

Cadernos

*da Defensoria Pública
do Estado de São Paulo*

v. 10 n. 45 2025

Ciências Penais

**Trabalhos do primeiro curso
de pós-graduação em Ciências
Criminais da EDEPE**



DEFENSORIA PÚBLICA
DO ESTADO DE SÃO PAULO

EDEPE Escola
da Defensoria Pública
do Estado de São Paulo

©2025 EDEPE

Escola da Defensoria Pública do Estado de São Paulo – EDEPE

Defensoria Pública do Estado de São Paulo

Cadernos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo

v. 10 n.45 2025 – ISSN 2526-5199

Defensor Público Geral

Luciana Jordão da Motta Armiliato de Carvalho

Defensor Público Diretor da EDEPE

Allan Ramalho Ferreira

Defensores/as Públicos/as Assistentes da EDEPE

Erica Leoni Ebeling

Erik Saddi Arnesen

Corpo Editorial

Allan Ramalho Ferreira

Erica Leoni Ebeling

Erik Saddi Arnesen

Projeto Gráfico

Laura Schaer Dahrouj

Diagramação

EDEPE

Escola da Defensoria Pública do Estado de São Paulo – EDEPE

Rua Líbero Badaró, 616 - 4º andar

CEP 01008-000 - São Paulo-SP

Tel.: (11) 3105-0919 - ramal 401

escola@defensoria.sp.def.br

Todos os direitos reservados à Escola da Defensoria Pública do Estado de São Paulo.

Os conceitos e opiniões expressos nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

É permitida a reprodução total ou parcial dos artigos desta revista, desde que citada a fonte.

Rafael Folador Strano (Org.)

Patrick Lemos Cacicedo (Org.)

Bruno Girade Parise (Org.)

Cadernos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo

Trabalhos do primeiro curso de pós-graduação em Ciências Criminais da EDEPE

1ª edição

São Paulo

EDEPE - Escola da Defensoria Pública do Estado

2025

Cadernos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo	São Paulo	v.10	n.45	p. 1-307	abr/2025
--	-----------	------	------	----------	----------

Cadernos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo / Escola da Defensoria Pública do Estado de São Paulo. –v. 1, n. 1 (2016)- . – São Paulo : EDEPE, 2016- .

ISSN 2526-5199

1. Direito – Periódico. I. Escola da Defensoria Pública do Estado de São Paulo.

CDU 34(05)

Elaborado por Giliardi Pereira Delli Paoli – CRB-8/10114

APRESENTAÇÃO DA SÉRIE

No exercício de sua missão constitucional de realizar a assistência jurídica gratuita aos necessitados (art. 134, da Constituição Federal), a Defensoria Pública veicula ao sistema de justiça realidades e pleitos até então inexplorados pela doutrina jurídica tradicional. Esta atuação peculiar, criativa e inovadora merece o respectivo registro.

Publicados pela Escola da Defensoria Pública do Estado de São Paulo – EDEPE, os Cadernos da Defensoria Pública do Estado de São Paulo pretendem concentrar a produção de conhecimento pautada pela vulnerabilidade dos usuários dos serviços de assistência jurídica gratuita, consolidando artigos, pesquisas, anais de eventos, dentre outras produções de Defensores/as Público/as e Servidores/as da Instituição.

Embora este caminho já tenha sido trilhado por outros atores e instituições, é certo que ainda se encontra em seus passos iniciais, de modo que a série ora apresentada pretende somar e contribuir para a construção de arcabouço de produção escrita que não apenas reproduza os institutos doutrinários clássicos, mas que inove e tenha como objetivo a consecução dos direitos da população vulnerável.

A série é dividida em onze áreas temáticas: 1. Cidadania e Direitos Humanos; 2. Ciências Penais; 3. Infância e Juventude; 4. Direito das Famílias e Sucessões; 5. Direito Processual e Litigância Estratégica; 6. Habitação e Urbanismo; 7. Direito das Mulheres; 8. Diversidade e Igualdade racial; 9. Direitos da Pessoa Idosa e da Pessoa com Deficiência; 10. Direito do Consumidor; 11. Questões Institucionais e Atuação Interdisciplinar.

A EDEPE está à disposição para críticas e sugestões através do e-mail: escola@defensoria.sp.def.br



Sumário

Apresentação	8
<i>Rafael Folador Strano</i>	
<i>Patrick Lemos Cacicedo</i>	
<i>Bruno Girade Parise</i>	
As adolescentes em privação e restrição de liberdade: o Direito Infracional sob a perspectiva de gênero	9
<i>Ana Luiza Palmerio Procopio Silva</i>	
As fragilidades de uma política criminal preventiva e multidisciplinar: análise do programa de braços abertos	31
<i>Ana Paula Chrispiniano</i>	
Direito Penal simbólico na criminalização do aborto e seu impacto nos processos de criminalização	56
<i>Beatriz Garcia de Andrade e Silva</i>	
Audiência de custódia: aplicação à realidade brasileira	71
<i>Caio Cesar Rodrigues Paes</i>	
Perspectivas da Teoria do Etiquetamento e do Racismo Estrutural Brasileiro: Uma Análise da Seletividade Penal	87
<i>Caroline Alves Maia</i>	
Processos disciplinares e o superencarceramento no Brasil: impactos das punições coletivas na execução penal brasileira	100
<i>Daril Antonio Prates Filho</i>	
Os novos capitães da areia sob uma análise jusliterária e criminológica – perspectivas de abandono estatal, privação emocional e delinquência juvenil	122
<i>Emily Andrade Souza</i>	
Guarda Municipal: um estudo de acórdãos do TJSP após o julgamento da ADPF 995 pelo STF e do HC 830.530 pelo STJ	145
<i>Francisca Oliveira Souza</i>	
Racismo, Estrutura e Sistema Penal Brasileiro: Uma Historiografia Flauziniana dos Espólios do Brasil-Colônia e do Brasil-Império	171
<i>Jessica Maria Benedetti</i>	
A jurisdicionalização da execução penal e a necessidade do controle judicial para a proteção dos direitos fundamentais no sistema carcerário brasileiro	200
<i>Juliana Giacomone Filgueiras</i>	



Sumário

Reconhecimento pessoal: consequências da (in)utilização do procedimento mandamental do Código de Processo Penal	224
<i>Kaique Nunes da Silva</i>	
O punitivismo populista no Brasil: uma análise da aplicabilidade da Teoria da Penalidade Neoliberal.....	243
<i>Maria Eduarda Dacomo Coelho Borges</i>	
A (ir)racionalidade da Lei 14.843/2024	261
<i>Mariara Silva da Cruz</i>	
Análise do instituto da investigação defensiva como garantia fundamental	288
<i>Raphaella Costa do Nascimento</i>	



Apresentação

A presente edição dos Cadernos da Defensoria Pública registra os trabalhos decorrentes da conclusão do primeiro curso de pós-graduação realizado pela Escola da Defensoria Pública do Estado (EDEPE). Além da relevância e da qualidade dos artigos que o integram, este Caderno representa um marco na história da própria EDEPE.

A EDEPE iniciou as suas atividades alguns meses depois da própria Defensoria de São Paulo. Uma instituição que até então se estruturava, mas que foi fundada com uma missão muito clara: atender a população vulnerável.

Para responder a esse chamado institucional foi preciso inaugurar e aprofundar uma nova perspectiva sobre o conhecimento jurídico. A defesa da população vulnerável exige um outro olhar, uma visão voltada para aquele que não tem posse, para aquele que perdeu a liberdade ou para quem foi alvo de inúmeras violações de direitos ao longo da vida, dentre tantas outras temáticas específicas. Era necessário, portanto, fazer esse conhecimento avançar.

Ao longo de seus quase vinte anos de existência, a EDEPE realizou inúmeros seminários, cursos e palestras. Todavia, para além de sua atividade típica de escola de governo, a EDEPE carrega uma vocação maior: difundir aquele conhecimento específico, tanto para a população como para os próprios integrantes do sistema de Justiça. Em verdade, a EDEPE pode e deve ser o local para a própria criação desse tipo de conhecimento.

Por isso, a presente publicação é histórica na medida em que encerra um ciclo. Pela primeira vez, o conhecimento produzido pela Defensoria Pública no âmbito superior de ensino reverbera na produção escrita de mais conhecimento.

A turma que concluiu o primeiro curso de pós-graduação no segundo semestre de 2024 ficou conhecida por sua curiosidade, participação e dedicação, já fazendo parte da história da Defensoria Pública de São Paulo. Os presentes cadernos reúnem os melhores trabalhos apresentados pelo corpo discente.

Boa leitura!

Rafael Folador Strano

Patrick Lemos Cacicedo

Bruno Girade Parise

Coordenadores do 1º Curso de Pós-Graduação de Ciências Criminais da EDEPE



As adolescentes em privação e restrição de liberdade: o Direito Infracional sob a perspectiva de gênero

Female teenagers in deprivation and restriction of liberty: Juvenile Justice in gender perspective

Ana Luiza Palmerio Procopio Silva

Bacharel em Direito na Universidade de São Paulo. Especialista em Ciências Criminais pela Escola da Defensoria Pública do Estado de São Paulo.

analuiza.procopio@outlook.com

Resumo

O presente trabalho busca analisar de que maneira os estigmas de gênero são observados durante todo o funcionamento do Direito Infracional. Desta forma, o estudo pretende, por meio de pesquisa bibliográfica, demonstrar que, na medida em que o sistema socioeducativo reflete a realidade social, e, por conseguinte, os ideais patriarcais, concorrendo para que estes sejam reproduzidos, nega-se às adolescentes do gênero feminino dimensão relevante de seus direitos humanos e da própria condição de sujeito de direitos. Assim, contribui-se para a perpetuação do paradigma “menorista” no âmbito infracional, impedindo a efetivação da proteção integral destas jovens, a qual só poderá ser garantida mediante a observância das estruturas de poder que permeiam o corpo social, sobretudo de classe, de raça e, no escopo deste trabalho, de gênero.

Palavras-chave: Direito Infracional. Gênero. Sistema socioeducativo.

Abstract

This paper aims to investigate how the gender stigmas are observed throughout the functioning of Juvenile Justice. Therefore, the study intends to demonstrate, through bibliographical research, that by reflecting social reality, and consequently patriarchal ideals, the socio-educational system contributes to their replication, and in this way female adolescents are denied a relevant dimension of their human rights and of their very condition of legal subjects. As a result, this situation contributes to the perpetuation of the “minorist” paradigm in the context of juvenile delinquency, frustrating the implementation of full protection for these young women, which can only be guaranteed by observing the power structures that permeate the social body, especially class, race and, in the extent of this research, gender.

Keywords: Juvenile Justice. Gender. Socio-educational system.



