações de produção e de distribuição capitalistas, eles formam uma rede muito fina, enquanto a rede é frequentemente muito larga quando os tipos legais têm por objeto a criminalidade econômica, e outras formas de criminalidade típicas dos indivíduos pertencentes às classes no poder. (BARATTA, 2002)

Desse modo, buscou-se, a priori, abordar uma retomada histórica mencionada anteriormente em acréscimo com a Teoria do *Labelling Approach*, os quais explicitam a adoção de critérios substanciais para a identificação deste, perpetuando um ciclo vicioso no Brasil. Além disso, pretende-se abarcar a veracidade dessa seletividade penal por contextos fáticos da conjuntura brasileira, tendo como principal correlação os antecedentes históricos penais, como também à legislação antidroga e sua aplicação arbitrária no reconhecimento de usuário e traficante, abordada em seguinte.

3 Tráfico de drogas versus Seletividade penal com base na Lei de Drogas

A partir da política criminal adotada no Brasil em relação a contenção às drogas, nota-se uma subjetividade em razão aos critérios utilizados na distinção do indivíduo usuário em detrimento ao indivíduo considerado traficante, em função da Lei 11.343/2006, denominada Lei de Drogas. Neste viés, vê-se pela legislação mencionada, a permanência da criminalização não apenas do tráfico, mas também do consumo de drogas, segundo o artigo 28 desta, o qual tipifica o consumo pessoal de drogas também como crime. Neste sentido, apesar de ser tipificado o consumo como crime, o que se nota como efeito fático e majoritário desta disposição é uma adoção arbitrária desta condenação.

Por meio dos dados divulgados pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública, revela-se que a população prisional aumentou 209% após a aprovação da Lei de Drogas de

2006 (FÓRUM , 2022), fato que permite a associação de uma drástica inversão da função pública a qual, inicialmente, se pretendia com a lei, uma vez que, ao invés de fomentar o tratamento do usuário em si sob as drogas - enxergando este como uma barreira a ser derrubada pela saúde pública- os desdobramento desta lei acarretaram no fomento de uma política opressiva e que busca, controversamente, prender mais em detrimento de reeducar menos, sendo um meio irrisório de garantir a justiça. Em contrapartida, esta prisão em massa ocorreu majoritariamente à população pobre e negra, o que verifica o fenômeno latente de seletividade penal, o qual veio ganhando forças com a implementação de medidas que priorizam totalitariamente à repressão sob meios de tratamento socioeducativos em concomitância com o cumprimento da punição pela conduta, isto é, da pena.

Em paralelo a isso, notou-se também um direcionamento dos agentes de segurança urbana pública, como policiais, a favor de tais meios de repressão, permeando assim um ciclo extenso e vicioso de aprisionamento dos indivíduos ao invés da reeducação e socialização do preso, medida a qual expande exponencialmente a problemática vigente, uma vez que, quando cumprida a pena, o presidiário retornará a sociedade sem o devido preparo socioeducativo para tal.

À visita disso, nota-se que nas abordagens policiais há uma influência da condição social e cor do indivíduo, o qual acarreta veemente em um abuso na conduta desses agentes em relação à sociedade marginalizada. Neste sentido, em uma pesquisa realizada em 2021 pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa, juntamente com o Data Labe, levantou-se que uma pessoa negra no Rio de Janeiro e em São Paulo, apresentavam um risco quatro vezes e meio maior de sofrer uma abordagem policial. Além disso, os dados são ainda mais chocantes no que tange a constante de violência física, verbal e psicológica sofrida pelos indivíduos marginalizados durante a abordagem, tendo cerca de 89% de pessoas negras relatado algumas destas. (IDDD, 2022)

Em síntese, o que ocorre na conjuntura brasileira é uma atenuação da conduta praticada por aqueles os quais advêm de um status social de maior relevância na sociedade, na medida em que, jovens negros e de classe social de menor poder aquisitivo são majoritariamente associados ao crime de tráfico de drogas, mesmo que diante de uma conduta a qual a quantidade e circunstâncias fáticas sejam atribuídas ao definido legalmente como consumo pessoal. Tudo isso, em razão do estabelecimento de um perfil do criminoso, o qual distância, exclusivamente pelo poder social e financeiro, um indivíduo de origem branca e integrante de uma camada superior como um possível delinquente, fato que propicia frequentemente a tentativa e o êxito- pela dissociação subjetiva- em condenações que atenuam

o crime de tráfico de drogas pelo crime de consumo pessoal de entorpecentes, o qual possui uma pena inferior.

4 Sistema penal máximo em detrimento da dignidade mínima dos presidiários

Atualmente, o Brasil possui a terceira maior população carcerária do mundo, com 919 mil presos, ficando atrás apenas dos Estados Unidos e China, conforme o “Institute for Crime & Justice Research” (ICPR). Não obstante, conforme os dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), durante a pandemia do Covid-19, nos anos de 2020 a 2022, a população carcerária aumentou drasticamente em 61 mil pessoas. A partir disso, indaga-se como a soma de estereótipos sociais aplicados na determinação de um perfil - substancial- que representaria pejorativamente a maioria da população prisional, poderia contribuir erroneamente para o alto índice de encarceramento sem estar acompanhado de condições dignas de higiene, educação e saúde.

Nota-se, portanto, uma crise caótica e crônica, a qual demanda urgentemente de ações que fomentem opções penais sem ter como base a violência, além de uma reanálise da Lei de Drogas em razão da onda de efeitos negativos advindos desta. Outro ponto a ser destacado é que, além desta legislação, juntamente com os agentes policiais e a sociedade, inclinam-se para uma política repressiva, sendo assim, uma vez imersos nos presídios, esse ciclo de violência se perpetua também durante todo o cumprimento da pena, acarretando um resultado não diferente a tudo a que este indivíduo foi estimulado, isto é, gera-se um indivíduo com ainda mais remorso. Neste viés, o filósofo Michel Foucault, no livro “Vigiar e Punir: a história da violência nas prisões”, publicado no Brasil pela Vozes em 1987 disserta:

As prisões não diminuem a taxa de criminalidade: pode-se aumentá-las, multiplicá-las ou transformá-las, a quantidade de crimes e de criminosos permanece estável, ou, ainda pior, aumenta (...) a prisão, conseqüentemente, em vez de devolver à liberdade indivíduos corrigidos, espalha na população delinquentes perigosos”. (FOUCAULT, 1987)

Ou seja, uma vez estimulado incessantemente, durante um longo período ao qual cumpre-se a pena, não há como encaminhar-se para uma mudança de comportamento dos presos, mas sim, o inverso, tendo como produto da agressão perante os negros, pobres e marginalizados, haverá futuramente, um negro, pobre e marginalizado, porém agora com a desarmonia de estar livre e respondendo da mesma maneira ao qual foi estimulado, com violência e remorso.

Considerações finais

Em conclusão, faz-se imprescindível uma regeneração dos estabelecimentos penais, por meio de uma reanálise legal pelo Legislativo, viabilizado na promoção de uma adequação legislativa, em ação conjunta com os agentes responsáveis pela segurança pública, aos quais não perpetuem a repressão, mas sim visem por uma correção e mudança de conduta dos anteriormente criminosos. Além disso, buscando-se medidas menos custosas, menos prejudiciais e mais eficazes para enfrentar os delitos do combate às drogas.

Nota-se uma relevância na pesquisa de tal tema pela latência em que se visualiza o contexto carcerário brasileiro, diante da superlotação dos presídios, a perda da ressocialização como função imprescindível da pena, os frequentes abusos vistos contra a população que compõe os presídios e a falta de critérios objetivos para a distinção dos indivíduos. Tudo isso, em face de um local o qual teria a função primordial de reeducação, tutela e custódia.

A atuação dos agentes policiais é considerada no meio legal um dos mais importantes instrumentos de controle da criminalização, por ser um filtro de fiscalização do crime e um mecanismo que garante a ordem social (artigos 240 e 244 do Código de Processo Penal). Em contrapartida, esta ação abre grandes margens também para a interpretação do agente sob um determinado suspeito. Por este motivo, é visto que as abordagens policiais apresentam um ponto de vista estigmatizado, no qual pessoas negras e de baixa renda ficam à mercê de constantes abordagens violentas e humilhantes por possuírem um perfil que, segundo a justiça e a sociedade, se enquadram em um criminoso.

Percebe-se então que o sistema penal opera de modo violentamente desigual, selecionando grupos que historicamente sempre ficaram à margem das ações do setor judiciário. Neste viés, jovens, pretos e moradores de aglomerados estão exponencialmente no alvo do sistema punitivo, mediante o perfil estereotipado de configuração de criminoso, dentro da sociedade.

Referências

ALVES, Dina. **Não é preciso de leis para assegurar o racismo institucional quando uma juíza deixa claro que um réu, por ser branco, não tem ‘estereótipo de bandido’.** Ponte[online], São Paulo, 17 mar. 2019. Geral. Disponível em: <https://ponte.org/artigo-perversidade-e-racismo-na-justica-penal/>. Acesso em: 10 ago. 2022.

AMARAL, João Anilton Santos. **Seletividade do sistema penal**. 2013. 54 f. Monografia (Graduação) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2013.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BERTULIO, Dora Lucia de Lima. **Google Acadêmico**. 1989. 263 f. Dissertação (Pós-Graduação) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1989.

BRASIL. Código de Processo Penal (1941). **Lei n.3689**, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 11 ago. 2022.

BONFIM, Ricardo. **Juíza de Vara Criminal diz que réu não parece bandido por ser branco**. Publicado em ConJur, 1 mar. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mar-01/juiza-campinas-reu-nao-parece-bandido-branco>. Acesso em: 10 ago. 2022.

CONECTAS DIREITOS HUMANOS (ed.). **Brasil se mantém como 3º país com maior população carcerária do mundo**: Dados do infopen publicados nesta sexta (14) computam 773 mil pessoas presas; 8,6% a mais que em 2018. Conectas, 18/02/2020. Disponível em: <https://www.conectas.org/noticias/brasil-se-mantem-como-3o-pais-com-a-maior-populacao-carceraria-do-mundo/>. Acesso em: 9 ago. 2022.

FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. 12. ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2006. 639p.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. **Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro**. 145f. Dissertação (Mestre em Direito) - Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Brasília, 2006.

FÓRUM (Brasileiro de Segurança Pública). **Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. [S. l.], 2019. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/anuario-brasileiro-seguranca-publica/>. Acesso em: 9 ago. 2022.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: história da violência nas prisões**. 36.ed. Petrópolis: Vozes, 1987.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. (Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática. 3ª. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

INFOPEN (Brasil) (org.). **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. [S. l.], 2019. Disponível em: <https://dados.mj.gov.br/dataset/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias>. Acesso em: 9 ago. 2022.

IDDD (INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA), DATA LABE. **Porque eu?:**

Como o racismo faz com que as pessoas negras sejam o perfil alvo das abordagens policiais (2022). Disponível em: <https://iddd.org.br/wp-content/uploads/2022/07/relatorio-por-que-eu-2-compactado.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2022.

KALB, Christiane Heloisa; VOBETO, Milena Dronov. Journal of contemporary criminologies. **Google acadêmico**, v.1, n.2, p.36-59, março/maio. 2021. Disponível em: <http://www.rcc.periodikos.com.br/article/60aebcb5a9539554266f1422/pdf/rcc-1-2-36.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2022.

LOMBROSO, César. **O homem delinquente**. Tradução de Maristela Bleggi Tomasini/ Oscar Antonio Corbo Garcia. 2. ed. Porto Alegre: Lenz Representantes Associados Ltda, 2010. 36p.

LUIZ MENDES, Gil. **Guerra às drogas, guerra aos negros**. Ponte, 11 jun. 2021. Disponível em: <https://ponte.org/guerra-as-drogas-guerra-aos-negros/>. Acesso em: 11 ago. 2022.

MINISTÉRIO DA . Justiça e Segurança Pública (org.). **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, o Infopen, traz dados consolidados**. [S. l.], 2017. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil>. Acesso em: 5 ago. 2022.

MOURA, Augusto Neves. **O excesso nas abordagens da política ostensiva: a seletividade pela arbitrariedade como mecanismo de manutenção da violência social**. 2021. 83f. Monografia(Graduação)- Escola de Direito e Relações Internacionais, Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Goiânia, 2021.

ROMANO, Pedro Machado de Melo. **A criminologia e o extermínio da população negra**. Revista Liberdades. n. 23, 2016. ISSN: 2175-5280. Disponível em: http://revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rcon_id=293. Acesso em: 11 ago. 2022.

SANTANA, Maria Vitória Borba Paulistano de. **A seletividade penal e a distinção entre traficante e usuário de drogas**. Monografia (Graduação, Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Agravo de Instrumento 0009887-06.2013.8.26.0114. Decisão Monocrática**. Relator: Lissandra Reis Ceccon. Campinas, 04 de julho de 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/juiza-reu-nao-parece-bandido-branco.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2022.

SILVA, Luisa Cypriano Moreira. **Sistema carcerário brasileiro: uma análise do perfil dos presos a partir das teorias da seletividade penal e do etiquetamento social**. 2019. 54 f. Monografia (Graduação) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, 2019.

SOUZA, Marina de Mello E. **África e Brasil africano**. 2. ed. São Paulo: Ática, 2005.

SOUZA, Kelly Ribeiro Felix; PINHEIRO, Laíze Gabriela Benevides. **A seletividade do sistema penal como instrumento de controle social: uma análise a partir do caso Rafael Braga Vieira**. Google Acadêmico.

WITKER, Jorge. **Como elaborar uma tesis en derecho: pautas metodológicas y técnicas para el estudiante o investigador del derecho**. Madrid: Civitas, 1985

YAHOO NOTÍCIAS (Brasil) (ed.). **Número de presos no Brasil bate recorde após pandemia e aumento da fome**. Yahoo Notícias Online, 6 jun. 2022. Disponível em: <https://br.noticias.yahoo.com/numero-de-presos-no-brasil-bate-recorde-apos-pandemia-aumento-da-fome-130532039.html>. Acesso em: 10 ago. 2022.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, J. Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. 9. ed rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2011.

4 A EFETIVAÇÃO DO IDEAL DE RESSOCIALIZAÇÃO POR MEIO DO TRABALHO NOS PRESÍDIOS

Ana Claudia Rufino Duque¹⁸

Rosália Coelho Caputo¹⁹

Introdução

Intitulada como um dos preceitos fundamentais da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana é o referencial de várias políticas públicas acerca da efetivação do referido direito. A abrangência desse termo, vislumbrado no artigo 1º, III, da Constituição de 1988, é tamanha que gera discussões em vários temas. Assim, considerado o tema do presente artigo, perpassar-se-á pela dignificação pessoal conferida pelo trabalho.