Introdução

Com o aumento, a nível mundial, das taxas de encarceramento nas últimas décadas, são frequentes, no âmbito da criminologia, as análises sobre o sistema prisional e sobre as condições da população carcerária. Não obstante, pouca atenção é dada às especificidades da situação das mulheres encarceradas, sobretudo em razão da inferioridade numérica em relação aos homens, o que acarreta a sua invisibilização e consequente discriminação no sistema, a despeito das formas de violência específica a que são submetidas (GIACOMELLO, 2013, p. 3).

De igual modo, talvez também pelo contingente menos expressivo que o de adultos, são pouco frequentes as pesquisas que abordem, especificamente, a seara infracional, apesar da grande complexidade que permeia a fase da adolescência e dos diversos problemas enfrentados na execução das medidas socioeducativas. E, mesmo quando a área é objeto de estudo, geralmente a discussão se refere à redução da maioridade penal, notadamente diante da recorrente associação – no senso comum – entre o Direito Infracional e a impunidade, a despeito de este sistema ser, por vezes, ainda mais rígido do que o penal.

Com efeito, se já são pouco usuais os estudos a respeito dos adolescentes do gênero masculino submetidos ao sistema infracional, à semelhança do que se observa quanto às mulheres adultas, são ainda menos frequentes as pesquisas que têm por objeto as meninas nessa mesma condição, tendo em vista que tão somente 4,21% das adolescentes em restrição e privação de liberdade são meninas (BRASIL, 2023, p. 21).

Diante disso, embora o Direito Infracional não se confunda com o Penal, é ele também estruturado de forma estigmatizante e seletiva, refletindo a realidade social e, com isso, reproduzindo também determinado discurso ideológico, a fim de garantir a sua própria legitimação. Nesse cenário, adotando como premissa uma abordagem interseccional, passa a ser relevante o estudo dos componentes classe social, raça e gênero, visando a analisar quem são os/as adolescentes alcançados(as) pelo sistema infracional.

Desta forma, tendo em vista constatação de que o patriarcado atua como pilar fundamental do sistema de justiça criminal, o presente trabalho busca compreender em que medida a realidade evidenciada pela Criminologia Feminista também pode se aplicar ao Direito Infracional. Logo, analisar-se-á de que maneira os estereótipos de gênero influenciam na trajetória da adolescente rotulada infratora, desde a sua socialização até o próprio momento de cumprimento das medidas de restrição e privação de liberdade.

Com base nisso, ampliando as conclusões obtidas na seara penal, o estudo parte da hipótese de que a reprodução dos estigmas de gênero contribui para a perpetuação da doutrina “menorista”, em oposição à doutrina da proteção integral, instituída pela Constituição Federal de 1988 e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. E, por conseguinte, busca-se verificar se a adoção do discurso patriarcal, no âmbito do sistema infracional, representa mais um exemplo do paradigma da ambiguidade em vigor, favorecendo violações aos direitos fundamentais das adolescentes.

A natureza jurídica da medida socioeducativa



Em relação à natureza jurídica da medida socioeducativa, inexistiu consenso na doutrina. Nesse sentido, não se pode ignorar que se trata de ato de intervenção estatal na esfera de autonomia do indivíduo (SHECAIRA, 2015, p. 110), cuja aplicação – impositiva – pressupõe a prática de ato infracional pelo adolescente. Assim, é inegável que a medida socioeducativa se configura como sanção, porém, uma vez estabelecida esta premissa, há autores que sustentam que existe um intuito retributivo e punitivo, enquanto outros buscam afastar a medida socioeducativa da pena.

Diante disso, parte da doutrina defende a categorização deste ramo do ordenamento jurídico enquanto subsistema do Direito Penal. Isso porque, para esta corrente, a finalidade pedagógica da medida socioeducativa não afastaria sua substância eminentemente punitiva, e, por conseguinte, negar esse caráter penal representaria, em certa medida, a manutenção da cultura “menorista” anteriormente vigente (FERRAZ, 2017, p. 49). Destarte, o reconhecimento da existência de um “Direito Penal Juvenil” permitiria a incorporação dos direitos e garantias característicos do sistema penal e processual penal, ampliando-os, haja vista a condição peculiar do adolescente como pessoa em desenvolvimento.

Contudo, outros autores sustentam a inadequação desta classificação, compreendendo este sistema como autônomo em relação ao Direito Penal. Logo, para os adeptos desta linha de pensamento, a pena seria tão somente uma das espécies do gênero sanção, e, pois, a responsabilização não se limita à repressão. Isso porque enquanto esta tende a se confundir com a penalização, a responsabilização, por sua vez, pressupõe uma resposta, que não necessariamente será de natureza penal (ATHAYDE, 2007, p. 24-25).

Desta forma, existem alternativas de responsabilização sancionatória que fogem do escopo do campo penal e repressivo. Consequentemente, o reconhecimento da criança e do adolescente enquanto sujeito de direitos permite concluir pela possibilidade deste indivíduo vir a ser responsabilizado por seus atos ilícitos, conceito este que é mais abrangente do que o de crime (NETO, 2007, p. 43-44).

Ademais, os direitos e garantias associados ao Direito Penal decorrem diretamente da Constituição Federal de 1988 e, pois, ainda que nem todos estejam previstos expressamente no Estatuto da Criança e do Adolescente e na Lei do Sinase, é evidente que devem ser aplicados igualmente ao procedimento de apuração de ato infracional e de execução de medida socioeducativa.

Por outro lado, a ideia de que o Direito Penal traria segurança jurídica à seara infracional, omite, segundo Rosa (2006, p. 279), a abordagem criminológica. Logo, além de os direitos e garantias almejados poderem ser extraídos do próprio texto constitucional, e não apenas da legislação penal e processual penal, o garantismo almejado através da aproximação com o Direito Penal pressupõe também a incorporação de toda a lógica operacional inerente a esse sistema. E, portanto, não haveria, sob um viés crítico, sentido em promover o fortalecimento desse “penalismo retributivista” (NETO, 2007, p. 42), sendo mais adequado adotar uma forma alternativa de responsabilização, notadamente diante dos mecanismos e finalidades específicos propostos como decorrência da doutrina da proteção integral.



Por isso, a despeito das semelhanças em relação ao Direito Penal aplicável aos adultos, esta segunda corrente doutrinária afasta a nomenclatura “Direito Penal Juvenil”, privilegiando a adoção de terminologias como, por exemplo, “Direito Infracional” (ROSA, 2006, p. 278), expressão esta que, pelas razões expostas acima, será adotada no presente trabalho.

Evolução histórica do Direito Infracional no Brasil

De início, a fim de garantir a adequada análise do tratamento conferido hoje à criança e ao adolescente, cumpre trazer um breve panorama acerca da evolução histórica do Direito Infracional a partir da independência do Brasil, em 1822, momento em que o ordenamento jurídico pátrio deixou de estar diretamente vinculado a Portugal. A partir desse marco, é possível apontar que o processo evolutivo do Direito Infracional no Brasil se desenvolveu a partir de três importantes etapas históricas.

Segundo Shecaira (2015, p. 15), o período compreendido entre o nascimento dos Códigos Penais liberais do século XIX até as primeiras legislações do século XX constitui a chamada “etapa penal indiferenciada”, caracterizada por praticamente inexistir qualquer diferenciação entre menores de idade e adultos. As duas legislações mais marcantes desse período foram o Código Criminal de 1830 e o Código Penal de 1890 (FERRAZ, 2017, p. 33), que, embora previssessem Casas de Correção e estabelecimentos disciplinares industriais, respectivamente, para o recolhimento dos menores de 14 anos que agissem com discernimento, tais locais jamais foram construídos (SHECAIRA, 2015, p. 16-17).

O declínio do sistema indiferenciado se inaugura a partir da Lei nº 4.242/1921, a qual autoriza a “organizar o serviço de assistência e proteção à infância abandonada e delinquente” (art. 3, I), por meio da construção de abrigo para recolhimento provisório dos adolescentes abandonados ou que tenham cometido qualquer crime ou contravenção (art. 3, I, a). De acordo com Ferraz (2017, p. 38), esse período de transição passou a adotar uma proposta reeducativa e recuperacional, com dois importantes marcos históricos: a criação do Juizado de Menores e o Código de Menores. A partir disso, inaugura-se a chamada “etapa tutelar”, de inspiração atrelada ao positivismo (SHECAIRA, 2015, p. 18).

Neste momento, segundo Ferraz (2017, p. 38), fixou-se a categoria do “menor”, associada, essencialmente, às crianças pobres, sobre as quais deveria recair a tutela estatal, visando à manutenção da ordem, bem como da modernização capitalista. O conteúdo dessas medidas especializadas agora aplicáveis a estes jovens era correccionalista, já que se considerava “o menor de idade um ser inferior, digno de piedade, merecedor de uma postura assistencial, como se não fosse um ser com suas características próprias” (SHECAIRA, 2015, p. 19).

Assim, a partir da experiência do primeiro Juizado de Menores do Brasil, marcado pelas medidas sem garantia do devido processo legal (SHECAIRA, 2015, p. 19), surge o Código de Menores de 1927 (Decreto Federal 17.943/1927). O referido diploma estabelecia, em seu artigo 1º, que o menor, abandonado ou delinquente, com menos de 18 anos de idade, seria submetido à autoridade competente para adoção de medidas de assistência e proteção previstas



pelo código, embora, na prática, não tenha havido alteração significativa (FERRAZ, 2017, p. 39).

Posteriormente, dando continuidade a um segundo momento ainda da etapa tutelar, é instituído o segundo Código de Menores de 1979 (Lei nº 6.697/1979), o qual dispunha, conforme seu artigo 1º, inciso I, sobre a assistência, proteção e vigilância a menores até dezoito anos de idade, que se encontrassem em situação irregular¹, formalizando, assim, a chamada “doutrina da situação irregular” (FERRAZ, 2017, p. 41).

Nesse contexto, a lei não estabelecia qualquer distinção entre o adolescente em conflito com a lei e aquele que sofrera algum tipo de abandono familiar, tratando ambos, igualmente, como em “situação irregular”. Por isso, estariam sujeitos à atuação da autoridade judiciária que poderia, nos termos do artigo 14 do Código, aplicar, dentre outras medidas, a colocação em lar substituto, imposição do regime de liberdade assistida, colocação em casa de semiliberdade; ou internação em estabelecimento adequado.

Segundo Sposato (2011, p. 33), essa etapa foi marcada pela inexistência de regras processuais formais na imposição das medidas aplicáveis a estes menores, uma vez que se conferia ao juiz ampla discricionariedade para tomar as decisões. Como consequência, o “menor” poderia ser submetido a procedimentos ainda mais rígidos do que aqueles previstos para os maiores de idade (SHECAIRA, 2015, p. 23). Em suma, observa Ferraz (2017, p. 43), que

é importante que se perceba que a marca distintiva da etapa tutelar da justiça juvenil brasileira (que atravessou toda a legislação menorista anterior ao ECA) era a consideração da intervenção estatal sobre a criança, o adolescente e sua família, e a aposta nesta prática, como um bem: não como uma medida repressiva, neutralizante, ou retributiva, mas como algo positivo, socialmente edificante, uma medida de ‘bondade’, caritativa, a sujeitos tidos como débeis, fragilizados, em posição de inferioridade por suas condições sociais, familiares, econômicas. (grifo inserido)

Na década de 1980, diante de um contexto de reabertura política e redemocratização, inicia-se, acompanhando as tendências internacionais, um questionamento sobre os métodos empregados no país no tratamento das crianças e adolescentes. Assim, a última etapa desta evolução histórica é chamada “garantista”, tendo em vista a incorporação de efetivas garantias aos procedimentos e execução de medidas impostos aos adolescentes infratores (SPOSATO, 2011, p. 33-34).