O ideário popular de que “o trabalho dignifica o homem”, frase atribuída ao filósofo Max Weber (1864 - 1920), é responsável pelo caráter impulsionador do labor, evidente no ordenamento jurídico brasileiro. Porém, esse modelo não questiona quem é alcançado pelo trabalho e por sua consequente dignificação ou quais oportunidades são oferecidas. Pretende-se, pois, indagar o alcance da garantia ao trabalho.

No âmbito dos presídios, a despeito do que é determinado no Código Penal brasileiro e na Lei de Execução Penal, não se percebe interesse na dignificação dos presos pelo trabalho. Com isso, discutir-se-á a contraposição entre a importância dada ao labor no âmbito legal e a efetivação desse direito no contexto prisional, como dito por João José Leal, em seu artigo “O Princípio Constitucional do Valor Social Trabalho e a Obrigatoriedade do Trabalho Prisional”:

Ao dever de trabalhar por parte do condenado, corresponde o dever estatal de proporcionar ao preso a oportunidade de exercer, com dignidade, um tipo de trabalho compatível com sua aptidão física e intelectual e que seja viável em face dos limites da realidade penitenciária. (LEAL, 2004, p. 65)

Mediante o questionamento da efetivação do direito dos presos supracitado, assim como o entendimento de que o trabalho é um instituto protegido constitucionalmente, espera-se que o presente estudo promova reflexões acerca das funções estatais e da influência de suas medidas ressocializadoras na concretização do garantismo penal. Para tal, parte-se da análise

¹⁸ Acadêmica de Direito

¹⁹ Acadêmica de Direito

comparativa entre o modelo prisional-laboral dos Estados Unidos e o do Brasil, pela qual se infere, respectivamente, o escopo punitivo-capitalista e o ressocializador-dignificante.

1 Proteção e acesso ao trabalho dentro dos presídios em face do princípio do valor social do trabalho e das determinações da lei de execução penal

1.1 Trabalho como valor social e a sua obrigatoriedade no sistema prisional

A Constituição brasileira de 1988 estabelece, como fundamento da República Federativa, o valor social do trabalho, sob o intento ético de assegurar, ao cenário de um Estado Democrático de Direito, a dignidade e o bem-estar social. Assim, é apresentado como o princípio conformador da ordem jurídica, determinando o respeito mútuo entre semelhantes. Tal ideia foi extraída do Direito Romano, pelo qual os pilares da sociedade eram honestidade, beneficência e justiça.

Não obstante, é possível observar que ao longo do texto constitucional, é reiterado a valorização do trabalho humano como instituição da ordem econômica. Do mesmo modo, em que é reforçado a ordem social tendo como base o primado do trabalho, visto que ele representa a intenção do legislador constituinte em expressar que a construção da democracia e cidadania brasileiras é fundamentada na redução das desigualdades regionais e sociais, através da oferta de trabalho.

Ao conferir proteção valor social do trabalho e consequentemente aos direitos oriundos das relações trabalhistas, a exemplo direitos da personalidade, sociais e econômicos, bem como os relacionados à previdência, educação, remuneração, entre outros, não são admitidos quaisquer tipos de ações ou omissões que ao ferirem tal proteção impliquem na redução moral ou jurídica dos direitos do trabalhador, no contexto fático brasileiro.

Reafirma-se, pois, que o trabalho humano não é um mero recurso econômico destinado à subsistência do sujeito, mas é, principalmente, um fator de promoção da sua dignidade e, como consequência, torna-se fundamental à promoção cidadã e à expansão do bem-estar (ARAÚJO, 2017).

A respeito a temática, cita-se a Resolução nº 34/46, de 1979, da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), que enuncia: “[...] a fim de garantir cabalmente os direitos humanos e a plena dignidade pessoal, é necessário garantir o direito ao trabalho”. Ou seja, o “não acesso ao trabalho” é também o “não acesso aos direitos humanos como um todo”, o que impede o acesso isonômico a tais direitos.

Partindo-se dessas premissas, e conforme dispõe o artigo 31 da Lei de Execução Penal, o condenado à pena privativa de liberdade está obrigado ao trabalho, na medida de suas aptidões e capacidade, passa-se ao exame das normas de Direito Penal e Execução Penal que disciplinam a obrigatoriedade do trabalho prisional. O condenado, conforme a codificação penal e de execução penal, deve seguir os regimes penitenciários, posto que tais atividades laborais são um componente indissociável da execução material da pena privativa de liberdade.

No tocante ao assunto, o próprio Código Penal (Decreto-lei n. 2.848 de 1940), determina que, dentro do regime fechado, a atividade laboral pode ser intramuros (realizada dentro do estabelecimento prisional) ou extramuros. Como também traz informações sobre o regime semiaberto, em que não são necessárias avaliações da proporção de condenados em relação à totalidade dos funcionários. Por último, no regime aberto, o trabalho não é elemento da execução penal, mas sim, condição à não-regressão de pena.

Quanto à Lei n. 7.210 de 1984, além de objetivar a efetivação das disposições da sentença criminal, o dispositivo legal intenta “proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado” (art. 1º). Segundo determinações positivadas na própria lei, no que concerne ao trabalho penitenciário, a LEP estabelece que esse terá “finalidade educativa e produtiva”.

É, pois, conhecimento crucial do legislador o fato de que o acesso ao trabalho configura não só um dever social, mas também, uma condicionante da dignidade humana, como meio de reduzir os efeitos crimínógenos da prisão. As normas (arts. 34 §1º, 35, §1º e 36 §1º do CP e art. 31 da LEP) que fundamentam a obrigatoriedade do trabalho do preso, na medida de suas aptidões e capacidade, são aceitas pela maior parte da doutrina, sem qualquer restrição.

Em contraprestação ao direito do preso de remuneração e remição, ao Estado incumbe o dever de oferecer trabalhos ao condenado em cumprimento de pena privativa de liberdade, ou àquele a quem se impôs medida de segurança detentiva. Destarte, a realização da atividade laboral, que atua como fator de recuperação, disciplina e aprendizado para a futura vida em liberdade, segundo exposição de motivos da referida lei de 1984, não configura trabalho forçado, que é inconstitucional. Ademais, disciplina-se que, em caso de o preso se recusar à atividade que lhe foi designada, este comete falta grave (art. 50, VI), o que poderá desencadear em regressão de regime, perda de dias remidos, impedimento de saída temporária, dentre outros (art. 48, parágrafo único).

Para Araújo, na obra “Valor social do trabalho na Constituição Federal de 1988” onde discorre sobre tal valor servir como instrumento de promoção de cidadania e de resistência à precarização, trata-se do preço jurídico a pagar por sua injustificada recusa a cumprir uma das regras mais relevantes da disciplina prisional e por sua opção de, voluntariamente, cumprir a sua pena de forma diferente daquela estabelecida pela LEP.

Depreende-se, assim, a importância da valorização do trabalho humano como instrumento de dignificação, bem como a responsabilidade do Estado em proporcioná-lo no ambiente penitenciário. Desse modo, conclui-se que o trabalho é considerado elemento do sistema prisional, por ser um dever social. Contudo, a expectativa legislativa é frustrada diante da ineficácia estatal brasileira em ofertar ofícios e atividades laborais em quantidade suficiente.

1.2 A efetivação do acesso ao trabalho

Diante do caráter de ficção jurídica do Estado, destinado a atender aos anseios da sociedade, mostra-se, como um ato de precaução e cidadania, a preocupação com o sistema penitenciário do Brasil. Os indivíduos mormente reclusos, ao contrário do imaginário comum, serão postos em liberdade ao final do cumprimento de suas penas, restando aos brasileiros, a necessidade de oportunizar escolhas pelos presos durante o tempo em que estiverem nas prisões.

A introdução de propostas reintegradoras durante a execução penal adveio da intenção legislativa de ressocializar os futuros egressos. O trabalho no ambiente prisional deve ser fomentado pelo poder público através de leis que incentivam a adesão de companhias e instituições. Configura-se, pois, como um dos maiores instrumentos de transformação social pelo senso de utilidade que confere ao indivíduo, o qual, ao ser transportado a um ambiente produtivo, exercita uma das atividades que será realizada após a reintegração à sociedade.

Nesta perspectiva, onde o Poder Público é o impulso gerador para a implementação de ambientes laborais, evidencia-se a segurança aos direitos dos cidadãos, visto que, em um Estado Democrático de Direito, o poder, inerentemente derivado do ordenamento jurídico, principalmente da Constituição, deve ser aplicado como mecanismo capaz de minimizar a punição e promover, ao máximo, o acesso aos direitos fundamentais, configurando-se, assim, o Garantismo Penal, onde o poder obrigatoriamente deriva do ordenamento jurídico, atuando como um mecanismo para minimizar o poder punitivo e garantir, ao máximo, a liberdade dos cidadãos. Entretanto, ainda que gere ocupação,

recuperação da autoestima e capacitação, a atividade laboral ainda é uma realidade apenas para a minoria dos presos.

Segundo informações do último Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen), realizado entre julho e dezembro de 2021, apenas 17,2% do total de presos no Brasil estava inserido em algum ofício. Em alguns estados o número de presos trabalhando não chega a 11%, caso do Rio Grande do Norte (2,43%), Rio de Janeiro (2%) e Alagoas (10,84%).

A procuradora do Ministério Público do Paraná (MP-PR), Maria Tereza Uille Gomes, declara que uma das principais razões para o baixo índice de presidiários que trabalham é o fato do modelo prisional brasileiro não possuir um cadastro nacional dos presos que separe os detentos conforme gravidade do crime que praticaram. Assim, para garantir a efetivação deveria ocorrer a classificação dos presos e o ingresso de cooperativas, associações, entidades que ajudam na fiscalização e nos espaços de trabalho para os presos.

Conforme se verifica na base de dados do supracitado levantamento, muitos presídios sequer possuem uma oficina ou ambiente físico para que os detentos possam trabalhar internamente. Dentre os 1.549 estabelecimentos penais existentes no Brasil, nem 70% desses contavam com algum tipo de oficina de trabalho (INFOPEN, 2021).

Enquanto nos presídios estadunidenses, também chamados nos EUA de "prisões com fins lucrativos", são muito criticadas, porque se dedicam muito ao lucro e quase nada a atividades correcionais. A função do trabalho é, inegavelmente, punitiva e econômica, no Brasil, a remição tem natureza ressocializadora que visa evitar o ócio e reduzir a superlotação, em tese, visto que não se atinge este objetivo. Frequentemente usado para suprir lacunas orçamentárias, considerando-se a mão de obra barata, o complexo industrial-prisional estadunidense se distancia da realidade de Minas Gerais, dadas as funções de limpeza urbana, construção civil, artesanato e manutenção da penitenciária desempenhadas pelos presos.

Por fim, diante do cenário que se extrai dos dados e das discussões jurisprudenciais sobre o tema, infere-se que é necessária a garantia de direitos humanos em todos os âmbitos sociais, estando incluídos os presídios e as determinações legais que beneficiam os presos. Contudo, a despeito dos avanços legislativos e acadêmicos sobre o tema, os números não refletem a concepção de dignidade e ressocialização conferida pela oferta de trabalho prisional.

2 Paralelo entre o modelo penitenciário-industrial estadunidense e a prática trabalhista em presídios mineiros

2.1 O trabalho prisional pela ótica capitalista e punitivista dos estados unidos

A inconstitucionalidade da escravidão nos Estados Unidos da América foi declarada pela 13ª Emenda à Constituição de 1787. Ao final da Guerra Civil estadunidense, a qual apresentou a escravização de negros como principal controvérsia, tornou-se necessário abolir tal regime. Contudo, certa ressalva foi realizada quando da inclusão da abolição da escravatura ao texto constitucional em 1865:

Não haverá nos Estados Unidos ou em qualquer lugar sujeito a sua jurisdição nem escravidão, nem trabalhos forçados, salvo como punição de um crime pelo qual o réu tenha sido devidamente condenado. No original: “Neither slavery nor involuntary servitude, except as a punishment for crime whereof the party shall have been duly convicted, shall exist within the United States, or any place subject to their jurisdiction.” (EUA, Emenda XIII, Seção 1).

A exceção refletia a necessidade de mão de obra barata, especialmente em estados sulistas do país, ou seja, abriu-se a possibilidade de realocar os ex-escravos a meio legalizados de exploração do trabalho. O abandono estatal às pessoas que não mais tinham lugar para residir nem do que se alimentar não refletiu a almejada liberdade e dignidade. Com isso, o fenômeno do encarceramento em massa de negros e latinos aumentou exponencialmente no século seguinte.

Quando da produção do documentário “A 13ª Emenda”, disponível na plataforma de streaming *Netflix*, a população dos Estados Unidos representava 5% da população mundial, enquanto a quantidade de pessoas encarceradas no país representava 25% do total mundial. No entanto, o fenômeno não é novidade no cenário norte-americano, visto que movimentos do século XX, como “Lei e Ordem” e “Guerra contra o crime”, igualmente aplicaram políticas de recrudescimento penal, conforme retratado pelo supracitado longa-metragem.

A situação que chama a atenção de economistas, juristas e sociólogos é a declarada “Guerra contra as drogas”, a qual perpassou o governo de Richard Nixon e se implementou na chamada “Era Reagan”. A partir de 1982, transvestido de criminalidade e questão de saúde pública, o racismo foi utilizado para justificar prisões e condenações exorbitantes por infrações irrisórias (*NETFLIX*, 2016). No próprio documentário a que se fez menção, destaca-se a diferença no tratamento entre a cocaína, mais cara e de difícil acesso, e o crack, recente e barato.

A superlotação dos presídios era visível e inquestionável, mas pouco contestada, o que engajava as discussões políticas e atendia aos interesses do povo. A partir do século XXI,

segundo reportagem do jornal *El País*, as prisões privadas ocupam ainda mais espaço no cenário penitenciário estadunidense, de forma a gerar lucros inimagináveis ao longo dos anos. (EL PAÍS, 2014).

Há dois tipos de interferência econômica nas penitenciárias do país, além das relacionadas à segurança. Com a privatização das prisões, as funções de construir e administrá-las são de iniciativa privada mediante licitações milionárias. Ademais, as corporações que ali operam lucram com o encarceramento, seja através de processos, seja por acordos, à medida que o trabalho prisional nos EUA é, além da restrição da liberdade, uma forma de punição sem caráter de reabilitação.

Não obstante o caráter econômico do encarceramento, trata-se de um modelo que inspira a confiança da população na segurança, alimenta a indústria de diversos segmentos e reduz os gastos estatais, tornando-se cada vez mais vantajoso promover o encarceramento em massa. Na prática, esquemas mantenedores do complexo industrial-prisional foram relevados como o grupo lobista *American Legislative Exchange Council* (ALEC), cujos membros são corporações e políticos, segundo o documentário “13ª Emenda”.

A *Corrections Corporation of America* (CCA), primeira empresa privada responsável pela administração de prisões nos EUA, durante 20 anos, participou da assinatura de diversos projetos de leis que aumentaram as punições e os critérios punitivos que, posteriormente, chegaram ao Congresso para aprovação. Conforme relatório divulgado pela instituição *In The Public Interest* (ITPI), em 2016, “as duas maiores empresas prisionais privadas dos EUA, a CCA e o *GEO Group*, gastaram pelo menos US\$ 5,9 milhões em lobby e contribuições para campanhas políticas”.

Da leitura da exceção constitucional, a compreensão do histórico encarceramento e racismo, velado por políticas criminalizadoras, e a instauração do *prison labor*, revela-se que a escravidão estadunidense não foi abolida, mas sim transferida e legalizada em presídios. Os interesses sobrepostos do Estado e do meio industrial revelam a convergência para manutenção de altos índices de prisões, militarização de todas as instâncias policiais e exploração de mão de obra barata, em nada refletindo a função ressocializadora da pena, nos moldes do Direito Penal brasileiro. Neste contexto, importante será tratar do caráter do trabalho como fator ressocializador do preso.

2.2 As condições do sistema prisional limitativas à execução do ideal de ressocialização da pena mediante o trabalho

A diferença etimológica entre os vocábulos “remição” e “remissão”, relevante ao entendimento da questão tratada no presente artigo, reside na contraprestação (ou em sua dispensa) para obter a reaquisição de algo. Conforme explicação de José Maria da Costa, autem sua obra “Manual de Redação Jurídica” (2017), o tema discutido, isto é, a onerosidade exigida em troca da redução do tempo de cumprimento de pena, representa o primeiro conceito, enquanto o segundo tem o sentido de perdão, sendo institutos jurídicos diferentes.

O trabalho é uma forma de reaquisição da liberdade do cidadão preso antecipadamente. O preso é beneficiado com descontos em dias na pena privativa de liberdade imposta. Depreende-se a contraprestação exigida pelo Estado, qual seja, a força de trabalho, ilustrada pelo caráter de dever que o preso possui em trabalhar frente ao valor social do trabalho.

Nos termos do art. 29 da Lei de Execução Penal, o trabalho realizado pelo preso será remunerado conforme tabela e não poderá ser inferior a $\frac{3}{4}$ do salário-mínimo. Pelos §§ 1º e 2º do mesmo dispositivo legal, a contraprestação aos presos inclui a indenização dos danos causados pelo crime, a assistência à sua família, os pequenos gastos pessoais e o que deve ser repassado ao Estado para manutenção do preso, além de uma parte para usufruto em liberdade.

Questiona-se, pois, a constitucionalidade de tal remuneração, a qual diverge das determinações da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), suprimindo-se, assim, outros direitos, como férias ou fundo de garantia. A despeito de tais discussões, a inexistência de vínculo empregatício entre o detento e o Estado ou a entidade empresarial se assemelha à condição dos EUA, em que pese o art. 126, §1º, inciso II da LEP estabelece a redução de um dia da pena a cada três trabalhados em regime fechado e semiaberto (BRASIL, 1984).

Diante desse cenário, o Ministério da Justiça e Segurança Pública atribui a empresas parceiras do sistema, desde 2017, o chamado “Selo Resgata”, por meio do qual tais instituições adquirem responsabilidade social pelos presos e egressos contratados, segundo reportagem de 2021 do jornal “Brasil de Fato”. De forma semelhante, em 2018, os credenciamentos ao programa em Minas Gerais representaram 53% de toda a adesão do país. Contudo, não apenas no estado, os níveis de oferta são irrisórios em comparação à população carcerária brasileira.

Em 2020, frente à pandemia do Coronavírus, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais recomendou a concessão de prisão domiciliar para presos que estivessem no regime aberto e semiaberto, o que reduziu o montante produtivo, de acordo com o “Plano estadual pelo trabalho e renda no âmbito do sistema prisional”, de julho de 2021, publicado pela

Secretaria de Estado de Justiça e Segurança Pública e Departamento Penitenciário de Minas Gerais. Antes mesmo desta redução, observa-se que a quantidade de presos regularmente em exercício de trabalhos prisionais é ínfima quando comparada ao número de detentos.

Segundo artigo da *Tufts University Prison Divestment*, enquanto a industrialização das penitenciárias nos Estados Unidos emprega duas em cada três pessoas encarceradas, mediante atividades laborais semelhantes às exercidas pelos cidadãos livres, a realidade mineira, que reflete o melhor cenário brasileiro, não concretiza o ideal de ressocialização proposto pela LEP (2019). Contudo, assim como ao sistema brasileiro, é possível que se faça crítica ao modelo estrangeiro, o qual se baseia no controle total e despojo de proteções mínimas contra exploração e abuso trabalhista.

O cenário real de oportunidades em Minas Gerais, ainda que represente o maior percentual do país, não reflete uma tentativa de “reversão pessoal do delinquente”, conforme exposição de motivos da LEP (BRASIL, 1984). Diante das baixas estatísticas, conclui-se, como explicitado por João José Leal (2004), faz-se necessária iniciativa estatal para oferecimento de trabalhos e atividades, visto que a administração dos estabelecimentos prisionais tem caráter público e deve ser gerido da melhor forma pelo Estado.

Considerações finais

Em virtude dos fatos mencionados, é importante destacar que mesmo contendo o aspecto reintegrativo na Lei de Execução Penal e no Código Penal, e estes, estando em sintonia com as medidas necessárias para a promoção dos direitos da pessoa humana, na realidade do sistema penitenciário esses aspectos não são ainda plenamente aplicados. O Estado é quem tem o dever de criar as condições materiais necessárias para oferecer ao preso a oportunidade de um exercício de trabalho adequado, uma vez que com certeza, o trabalho do preso é de grande valia, pois do contrário não se chegará nunca a uma ressocialização, contudo essa situação ocupa um papel secundário nos investimentos públicos.

Noutro giro, temos o complexo penitenciário industrial norte-americano, onde não há nenhum cuidado com a ressocialização dos presos ou com a justiça. O sistema penitenciário daquele país é marcado pelas grandes multinacionais norte-americanas que usufruem de algumas das taxas de mão de obra mais baixas, a mão de obra dos detentos. Complementa-se ainda, consoante do que se depreende do documentário norte-americano ao retratar a realidade brasileira, um sistema penal seletivo, injusto e carrasco.

O contexto histórico citado, principalmente quando relacionado com os dados atuais do sistema, traz indicativos importantes de que é necessário lançar um olhar crítico à forma como empregamos a prisão e o sistema laboral. Ademais, fica evidenciado que dentro do Estado Democrático de Direito, atual sistema normativo brasileiro, o garantismo se faz presente não só na Constituição de 1988, mas também em outros atos normativos, estabelecendo uma série de direitos e garantias fundamentais.

Desse modo, devem ser inseridos mecanismos que garantam acesso e proporcionem a proteção social do trabalho, conferindo aos penitenciários dignidade na relação de trabalho, com o objetivo de promover uma conformação mais sólida das normas penais brasileiras, como para além da esfera do direito do trabalho. É preciso não só uma análise sobre a norma penal e sua aplicabilidade, mas do sistema jurídico como um todo.

Referências

13ª EMENDA. Documentário. Direção: Ava DuVernay. Produção: DuVernay e Spencer Averick. Netflix, 2016.

ARAÚJO, Jailton Macena de. Valor social do trabalho na Constituição Federal de 1988: Instrumento de promoção de cidadania e de resistência à precarização. **Revista de Direito Brasileira**. São Paulo, v. 16, n. 7, p. 115-134, jan./abr. 2017. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/210568023.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados **Exposição de Motivos da Lei n. 7.210, de 11 de junho de 1984**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7210-11-julho-1984-356938-exposicaodemotivos-149285-pl.html>. Acesso em: 06 ago. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 25 jul. 2022.

BRASIL. Departamento Penitenciário Nacional. **Infopen - Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**: jul-dez 2021 / Nacional. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/11/calculando-custos-prisionais-panorama-nacional-e-avancos-necessarios.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2022.

BRASIL. **Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 25 jul. 2022.

COSTA Larissa. **Como funciona o trabalho dos presos em Minas Gerais**. Brasil de Fato (MG). 26 fev/2021. Disponível em: <https://www.brasildefatomg.com.br/2021/02/26/com-funciona-o-trabalho-dos-presos-em-minas-gerais#:~:text=Em%20mar%C3%A7o%20do%20ano%20passado,contamina%C3%A7%C3%A3o%20nas%20unidades%20pelo%20coronav%C3%ADrus>. Acesso em: 29 jul. 2022.

COSTA, José Maria da. **Manual de Redação Jurídica**. 1. ed. Editora Migalhas, 2017.

FAUS, Joan. O negócio sujo das prisões privadas nos EUA. Joan Faus. **El País**. Washington, 23 jan. 2014. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2014/01/23/internacional/1390438939_340631.html. Acesso em: 02 ago. 2022.

HOW PRIVATE PRISON COMPANIES expand their control of America's criminal justice system. BUYING influence. **In The Public Interest**. Out/2016. Disponível em: https://inthepublicinterest.org/wp-content/uploads/ITPI_BuyingInfluence_Oct2016.pdf. Acesso em: 29 jul. 2022.

LEAL, João José. O Princípio Constitucional do Valor Social Trabalho e a Obrigatoriedade do Trabalho Prisional. **Novos Estudos Jurídicos**. Itajaí, v. 9, n. 1, p. 57-76, jan./abr. 2004. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/357/300>. Acesso em: 18 jul. 2022.

MINAS GERAIS. Secretaria de Estado de Justiça e Segurança Pública e Departamento Penitenciário de Minas Gerais. **Plano estadual pelo trabalho e renda no âmbito do sistema prisional**. Belo Horizonte, jul/2021. Disponível em: http://www.depen.seguranca.mg.gov.br/images/2022/Abril/MODELO_PLANO_ESTADUAL___15_07_2021___17_41_1.doc.pdf. Acesso em: 02 ago. 2022.

ONU. Assembleia Geral das Nações Unidas. **Resolução nº 34/46**. Abordagens alternativas e meios dentro do sistema das Nações Unidas para melhorar o gozo efetivo dos direitos humanos e liberdades fundamentais. Nova York, 23 novembro/1979. Disponível em: <https://digitallibrary.un.org/record/8991>. Acesso em: 19 jul de 2022.

SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença penal condenatória**. Teoria e prática. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

SILVA, Roberto da. **Por uma política nacional de educação para os regimes de privação de liberdade no Brasil**. O espaço da prisão e suas práticas educativas: enfoques e perspectivas contemporâneas. São Carlos: EdUFSCar, 2011.

WHAT IS THE PRISON Industrial Complex? **Tufts University Prison Divestment**. 2019. Disponível em: <https://sites.tufts.edu/prisondivestment/the-pic-and-mass-incarceration/>. Acesso em: 29 set. 2022.

5 A MEDIDA DE SEGURANÇA E O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO À PENA DE CARÁTER PERPÉTUO: ANÁLISE SOB A ÓTICA DO GARANTISMO PENAL

*Amanda Luiza Nunes Soares²⁰
Júlia Natividade Teixeira²¹*

Introdução

A priori, importante elucidar que a medida de segurança é uma sanção penal, com caráter sancionatório, aplicada ao sujeito que não tem plena ou parcial discernimento, isto é, são respectivamente inimputáveis, em decorrência da prática de um injusto penal que visa retirá-lo do convívio social e submetê-lo a tratamento com o intuito de cessar a sua periculosidade.

Diferentemente das penas retributivas, a medida de segurança é uma sanção penal, com caráter sancionatório preventivo, aplicada ao sujeito que não tem plena ou parcial capacidade de culpabilidade, isto é, os inimputáveis, em decorrência da prática de um injusto penal, possuindo, assim, a finalidade de retirá-lo do convívio social e submetê-lo a tratamento com o intuito de cessar a sua periculosidade (NUCCI, 2010).

Esse instituto tem previsão no Código Penal Brasileiro em seu artigo 96, disciplinando suas espécies em hospital custódia e tratamento psiquiátrico (inciso I), e tratamento ambulatorial (inciso II).

Hodiernamente, o que se observa é uma divergência acerca do entendimento natureza desse instituto que repercute na esfera de seu prazo máximo de duração entre as decisões dos tribunais pátrios e a insegurança jurídica que se instaura a partir desse cenário, sobretudo, quando da análise da periculosidade do agente.

Conquanto, a controvérsia da presente pesquisa reside no fato da estipulação de prazo máximo desse instituto que, de acordo com artigo 97, §§1º e 2º do Código Penal (BRASIL, 1940) será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação da periculosidade, cujo prazo mínimo para internação ou tratamento ambulatorial deverá ser de um a três anos, e sua prefacial violação ao princípio da

20Graduanda em Direito pela Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC), Belo Horizonte-MG, Brasil.

21Graduanda do Direito Integral na Escola Superior Dom Helder Câmara, Belo Horizonte-MG, Brasil.

vedação da pena de caráter perpétuo consagrado no artigo 5º, inciso XLVII, “alínea b” da Constituição Federal de 1988.

Assim sendo, a ausência de prazo máximo determinado para o cumprimento da medida de segurança propiciou um longo debate acerca do tema, o que levou a edição, em 2015, da súmula nº 527 do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que preconizou que o tempo de duração da medida de segurança está limitado ao máximo da pena cominada em abstrato.

Apesar da edição da presente súmula, divergente é natureza jurídica do presente instituto, visto que o Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do RHC 100.383/AP, tendo como relator o Ministro Luiz Fux, externou entendimento diverso, afirmando que a medida de segurança tem natureza punitiva, razão pela qual a ela se aplica o instituto da prescrição, tendo como o prazo máximo de duração o previsto no art. 75 do Código Penal, ou seja, quarenta anos.

É substancial uma reflexão e análise do instituto da medida de segurança e as problemáticas que a permeiam, a fim de que sejam investigados os pontos mais críticos desse instituto e se estão em dissonância ou consonância com o pregado na Constituição Federal de 1988.

Nesse aspecto, emerge o seguinte questionamento: Quais são os caminhos que devem ser adotados para a aplicação da medida de segurança à luz do corolário garantista constitucional e não como mecanismo de perpetuidade da sanção penal?