Desta forma, a partir da Constituição Federal de 1988, o Brasil inaugurou a chamada “doutrina da proteção integral”, em substituição ao paradigma da “situação irregular”, assegurando a proteção das crianças e dos adolescentes, tidos como sujeitos de direito, em condição especial de desenvolvimento. Além disso, em 1989, a Convenção sobre os Direitos da Criança foi adotada pela Assembleia Geral da ONU, sendo ratificada pelo Brasil em 24 de setembro de 1990.

Em 1990, conferindo tangibilidade aos preceitos constitucionais, notadamente o artigo 227 da CF, é instituído o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), o qual aborda, em uma parcela de seus artigos, o Direito Infracional. A importância dessa lei decorre da



formalização da ruptura da relação entre o abandono e a delinquência², bem como dos direitos e garantias fundamentais de todas as crianças e adolescentes (FERRAZ, 2017, p. 46).

Assim, tendo em vista o reconhecimento da condição peculiar de desenvolvimento das crianças e adolescentes (art. 6º do ECA), para além dos direitos e garantias assegurados constitucionalmente aos adultos, aplica-se também, na esfera infracional, outros direitos e procedimentos específicos que atendam ao superior interesse da criança e do adolescente, um dos pilares essenciais da doutrina da proteção integral.

Posteriormente, com o advento da Lei nº 12.594/2012, que instituiu o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE), buscou-se regulamentar a execução das medidas socioeducativas destinadas ao adolescente que pratique ato infracional. Trata-se, assim, de uma tentativa de reafirmar as diretrizes determinadas pela doutrina da proteção integral, tornando a aplicação das medidas socioeducativas mais objetiva

Todavia, na prática, mesmo após a instituição do SINASE, prevalece no Brasil, assim como em toda a América Latina, uma situação de vigência simultânea entre dois paradigmas opostos: de um lado a doutrina da proteção integral, e, de outro, aquele que era adotado pelas antigas leis pautadas na doutrina da situação irregular (MÉNDEZ, 2015, p. 3), caracterizando o que Méndez (2015, p. 9) chama de “paradigma da ambiguidade”.

Assim, embora, em tese, as modificações introduzidas no ordenamento jurídico brasileiro tenham ocorrido não somente em relação ao conteúdo das leis, mas também nos próprios “mecanismos de produção do direito, de um novo direito para todas as crianças, não apenas para as que estejam em situação irregular” (MÉNDEZ, 2015, p. 6), isso não foi observado na prática. É exatamente esse descompasso que configura o chamado “paradigma da ambiguidade”, que

está muito bem representado pelos que, rejeitando por completo o paradigma da situação irregular, não conseguem acompanhar – possivelmente em decorrência da diminuição significativa de práticas discricionárias e paternalistas no trato com crianças – as transformações reais e em potencial resultantes da aplicação consequente do paradigma da proteção integral, que considera a criança e o adolescente como sujeitos de direitos e, não menos, de responsabilidades. (MÉNDEZ, 2015, p. 9)

Em outras palavras, a despeito das novas leis possuírem conteúdo garantista e responsabilizador, estas continuam, por vezes, sendo interpretadas através do mesmo enfoque autoritário que orientava os Códigos de Menores (SILVA, 1999, p. 4), com respaldo na suposta “proteção” da criança e do adolescente. E, portanto, conquanto a CF/88, o ECA e a própria Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança tenham sido essenciais no processo de superação do paradigma da situação irregular, eles não são suficientes, isoladamente, para assegurar a efetivação da doutrina da proteção integral, mas sim um passo inicial para tanto.

A importância do recorte de gênero

Nesse cenário, um dos aspectos que exemplifica esse paradigma da ambiguidade e, assim, a convivência paradoxal entre duas doutrinas incompatíveis entre si se refere ao tratamento conferido às adolescentes em privação e restrição de liberdade, como será



aprofundado mais adiante. Por isso, o presente capítulo visa a estabelecer as premissas teóricas que servirão como base para o estudo do Direito Infracional sob a perspectiva de gênero.

De maneira concisa, o poder, segundo Foucault (1998, p. 8), constitui “uma rede produtiva que atravessa todo o corpo social”. Assim, trata-se de um conjunto de relações, capaz de produzir discursos, os quais são acolhidos por cada sociedade, fazendo-os funcionar como verdadeiros e, pois, não apenas essa “verdade” induz efeitos de poder, mas também estes, de forma cíclica, a reproduzem (FOUCAULT, 1998, p. 12-14).

Com efeito, em se tratando de uma rede contínua de dominação, que permeia todo o corpo social, o indivíduo não pode ser considerado como mero objeto sobre o qual o poder seria exercido, mas sim “um de seus primeiros efeitos” e, ao mesmo tempo, meio de transmissão de poder (FOUCAULT, 1998, p. 183-184). Ou seja, cada indivíduo ao mesmo tempo exerce o poder e é também por ele controlado.

Em decorrência disso, o sistema de justiça criminal também “(...) reflete a realidade social e concorre para a sua reprodução” (BARATTA, 1999, p. 42). Logo, a produção da verdade no âmbito das ciências criminais, calcada na ideologia capitalista e patriarcal que permeia o corpo social como um todo, garante a legitimação discursiva da sua própria existência, “co-constituindo o senso comum punitivo reproduzido, por sua vez, pelo conjunto dos mecanismos de controle social” (ANDRADE, 2007, p. 58).

Nesse contexto, a criminologia crítica, com premissas fundadas no pensamento marxista, defende que o crime não é uma realidade ontológica pré-concebida e, conseqüentemente, a criminalidade corresponde a um “status” que é atribuído a determinados indivíduos (BARATTA, 2002, p. 14). E isso ocorre mediante um processo de seleção, primeiro pela definição da norma penal através das instâncias de controle social formal, e, depois, selecionar quais dos autores desses atos criminalizados estariam suscetíveis ao sistema.

Diante disso, dentre as inúmeras variáveis a serem analisadas como componentes da seletividade no processo de criminalização, está a posição de vulnerabilidade da mulher, historicamente estigmatizada pela sociedade patriarcal. Por isso, o estudo nesse âmbito deve, necessariamente, incorporar as ideias do feminismo, posto que

Estudar a situação da mulher no sistema de justiça criminal, de modo cientificamente correto, significa afrontar a um só tempo, a questão feminina e a questão criminal, ambas no contexto de uma teoria da sociedade. (...) De outra parte, não é mais possível examinar a questão criminal sem que se tenha presente, de modo adequado, as variáveis do gênero. (BARATTA, 1999, p. 43)

Nesse sentido, o sistema penal, enquanto mecanismo que reflete a realidade social, reproduz também o patriarcado. Por conseguinte, na medida em que este é utilizado para reforçar os papéis de gênero socialmente construídos, atuando como mecanismo de conformação e adequação social, um dos ramos de estudo indissociáveis à criminologia crítica se constitui na chamada “criminologia feminista”.

De acordo com Andrade (2007, p. 63), historicamente, o protagonismo da esfera pública, isto é, do âmbito da produção material, esteve reservado ao homem como sujeito produtivo, simbolizado como racional, forte e viril. Por outro lado, a mulher assume posição



central na esfera privada, ou seja, no local das relações familiares, e, pois, para que exerça este papel de mãe e trabalhadora do lar, a mulher é construída como emocional, frágil, passiva e recatada.

Nesse sentido, seguindo estes papéis, o sistema de justiça criminal (SJC) se ocupa da figura do homem ativo-improdutivo (ANDRADE, 2007, p. 65), enquanto a mulher, mantida no espaço doméstico, não corresponde ao estereótipo de criminoso, mas sim ao de vítima. Por isso, “podemos dizer que o SJC é androcêntrico porque constitui um mecanismo masculino de controle para o controle de condutas masculinas, regra geral praticadas pelos homens, e só residualmente pelas mulheres” (ANDRADE, 2007, p. 66). Logo, as punições femininas ocorriam, em geral, na esfera privada, dado que, segundo Andrade (2007, p. 66), o mecanismo de controle social dirigido às mulheres é o informal, materializado na família, também com participação da escola, religião e moral. Com efeito,

A obtenção da conformidade feminina é o resultado do processo de uma educação alienante, que prepara a mulher para perceber o desejo dos outros e não o seu próprio; que a treina para o casamento, a maternidade e a dependência. Desde cedo a menina aprende que a casa é “coisa de mulher”. (ASSIS; CONSTANTINO, 2001, p. 54).

Digno de nota, ainda, que quando os homens passaram a ser punidos através da privação de liberdade nos ambientes prisionais, contra as mulheres passou a se utilizar dos hospitais psiquiátricos, instituições mentais, conventos e espaços religiosos. Ou seja, enquanto a criminalidade masculina estaria atrelada a uma quebra de contrato, a ser punida no âmbito público, constrói-se “(...) a ideia de mulheres anormalizadas e desestabilizadas, portanto loucas e histéricas” (BORGES, 2019, p. 62).

Portanto, o sistema de justiça criminal atua como “mecanismo público integrativo do controle informal feminino” (ANDRADE, 2007, p. 66), e, assim, reforça a estrutura e os papéis de gênero dentro do sistema patriarcal. Como consequência, quando se aborda a questão das mulheres encarceradas, de acordo com Borges (2019, p. 61), sua invisibilidade ocorre em uma dimensão dupla, tanto pela invisibilidade da prisão quanto pelo próprio fato de serem mulheres, razão pela qual o tema requer especial atenção no âmbito da criminologia feminista.

De igual modo, embora o Direito Infracional não se confunda com o Penal, é também estruturado de forma estigmatizante e seletiva, também reproduzindo os estereótipos de gênero e a dinâmica patriarcal. Isso porque

(...) compreende-se que a medida, embora teleologicamente socioeducativa, possui caráter de responsabilização diferenciada, sem, por posição político-jurídica, abarcar as penosas contradições que o reconhecimento de uma natureza penal poderia trazer. No entanto, as lógicas operacionalizadoras do sistema punitivo do adulto encontram espaço também na práxis do sistema socioeducativo, ainda mais quando os agentes judiciários, agentes estes que dão a real efetividade à sede punitiva deflagrada na órbita legislativa, ‘bebem’ da mesma fonte opressora e exploradora presente em nossa sociedade racista, machista, classista, homofóbica e transfóbica (dentre outros marcadores de opressão). (MACHADO et al, 2016, p. 198)

Com efeito, na medida em que o sistema infracional atua como mecanismo de intervenção em relação às adolescentes que fogem do controle informal feminino, ele também reproduz e reforça o patriarcado nos processos de etiquetamento, atuando em relação às



condutas que extrapolam os papéis de gênero atribuídos a essas meninas. Por conseguinte, a responsabilização da adolescente não ocorre com base no ato infracional cometido, mas sim por sua vivência familiar, seu histórico e sua personalidade, bem como “(...) possivelmente, por não corresponder àquilo que a sociedade imputa como ideal” (MACHADO et al, 2016, p. 198).