A pesquisa em questão se justifica ante a importância do estudo da medida de segurança e sua aplicação no sistema penal brasileiro. Escolheu-se o tema, para tal, em função da controvérsia acerca da natureza jurídica da medida de segurança, a regulação de seu prazo máximo e a aplicabilidade desse instituto e suas premissas na atualidade, sobretudo, a partir da edição da súmula nº 527 do Superior Tribunal de Justiça.

O artigo em questão objetiva aprofundar o conhecimento científico acerca do instituto da medida de segurança, buscando analisar a quem ela se aplica e como seu aparato fático é utilizado no ordenamento jurídico pátrio consoante o arcabouço jurídico constitucional. Destarte, utilizou-se doutrinas, artigos científicos e entendimentos jurisprudenciais para compreensão e aprofundar na problemática, em uma abordagem descritiva e explicativa e qualitativa.

A coleta dos dados supracitados foi realizada através de pesquisa bibliográfica e documental, com o intuito de relacionar o máximo de informações para melhor interpretação do tema. Por fim, o método utilizado para a presente pesquisa foi o método hipotético-

dedutivo, uma vez que serão estabelecidas hipóteses e possíveis soluções para elas, no que se refere à aplicabilidade do instituto da medida de segurança.

A partir dessa premissa, no capítulo a seguir será esmiuçado o instituto da medida de segurança e sua aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro, à luz dos princípios garantistas.

1 A medida de segurança e sua aplicabilidade

A priori, antes de abordar o instituto da medida de segurança *per si*, insta fazer uma breve análise literária acerca da imputabilidade, inimputabilidade e semi-imputabilidade.

Entende-se por imputabilidade penal, segundo Zaffaroni (2006), uma imputação psíquica e física, através da qual pretende designar a capacidade psíquica de culpabilidade visando reprovar ou não uma conduta. No entanto, é necessário que tenha agido com um certo grau de capacidade, para que seja permitido dispor de um âmbito de autodeterminação.

Nesse mesmo sentido, acrescenta o autor supracitado:

A capacidade psíquica requerida para se imputar a um sujeito a reprovação do injusto é a necessária para que lhe tenha sido possível entender a natureza de injusto de sua ação, e que lhe tenha podido permitir adequar sua conduta de acordo com esta compreensão da antijuridicidade. (ZAFFARONI, 2006).

Contudo, há hipóteses permitidas em nosso ordenamento jurídico pátrio que excluem essa imputabilidade, isto é, consagram a inimputabilidade. Para Capez (2016) são quatro causas que excluem a imputabilidade, são elas, a doença mental, desenvolvimento mental incompleto, desenvolvimento mental retardado e embriaguez proveniente de caso fortuito.

Ressalta-se que, a inimputabilidade em razão da incapacidade da culpabilidade, está definida no art. 26 do Código Penal, caput, *in verbis*:

Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento (BRASIL, 1940).

De posse dessas premissas, importante é diferenciar a inimputabilidade da semi-imputabilidade ou imputabilidade reduzida que possui os mesmos requisitos, excetuando-se o requisito cronológico (presente ao tempo da ação ou omissão), à inteligência de Capez (2016).

Os agentes semi-imputáveis possuem a capacidade de entendimento e de determinação, parcialmente diminuída em razão de doença mental ou dos distúrbios de personalidade que por vezes estão presentes em psicopatas, sádicos, narcisistas, histéricos,

impulsivos, entre outros. Por sua vez, esses indivíduos possuem a possibilidade de discernir os seus atos, porém devido às perturbações torna-se dificultoso o controle dos impulsos.

Nesse cenário preleciona Capez (2016):

É a perda de parte da capacidade de entendimento e autodeterminação, em razão de doença mental ou de desenvolvimento incompleto ou retardado. Alcança os indivíduos em que as perturbações psíquicas tornam menor o poder de autodeterminação e mais fraca a resistência interior em relação à prática do crime. Na verdade, o agente é imputável e responsável por ter alguma noção do que faz, mas sua responsabilidade é reduzida em virtude de ter agido com culpabilidade diminuída em consequência das suas condições pessoais (CAPEZ, 2016).

O Código Penal trouxe essa previsão no parágrafo único do artigo 26, senão vejamos:

Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. **Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.** (BRASIL, 1940. Grifos nossos).

Portanto, o portador de doença mental incurável é considerado inimputável de sorte que o portador de desvio de personalidade ou perturbação mental é considerado como semi-imputável, sendo aplicada sanções distintas para ações praticadas por esses indivíduos.

Desse modo, necessário destrinchar a inimputabilidade por doença mental que conforme para Nucci (2010) trata-se de um quadro de alterações psíquicas qualitativas, como a esquizofrenia, as doenças afetivas (antes chamadas de psicose maníaco-depressiva ou acessos alternados de excitação e depressão psíquica) e outras psicoses.

Tem-se que a medida de segurança é uma espécie de sanção aplicada aos inimputáveis, ou seja, aqueles que são acometidos por doença mental (desenvolvimento mental incompleto ou retardado) e igualmente no momento da ação ou omissão seja inteiramente incapaz de entender e querer o caráter do seu ato.

A aludida sanção está prevista no artigo 96 do Código Penal (1940), que assim determina:

Art. 96 – As medidas de segurança são:

I – internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado;

II – sujeição a tratamento ambulatorial.

Parágrafo único – extinta a punibilidade, não se impõe medida de segurança nem subsiste a eu tenha sido imposta (BRASIL, 1940).

Luigi Ferrajolli (2002) preleciona que das espécies de pena a medida de segurança se distingue pelo seu pressuposto, que não se restringe ao cometimento de um crime, mas sim à qualificação do agente como “socialmente perigoso” e pela probabilidade deste voltar a delinquir.

O autor acima citado consagrou a teoria do garantismo penal, o modelo normativo presente no Estado de direito que, sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo e sob o plano político, se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade, aponta a serventia da medida de segurança como dupla aplicação, sobretudo no que concerne a indeterminação de sua duração, tópico que será discutido no próximo capítulo:

As medidas de segurança, ainda que aplicadas pelo juiz penal, e na maior parte das vezes, quando da prolação de uma sentença, são em substância medidas de defesa social por demais similares às medidas de prevenção distintas da pena, repisando ao lado daquela o paradigma constitutivo da relevância associada à natureza do sujeito desviante, assim como aos comportamentos por ele cometidos. **De fato, constituem uma duplicação das penas, às quais se acrescem por ocasião da condenação e às quais se substituem por ocasião do reconhecimento da ausência de imputabilidade. Em particular as medidas de segurança de detenção infligidas com a sentença de condenação e exauridas depois da expiação da pena não diferem desta no conteúdo senão pela maior aflição devida à indeterminação da sua duração** (FERRAJOLLI, 2002. Grifos nossos).

Nesse viés, Alessandro Baratta (2021), leciona que a derrubada dos muros do cárcere teria para a nova criminologia o mesmo significado programático que a derrubada dos muros do manicômio tem para a nova psiquiatria.

Pondera o aludido autor que:

Exames clínicos realizados com os clássicos testes de personalidade mostraram os efeitos negativos do encarceramento sobre a psique dos condenados e a correlação destes efeitos com a duração daquele. A conclusão a que chegam estudos deste gênero é que “a possibilidade de transformar um delinquente antissocial violento em um indivíduo adaptável, mediante uma longa pena carcerária, não parece existir” e que “o instituto da pena não pode realizar a sua finalidade como instituto de educação”. (BARATTA, 2021).

Visualiza-se que a medida de segurança é aplicada àqueles que são portadores de doenças mentais incuráveis (inimputáveis), diferentemente daqueles que possuem algum transtorno/desvio de personalidade (semi-imputáveis), como por exemplo o *serial killer*, ao qual é aplicada a pena privativa de liberdade prevista no art.26, parágrafo único do Código Penal.

A American Psychiatric Association ao desenvolver o Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (DSM-5) define transtorno de personalidade como um “[...] padrão persistente de experiência interna e comportamento que se desvia

acentuadamente das expectativas da cultura do indivíduo, [...] é estável ao longo do tempo e leva a sofrimento ou prejuízo.”.

Nesse viés, Stone (2006) realizou um estudo com *serial killers* em que eles apresentaram traços de personalidade esquizoide definido como DSM-IV. Conclui-se que, ao submeter um *serial killer* a tratamento, identifica-se que ele é um inimigo irremediável para a sociedade, necessitando de ser segregado permanentemente da comunidade pela via da aplicação da pena privativa de liberdade.

Destarte, verificado a quem se aplica a medida de segurança e sua função, necessária é uma detida análise de sua aplicação na atualidade, diante da discussão acerca de seu prazo e da apuração de sua consonância ao corolário constitucional.

2 O garantismo penal e a vedação ao caráter perpétuo da pena

Nos termos do art. 97, §§ 1º e 2º do Código Penal Brasileiro (1940), a medida de segurança deve perdurar até o momento da confirmação da cessação da periculosidade do agente atestada por perícia médica. A partir desta informação, faz-se necessária uma análise acerca da periculosidade como condição à liberação do sujeito internado, evitando-se o retorno às premissas da criminologia positivista de Cesare Lombroso. Ou seja, livrando-se estigmas sociais que estabeleçam pré-condições criminosas ao grupo populacional em pesquisa.

Nas palavras de Lombroso, em sua obra “O Homem Delinquente”²² (2010, pg. 195), “a abundância dos dementes morais nos cárceres são enfim uma prova indireta da identidade da criminalidade com a demência moral, unida à presença de todos os seus sistemas no decurso de muitas doenças mentais. Tal concepção se associa à ideia de um ser patológico, diferente e enfermo, que é predestinado ao delito e, conseqüentemente, à necessidade de tratamento”.

Atesta-se a gravidade deste juízo, ao fato de não se vincular a medida de segurança à gravidade do delito, mas, sim, à periculosidade do agente. Por isso, é primordial que sejam observados os princípios garantistas, como da adequação, da razoabilidade e da proporcionalidade, a fim de se concretizar o tratamento mais apropriado ao inimputável, se

²² Conceito dado pelo psiquiatra e criminologista Cesare Lombroso em sua obra “O homem delinquente” que definiu o agente perigoso como: o criminoso seria como uma variedade da espécie humana definida pela presença constante de certas características anatômicas e fisiopsicológicas, uma série de estigmas que, na superfície do seu corpo, expressavam as disposições de sua alma, como indicadores de uma ferocidade original e não propriamente de uma anomalia orgânica.

afastando dos valores sociais e pessoais dos profissionais de saúde, conforme entendimento do STJ no informativo nº662 (BRASIL, 2020).

Doravante, mesmo que atestada a perpetuidade da periculosidade do indivíduo, salienta-se que no Brasil, sob a égide do garantismo penal, veda-se a pena de caráter perpétuo. Tratando-se a pena de uma espécie de sanção penal, bem como a medida de segurança, igualmente não perdurará de forma indeterminada.

Nesse sentido, com a publicação da Lei nº 10.216 de 2001, o prazo máximo da medida de segurança será de 30 anos. Do mesmo modo entende o Supremo Tribunal Federal que estabelece o mesmo limite temporal em interpretação analógica em relação ao imputável, sem distinção conforme o crime praticado. Ressalta-se que após a Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019, o prazo máximo é de 40 anos.

Entretanto, o Superior Tribunal de Justiça, ao editar a súmula nº 527, estabeleceu que não se deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado. Em razão da ausência de uma decisão concreta quanto ao tema, ainda há decisões de tribunais brasileiros que vinculam a perpetuidade apenas ao laudo positivo que indique a cessação da periculosidade.

A conclusão do tribunal superior esposada é baseada nos princípios da isonomia, proporcionalidade (proibição de excesso) e da vedação a pena de caráter perpétuo. Nesse sentido, assevera Cavalcante (2019, p. 22):

Não se pode tratar de forma mais gravosa o infrator inimputável quando comparado ao imputável. Ora, se o imputável somente poderia ficar cumprindo a pena até o máximo previsto na lei para aquele tipo penal, é justo que essa mesma regra seja aplicada àquele que recebeu medida de segurança.

Para Ferrajoli (2002) o mais grave é a falta de determinação em via definitiva pelo provimento de aplicação, tampouco a duração das medidas de segurança. Pela ausência de quaisquer garantias de certeza acerca do momento de sua cessação, o sistema jurídico se apresenta em seu aspecto mais vexatório das medidas de segurança pessoais, sentenciando o indivíduo acometido por enfermidade a uma pena aparentada perpétua. E continua o supracitado autor:

A indeterminação da duração se resolve muitas vezes em uma espécie de segregação perpétua para os internos nos hospitais psiquiátricos: prisões-hospitais ou hospitais-prisões, onde se consuma uma dupla violência institucional - cárcere mais manicômio - onde jazem, esquecidos do mundo, aqueles sentenciados por enfermidade mental. (FERRAJOLLI, 2002).

Por conseguinte, verifica-se a urgência de pacificação jurisprudencial acerca do tema e a adequação ao melhor cenário para o indivíduo inimputável, que é a principal

preocupação do instituto da medida de segurança. Ressalta-se que, desde 2009, o Judiciário está obrigado, por seu órgão central de planejamento e coordenação, nos termos da Resolução Conjunta nº 1 (CNJ), a registrar e revisar tais penas com periodicidade mínima anual.

Destarte, na decisão sedimentada pelo Superior Tribunal de Justiça, em 2012, pela 6ª Turma, no julgamento do HC 130.162, que teve como relatora a ilustre ministra Maria Thereza de Assis Moura, sugeriu-se a busca pela interdição do indivíduo sob medida de segurança quando findo o prazo para tal, extrai-se a ementa do presente julgado:

HABEAS CORPUS. 1. SENTENÇA CONDENATÓRIA. EXECUÇÃO. SUPERVENIÊNCIA DE DOENÇA MENTAL. CONVERSÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM MEDIDA DE SEGURANÇA. INTERNAÇÃO. MANUTENÇÃO. TEMPO DE CUMPRIMENTO DA PENA EXTRAPOLADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. 2. ORDEM CONCEDIDA. 1. Em se tratando de medida de segurança aplicada em substituição à pena corporal, prevista no art. 183 da Lei de Execução Penal, sua duração está adstrita ao tempo que resta para o cumprimento da pena privativa de liberdade estabelecida na sentença condenatória, sob pena de ofensa à coisa julgada. Precedentes desta Corte. 2. Ordem concedida. (HC 130.162/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 02/08/2012, DJe 15/08/2012)

Da análise do presente julgado, é necessário tecer algumas considerações. Inicialmente reputa-se acertado o entendimento da ilustre Relatora assentado sob a égide dos princípios constitucionais da legalidade, da isonomia, da proporcionalidade entre a conduta delitiva e a sanção aplicada, bem como em consonância aos direitos humanos e todo o corolário constitucional garantista.

Ademais, a Ministra relatora considerou o caráter de *ultima ratio* do Direito Penal e pontuou que finalizado o tempo mínimo da medida de segurança, até mesmo em casos em que esse instituto substitui a pena corporal tratando-se de doença mental superveniente, a intervenção estatal deve cessar sob pena de configurar constrangimento ilegal, independentemente da periculosidade do agente. Contudo, no caso de persistência dessa periculosidade, avaliada mediante perícia médica, caberia ao Ministério Público, com o intuito de proteger sociedade *in dubio pro societate*, procedera interdição civil (STJ, 2012).

Nesse mesmo sentido, entendeu a terceira turma no julgamento do HC 135.271:

HABEAS CORPUS. PROCESSO CIVIL DE INTERDIÇÃO. INTERNAÇÃO JUDICIAL. ENFERMIDADE MENTAL. TRANSTORNO DE PERSONALIDADE ANTISOCIAL (TPAS). LAUDO PERICIAL. INTERNAÇÃO RECOMENDADA. 1.- É admitida, com fundamento na Lei 10.216/01, em processo de interdição, da competência do Juízo Cível, a determinação judicial da internação psiquiátrica compulsória do enfermo mental perigoso à convivência social, assim reconhecido

por laudo técnico pericial, que conclui pela necessidade da internação. Legalidade da internação psiquiátrica compulsória. Observância da Lei Federal n. 10.216/01 e do Decreto Estadual n. 53.427/0.8, relativo à aludida internação em Unidade Experimental de Saúde.

2.- A anterior submissão a medida sócio-educativa restritiva da liberdade, devido ao cometimento de infração, correspondente a tipo penal, não obsta a determinação da internação psiquiátrica compulsória após o cumprimento da medida sócio-educativa. Homicídios cometidos com perversidade de agressão e afogamento em poça d'água contra duas crianças, uma menina de 8 anos e seu irmão, de 5 anos, para acobertar ataque sexual contra elas.

3.- Laudos que apontam o paciente como portador de transtorno de personalidade antissocial - TPAS (dissocial - CID. F60.2): "Denota agressividade latente e manifesta, pouca capacidade para tolerar contrariedade e/ou frustrações, colocando suas necessidades e desejos imediatos pessoais acima das normas, regras e da coletividade, descaso aos valores éticos, morais, sociais ou valorização da vida humana, incapacidade de sentir e demonstrar culpa ou arrependimento. Características compatíveis com transtorno de personalidade sociopática aliada à limitação intelectual, podendo apresentar, a qualquer momento, reações anormais com consequências gravíssimas na mesma magnitude dos atos infracionais praticados, sendo indicado tratamento psiquiátrico e psicológico em medida de contenção".

4.- O presente julgamento, no âmbito da 3ª Turma, harmoniza a jurisprudência de ambas as Turmas da 2ª Seção desta Corte, na mesma orientação do HC 169.172-SP, Rel. Min. LUIS FELIPE SALOMÃO, em caso de grande repercussão nacional, no sentido de que "a internação em qualquer de suas modalidades, só será iniciada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficiente". Tal dispositivo contém ressalva em sua parte final, dispensando a aplicação dos recursos extra-hospitalares se houver demonstração efetiva da insuficiência de tais medidas.(...) A internação compulsória em sede de ação de interdição, como é o caso dos autos, não tem caráter penal, não devendo ser comparada à medida de segurança ou à medida socioeducativa a que esteve submetido no passado o paciente em face do cometimento de ato infracional análogo a homicídio e estupro. Não se ambiciona nos presentes autos aplicar sanção ao ora paciente, seja na espécie de pena, seja na forma de medida de segurança".

5.- Legalidade da internação psiquiátrica compulsória. Determinação de reavaliação periódica. 6.- Denegada a ordem de Habeas Corpus, com observação.

(STJ. HC 135.271/SP. 3ª Turma. Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/12/2013, DJe 04/02/2014)

Conforme a decisão supracitada, verifica-se que o Tribunal, diante de um indivíduo acometido de transtorno de personalidade antissocial, a interdição civil, acompanhada das medidas adequadas de acordo com a peculiaridade do caso, é a alternativa ideal para tratar da situação. A partir da constatação do caráter subsidiário do Direito Penal no Estado Democrático Brasileiro.

Considerações finais

É notório que portadores de doenças mentais, ao praticar delito, devem ser submetidos ao instituto da medida de segurança, visto que são considerados inimputáveis. Em razão da perturbação mental e/ou psíquica acometer a capacidade de discernimento do indivíduo sobre a natureza criminoso de seus eventuais atos e a autodeterminação.

Destarte, é de suma importância que os valores constitucionais e garantistas, os quais implicam a minimização do poder punitivo e garantia máxima da liberdade dos cidadãos, sejam observados na aplicação da sanção em questão.

Aliado a essa máxima, ressalta-se que, atualmente, há um conflito em relação ao prazo máximo de duração da medida de segurança aplicada. Tendo como principal entrave a perícia médica, que é o fator que possibilita conhecer a cessação da periculosidade do agente, ao passo que o Judiciário se vincula a este parecer para estabelecer o prazo da medida de segurança, mesmo que o adequado seja a observação do bem do inimputável previamente ao bem da sociedade.

As divergências jurisprudências quanto ao tema levam a uma insegurança jurídica. Fica evidente a necessidade de uma conciliação quanto aos entendimentos dos tribunais superiores, de modo que seja observada a melhor medida para proteger o indivíduo acometido por doença mental, assim como a sociedade.

Em outros termos, este trabalho se alinha ao entendimento exposto, ao elucidar que não se deve ambicionar a pena ou a medida de segurança e, sim, buscar a alternativa mais conveniente que permita que a sanção penal cumpra sua função.

Em conclusão, alvitra-se que, para garantir o respeito ao princípio da vedação à perpetuidade da pena, o poder Judiciário se alinhe ao Ministério Público para, quando extrapolado o prazo de cumprimento previsto, cessando a intervenção do Estado na esfera penal, se a periculosidade do paciente ainda for atestada, que se busque o processo de interdição civil para determinação da internação psiquiátrica compulsória do enfermo mental, desde que estritamente necessária à proteção do sancionado ou da sociedade.

Salienta-se o fato que a medida de segurança, enquanto sanção penal, se encontra no aparato punitivo do Estado que deve ser *ultima ratio* frente a outras possibilidades de tratamento do tema. Portanto, aplicar a medida de segurança por tempo indeterminado ou mesmo liberar do tratamento aquele que é submetido em razão do prazo máximo de internação ser atingido não parecem resolver o problema posto.

Referências

AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION. **Manual diagnóstico e estatístico de transtornos mentais**. Tradução Maria Inês Corrêa Nascimento. Porto Alegre: Artmed, 2014. E-book (948 p.). ISBN 9788582710890. Acesso em: 29 jul. 2022.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. 2.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2021.

BRASIL. Constituição Federal (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 08 jun. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de setembro de 1940**. Código de Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 10 set. 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 10 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 7.210/84, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 21 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus 130.162/SP**. 6ª Turma. Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura, Brasília, 02 de dezembro de 2012, DJe 15/08/2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Informativo nº 662**. Diário de Justiça, Brasília, 31 jan. 2020. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitutional/index.php/Informjuris20/article/view/3821/4050>. Acesso em: 11 ago. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (3. Turma). **Habeas Corpus 135.271/SP**. 3ª Turma. Relator: Min Sidnei Beneti. Brasília, 17 de dezembro de 2013, DJe 04/02/2014. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24870498/habeas-corpus-hc-135271-sp-2009-0082035-2-stj/inteiro-teor-24870499>. Acesso em: 11 ago. 2022.

CAPEZ, Fernando. **Direito Penal simplificado**: Parte geral. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução Conjunta n. 1, de 29 de setembro de 2009**. Diário da Justiça [do] Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-Conjunta-001.2009-CNMP-CNJ.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2022

FERRAJOLI, LUIGI. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: RT, 2008.

LOMBROSO, Cesare. **O Homem Delinquente**. São Paulo: Editora Ícone, 2010.

STONE, MH. **Personality disordered patients: treatable and untreatable**. Washington, DC: American Psychiatric Press; 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistemapenal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012. p. 281.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 8 ed. rev., atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, v. 1.

6 TRIBUNAL DO CRIME: AS FORMAS DE JUSTIÇA NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

Ana Clara Macedo Santos²³

Sophia Coura Fantini²⁴

Introdução

Quanto ao surgimento do crime organizado, há divergência na doutrina brasileira. Defende-se que surgiu há décadas ou, até mesmo, há séculos. Neste aspecto, apresentam-se alguns entendimentos:

Para Silva (2003), o Cangaço- ocorrido entre os séculos XIX e XX- representa o marco inicial de associações criminosas brasileiras. O movimento caracteriza-se pela luta contra o coronelismo, miséria social e disputa de terras no Nordeste. Para isso, os cangaceiros eram contratados por coronéis rivais (jagunços), contratados pela polícia- para caçar outros grupos de cangaceiros- ou agiam em bando saqueando cidades.

Segundo o autor mencionado, o cangaço retrata o crime organizado devido a formação de um grupo de pessoas com hierarquia e divisão de tarefas para realizar condutas proibidas, assim como firmado pela Lei nº 12.850/13, a qual estabelece associações criminosas como junção de quatro ou mais pessoas, estruturalmente ordenadas, com o objetivo de obter vantagens de qualquer natureza.

No entendimento de Cervini (1997), organizações criminosas surgiram na República Federativa do Brasil, no Estado do Rio de Janeiro, com a ascensão de comandos carcerários.

São eles: Comando Vermelho, Terceiro Comando e Primeiro Comando da Capital. Igualmente, o citado autor destaca o planejamento, divisão de funções e a escala hierárquica destes grupos.

As organizações supracitadas desenvolveram um mecanismo próprio de punição, denominado Tribunal do Crime. Este contribui para manutenção do Estado paralelo, caracterizado por uma situação política onde grupos deixam de seguir a democracia e a autoridade legalmente estabelecidas.

A situação adscrita é acarretada pela omissão do Estado e consequente autonomia político-social de determinadas organizações, onde a autotutela ganha forças e é aplicada com

²³ Acadêmica em Direito.

²⁴ Acadêmica em Direito.

uso excessivo de violência física, como defendido por Boaventura (1987) no termo “ajuridicidade” – cenário onde não há um poder mediador para interceder nos conflitos e ocorre suspensão jurídica.

Ressalta-se, portanto, a necessidade de discorrer sobre o contexto histórico e o modo de atuação das organizações criminosas no cenário atual. Nestes termos, o presente artigo destacará o PCC e discorrerá sobre o tema por meio de pesquisa teórica e análise de conteúdos, como legislações, artigos científicos, livros e reportagens.

O problema objeto da presentes investigação científica é: de que maneira a “justiça” aplicada pelas organizações criminosas impactam na atuação do Estado?

A partir das reflexões preliminares é possível inferir que as organizações criminosas exercem notória influência na sociedade e são vistas como meio para solucionar conflitos (Tribunal do Crime) desencadeando assim legitimidade e dificultando intervenções estatais.

O objetivo geral do trabalho consiste na análise do histórico das organizações criminosas e seu modo de atuação e os objetivos específicos são: analisar a jurisprudência do Brasil sobre o Tribunal do Crime, verificar o entendimento de doutrinadores sobre o assunto, investigar como surgiram as organizações criminosas, constatar o impacto do Tribunal do Crime na sociedade, avaliar a Lei nº 12.850/13.

1 A origem da organização criminosa Primeiro Comando da Capital (PCC)

O Primeiro Comando da Capital, conhecido como PCC, surgiu em 1993 na Casa de Custódia de Taubaté, no estado de São Paulo. A união dos membros iniciais surgiu com o intuito de proteção mútua entre eles, devido às agressões e mortes sofridas nos presídios, e ganhou reforço após o Massacre do Carandiru – ocorrido no ano anterior – no qual policiais militares entraram no estabelecimento penal para tentar conter uma rebelião dos detentos. Entretanto, a ação resultou na morte de 111 pessoas. (FELTRAN, 2010 apud REIS JORGE; SANTO; SOUZA. 2017. p. 108).

No entendimento de Camila Caldeira Nunes Dias (2011), “O segredo da execução da pena-invisível e inacessível ao público e a autonomia da instituição prisional no exercício do poder de punir tornam possível a aplicação de castigos secretos e não codificados pela legislação”. Essas ações não oficiais e secretas abriram espaço para o surgimento do PCC, acarretando um pacto de proteção mútua (BIONDI, 2007 apud REIS JORGE; SANTO; SOUZA, 2017. p. 107).

Após quatro anos de seu surgimento, o PCC cria, registra e divulga um estatuto, estabelecendo suas regras básicas de funcionamento e “princípios e ideais” guias (DIÁRIO OFICIAL DO ESTADO DE SÃO PAULO, nº 107), o lema central da organização, “Paz, Justiça, Liberdade, Igualdade e União”, e seu estatuto original- contendo 16 regras- e, atualmente, possui 18 regras que influenciam diretamente o agir da facção.

O PCC foi ignorado pelo estado de São Paulo e pelas mídias brasileiras por um grande período (MANSO; DIAS, 2017). Todavia, em 2001, mostrou sua força e organização a todo o país, ao orquestrar uma megarrebelião em 29 prisões paulistas, simultaneamente, através de um telefone celular. Esse ato bárbaro serviu para consolidar a facção no país, iniciando uma nova era da criminalidade no Brasil.

A facção surgiu no interior dos estabelecimentos penais e atingiu o exterior, aumentando sua força a cada passo. A intenção de unir a criminalidade em um grupo centrado ganhou estrutura, mantendo sempre o intuito de proteção entre os presos – como bem define seu estatuto – captou cada vez mais membros ou, como a facção denomina, “irmãos”, alcançando nos primeiros anos de formação a 8 mil presos participantes. (POLITIZE, 2019).

O processo de entrada/aceitação de novos membros realiza-se de uma espécie de batismo, com a leitura do Estatuto da organização e o juramento de fidelidade ao PCC. O indivíduo começa sua vida dentro da facção sendo chamado de irmão, em uma ideia de pertencimento.

Pelo procedimento de batismo, busca-se uma aliança, uma proteção baseada na fraternidade e solidariedade, e, simultaneamente, trata-se de uma marcação, um meio de separar quem faz parte do PCC e quem não faz, principalmente dentro dos ambientes carcerários (NUNES, 2011).