Desta forma, a reprodução de estereótipos de gênero marca toda a trajetória da adolescente rotulada infratora, desde a sua socialização até o próprio cumprimento da medida socioeducativa, como será demonstrado a seguir, com respaldo em um discurso não apenas moralista, mas também de viés tutelar. Como consequência, são frequentes as violações aos direitos fundamentais dessas adolescentes, contribuindo, igualmente, para a perpetuação do “menorismo” no âmbito infracional, em mais um exemplo manifesto do paradigma da ambiguidade em vigor.

A vulnerabilidade da adolescente alcançada pelo sistema socioeducativo

Embora o enfoque do presente estudo seja a perspectiva de gênero, esta é indissociável das demais componentes da seletividade no processo de estigmatização do adolescente responsabilizado pela prática de ato infracional, isto é, as variáveis de raça e classe social. Por isso, adotando uma abordagem interseccional, é imprescindível analisar quem são esses e, sobretudo, essas adolescentes alcançadas pelo sistema infracional.

De acordo com dados do Levantamento Anual do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo, 4,21% das adolescentes em restrição e privação de liberdade são meninas, enquanto 95,79% são meninos (BRASIL, 2023, p. 21); a maioria desses jovens estava, em 2015, compreendida na faixa etária entre 16 e 17 anos (56%), seguida pela faixa entre 18 e 21 anos (29,5%) (BRASIL, 2017, p. 39); e 63,8% dos/as adolescentes se declaram de cor parda ou preta, 22,3% de cor branca e 0,5% de cor amarela ou indígenas (BRASIL, 2023, p. 41).

De forma semelhante a essas informações gerais, englobando meninos e meninas, dados do Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, 2015a, p. 22-23) indicam que as adolescentes internadas possuíam, à época do ato infracional, entre 15 e 17 anos, havendo predominância de adolescentes não brancas.

Em relação às condições socioeconômicas, a despeito da evidente escassez de informações e pesquisas recentes que mensurem a renda familiar média desses adolescentes, 19,1% têm renda familiar de até 1 salário mínimo, não havendo, porém, informações sobre quase 60% dos adolescentes (BRASIL, 2023, p. 44). De igual modo, embora a renda familiar das adolescentes do gênero feminino não seja informada em praticamente nenhum dos estados (BRASIL, 2015a, p. 25), outros dados sugerem um perfil de vulnerabilidade socio-econômica.

Isso porque a maior parte das adolescentes possui defasagem escolar, tendo em vista que, não obstante a faixa etária predominante, já em idade para frequentar o ensino médio, a maioria cursava entre o 6º e o 9º ano, sendo que um percentual considerável estava entre o 1º e o 5º ano (BRASIL, 2015a, p. 26). Ainda, no estado de Pernambuco, em que obtidas informações mais pormenorizadas, 46,9% das adolescentes nunca tinham trabalhado, enquanto 43,8% das adolescentes já haviam exercido labor, a maioria (82,4%) sem registro em carteira de trabalho, em geral realizando atividades informais (BRASIL, 2015a, p. 27).



Além disso, as trajetórias de vida dessas adolescentes são frequentemente marcadas pela instabilidade nos cuidados durante a infância, decorrente de mudanças abruptas na estrutura familiar, bem como de alternância de ambientes (ASSIS; CONSTANTINO, 2001, p. 85). Ainda, são frequentes os relatos de violência doméstica dos pais em relação às mães (BRASIL, 2015, p. 35) e, na percepção dos funcionários das unidades, as meninas possuem histórico de maior vulnerabilidade do que os adolescentes do gênero masculino, por serem, muitas vezes, vítimas de violência física, doméstica e sexual (BRASIL, 2015, p. 184).

Nesse cenário, uma das estratégias adotadas por essas meninas para lidar com questões como a violência intrafamiliar (seja do pai contra a mãe ou dos pais sobre as filhas), a não aceitação das normas familiares, os conflitos com os demais membros da família, entre outros, é a fuga do lar (ASSIS; CONSTANTINO, 2001, p. 87). E, portanto, nem sempre os papéis de gênero socialmente atribuídos às mulheres, reforçados e reproduzidos dentro da família, são aceitos pelas adolescentes. Esse é um dos fatores que pode ajudar a explicar os frequentes relatos, entre as meninas, de passagens em instituições governamentais e não governamentais (BRASIL, 2015a, p. 33-50).

Mesmo assim, a despeito de as adolescentes rotuladas infratoras em certa medida rejeitem o padrão feminino esperado, de acordo com Assis e Constantino (2001, p. 75), por vezes o padrão de submissão e conformismo vivido por suas mães é repetido em seus próprios relacionamentos amorosos. Desta forma, o que se observa é que suas relações tendem a ser pautadas por ideais patriarcais, caracterizando-se pelo sentimento de posse por parte dos namorados, em contraposição à dependência vivenciada pelas meninas.

Assim, embora essas adolescentes costumem condenar eventuais violências exercidas pelos pais ou padrastos sobre as mães, atitudes agressivas em seus relacionamentos são naturalizadas, assim como a existência de relações entre o companheiro e outras mulheres. Trata-se, pois, da internalização da “dupla moral” por estas jovens (ASSIS; CONSTANTINO, 2001, p. 77), isto é, de um lado a aceitação de que faz parte da natureza dos homens agir desta forma e, de outro, de que a culpa recai sobre as mulheres – sejam as outras ou até mesmo elas próprias.

Desta forma, em que pese a aparente tentativa de ruptura em relação às normas familiares, de todo modo fica evidente a influência exercida no âmbito do controle social informal durante o processo de socialização dessas adolescentes.

Nesse sentido, cumpre apontar que, conquanto a maior parte das adolescentes se qualifique como solteira, muitas possuem relacionamentos afetivos e, inclusive, residem junto a seus companheiros (BRASIL, 2015a, p. 25), os quais, por vezes, já foram também selecionados pelo sistema de justiça criminal ou pelo socioeducativo (BRASIL, 2015a, p. 38). Por conseguinte, sobretudo considerando a relação hierárquica e autoritária frequentemente estabelecida com o parceiro, como visto acima, este pode exercer influência determinante para o envolvimento da adolescente com a prática infracional (ASSIS; CONSTANTINO, 2001, p. 139).



A título de exemplo, na unidade socioeducativa de Santa Maria, observada por Diniz (2017, p. 13), metade das adolescentes foi apreendida com parceiros homens, que eram seus companheiros. Ainda, na percepção dos próprios agentes das unidades,

A maioria das meninas não é envolvida no crime, a maioria é meio laranja, entrou por causa do namorado, entrou porque dava dinheiro em muito interior aqui.

As meninas o que a gente percebe é elas são usadas, ela quase nunca vem sozinha, quase nunca elas estão no B.O. sozinhas, elas quase sempre estão acompanhadas por um maior ou com um namorado, muitas são com o namorado, pelas próprias pessoas da família às vezes (...). (BRASIL, 2015, p. 193)

Em relação ao ato infracional praticado, os dados gerais indicam que os atos análogos a roubo e tráfico de drogas correspondem a aproximadamente 65% daqueles cometidos pelos adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa (BRASIL, 2019, p. 50). Embora tais atos também sejam os mais recorrentes entre as meninas, merece destaque o percentual ainda mais elevado de adolescentes internadas pela prática de ato infracional análogo ao tráfico de drogas, chegando a mais de 40% no estado de São Paulo (BRASIL, 2015a, p. 28).

Verifica-se, assim, que o crescente número de adolescentes em cumprimento de medida socioeducativa por ato infracional relacionado a drogas acompanha a tendência observada, em nível global, em relação às mulheres encarceradas, desde a década de 1980 e, sobretudo, a partir dos anos 90 (GIACOMELLO, 2013, p. 1). Nesse aspecto, é interessante notar que estrutura hierárquica do mercado do tráfico reproduz aquela observada no mercado formal de trabalho, ou seja, de maneira geral, as mulheres ocupam os postos mais baixos dentro da cadeia delitiva, desempenhando atividades secundárias e inferiorizadas (CORTINA, 2015, p. 767).

Mais do que isso, além de a estrutura hierárquica do tráfico se caracterizar por valores machistas e de liderança predominantemente masculina, em muitos casos os parceiros homens desempenham papel fundamental no processo de recrutamento das mulheres (GIACOMELLO, 2013, p. 7), havendo, inclusive, estudos indicativos de que diversas prisões de mulheres são efetuadas em operações que tinham como foco, em realidade, seus parceiros ou familiares (BORGES, 2019, p. 66-67).

Portanto, o papel reservado habitualmente às mulheres no tráfico é secundário (ASSIS; CONSTANTINO, 2001, p. 156). Por conseguinte, a política de guerra às drogas, que acaba tendo como alvo os elos mais fracos dentro do mercado do tráfico, atinge principalmente as mulheres, aí incluídas as adolescentes do gênero feminino, sobretudo negras e periféricas, como visto quando tratado sobre o perfil das meninas em cumprimento de medida.

Neste contexto, se por um lado a prática delitiva na adolescência é um fenômeno comum e, em certa medida, esperado (SHECAIRA, 2015, p. 64-65; ROSA, 2006, p. 281-282), por outro não se pode desconsiderar que nem todo adolescente é, de fato, alcançado pelo sistema infracional. Assim, resta evidente que o rótulo de adolescente infrator, seja do gênero feminino ou masculino, reflete “as desigualdades estruturais das relações econômicas e sociais, que garantem e legitimam uma ordem social injusta” (SANTOS, 2016, p. 90), notadamente no que tange às componentes de classe, raça e gênero.



Há, portanto, o que Diniz (2017, p. 13) chama de uma “menina típica à unidade de internação”: possui entre 15 e 17 anos, se declara de cor parda ou preta e não chegou a concluir o ensino fundamental. Ainda, é frequentemente apreendida por ato infracional análogo ao tráfico de drogas e, por vezes, possui registro anterior de cumprimento de medida socioeducativa. Com efeito, é notório o padrão de vulnerabilidade que acompanha o processo de seleção da adolescente pelo sistema socioeducativo.