O crescimento do PCC no âmbito prisional ocorreu após a reforma do sistema prisional e a política do encarceramento em massa em São Paulo, que foi uma expansão do número de estabelecimentos penais; essa política de expansão contou com dois aspectos primordiais: uma expansão física, marcada pelo número de vagas, de unidades prisionais e de pessoas presas, sendo definida como uma expansão territorial, marcada pela construção de unidades em quase todas as regiões administrativas do Estado, além de promover um amplo processo de descentralização, interiorização e desterritorialização do sistema prisional, que causou um grande processo de transferências de presos entre presídios, (SILVESTRE, 2012; MELO, 2008), culminando no aumento do número de presos dentro das penitenciárias e expondo-as cada vez mais pessoas à facção.

Além disso, segundo os autores Denis Santos, Domenico Reis Jorge e Eduardo de Souza, a política do encarceramento de massa, presente no estado de São Paulo há mais de 30 anos, gera um paradoxo na segurança pública, pois, do mesmo modo que tira criminosos avulsos das ruas, os coloca em contato direto com facções criminosas, contato esse que poderia não acontecer fora de um estabelecimento penal inflado.

Depois de consolidada, a organização extrapola os limites físicos do estabelecimento penal se evidenciando nas periferias, assumindo áreas e instituindo regras, que- juntamente com outros fatores- levaram-na a diminuição dos números da violência nessas áreas entre 2001 e 2010 (BRASIL, 2015 *apud* REIS JORGE; SANTO; SOUZA. 2017, p.107), visto que, nas áreas comandadas pela facção, instituiu um poder paralelo, que, além de estabelecer regras, decide conflitos, resultando no fato de os moradores não mais procurarem a polícia. Seja por confiança, seja por medo.

Todo o “trabalho” realizado pela instituição é baseado no temor, na apreensão causada nos cidadãos, e, por isso, está, atualmente, presente na maioria dos estados brasileiros. E, paralelamente a seu crescimento pelo território, surgem novas práticas ilícitas pela facção, passando de reguladora das áreas periféricas à prática de sequestro e roubos a bancos e carros-fortes (que ainda são praticados, mas em menor número) até chegar à sua principal “fonte de renda”, o tráfico de drogas. (DIAS, 2011). As alterações nas práticas criminosas e sua expansão iniciaram-se após Marco Willians Herbas Camacho, o Marcola, assumir o comando da organização, permanecendo até os dias de hoje, apesar de se encontrar preso. (MANSO; DIAS, 2017)

O Primeiro Comando da Capital atualmente é uma das mais poderosas facções criminosas existentes no Brasil e, evidenciado pela imagem anterior, está presente na maioria dos estados brasileiros.

Conforme demonstrado, Naiara Galarraga Gortázar, na matéria produzida para o El País

Essa sigla, que soa como partido comunista chinês ou cubano, é a de um grupo brasileiro do crime organizado que hoje tem cerca de 35.000 “irmãos” batizados em um ritual secreto, que gerencia negócios de drogas que giram 100 milhões de dólares por ano (485 milhões de reais) —sem contar lucros fabulosos do tráfico para a Europa—, opera em todos os países da América do Sul e colabora com máfias do outro lado do Atlântico. Esta é a história de uma organização tão peculiar como desconhecida fora da região e que fez história no Paraguai em janeiro, quando seus membros promoveram a maior fuga carcerária desse país. (EL PAÍS. 2020)

punição do Tribunal do Crime, mecanismo utilizado igualmente por outras organizações criminosas.

Segundo ensinamentos de Oliveira Filho (2008), define-se Tribunal do Crime como:

(...) tribunais de justiça com duas naturezas principais: uma é a manutenção da disciplina dentro da hierarquia do PCC. Eles condenam pessoas que lesam a facção criminosa e integrantes que não cumprem as ordens dentro da facção criminosa. A outra natureza é a de que esses tribunais se estendem às pessoas estranhas aos quadros da facção e aí é mais grave ainda, porque eles estão julgando, eles se arvoram no poder de julgar pessoas que nem sequer fazem parte daquela quadrilha.

Ressalta-se que o Tribunal do Crime corresponde a um meio de fazer justiça paralela com o fito de punir seus membros pelo descumprimento das regras de conduta impostas. Ademais, punem pessoas que não têm relação com o crime como uma forma de legitimar o poder.

O *modus operandi* do Tribunal do Crime, como realizado pelo PCC, conta com a participação de encarcerados e de pessoas em liberdade. Primeiro ocorre uma “denúncia”, comumente de dívidas, de infiltrados ou traidores e uma posterior permissão para que o tribunal aja. O “réu” é levado para um local já estabelecido, geralmente cemitérios clandestinos, onde se encontram os juízes- alguns são detentos e participam pelo celular- e as testemunhas do ato que possuem papel decisório na sentença. Profere-se ao “réu” o direito de defesa, e, logo após, o caso é discutido e a decisão é firmada. Comumente, a morte do acusado é decretada ou aplicam sanções violentas, como espancamento e mutilações.

Conforme a reportagem veiculada no dia 26 de maio de 2022, uma mata na zona leste de São Paulo era usada para realização do Tribunal do Crime pelo grupo “Bonde dos 14”, pertencente ao PCC. No local, foram encontrados cerca de 5 corpos em estado avançado de decomposição, impossibilitando a identificação das vítimas. Foram encontrados também cordas, arames e pneus queimados, usados em torturas e posterior execução. Jagunço Savoy, um dos chefes da associação na zona leste, foi preso e confessou sua participação nos homicídios.

Outrossim, segundo a reportagem publicada no dia 6 de setembro de 2020, a “sintonia geral” (chefes do PCC) também conta com a participação de mulheres. Nesse mesmo ano, as “justiceiras” (mulheres que comandam o Tribunal do Crime) realizaram a decapitação de Kesia Nascimento da Silva, acusada de traição. A vítima trabalhava para o PCC no Acre e era conhecida como “rainha Ravenna”. Ao mudar de bairro, começou a ter contato com a associação Comando Vermelho (CV), instaurando assim a impiedosa traição.

Diante do exposto, faz-se essencial ressaltar a distinção entre o funcionamento do Estado legítimo e o Tribunal do Crime aplicado pelas organizações criminosas.

3 O Estado e o tribunal do crime (Poder paralelo)

Indispensável é a definição do termo e significado de Estado a fim de diferenciá-lo de Tribunal do Crime. Neste contexto, conforme expõe Paulo Dourado de Gusmão: “O Estado, juridicamente considerado, é a organização jurídica do poder civil e militar destinada a proporcionar, em determinado território, ordem, paz social, segurança e desenvolvimento do povo nele fixado.” (GUSMÃO *apud* MANESCO, 2014).

Compreende-se o Estado como entidade legal e única capaz de criminalizar e, principalmente, julgar condutas dos indivíduos que a ele respondem. No entanto, à medida que se consolida o Primeiro Comando da Capital e se “instituiu” – ilegalmente – o Tribunal do Crime nas periferias brasileiras, o Sistema de Justiça Criminal brasileiro deixou de ser o único instrumento de justiça presente no país, constituindo-se, pouco a pouco, um Estado dentro do Estado, o qual chama-se de Poder Paralelo.

Trata-se o poder paralelo de uma atuação similar a do poder estatal, porém de forma ilegal, e se instituiu nos estabelecimentos penais e sociedades periféricas, às margens sociais (DICIONÁRIO HOUAISS *apud* MANESCO, 2014). Percebe-se que o crime organizado estabeleceu uma “nova ordem” (MADRID, 2004) dentro do nosso Sistema de Justiça Criminal, onde essa nova ordem atua de forma própria resolvendo conflitos, ignorando absolutamente a Constituição Federal, que é a base do Estado, além de outros instrumentos legais como o Código Penal.

Denomina-se sistema criminal brasileiro conforme entendimento de Ribeiro (2008):

O sistema de justiça criminal brasileiro pode ser entendido como conexão entre as Polícias (militar e civil), Ministério Público, Defensoria Pública, Judiciário e Sistema Prisional no intuito de processar as condutas capituladas como crime no Código Penal Brasileiro – CPB, de acordo com os procedimentos legais estabelecidos no Código de Processo Penal – CPP.

Ressalta que há críticas ao Sistema de Justiça Criminal brasileiro, entretanto, as mais frequentes são em relação à baixa capacidade punitiva, em razão da morosidade do processo (RIBEIRO, 2008) e a seletividade penal. No presente artigo será tratada a morosidade processual e os crimes que atentem contra a vida humana.

No Brasil, os crimes dolosos contra a vida são julgados pelo Tribunal do Júri, ao se comparar o Tribunal do Júri com o Tribunal do Crime, observa-se que a única semelhança é o julgamento, contudo o último realiza-se pelo Estado Paralelo, pela cúpula da organização, diferentemente do Tribunal do Júri, o qual – no caso de condenação – a pena aplicada será a privativa de liberdade, enquanto no Tribunal do Crime, na maioria das vezes, o destino final é a morte e o acusado tem direito de defesa- dependendo do caso- ocorrendo o julgamento totalmente na ilegalidade.

Por não respeitar o sistema legal de justiça, o Tribunal do Crime julga mais rápido, mas de maneira imensamente cruel e injusta em comparação à justiça legal. Mas segundo Feltran (2010), o processo do Tribunal do Crime vai gerar três funções, a reafirmação da “autoridade” da facção de punir condutas em seu território, vai evidenciar uma suposta legitimação dos “juízes” do PCC e vai interromper um ciclo de vingança dos cidadãos que não fazem parte da facção, e poderiam por algum motivo desejar “fazer justiça” com as próprias mãos (REIS JORGE; SANTO; SOUZA, 2017, p.113)

A “justiça” aplicada pelo PCC, baseia-se no chamado “proceder” (REIS JORGE; SANTO; SOUZA, 2017, p.107). Princípios da organização presentes no estatuto, sabendo-se que aquele que infringiu regras impostas a seus membros em sua hierarquia criminosa, tem uma punição, que é proferida por seu próprio “dispositivo jurídico” (REIS JORGE; SANTO; SOUZA, 2017, p. 107), aplicando-se a “pena de morte” e penas extremamente severas. Cita-se como exemplo dessas punições o Xeque-mate, que é o esquartejamento seguido de morte (SILVA; LARA, 2019).

Todo esse processo sanguinário – e totalmente afastado da legalidade – que a facção realiza servirá de exemplo para que outros membros procedam de forma semelhante ou para que os cidadãos que vivem em áreas de sua influência permaneçam sob seu comando.

As maiores áreas de influência do PCC e incidência de tribunais do crime são as periferias brasileiras, que concentram grande número de pessoas- em geral, de baixa condição socioeconômica- vivendo em uma área irregular e que se têm baixa atuação do Estado, apresentando inúmeros processos e atendimentos a serem realizados. A organização criminosa utiliza dessa sobrecarga no Estado para o uso de sua justiça, como apresentado pela jornalista Naiara Galarraga Gortázar em matéria para o El País.

Conforme a jornalista, Judite (nome fictício) lembra um fato que, após um ataque homofóbico, seu irmão acabara morto. O PCC aparece na sua casa e oferece ao seu pai justiça pelo filho morto prometendo matar os assassinos de Arthur (irmão de Judite). O pai dela, na época policial, recusou a “ajuda”. (EL PAÍS, 2020)

O caso supracitado exemplifica a atuação do Primeiro Comando Capital, todavia existem outros realizados pelos criminosos, praticados não só para vingar mortes, como, igualmente, por motivos banais.

Dessa forma, a “justiça” que é feita pelo PCC, que tem inspiração de formação na hierarquia militar (SILVA; LARA, 2019), no sentido de montar uma ordem de poder- que vem de cima para baixo- seria uma nova forma de justiça na sociedade contemporânea. Um novo poder paralelo que corre totalmente na ilegalidade.

Considerações finais

Como demonstrado no artigo, o Primeiro Comando da Capital- organização criminosa existente desde meados da década de 1990, se fortificou ao longo dos anos e expandiu sua área de atuação. Para isso, seu poder e *modus operandi* (Tribunal do Crime) foi legitimado por determinados grupos e sua “justiça” consolidada, acarretando tamanha problemática.

Atualmente, se torna cada vez mais difícil a interferência do Estado nas mesmas, desencadeando a seguinte questão: Seria possível acabar com as organizações criminosas?

Para responder a questão proposta, é válido apresentar duas vertentes: A primeira defende que, para solucionar o conflito, é necessário maior endurecimento das ações policiais e legislativas – assim como apresentado pelo Ministério Público de São Paulo em 2021 no plano de enfrentamento ao crime organizado, que propõe ação conjunta das instituições estaduais e federais – e providências como: isolamento de líderes de facções criminosas no sistema prisional e bloqueio de bens (DUARTE, 2010, p. 22).

Enquanto a segunda intervém que a melhor estratégia no combate à criminalidade é a prevenção, assim como proposto pelo educador Paulo Freire. Segundo o citado autor, a aprendizagem é o meio para transformar a realidade e conscientizar os indivíduos a respeito de sua responsabilidade na sociedade (DUARTE, 2010, p. 30).

Em suma, a resolução da questão referente às mencionadas organizações é um fator de longo prazo, não sendo possível extingui-las tão rápido quanto o que seria considerado ideal. Essa dificuldade é dada em virtude da consolidação do Primeiro Comando Capital como um poder paralelo semelhante ao de uma autoridade pública, principalmente no que diz respeito ao domínio do território periférico.

Sendo assim, a pesquisa desenvolvida pôde constatar que, ainda mediante todas as ações governamentais, a “justiça” proporcionada pelo Tribunal do Crime instaurou fortes

raízes nas bolhas sociais nas quais faz-se presente, tendo se tornado um método reconhecido e temido por essas populações. Por isso fica o questionamento: Como o Estado deve agir agora para evitar o crescimento cada vez constante dos Tribunais do Crime que, atualmente, é definido pelo PCC como seu próprio meio de justiça?

Referências

ANUÁRIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA (FRUM). Edição Especial, 2018-Estados e Facções.

BRASIL. Código de Processo Penal (1941). **Lei n. 9.034, de 3 de maio de 1995**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm#:~:text=%C2%A7%201%C2%BA%20Considera%2Dse%20organiza%C3%A7%C3%A3o,penais%20cuja%20penas%20m%C3%A1ximas%20sejam. Acesso em: 24 ago. 2022.

BRASIL. **Diário Oficial de São Paulo nº107**. Disponível em: https://www.imprensaoficial.com.br/DO/BuscaDO2001Documento_11_4.aspx?link=/1997/legislativo/maio/20/pag_0005_9C6DMSGM1SAKCe66LSJGHRCHSHF.pdf&pagina=5&data=20/05/1997&caderno=Legislativo&paginaordenacao=10005>. Acesso em: 17 de agosto de 2022. São Paulo, 1997.

DIAS, Camila Nunes; MANSO, Bruno Paes. **PCC, sistema prisional e gestão do novo mundo do crime no Brasil**. São Paulo, 2017.

DIAS, CAMILA CALDEIRA NUNES; **Estado e PCC em meio às tramas do poder arbitrário nas prisões**. Tempo Social, revista de sociologia da USP. São Paulo, volume 23, nº2, 2011.

DUARTE, HAROLDO PEREIRA. **Educação formal e prevenção da criminalidade: uma análise do caso brasileiro**. Belo Horizonte: Centro de Estudos de Criminalidade e Segurança Pública/CRISP da Universidade Federal de Minas Gerais, 2010.

ESTATUTO PRIMEIRO COMANDO DA CAPITAL. Data de Publicação: 1995. Disponível em: https://faccapcc1533primeirocomandodacapital.org/regimentos/estatuto_do_primeiro_comando_da_capital_faccapcc_1533/>. Acesso em: 17 de agosto de 2022.

OLIVEIRA, Roberto Gurgel de (org.). **O Tratamento Jurídico Penal Das Organizações Criminosas no Brasil**. Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica, 2013. E-book. (2020/Setembro/06). Exclusivo: Domingo Espetacular divulga áudios de Tribunal do Crime comandado por mulheres. Acesso em: 15 de ago. 2022.

GORTÁZAR, Naiara Galarraga. PCC, A irmandade dos criminosos. **El País**. São Paulo, 12 de jun. 2020. Disponível em: <<https://brasil.elpais.com/especiais/2020/pcc-a-irmandade-dos-criminosos-no-brasil/>>. Acesso em: 17 de ago de 2022.

MANESCO, Maria Clara. **Tipos de Estado e Estado “Paralelo”**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/33508/tipos-de-estado-e-estado-paralelo>>. Acesso em: 17 de agosto de 2022.

NOVELLI, Rodrigo Fernando. A Teoria do Garantismo Penal e o Princípio da Legalidade. **Revista Jurídica UNIGRAN**, 2014. Dourados, v. 16, n. 31, p. 119-129, mar./jul. 2014.

BERGAMIN, Beatriz. O PCC e as facções criminosas. **Politize**. Disponível em: <https://www.politize.com.br/pcc-e-faccoes-criminosas/>. Acesso em: 17 de agosto de 2022.

RIBEIRO, Ludmila. **O tempo da justiça criminal brasileira**. Coleção Segurança com Cidadania. Volume III, 2008.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Construindo As Epistemologias Do Sul: Para um Pensamento Alternativo de Alternativas**. Buenos Aires: Clacso, 2018.

SANTOS, Denis Delgado; REIS JORGE, Domenico Rodrigues Simião; SOUZA, Eduardo Rumenig de. **O paradoxo da política de segurança pública: Estado, PCC e a gestão da violência na cidade de São Paulo**. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.11606/issn.2237-2423.v08p105-124>>. Acesso em: 17 de agosto de 2022. São Paulo, 2017.

SILVA, EDUARDO ARAÚJO DA. **Crime Organizado**. 2. ed. São Paulo: São Paulo Atlas, 2009. 175p.

SILVA, WILLIAN HENRIQUE; LARA, CAIO AUGUSTO SOUZA; **Código Penal do PCC: A lei real do narcotráfico brasileira**. Curitiba, 2019.

SILVEIRA, GIANE; MELO, FELIPE ATHAYDE LINS DE. Encarceramento em massa e a tragédia prisional brasileiro. **Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**, Boletim 293. Abril, 2017 Disponível em: https://arquivo.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5947-Encarceramento-em-massa-e-a-tragedia-prisional-brasileira. Acesso em: 28 set 2022. (2020/Julho/27). “Tribunal do Crime” coleciona sentenças e cemitérios clandestinos.

VIERA, Reginaldo de Souza. Pluralismo Jurídico Clássico: A Contribuição de Ehrlich, Santi Romano e Gurvitch. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 47, p. 108-127, jul./dez. 2015.

7 A PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA EM PERSPECTIVA: PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA EM CASOS DE GRANDE REPERCUSSÃO MIDIÁTICA

Anna Luiza de Paula Mendes

Sofya Ferreira Canaverde Linhares

Introdução

A antecipação do cumprimento de pena ou execução provisória da pena é um assunto já tratado pelo Supremo Tribunal Federal, pelo menos, por três vezes nos últimos quinze anos. Em 2009, o plenário da Suprema Corte brasileira reafirmou, por maioria de votos, o entendimento que o cumprimento de pena proferida em sentença condenatória somente se iniciaria após o seu trânsito em julgado, quando então teria se esgotado a possibilidade de interposição de recursos. Esse entendimento prosperou por muito tempo, pois, em 2016, em razão de condenações em primeira instância já existentes em processos relacionados à operação Lava-Jato e provocação de terceiros interessados na mudança da referida decisão, o Plenário novamente julgou a possibilidade da antecipação do cumprimento da pena e, desta vez, por 6 votos a 5, decidiu-se pela constitucionalidade da antecipação, desde que a sentença condenatória fosse confirmada em segunda instância. Como consequência, não só políticos, como todos aqueles que estivessem na mesma situação, iniciariam o imediato cumprimento das respectivas penas, caso fosse ordenado judicialmente.

Igualmente ao anterior, o último entendimento não perdurou e, em novembro de 2019, nova decisão do STF julgou inconstitucional, também por 6 votos a 5, a antecipação do cumprimento da pena. Ressalta-se que, no período entre 2016 e 2019, vários foram os *habeas corpus* julgados e indeferidos pelo STJ (Superior Tribunal de Justiça) e, em seguida, pelo STF, requerendo a concessão da ordem em razão de violação do princípio da presunção de inocência. Salienta-se, também, a intensa cobertura da mídia e, não raras as vezes, defensora de um posicionamento judicial mais austero e punitivista, ainda que contrário às disposições da Constituição brasileira.

Neste contexto, o presente artigo analisará o fato da mídia e o clamor social influenciarem (ou não) o Poder Legislativo e o Judiciário quanto à execução provisória da pena, e quais os reflexos disso na sociedade.

Inicialmente, justifica-se a pesquisa do tema ora proposto, visto tratar-se de assunto que, embora já discutido doutrinariamente, não se sabe ao certo o poderio e a intimidação midiática e, isto posto, faz-se necessário ser estudado para que se tenha noção da realidade da situação e para que se faça uma análise de forma imparcial do cumprimento antecipado da pena.

Será objeto desta pesquisa a influência da mídia no legislativo e nas decisões do judiciário em casos de grande repercussão na sociedade como, por exemplo, o fato de um homem ser conduzido à delegacia após ter ejaculado em uma mulher no interior de um ônibus, em São Paulo, e ser liberado em menos de 24 horas, em razão de se tratar, na época, de uma contravenção penal. Diante da grande repercussão midiática sobre esse fato, dentre outros ocorridos da mesma espécie, e da gravidade da conduta, trata-se, atualmente, do crime de “Importunação sexual” tipificado no artigo 215-A do Código Penal. (BRASIL, 1940).

Outro exemplo recente refere-se ao falecimento do rapper paulista Mc Kevin que, após a queda do quinto andar de um hotel, ocorrido em maio de 2021, houve uma cobertura sensacionalista no sentido de desvendar o relacionamento da vítima com sua esposa, seus familiares e amigos. Inicialmente, o delegado responsável sobre a investigação da suposta queda anunciou que pretendia encerrar o inquérito como suicídio, mas, após a noiva do cantor, a advogada Deolane Bezerra, anunciar em seu velório, aproveitando-se da mídia e, igualmente, em suas redes sociais que acreditava que Kevin Nascimento teria falecido em decorrência de influência dos amigos ali presentes, as investigações continuaram e surgiram novos fatos que apontavam possível dolo eventual, demonstrando a relação clara entre mídia e justiça.

Neste contexto, com a finalidade de uma melhor abordagem do tema proposto, a pesquisa, na classificação de Gustin, Dias e Nicácio (2020) será qualitativa, descritiva e bibliográfica, baseando-se na doutrina disponível, leis, jurisprudência e casos concretos e se utilizará do método indutivo de pesquisa.

Inicialmente se analisará a execução da pena bem como as decisões do STF sobre o tema para, em seguida, se demonstrar como a mídia pode influenciar as decisões jurídicas ou a formação da opinião pública. Continuamente, se verificará a influência da mídia na decisão de se executar provisoriamente a pena e, por fim, se concluirá o estudo a partir das observações resultantes da pesquisa.

Ressalta-se que apesar do STF ter decidido, em novembro de 2019, que a antecipação do cumprimento da pena é inconstitucional, não foi este o entendimento do Poder Legislativo e, em razão de tal dissonância, a pesquisa se justifica, visto a alteração promovida

pelo legislador ao aprovar a Lei Anticrime – Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019, que incluiu a alínea “e”, no inciso I, do artigo 492 do Código de Processo Penal, determinando início imediato do cumprimento da pena, por ordem judicial, no caso de condenação pelo plenário do Júri, a pena igual ou superior a 15 anos de reclusão.

1 A execução provisória da pena

Na execução provisória da pena, inicia-se o cumprimento da pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória que impõe ao réu uma pena privativa de liberdade. Entre 2016 e 2019, conforme decisão do STF, permitiu-se que, caso a sentença condenatória fosse confirmada em segunda instância, poderia se ordenar, desde então, o recolhimento do condenado à prisão para o imediato início do cumprimento da pena caso já não estivesse preso.

Neste contexto, ressalta-se que, para o plenário do Supremo Tribunal Federal, tanto em 2009 quanto em 2019, a pena seria comumente cumprida após se esgotar todas as possibilidades de recurso, atendendo-se ao princípio da presunção de inocência, nos termos do inciso LVII do artigo 5º da Carta Magna.

Contudo, como mencionado anteriormente, o entendimento descrito acima foi revisado em 2016, proeminentemente por razões políticas, diga-se operação Lava-Jato, quando o Supremo Tribunal Federal mudou a sua decisão, por seis votos a cinco, permitindo o cumprimento imediato da pena após confirmação da sentença em segunda instância.

Em 2019, um dos ministros do STF que votou a favor da execução provisória da pena, o Ministro Luiz Fux, assim decidiu:

É uma prevenção que admite prova em contrário e que ocorre no processo. À medida em que o processo vai tramitando, essa presunção de inocência vai sendo mitigada, há uma gradação e é uma coisa simples de verificar! Um homem é investigado, depois ele é denunciado, depois ele é condenado, posteriormente, na orientação, confirma a condenação dele. Os recursos dos tribunais superiores não admitem reexame de fatos e provas, então não há essa possibilidade de reexame de fatos e provas! Pois bem, esse homem vai ingressar no supremo tribunal federal inocente? Com presunção de inocência? [...] Estamos aqui desde 2016 dizendo essa regra salutar, ela evita a impunidade e agora nós vamos mudar, por quê? qual é a razão de se modificar essa jurisprudência uma viragem jurisdicional a essa altura à mercê de considerá-la com a devida *venia* inoportuna e antijurídica, e por que esse caso não se pode falar de segurança jurídica. Qual é a juridicidade e a confiança legítima que pode ter uma pessoa que já foi condenada em duas instâncias? Isso não é segurança jurídica; entendo que essa mudança jurisdicional trará danos incommensuráveis ao país e à sociedade brasileira. (BRASIL, 2019).

Diante do entendimento do supracitado Ministro, pressupõe-se que o cumprimento da pena é necessário após a confirmação da sentença em segunda instância, visto que, nesse momento, esgota-se a análise do mérito, não mais se admitindo reexaminar fatos e provas mediante recursos às instâncias superiores. Impedir, portanto, a execução antecipada da pena é um posicionamento que causa insegurança jurídica, sensação de impunidade e possíveis danos à sociedade que, certamente, entenderia que houve uma injustiça e que, talvez, fosse melhor agir com as próprias mãos.

Neste aspecto, cita-se o fato ocorrido em 2020, no qual um homem de 41 anos foi vítima de homicídio, em razão de lesões corporais causadas por disparos de arma de fogo, após ter sua foto divulgada no programa jornalístico sensacionalista “Cidade Alerta”. O homem, Alécio Ferreira Dias, investigado pela polícia de São Paulo como principal suspeito no desaparecimento de Priscila Martins, foi encontrado sem vida em sua casa, pois moradores decidiram exercer a autotutela. Ainda que fosse uma investigação, a sua pré-condenação social fora estabelecida.

Destarte, conforme o voto do Ministro Luiz Fux, entende-se que, após a confirmação da condenação em duas instâncias, não se discutirá mais o mérito, logo permite-se o início na execução da pena pelo condenado e, dessa forma, diminui-se a sensação de impunidade na população brasileira e evita-se mais reportagens como a realizada pelo jornal O Tempo, em 8 de abril de 2021, intitulada “Brasil, o país da impunidade.”

Entretanto, permitindo-se o cumprimento de pena anteriormente ao trânsito em julgado da sentença que a impôs, viola-se o princípio da presunção de inocência e, igualmente, traz insegurança jurídica, pois está se admitindo transgressões do próprio poder judiciário às normas constitucionais vigentes e aos direitos e garantias que nelas se fundamentam e, por esta razão, não há um consenso geral entre os juristas brasileiros sobre qual interpretação seria a mais apropriada, não só no sentido jurídico como também no contexto social.

Assim, impõe-se compreender o impacto da mídia na opinião pública e dos detentores do poder de decisão, a fim de se analisar se realmente influencia seus comportamentos e decisões.

2 O poder midiático e a sociedade

Outrossim, o surgimento e o fortalecimento das mídias são fatores de peso em uma sociedade. Desde a época pré-internet, os jornais, rádios e revistas já eram grandes

formadores de opinião, pois grande parte dos brasileiros tinha acesso a qualquer uma das mídias existentes. Tais plataformas, por vezes, tendem divulgar as notícias de forma tendenciosa, direcionando o público a uma opinião específica.

O surgimento da internet na década de 1990, bem como de outros meios de transmissão de informações de forma instantânea, agravaram ainda mais esse quadro, tornando o julgamento social de uma pessoa mais veloz e nem sempre munido de corretas e verdadeiras informações. O poder de persuasão já se observava no próprio título ou chamada de uma matéria.