O rótulo de “infratora”

Outro elemento crucial na trajetória dessas adolescentes, que reflete também a vulnerabilidade a que elas se submetem, é, para além de outras formas de violência aludidas anteriormente, o seu processo de vitimização emocional, sendo uma de suas formas mais comuns a rejeição (ASSIS; CONSTANTINO, 2001, p. 99). Nesse aspecto, as autoras ressaltam que é manifesta a preferência das genitoras das meninas rotuladas infradoras por outros filhos, em via de regra homens, ou mulheres com “o típico perfil feminino e doméstico” (ASSIS; CONSTANTINO, 2001, p. 103).

É interessante notar, contudo, que em que pese essa manifesta rejeição e exclusão, de todo modo impera, com frequência, sentimento de culpa por parte da adolescente responsabilizada pela prática de ato infracional, em razão do sofrimento que teria causado à família (ASSIS; CONSTANTINO, 2001, p. 110).

Em realidade, a culpa dessas meninas aparece de forma recorrente: seja em relação ao processo de internalização da “dupla moral” pelas adolescentes, mencionado no item anterior; por não cumprirem as expectativas maternas (ASSIS; CONSTANTINO, 2001, p. 57); ou, ainda, por se considerarem causadoras dos atos violentos contra elas praticados (ASSIS; CONSTANTINO, 2001, p. 116-117). Por outro lado, recai sobre a mãe a culpa pelos atos da filha, isentando-se os demais familiares desta responsabilidade (ASSIS; CONSTANTINO, 2001, p. 59).

Nesse aspecto, o próprio processo de socialização feminina ajuda a compreender esse sentimento de culpa que recai tanto sobre a adolescente quanto sobre sua genitora. Isso porque a mulher ideal é aquela que é submissa (BEAUVOIR, 1970, p. 247), dedicando-se integralmente ao marido, aos filhos, ao lar e, em suma, ao papel de gênero que lhe é imposto. Logo, a partir do momento em que este dever para com a família deixa de ser atendido, a mulher passa a ser considerada a responsável e, reproduzindo esse estigma que lhe foi ensinado, também ela própria pode se enxergar como culpada.

Como consequência disso, conforme ressaltado por Chernicharo e Boiteux (2014, p. 4-5), em relação ao encarceramento feminino, existe certa continuidade entre a violência sofrida em casa e na cadeia. Assim, esta se configura como “apenas mais um (sic) faceta das múltiplas violências sofridas por estas mulheres ao longo da vida”, notadamente diante da penalização ainda maior destas em decorrência do gênero. Ou seja, em adição à atribuição do rótulo de “criminoso”, que já produz importantes consequências com relação aos homens, Pereira e Ávila (2013) destacam que esta mulher também acaba sendo vista como irresponsável, uma vez que



agiria sem pensar na família, e, ainda, perde sua feminilidade, posto que a conduta praticada seria socialmente atribuída ao gênero oposto.

De igual modo, e pelas mesmas razões, fenômeno semelhante é observado no âmbito do sistema socioeducativo, incidindo sobre as meninas uma dupla reprovação, eis que “além do ato infracional, sobre ela recai a decepção por ter descumprido os papéis de mãe, irmã, esposa e filha” (GARCIA; GONÇALVES, 2019, p. 11). Portanto, quando o ato infracional é praticado por adolescente do gênero feminino, tal comportamento assume gravidade ainda mais acentuada, já que

Elas sofrem por estarem excluídas da sociedade e por serem internamente excluídas pela própria família. Muitas delas dizem que a família está muito decepcionada e outras dizem que têm medo de como será a relação com os pais quando voltarem pra casa. Talvez por isso elas queiram passar uma imagem de fragilidade, docilidade, algo que convenceria não só os pais de sua reabilitação como os funcionários da instituição. (BRASIL, 2015a, p. 159)

Com efeito, para além do estigma decorrente da prática do ato infracional, por si só, o desvio praticado pelas adolescentes do gênero feminino assume peculiar reprovabilidade, o que produz efeitos, inclusive, durante a execução da medida de internação, como será aprofundado adiante.

Por outro lado, merece destaque também o fato de que o próprio tratamento conferido pelos agentes socioeducativos às adolescentes também reflete esse estereótipo de “infratora”. Nesse sentido, “o rumor de que as meninas são mais cruéis no crime e mais insubordinadas nas cadeias é conversa corrente na boca de agentes de segurança ou especialistas psicossociais” (DINIZ, 2017, p. 17), sendo consideradas, pois, “mais agressivas e de mais difícil relacionamento” (ASSIS; CONSTANTINO, 2001, p. 187) do que os internos do gênero masculino.

Esse rótulo, em certa medida, se assemelha àquele atribuído às mulheres no século XIX, durante as primeiras tentativas de compreensão do fenômeno da delinquência feminina pela criminologia. Neste momento, segundo Assis e Constantino (2001, p. 28), acreditava-se que as emoções, a falta de confiabilidade e o desvio seriam determinados por questões hormonais, bem como pelo papel reprodutor das mulheres. Além disso, destacam que “as mulheres também eram rotuladas como ciumentas e vingativas, corpulentas ou masculinas, moralmente deficientes”.

Desta forma, o rótulo de “infratora”, para além do estigma decorrente da prática do ato infracional, implica também um segundo nível de reprovação, decorrente do descumprimento dos papéis de gênero socialmente estabelecidos. Por conseguinte, a maior gravidade atribuída à conduta da adolescente possui diversas implicações, seja no tratamento conferido pelos agentes socioeducativos e pela própria família, ou até mesmo na execução das medidas de restrição e privação de liberdade.

A execução das medidas de restrição e privação de liberdade



Em se tratando de uma instituição total, isto é, na qual “diferentes aspectos da vida serão vividos no mesmo espaço e tempo por todas as pessoas” (DINIZ, 2017, p. 31), e “por meio de um plano racional único” (ASSIS; CONSTANTINO, 2001, p. 192), é imprescindível analisar em que medida a própria estrutura da unidade de internação, bem como as atividades nela disponíveis, reforça e reproduz os estigmas de gênero.

De início, quanto aos cursos profissionalizantes disponibilizados às adolescentes, as atividades de capacitação profissional desenvolvidas dentro das unidades de internação femininas estão geralmente ligadas, de acordo com pesquisa realizada pelo CNJ (BRASIL, 2015a, p. 209), a comportamentos e tarefas associados ao papel socialmente atribuído às mulheres, como cursos de cabeleireiro, lavagem de roupas, artesanato, culinária e costura.

A título de exemplo, no Rio Grande do Sul, um dos estados em que as meninas possuíam mais opções de atividades, existia o “Projeto Minilanches”, em que as adolescentes cozinham lanches e sobremesas para serem vendidos nos dias de visitas. Havia, também, o “Projeto Lavanderia”, no qual as meninas lavavam as roupas de todo o complexo da Fase de Porto Alegre (BRASIL, 2015a, p. 72), dos adolescentes meninos, inclusive.

Por sua vez, em São Paulo, os cursos profissionalizantes mais comumente disponibilizados às meninas são de informática, culinária e maquiagem ou cabelo (BRASIL, 2015a, p. 73). Cumpre apontar que, conforme consta do próprio site da Fundação Casa³, para além destes cursos, haveria também opções nas áreas de administração, artesanato, construção e reparos, telemarketing, serviços (pintura, marcenaria, mecânica de motos, corte e costura) e esporte e lazer.

É certo que algumas limitações estruturais de cada unidade podem dificultar a disponibilização de atividades em todas essas áreas, a exemplo da marcenaria. Porém, de todo modo, a prevalência de cursos usualmente atrelados à feminilidade, com exceção da informática, pode sugerir que, para as adolescentes, talvez haja um maior incentivo à prática de tais atividades, em detrimento de outras que poderiam ser mais úteis como forma de se integrar à economia formal (GIACOMELLO, 2013, p. 19) após o cumprimento da medida.

Quanto à estrutura da unidade, bem como às especificidades requeridas para atender às necessidades das meninas, produtos de higiene pessoal, como sabonete, xampu, entre outros, quando são ofertados, o que nem sempre ocorre, costumam ser de má qualidade, de modo que as adolescentes que recebem visitas acabam, em geral, preferindo que seus familiares, levem esses produtos (BRASIL, 2015a, p. 123-128). Cumpre ressaltar, neste ponto, que há unidades em que não são sequer fornecidos absorventes íntimos (BRASIL, 2015a, p. 124).

Ainda, em relação à disponibilização de atendimento médico, são recorrentes os relatos de dificuldades para acessá-lo, sendo pouco frequente a presença de médicos. Ademais, há unidades nas quais nem mesmo existe local em que possam ser realizados os atendimentos, a exemplo do observado em Pernambuco (BRASIL, 2015a, p. 131).

Além disso, 37,5% das adolescentes possuem filhos, dos quais 50% têm entre 0 e 1 ano e 50% entre 1 e 3 anos (BRASIL, 2015a, p. 25), o que gera – ou deveria gerar – uma série de implicações na estrutura das unidades, como a necessidade de instalações médicas adequadas, área para as lactantes, creches, entre outros. Deve haver, ainda, medidas destinadas à



manutenção e fortalecimento dos laços com os filhos que vivem fora da instituição (GIACOMELLO, 2013, p. 20).

Nesse sentido, conquanto o Supremo Tribunal Federal⁴ tenha reconhecido direito à prisão domiciliar a todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, bem como às adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas na mesma situação, de todo modo permanece inalterada a imprescindibilidade a adequação física das unidades para receber os filhos das internas, sobretudo para os casos de inaplicabilidade do entendimento fixado no HC 143.641/SP. Na prática, todavia, as unidades carecem, de maneira geral, de estrutura para receber crianças, como berçários, creches ou brinquedotecas.

Uma das únicas unidades com estrutura específica para receber crianças de diversas idades é a Chiquinha Gonzaga, em São Paulo (BRASIL, 2015a, p. 210), na qual funciona o Programa de Acompanhamento Materno e Infantil (PAMI), criado em 2007, com objetivo de atender adolescentes gestantes com mais de 32 semanas de gravidez, bem como as adolescentes junto aos seus bebês, nascidos durante o cumprimento da medida de internação (SÃO PAULO, 2022, p. 93). Contudo, cabe anotar que as adolescentes do PAMI, localizado na unidade Chiquinha Gonzaga, ficam totalmente separadas das demais, tendo contato com as outras meninas somente durante as aulas da escola, depois do terceiro mês do nascimento dos filhos. As adolescentes informaram, ainda, que é proibida a comunicação das meninas do PAMI com as da internação regular, que seriam “más influências” (BRASIL, 2015a, p. 151-152).

Observa-se, assim, uma certa idealização da maternidade, que é enxergada como “elemento transformador na vida dessas meninas” (BRASIL, 2015a, p. 152). Não obstante, em realidade, a maternidade acaba se apresentando como projeto de vida alternativo de curto alcance, uma vez que

A realidade da maternidade solitária é um convite aos negócios fora da lei, pois a quase totalidade das meninas engravidaram de parceiros do crime ou de presos. Com baixa escolaridade, sem experiência no mundo do trabalho e com um passado em unidade de internação, as chances de um projeto de vida alternativo ao crime são escassas. (DINIZ, 2017, p. 52-53)

Ademais, em que pese a previsão do artigo 68 da Lei do Sinase⁵, bem como a Regra 27 das Regras de Bangkok⁶, em alguma das unidades, apenas os meninos são autorizados a receber visita íntima (GARCIA; GONÇALVES, 2019, p. 11). É válido apontar que, à época da pesquisa do CNJ, em nenhuma das unidades visitadas as adolescentes estavam autorizadas a receber visitas íntimas, a despeito de muitas possuírem companheiros (as) com os quais moravam e até mesmo tinham filhos (BRASIL, 2015a, p. 210).

Com efeito, a ausência das visitas íntimas acaba por contribuir para agravar o processo de exclusão e a solidão da adolescente, configurando uma das formas de privação da sua sexualidade. Ademais, não se pode olvidar que os direitos sexuais vão muito além da visita íntima, bem como do ato sexual em si. Nesse sentido, Leite (2012, p. 96-97) ressalta que quando a temática da sexualidade é abordada pelas instituições, a discussão se dá exclusivamente no âmbito da prevenção de DSTs e da gravidez, assumindo uma postura de controle repressivo sobre os corpos dos adolescentes.



Não obstante, uma vez reconhecida a condição do adolescente enquanto sujeito de direitos, os direitos sexuais constituem não um direito supérfluo, mas sim um direito básico, que deve integrar a construção da cidadania (LEITE, 2012, p. 99). Assim, conquanto usualmente o tratamento dos direitos sexuais seja abordado sob um viés negativo, com enfoque no enfrentamento da violência sexual, a sexualidade deve ser compreendida como “espaço de construção da subjetividade”, e, assim, “envolve afetividade, autonomia e liberdade” (GARCIA; GONÇALVES, 2019, p. 6).

Desta forma, a sexualidade não é enxergada como parte integrante da socioeducação, negando esta dimensão da vida do adolescente (GARCIA; GONÇALVES, 2019, p. 7). E, ainda, existe manifesta distinção entre as unidades masculinas e femininas do sistema socioeducativo, sobretudo porque a “tradicional vinculação entre sexualidade e reprodução faz com que as meninas sejam alvo maior de preocupações, pois seriam elas responsáveis pelo (malfadado) ‘problema da gravidez precoce’” (LEITE, 2012, p. 97). Em suma, Leite (2012, p. 97) conclui que a perspectiva de controle do exercício da sexualidade atinge em maior grau essas meninas, incidindo em relação aos meninos apenas no âmbito da homossexualidade e da transexualidade.

Para além da questão das visitas íntimas, o fator de gênero permite explicar também, segundo Giacomello (2015, p. 19-20), o motivo pelo qual os homens presos, assim como os adolescentes do gênero masculino, recebem com muito mais frequência visitas de suas mães, esposas e familiares de maneira geral.

É certo que, havendo menos unidades femininas do que masculinas, por vezes as adolescentes ficam confinadas em locais distantes de seu domicílio, o que afeta, por óbvio, as suas relações afetivas e laços familiares (GIACOMELLO, 2013, p. 18). Contudo, mesmo em lugares com maior número de estabelecimentos femininos, como São Paulo, de todo modo isso é observado:

Segundo funcionários que já trabalharam em unidades de adolescentes do sexo masculino e feminino, as meninas recebem bem menos visitas que os meninos, ainda que as famílias deles se encontrem na mesma condição financeira e territorial. As mães, dos meninos, de acordo com funcionários, parecem ser bem mais compreensivas com a situação. Já as mães de meninas, o contrário. Não costuma haver muita conversa entre as adolescentes e seus parentes, contam. (BRASIL, 2015, p. 158)

Assim, o principal fator que influencia esse progressivo abandono das mulheres e meninas em privação de liberdade por seus familiares e amigos é a convicção acerca daquilo que é socialmente adequado para uma mulher e de suas responsabilidades (GIACOMELLO, 2015, p. 19). Em outras palavras, em decorrência da dupla reprovação aludida no item anterior, quando a adolescente viola seu papel de mãe, irmã, esposa e filha, passando a “infratora”, além da medida socioeducativa que lhe é imposta, há também uma sanção social, materializada no seu abandono.

Desta forma, a perda afetiva é a mais sentida pelas adolescentes, “abandonadas pelos maridos, esquecidas pelos filhos, tendo nas mães o único vínculo com a sociedade” (ASSIS; CONSTANTINO, 2001, p. 184). Por isso, os próprios funcionários das unidades apontam a carência emocional das meninas (BRASIL, 2015, p. 191), verdadeiramente isoladas no sistema socioeducativo.



Considerações finais

A proteção das crianças e adolescentes, bem como o reconhecimento da sua condição peculiar como pessoas em desenvolvimento, são fenômenos recentes, introduzidos ao ordenamento jurídico brasileiro através da Constituição de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente (1990), e posteriormente complementados pela Lei do SINASE (2012). Até poucas décadas, portanto, as normas que regiam esta área eram fortemente marcadas pela discricionariedade e pelo autoritarismo, sobretudo durante a etapa tutelar.

Nesse cenário, a adoção da doutrina da proteção integral pela legislação constituiu marco basilar para o reconhecimento da criança e do adolescente enquanto sujeitos de direito, em um verdadeiro processo de construção da sua cidadania. No entanto, este processo está, como registrado por Méndez (2015, p. 21), somente se iniciando, tendo em vista que ainda prevalece a convivência paradoxal entre a doutrina da proteção integral, e, de outro lado, o paradigma adotado pelas antigas leis pautadas na doutrina da situação irregular.

Considerando que o Direito Infracional já é uma área pouco estudada e que esteve ligada a todo um processo histórico de judicialização da esfera social, a seletividade nesse âmbito em específico se apresenta como um grande problema no ordenamento jurídico pátrio, cenário este que adquire ainda maior relevância quando analisado, sob a perspectiva interseccional, pela ótica dos marcadores de gênero, classe social e raça.

Com efeito, a adoção do enfoque de gênero permite evidenciar uma das dimensões por meio da qual se manifestam esses resquícios de um discurso não apenas moralista, mas também de viés tutelar. Assim, ampliando as conclusões obtidas no âmbito da Criminologia Feminista, o presente estudo buscou demonstrar que, no sistema infracional, os estereótipos de gênero marcam toda a trajetória da adolescente rotulada como “infratora”, desde a sua socialização até o momento de cumprimento da medida em restrição e privação de liberdade.

Desta forma, ao intervir em relação às adolescentes que fogem do controle social informal voltado às mulheres, o Direito Infracional reflete a realidade social, notadamente os ideais patriarcais, e concorre para que estes sejam reproduzidos. Diante disso, o sistema socioeducativo, reforça e perpetua a desigualdade de gênero, que, antes mesmo da prática do ato infracional, já é um componente fundamental da vida das adolescentes alcançadas pelo sistema, as quais são frequentemente vítimas dos mais diversos tipos de violência – física, doméstica e sexual -, revelando um perfil de extrema vulnerabilidade.

E, uma vez verificado o desvio, os efeitos decorrentes das diferenciações de gênero só se acentuam, sobretudo por incidir sobre as meninas uma dupla reprovação, resultante não apenas do estigma advindo da prática do ato em si, mas também da decepção por ter descumprido os papéis de mãe, irmã, esposa e filha. Por conseguinte, a incorporação do rótulo de “infratora” implica também a vitimização emocional da adolescente, seja por parte da família, dos agentes socioeducativos e até mesmo de si própria.

Igualmente, durante o cumprimento da medida de restrição e privação de liberdade, estes estigmas tendem a ser também reproduzidos, seja por meio das atividades e cursos profissionalizantes disponibilizados às adolescentes, seja pela estrutura física da unidade,



despreparada para receber as especificidades das internas do gênero feminino, bem como dos eventuais filhos que estas possuam. De outro lado, é com base também em estereótipos de gênero que se exerce, em maior grau, o controle da sexualidade destas meninas, contribuindo ainda mais para o agravamento da solidão e do isolamento já observados devido à imposição de sanção social de abandono, consequente do descumprimento de suas responsabilidades enquanto mulher.

Diante de tudo isso, é certo que a doutrina da proteção integral preconiza o reconhecimento da criança e do adolescente enquanto sujeitos de direitos, que fazem jus à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento. Não obstante, a reprodução dos estigmas de gênero, que perpassa todo o sistema socioeducativo, como visto, é também uma forma de negar a essas adolescentes dimensão relevante de seus direitos humanos enquanto direitos de cidadania (LEITE, 2012, p. 92).

Como consequência, são frequentes as violações aos direitos fundamentais dessas adolescentes, contribuindo para a perpetuação do “menorismo” no âmbito infracional, em mais um exemplo manifesto do paradigma da ambiguidade em vigor. Logo, a proteção integral só poderá ser efetivamente garantida mediante a observância das estruturas de poder que permeiam o corpo social, sobretudo de classe, de raça e de gênero (NORKEVICIUS, 2020, p. 389), como demonstrado neste trabalho.

É evidente, assim, que, após quase setenta anos de vigência do direito tutelar e “menorista”, os marcos normativos que inauguram a mudança de paradigma decorrente da adoção da doutrina da proteção integral não correspondem à realidade, sendo, de acordo com Mendéz (2015, p. 19), muito melhores do que ela. Portanto, embora se reconheça que a Constituição e o ECA representaram um enorme passo para o reconhecimento da criança e do adolescente enquanto sujeito de direitos, ainda há um longo caminho a ser percorrido para que esses princípios sejam efetivados, inclusive em relação às adolescentes do gênero feminino.

Referências

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A soberania patriarcal: o sistema de justiça criminal no tratamento da violência sexual contra a mulher. **Revista Direito Público**, [S. l.], v. 4 n. 17, p. 52-75, 2007. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1300>>. Acesso em: 03 mar. 2024.

ASSIS, Simone Gonçalves de; CONSTANTINO, Patrícia. **Filhas do Mundo: infração juvenil feminina no rio de janeiro**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2001. Disponível em: <<https://static.scielo.org/scielobooks/vjcdj/pdf/assis-9788575413234.pdf>>. Acesso em: 05 mar. 2024.

ATHAYDE, Eliana. Natureza da medida sócio-educativa. **Justiça Juvenil: a visão da ANCED sobre seus conceitos e práticas, em uma perspectiva dos direitos humanos**. São Paulo: ANCED, 2007. p. 21-25. Disponível em: <<https://www.crpsp.org/uploads/impresso/408/IOQCgpKkHaZwxqGDHEIIGslFWumnjwBz.pdf>>. Acesso em: 31 jan. 2024.



BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: Introdução à Sociologia do Direito Penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002. 256 p.

_____. “O paradigma do gênero: Da questão criminal à questão humana”. In: CAMPOS, Carmem Hein de (org.). **Criminologia e Feminismo**. Porto Alegre: Editora Sulina, 1999. p. 19-80.