Na esfera jurídica, a mídia pode ser uma formadora de opinião no que tange ao julgamento pelo plenário do Júri, dos crimes dolosos contra a vida, visto não se exigir dos membros do conselho de sentença a graduação em Direito, nem a fundamentação dos respectivos votos. Como exemplo dessa característica, cita-se o caso Nardoni. Nesta tragédia familiar, o pai e a madrasta da vítima, a menina Isabella Nardoni, que na época estava com 5 anos de idade, foram acusados da morte da vítima. Antes mesmo que o casal fosse condenado na justiça por homicídio qualificado, o interesse da mídia e sua cobertura incessante e, por vezes, tendenciosa do fato, viu-se um pré-julgamento social dos acusados que, possivelmente, impactou a opinião dos jurados. Na época, a repercussão do caso foi tão exacerbada que uma multidão se formou na porta do tribunal no dia em que foi proferida a sentença, pedindo a condenação do casal à pena máxima.

Igualmente, pode-se citar outro fato popularizado pela mídia: o caso Matsunaga. No ano de 2012, Elize Matsunaga matou e esquartejou seu marido, cujo corpo foi por ela descartado em uma mala. O fato foi manchete na mídia no país inteiro, que acompanhou todos os aspectos do caso, prisão, julgamento e sentença. Dessa forma, o caso trouxe muito poder para a mídia brasileira, que resolveu trazê-lo de volta em 2021, através de um documentário pela rede de *streaming* da Netflix, que conta a versão dos fatos segundo a ré no processo, trazendo mais pressão ao Judiciário e outros possíveis desdobramentos que serão perceptíveis em breve.

Ainda existem casos em que a influência midiática é tão exagerada que os réus, mesmo após a condenação, ainda são alvos de comentários, críticas e tomadas de decisão por parte de populares. Um exemplo claro é o caso de Suzane von Richthofen, que após ser condenada por ser mandante do homicídio de seus pais, em 2002, ainda nos dias atuais, tem o seu benefício de saída temporária do presídio anunciado nos maiores jornais do Brasil, bem como as críticas à concessão da medida, como se ela não tivesse esse direito garantido em lei.

Considerando o exposto, fica evidente que a mídia consegue impactar a sociedade com suas notícias repetitivas e alarmantes. Uma considerável parcela de tais notícias referem-se a fatos no âmbito jurídico, sentindo-se a mídia no direito de expô-los mediante uma linguagem não neutra, tendenciosa, quase que condenando o indivíduo e apontando o caminho que acredita ser justo e legal, criando e estimulando seguidores a pensar de forma igual.

Fica evidente a facilidade que a mídia tem em manipular a opinião pública, direcionando-a para um entendimento que melhor lhe convém, seja na sua popularidade e audiência, seja no seu poder de convencimento e persuasão. Por isso a necessidade de se analisar esta mesma influência na atividade legiferante referente à execução provisória da pena.

3 O impacto da mídia na antecipação do cumprimento da pena

Conforme citado anteriormente, atualmente as pessoas possuem um maior acesso e com maior velocidade à reportagens tendenciosas que abordam diversos temas, inclusive, a criminalidade. Tais reportagens, especialmente quando sensacionalistas, comprometidas apenas com os índices de audiência e não com uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico, podem influenciar pessoas a nível de se exigir uma alteração urgente, indevidamente analisada e ainda mais punitivista da lei, sem que se observe os princípios fundamentais e as garantias previstas na Constituição brasileira de 1988 e, deste modo, leis desastrosas são certas. Como exemplo, novas emendas constitucionais visando a redução da maioridade penal para 16 anos são sempre propostas quando da ocorrência de uma infração penal grave envolvendo menores de idade, visto o clamor público noticiado nas mais variadas mídias. Em consonância, Luiz Fernando Canuto, em seu artigo “A influência da mídia nas alterações da lei penal brasileira”, afirma:

Como se não bastasse, a mídia além de exercer influência nos julgamentos, vem ainda pressionando o legislador, já que em razão da repercussão gerada por esses crimes, começam a aparecer motivos para alterações cada vez mais velozes no sistema penal, sendo em sua grande maioria precipitadas e desastrosas, já que não é possível a criação de normas sob pressão do sensacionalismo, visto que a Lex Mater outorgou um procedimento para criação legislativa. (CANUTO, 2017)

Destarte, ressalta-se a velocidade das informações e formação de opinião. Sabe-se que na era digital, as respostas e reações de uma sociedade são muito velozes, às vezes instantâneas. Logo, muitas pessoas esperam que tal sistema se mantenha no mundo real, o que

é impossível, pois humanos e máquinas demoram tempos diferentes para processar e realizar uma determinada ação. Nessa perspectiva, o passar do tempo para que uma prisão seja efetuada ou uma sentença condenatória seja proferida, deixa as pessoas e a mídia no limite, irritadas e instáveis. Consequentemente, é válido salientar que a demora de uma resposta do poder judiciário contribui para a insatisfação da população, que decide pedir por mudanças urgentes nas leis.

No que tange à antecipação do cumprimento da pena, a decisão de permiti-la pode parecer uma ato político que atende à opinião pública que, no caso brasileiro, tende a ser punitivista, visto que a Lei Anticrime, aprovada pelo Presidente da República, em 24 de dezembro de 2019, como já mencionado anteriormente, permitiu o recolhimento imediato à prisão do condenado, visando a antecipação do cumprimento da pena, quando aplicada pena igual ou superior a 15 anos de reclusão, nos crimes julgados no Tribunal do Júri. Pode-se afirmar, portanto, que a Lei Anticrime, no aspecto jurídico do tema ora pesquisado, desrespeita o princípio constitucional da presunção de inocência em grau ainda superior, pois permite a antecipação do cumprimento da pena a partir de um veredicto que sequer é fundamentado. Este fato sim, traz insegurança jurídica.

Outrossim, é fato que a mídia influencia a opinião de seu público, principalmente daqueles que não possuem senso crítico para pesquisar e formar a sua própria opinião, acreditando que o dito ou escrito nos meios de comunicação se trata de uma verdade clara e absoluta, tornando mais fácil a manipulação de grandes massas que passam a se alinhar contrariamente à opinião que não seja a disponibilizada nos meios midiáticos.

Portanto, a partir do momento que há uma cobertura incessante, repetitiva e nem sempre neutra da mídia sobre casos de grande repercussão pública, mais cuidado e senso crítico se exige da sociedade, de seus legisladores, juristas e demais detentores do poder, caso contrário a tendência será uma mentalidade punitivista e carcerária.

Considerações finais

Não obstante o plenário do Supremo Tribunal Federal, em novembro de 2019, ter reconhecido a inconstitucionalidade da antecipação do cumprimento da pena a partir da confirmação de uma sentença condenatória em segunda instância, a Lei Anticrime, aprovada no mesmo ano, admitiu essa possibilidade baseada na quantidade de pena aplicada, quando da condenação por crimes dolosos contra a vida, nos julgamentos pelo Tribunal do Júri. Este fato ao se analisar a competência legislativa e privativa da União para se legislar em matéria de

Direito Penal e Processual Penal, nos moldes da Constituição brasileira de 1988, não causa alardes. No entanto, quanto à interpretação sistemática do ordenamento jurídico brasileiro no que tange ao assunto ora abordado, é controversa a admissão da antecipação do cumprimento da pena.

Sob a perspectiva jurídica do entendimento que se esgota o questionamento dos fatos e provas em segunda instância judicial, cabendo aos tribunais superiores analisar a constitucionalidade dos atos e decisões de seus pares, é admissível a antecipação do cumprimento da pena, visto que não haveria prejuízo à defesa do sentenciado em termos de alteração do teor da sentença. No entanto, não se observa em tal entendimento a possibilidade de nulidade do processo *ab initio* em caso de violação de qualquer preceito constitucional ou infraconstitucional, desde que pré-questionado. Em contrapartida, permitindo-se o cumprimento da pena anteriormente ao esgotamento dos recursos judiciais observa-se clara violação ao princípio da presunção de inocência pela inobservância de uma sentença transitada em julgado para se iniciar o cumprimento de uma pena. Mais apropriado seria referir-se à prisão preventiva, vez que a própria constituição admite as prisões cautelares.

Em relação a influência que a mídia pode exercer sobre a sociedade, é notório o senso punitivista, de injustiça e impunidade que algumas notícias tendenciosas e sensacionalistas patrocinam quando tratam de infrações penais, especialmente os casos mais graves ou que envolvem menores de idade em ações violentas. Ocorre que tais abordagens, geralmente, são compromissadas com o nível de audiência que atingem ou mesmo com o número de acessos que alcançam, não se preocupando com o mais importante além de relatar o fato: uma análise jurídica e apropriada do fato à luz dos princípios e garantias fundamentais. Ou, talvez esse filtro, na linguagem popular, coubesse a quem consome as notícias no sentido de se prestar atenção às opiniões jurídicas e pertinentes à realidade dos fatos, principalmente quanto ao fenômeno midiático das *fake News*.

Quando aos desdobramentos da influência da mídia no judiciário brasileiro, a tendência punitivista já está presente na própria lei que, por vezes, criminaliza condutas desnecessariamente e escolhe punir com mais severidade certos tipos de condutas a outras conforme a quem se dirige. Outrossim, os próprios operadores do direito podem trazer em si uma tendência punitivista em uma sociedade já marcada pela seletividade penal, pelas diferenças sociais e de oportunidades.

Por fim, observa-se que a execução provisória da pena, no aspecto da atividade legiferante, pode ser resultado do clamor social que, diante de casos de grande repercussão social, da ocorrência de infrações penais graves e do sentimento de insegurança, parece ser

uma medida justa e impeditiva da impunidade. No entanto, no aspecto jurídico, como já mencionado no presente artigo, o não esgotamento dos recursos para se ordenar a antecipação do cumprimento da pena pode representar uma injustiça ao sentenciado, em razão da possibilidade de reconhecimento e declaração de nulidade do processo *ab initio* pelas instâncias superiores.

Portanto, é de suma importância que o poder de influência da mídia sobre o entendimento da sociedade a respeito de impunidade e injustiça e, conseqüentemente, sobre o poder legislativo, visando simplesmente atender a anseios ainda mais punitivistas, sem um fundamento constitucional, deve ser neutralizado pelos seus próprios consumidores, buscando sempre uma opinião formada com consciência e conhecimento.

Referências

AMORIM, Felipe; BARBOSA, Bernardo. Por 6 votos a 5, STF veta prisão em 2ª instância; Lula pode ser solto. **Notícias Uol**. 07 novembro 2019. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2019/11/07/stf-veta-prisao-em-2-instancia-lula-pode-ser-solto.htm>. Acesso em: 05 ago 2021.

BARTÔ. Brasil, o país da impunidade. **Jornal O Tempo**. 08 abril 2021. Disponível em: <https://www.otempo.com.br/opiniaio/artigos/subscription-required-7.5927739?aId=1.2468833>. Acesso em: 05 ago 2021.

BONATO, Gilson; DAVID, Décio. **Execução antecipada da pena entre a garantia do estado de inocência, a coisa julgada e as teorias absolutas da pena**. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6691200>. Acesso em 24 maio 2021.

BRANCO, Carolina; SANTIAGO, Nestor. **Ativismo judicial e a instrumentalidade do**

BRASIL. Constituição Federal (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 ago. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848**, de 07 de setembro de 1940. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 20 jul. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.964**, de 24 de dezembro de 2021. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 21 ago. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC 43/DF**. Plenário. Relator Ministro Marco Aurélio. Brasília, 07 de novembro de 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357342>. Acesso em: 03 ago. 2021.

CANUTO, Luiz Fernando. **A influência da mídia nas alterações da lei penal brasileira**. 2017. 28 p. Monografia (Graduação em Direito). Universidade Cesumar (unicesumar). Disponível em: <http://rdu.unicesumar.edu.br/handle/123456789/481>. Acesso em: 03 ago. 2021.

CASAL NARDONI É CONDENADO PELA MORTE DE ISABELLA. **Record TV**. 20 fev. 2018. Disponível em: <https://recordtv.r7.com/camera-record/videos/casal-nardoni-e-condenado-pela-morte-de-isabella-14092018>. Acesso em: 24 maio 2021.

CASO YOKI: a morte de marcos kitano Matsunaga. **Canal Ciências Criminais**. 2018. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/571938342/caso-yoki-a-morte-de-marcos-kitano-matsunaga>. Acesso em: 03 ago. 2021

D'AGOSTINO, Rosanne; OLIVEIRA, Mariana. Por 6 votos a 5, STF muda de posição e decide contra prisão após condenação em 2ª instância. **G1 Política**. Brasília, 07 nov. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/ao-vivo/stf-julgamento-prisao-de-condenados-segunda-instancia.ghtml>. Acesso em: 24 maio 2021.

DINAMARCO, Cândido Rangel, **A instrumentalidade do processo**. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5253219/mod_resource/content/1/C%C3%A2ndido%20Rangel%20Dinamarco%20-%20A%20instrumentalidade%20do%20processo%20%281%29.pdf. Acesso em: 24 maio 2021.

EM 2016, SUPREMO DECIDE QUE PODE HAVER PRISÃO APÓS SEGUNDA INSTÂNCIA. **Jornal Nacional**. 03 abril 2018. Disponível em: <http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2018/04/em-2016-supremo-decide-que-pode-haver-prisao-apos-segunda-instancia.html>. Acesso em: 05 ago 2021.

MENDES, Michelle. Justiça cancela punição a Suzane Richthofen e detenta retoma “saidinhas”. **G1**. 23 abril 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/vale-do-paraiba-regiao/noticia/2019/04/23/justica-cancela-punicao-a-suzane-richthofen-e-detenta-retoma-saidinhas.ghtml>. Acesso em: 05 ago 2021.

MENDONÇA, Renata. O que o caso do homem que ejaculou em mulher no ônibus diz sobre a lei brasileira?. **BBC News Brasil**. 31 agosto 2017. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-41115869.amp>. Acesso em: 24 maio 2021.

PRIMEIRA decisão no STF sobre prisão em segunda instância foi em 2009. **Jornal Nacional**. 03 abril 2018. Disponível em: <http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2018/04/primeira-decisao-no-stf-sobre-prisao-em-segunda-instancia-foi-em-2009.html>. Acesso em: 05 ago 2021.

RONCAGLIA, Daniel. É proibida execução de pena antes do fim do processo. **Consultor Jurídico**. 05 fev 2009. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2009-fev-05/prisao-feita-processo-transitado-julgado-stf>. Acesso em: 05 ago 2021.

UM Diálogo Com Georges Abboud e Guilherme Lunelli a partir da obra de Cândido Rangel. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/40889/36368>. Acesso em: 24 maio 2021.

WEHBE, João; CARRION, Maria; LENQUISTE, Murilo; NUNES, Pamela. **Execução antecipada da pena após condenação em segundo grau de jurisdição em face do princípio constitucional da presunção de inocência**. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/view/7015/67647016>. Acesso em: 24 maio 2021.