BORGES, Juliana. **Encarceramento em massa**. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019. 144 p.

BRASIL, **Código de Menores** (1927). Decreto nº 17.943-A, de 12 de outubro de 1927. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/d17943a.htm>. Acesso em: 29 fev. 2024.

BRASIL, **Código de Menores** (1979). Lei Federal nº 6.697, de 10 de outubro de 1979. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/l6697.htm#:~:text=1%C2%BA%20Este%20C%C3%B3digo%20disp%C3%B5e%20sobre,nos%20casos%20expressos%20em%20lei>. Acesso em: 29 fev. 2024.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Casa Civil, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26 fev. 2024.

BRASIL. **Dos espaços aos direitos: a realidade da ressocialização na aplicação das medidas socioeducativas de internação das adolescentes do sexo feminino em conflito com a lei nas cinco regiões**. Coord. MELLO, Marília Montenegro Pessoa de. Pesquisadores BASTOS, Camila Arruda Vidal, et al. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015a. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/cb905d37b1c494f05afc1a14ed56d96b.pdf>>. Acesso em: 29 jan. 2024.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Brasília: 1990. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 26 fev. 2024.

BRASIL. **Lei nº 12.594, de 18 de janeiro de 2012**. Brasília: 2012. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12594.htm>. Acesso em: 26 fev. 2024.

BRASIL. Ministério dos Direitos Humanos. **Levantamento Anual SINASE 2017**. Brasília: Ministério dos Direitos Humanos, 2019. Disponível em: <<https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/crianca-e-adolescente/LevantamentoAnualdoSINASE2017.pdf>>. Acesso em 26 fev. 2024.

BRASIL. Ministério dos Direitos Humanos. **Levantamento Anual SINASE 2023**. Brasília: Ministério dos Direitos Humanos, 2023. Disponível em: <<https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/crianca-e-adolescente/LevantamentoSINASE2023.pdf>>. Acesso em 26 fev. 2024.

BRASIL. Secretaria dos Direitos Humanos. **Levantamento Anual SINASE 2013**. Brasília: Secretaria dos Direitos Humanos, 2015b. Disponível em:



<https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/crianca-e-adolescente/Levantamento_2013_junho2015_Verso_RestricaoPrivadaDeLiberdade.pdf?msckid=23a7738fbfe611ec977b6f89df778b2c>. Acesso em 26 fev. 2024.

CHERNICHARO, Luciana P.; BOITEUX, Luciana. Encarceramento Feminino, Seletividade Penal e Tráfico de Drogas em uma perspectiva feminista crítica. **Seminário Nacional de Estudos Prisionais**, 2014. Disponível em: <https://www.neip.info/upd_blob/0001/1566.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2024.

DINIZ, Debora. **Meninas fora da lei**: a medida socioeducativa de internação no Distrito Federal. Brasília: LetrasLivres, 2017. Disponível em: <http://ens.ceag.unb.br/sinase/ens2/images/Biblioteca/Livros_e_Artigos/Anis-Meninas-fora-da-lei-2017-2.pdf>. Acesso em: 29 jan. 2024.

FERRAZ, Hamilton Gonçalves. **A Culpabilidade no Direito Penal Juvenil**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

FOUCAULT, M. **Microfísica do poder** (1978). 13ª ed. Rio de Janeiro: Graal, 1998.

GARCIA, A. M.; GONÇALVES, H. S.. Sexualidade na Medida Socioeducativa de Internação: traçando Pistas por uma Revisão da Literatura. **Psicologia: Ciência e Profissão**, v. 39, p. e184463, 2019. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/pcp/a/tRSSYdNgzVdTbtxhqJ5Tspv/?lang=pt#>>. Acesso em: 18 mar. 2024.

GIACOMELLO, Corina. **Mujeres, delitos de drogas y sistemas penitenciarios en America Latina**. In: IDPC. Londres, 2013. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/congress/background-information/NGO/IDPC/IDPC-Briefing-Paper_Women-in-Latin-America_SPANISH.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2024.

LEITE, Vanessa. A sexualidade adolescente a partir de percepções de formuladores de políticas públicas: refletindo o ideário dos adolescentes sujeitos de direitos. **Psicologia Clínica**, v. 24, n. 1, p. 89–103, 2012. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/pc/a/6Q4wSJX7rDrZX5qX8rCJM3x/?lang=pt&format=pdf>>. Acesso em: 18 mar. 2024.

MACHADO, Érica Babini Lapa do Amaral; SILVA, Williams França da; SILVA, Andrielly Stephany Gutierrez. Sentenças de medida socioeducativa de internação e gênero. O olhar dos magistrados em Pernambuco sobre as adolescentes em conflito com a lei. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**. Curitiba. vol. 61, n. 2, 2016. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/download/42294/29063>>. Acesso em: 29 jan. 2024.

MÉNDEZ, Emilio García. Infância, lei e democracia: uma questão de justiça. **Revista Brasileira Adolescência e Conflitualidade**, v. 8, p. 1-22, jun. 2015.

NETO, Wanderlino Nogueira. Natureza da medida sócio-educativa. **Justiça Juvenil: a visão da ANCED sobre seus conceitos e práticas, em uma perspectiva dos direitos humanos**. São Paulo: ANCED, 2007. p. 39-47. Disponível em:



<<https://www.crsp.org/uploads/impresso/408/IOQCgpKkHaZwxqGDHEIIgslFWumnjwBz.pdf>>. Acesso em: 31 jan. 2024.

NORKEVICIUS, Douglas. O reforço aos estigmas de gênero: meninas no sistema socioeducativo brasileiro. **Delictae Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito**, v. 5, n. 9, p. 364-391, 2020. Disponível em: <<https://delictae.com.br/index.php/revista/article/view/139>> . Acesso em: 29 jan. 2024.

PEREIRA, Larissa Urruth; ÁVILA, Gustavo Noronha. **Política de drogas e aprisionamento feminino: o tráfico e o uso na lei de drogas**. Anais do IV Congresso Internacional de Ciências Criminais, Criminologia, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2013. Disponível em: <<https://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/IV/46.pdf>>. Acesso em: 23 mar. 2024.

ROSA, Alexandre Moraes da. Imposição de medidas socioeducativas: o adolescente como uma das faces do homo sacer (Agamben). In: Ilanud, ABMP, SEDH, UNFPA (orgs.). **Justiça, adolescente e ato infracional: socioeducação e responsabilização**. São Paulo: Ilanud, 2006. Disponível em: <https://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/BibliotecaDigital/BibDigitalLivros/TodosOsLivros/Justica-adolescente-e-ato-infracional.pdf>. Acesso em: 31 jan. 2024.

SANTOS, Juarez Cirino dos. O adolescente infrator e os direitos humanos. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, v. 2, n. 2, p. 90-99, maio 2016. Disponível em: <<https://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/issue/view/10/6>>. Acesso em: 13 mar. 2024.

SÃO PAULO (Estado). Secretaria da Justiça e Cidadania. **Caderno Universo Feminino na Fundação Casa**. São Paulo: Secretaria da Justiça e Cidadania, 2022. Disponível em: <https://fundacaocasa.sp.gov.br/wp-content/uploads/2022/03/Caderno_Genero_Feminino.pdf>. Acesso em: 14 mar. 2024.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Sistema de Garantias e o Direito Penal Juvenil**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SILVA, Antonio Fernando do Amaral e. A proteção como pretexto para o controle social arbitrário de adolescentes e a sobrevivência da doutrina da situação irregular. **Revista Jurisprudência Catarinense**. v. 25, n. 87. p. 3-14. Florianópolis: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, jul./set. 1999. Disponível em: <<https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/92548>>. Acesso em 29 jan. 2024.

BEAUVOIR, Simone de. **O Segundo Sexo**. 4. ed. São Paulo: Difusão Europeia do Livro, 1970.

SPOSATO, Karyna Batista. **Elementos para uma Teoria da Responsabilidade Penal de Adolescentes**. 2011. 239 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2011. Disponível em:



<<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/15283/1/Tese%20-%20Karyna%20Batista%20Sposato.pdf>>. Acesso em: 29 jan. 2024.

¹ No artigo 2º, considerava-se em “situação irregular” o menor: “I - privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que eventualmente, em razão de: a) falta, ação ou omissão dos pais ou responsável; b) manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las; II - vítima de maus tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável; III - em perigo moral, devido a: a) encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes; b) exploração em atividade contrária aos bons costumes; IV - privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável; V - Com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária; VI - autor de infração penal.”

² Nesse contexto, tendo em vista a conotação pejorativa assumida em função das legislações anteriores, o termo “menor” deixou de ser utilizado, passando-se a adotar a terminologia “crianças e adolescentes”.

³ Disponível em: <<https://fundacaocasa.sp.gov.br/index.php/iniciacao-profissional/>>. Acesso em: 14 mar. 2024.

⁴ HC 143641, Relator(a): Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 20-02-2018, Processo eletrônico DJe-215 Divulg 08-10-2018 Public 09-10-2018.

⁵ Art. 68. É assegurado ao adolescente casado ou que viva, comprovadamente, em união estável o direito à visita íntima.

⁶ “Onde visitas íntimas forem permitidas, mulheres presas terão acesso a este direito do mesmo modo que os homens.”



AS FRAGILIDADES DE UMA POLÍTICA CRIMINAL PREVENTIVA E MULTIDISCIPLINAR: ANÁLISE DO PROGRAMA DE BRAÇOS ABERTOS

THE WEAKNESSES OF A PREVENTIVE AND MULTIDISCIPLINAR CRIMINAL POLICY: ANALYSIS OF THE PROGRAM DE BRAÇOS ABERTOS

Ana Paula Chrispiniano

Pós-graduada em Ciências Criminais pela EDEPE

paulachrispiniano@hotmail.com

RESUMO

A política pública De Braços Abertos, criada pela Prefeitura de São Paulo em 2014, atuou no uso de crack na região da “Cracolândia”. Foi um diferencial com relação às ações anteriores, normalmente pautadas na internação compulsória, violência policial e encarceramento de pequenos traficantes, trabalhando o problema como questão de saúde pública e social. Focou na redução de danos, na dignidade da pessoa humana e na cidadania. O governo remunerava os usuários por serviços, como limpeza das ruas. A contrapartida eram exames de saúde e encontros com assistentes sociais. A vida breve dessa política interessante e eficaz foi o que motivou esse trabalho. Primeiro, entende-se o que é uma política criminal e como ela se relaciona com o conceito de política pública. Depois, reportagens da época e trabalhos acadêmicos dão um panorama do processo de criação do De Braços Abertos e dos desafios para dar sustentabilidade ao programa, que durou apenas um mandato. O populismo penal e a sanha punitivista foram fatais para uma iniciativa que tentou fazer diferente. Reforçar a democracia, pensar em alternativas à mídia sensacionalista e diminuir as desigualdades sociais são caminhos possíveis para que projetos como o De Braços Abertos tenham mais sustentabilidade e êxito.

Campo de estudo: Direito Penal. Política Criminal. Políticas Públicas.

Palavras-chave: Política criminal. Políticas públicas. Populismo penal.

ABSTRACT

The public policy De Braços Abertos, created by the city of São Paulo in 2014, acted on the use of crack in the “Cracolândia” region. It was a difference in relation to previous actions, normally based on compulsory hospitalization, police violence and incarceration of small drug dealers, addressing the problem as a public and social health issue. It focused on harm reduction, human dignity and citizenship. The government paid users for services, such as street cleaning. The counterpart was health checks and meetings with social workers. The brief life of this interesting and effective policy was what motivated this work. First, we understand what a criminal policy is and how it relates to the concept of public policy. Afterwards, reports from the time and academic works give an overview of the process of creating De Braços Abertos and the challenges of ensuring sustainability for the program, which lasted only one term. Penal populism and punitive anger were fatal to an initiative that tried to do something different. Strengthening democracy,



thinking about alternatives to sensationalist media and reducing social inequalities are possible ways for projects like De Braços Abertos to be more sustainable and successful.

Keywords: *Criminal Policy. Public policy. Penal Populism.*

INTRODUÇÃO

Esse trabalho pretende analisar a política pública De Braços Abertos, criada pela Prefeitura de São Paulo em 2014. O programa foi concebido para atuar no uso de crack na região do centro da cidade, conhecida como “Cracolândia”. O que faz dessa política um interessante objeto de estudo é o fato dela ter sido um diferencial com relação às ações anteriores promovidas pelo poder público nesse território.

Para sua elaboração, o programa De Braços Abertos promoveu a escuta da população afetada e trabalhou o problema mais como questão de saúde pública e social do que de segurança e criminalidade. A prefeitura envolveu diversas secretarias em uma rara ação multidisciplinar. Além disso, o foco era a redução de danos, a dignidade da pessoa humana e a cidadania. Em um ato ousado, o governo remunerava os usuários por serviços de manutenção da região, como por exemplo a limpeza das ruas. A única contrapartida era que o cidadão participasse do programa, sendo submetido a exames periódicos de saúde e encontros com assistentes sociais.

Com isso, a política De Braços Abertos enfrenta a questão da droga de forma alternativa e inovadora. Isso porque, o que se vê em toda a história da região, e ainda hoje, são projetos de internação compulsória, violência policial e encarceramento de pequenos traficantes, que na sua maioria usam dessa prática como forma de financiar o vício.

A vida breve de uma política pública tão interessante e eficaz foi o que motivou esse trabalho. Por que o programa De Braços Abertos não teve continuidade? Como essa política se fragilizou e foi facilmente descontinuada? Onde ela se encaixa historicamente dentro das políticas criminais? Como a Cracolândia surgiu e por que ela se tornou símbolo de pânico social na cidade? O que poderia ter sido feito de diferente para dar sustentabilidade ao programa?

Para tentar entender todas essas questões, primeiramente será colocado, de forma breve e sem a pretensão de esgotar o tema, o que são as políticas criminais e como as teorias mais avançadas estão relacionando a política criminal à política pública. Dentro deste panorama, vamos tentar descobrir onde o programa De Braços Abertos se insere.

Em seguida, a ideia é posicionar o programa dentro do histórico de políticas públicas já criadas para enfrentar o crack no centro de São Paulo e, de forma breve, trazer o histórico da região e como ela se tornou conhecida como “Cracolândia”.

Após uma análise do que foi a política De Braços Abertos, a pesquisa pretende abordar suas fragilidades, tentando descobrir quais pontos foram determinantes para que, logo após a mudança de governo, o novo gestor tivesse como uma de suas primeiras ações o encerramento do programa.

Para concluir a pesquisa, a ideia é apontar possíveis caminhos no intuito de “fazer diferente”, isto é, seria possível dar sustentabilidade a políticas públicas, principalmente aquelas com viés de política criminal, como foi o caso do De Braços Abertos? Como fortalecer iniciativas que vão contra a corrente do populismo penal? De que forma construir uma sociedade que entenda



que as soluções meramente punitivistas e o encarceramento em massa não darão conta dos nossos problemas?

1 MODELOS DE POLÍTICA CRIMINAL E POLÍTICA CRIMINAL COMO POLÍTICA PÚBLICA

De acordo com a jurista francesa Mireille Delmas-Marty (2004 *apud* STRANO, 2021, p.65), política criminal “compreende o conjunto de procedimentos pelos quais o corpo social organiza as respostas ao fenômeno criminal, aparecendo, portanto, como teoria e prática das diferentes formas de controle social”.

Segundo Rafael Strano (2021, p. 68-69). na tese “Política criminal e política pública”, pode-se imputar “ao italiano Cesare Beccaria (1764), com a obra *Dos Delitos e das Penas*, a condição de fundador da política criminal.”

Destaca-se:

Tamarit Summalla afirma que, embora Beccaria não tenha utilizado a expressão política criminal, *Dos delitos e das penas* fundava-se em uma racionalidade pragmática e uma visão secular da realidade social, sendo a obra pioneira em relação ao modo de conceber a reação social ao crime. Com efeito, ao propor a extensão do ideário ilustrado para o âmbito do sistema punitivo, Beccaria criou uma política criminal iluminista. (STRANO, 2021, p. 68, 69).

Foi o jurista alemão Franz Von List, no final do século XIX, quem fez a classificação das Ciências Criminais em um modelo de ciência penal global, isolando a Política Criminal do Direito Penal e da Criminologia, com o intuito de evitar “a ‘contaminação’ do direito penal e da criminologia pela política, no caso, a política criminal. Seriam, pois, disciplinas neutras que se comunicariam com aquela, mas respeitando a respectivas autonomias.” (STRANO, 2021, p. 67). Cada ciência, portanto, possuiria objeto, método e finalidade diferentes, sendo ciências independentes entre si.

1.1 DEFESA SOCIAL E NOVA DEFESA SOCIAL

O primeiro modelo teórico de política criminal é o da Defesa Social, surgido no final da Segunda Guerra através do professor italiano Filippo Gramática com a criação do Centro de Estudos de Defesa Social. Esse movimento defendeu a reforma estatal com a revisão de suas estruturas sociais juntamente com a de suas instituições e órgãos jurídico-penais.

Sob influência humanista, argumentava que a prevenção era a melhor solução para a criminalidade e que a função punitivo-retributiva do Direito Penal devia ser extinta, visando a proteção da dignidade da pessoa humana. Em síntese, esse movimento visava promover a proteção da sociedade e a punição, não somente como castigo, mas como reeducação. Nota-se:

[...] a Defesa Social Social seria um sistema substitutivo do Direito Penal, não havendo espaço para o Direito Penal e a Defesa Social. É o que se deduz da obra “*Principio di Difesa Sociale*”, publicada em 1961, quando se refere a um “direito de defesa social” que deveria substituir o Direito Penal existente. (HERREIRA, 1995, p. 22).



Em 1954, a Defesa Social foi transformada em Nova Defesa Social com a publicação do livro “La Défense Sociale Nouvelle”, de Marc Ancel. O jurista francês buscou a transformação e a humanização do direito penal em vez da sua eliminação. Tanto Gramatica quanto Ancel são muito criticados pelo discurso positivista com relação à pessoa que pratica crimes, ensejando um direito penal do autor. Veja-se:

As ideias defendidas pelo movimento sempre estiveram impregnadas da negação aos princípios da legalidade dos delitos e das penas, embora seu discurso se apresente envernizado com uma posição contrária à repressão e à punição. É que para punir exige-se a prática de um crime. Então, para punir sem crime era preciso criar outra nomenclatura e outra lógica para a justiça criminal, onde o sujeito não seria julgado pelo fato-crime praticado, mas de acordo com a “periculosidade”, “temibilidade” ou “anti-socialidade” de sua personalidade. (MIRANDA; CARDOSO, 2019, p. 4).

1.2 TOLERÂNCIA ZERO

O movimento Tolerância Zero tem sua origem nos EUA dos anos 80, em um artigo escrito pelo cientista político James Q. Wilson em parceria com o psicólogo criminalista George Kelling, intitulado “Broken Windows: the police and neighborhood safety”. Ele traz o conceito inicial desse movimento, que se baseia na teoria das “janelas quebradas”, que é assim explicada pelo professor Sérgio Salomão Shecaira (2009, p. 166):

Dois carros foram abandonados, sem placas, com o capô aberto em duas ruas de diferentes cidades. Uma, em Palo Alto, Califórnia. Outra no Bronx, Nova York. O carro parado no bairro do Bronx é imediatamente depenado, em não mais que 10 minutos. Os primeiros a chegar ao veículo foram pai, mãe e um filho (de uma mesma família) que levaram o radiador e a bateria. Em pouco tempo, o carro foi totalmente depredado. Em um prazo de vinte e quatro horas o carro servia de playground para as crianças. A maior parte dos vândalos estava bem-vestida, e eram brancos. O carro, nas mesmas condições, estacionado em um bairro de elite em Palo Alto, não foi tocado no prazo de uma semana. O pesquisador, então, destruiu uma janela do veículo com um martelo e em poucas horas o veículo foi igualmente depenado. Isto foi feito, da mesma forma, por pessoas brancas aparentemente respeitáveis. Segundo os autores, a explicação da diferença das posturas das comunidades explica-se pela sensação de anomia no Bronx, pela frequência com que carros são abandonados, coisas são roubadas e pela anterior experiência de vandalismo por quem conhece que ali “ninguém dá bola” para as coisas.

Essa experiência foi o que determinou a ideia central dessa política criminal que consistia em punir severamente todas as infrações, por menores que fossem, pois isso teoricamente evitaria crimes mais graves, ou seja, a ideia é de tolerância zero no combate à criminalidade.

A Tolerância Zero também foi a gestora de outro movimento, o da Lei e Ordem, que prega o aumento e o agravamento das penas, acreditando que essa lógica punitiva e retributiva seria a solução para o aumento da criminalidade nos anos 70, nos EUA. Esse movimento também se alimenta da mídia de massa, que através do populismo penal cobra do Estado um aumento da punição, propondo o encarceramento como solução para a questão criminal. Destaca-se:



Os defensores deste pensamento partem do pressuposto dicotômico de que a sociedade está dividida em homens bons e maus. A violência destes só poderá ser controlada através de leis severas, que imponham longas penas privativas de liberdade, quando não a morte. Estes seriam os únicos meios de controle efetivo da criminalidade crescente, a única forma de intimidação e neutralização dos criminosos. Seria mais, permitiria fazer justiça às vítimas e aos “homens de bem”, ou seja, àqueles que não cometem delitos. (SHECAIRA, 2009, p. 170).

As críticas aos movimentos de Tolerância Zero e Lei e Ordem apontam como consequência o super encarceramento e a ineficácia na prevenção do crime. Explica-se:

Cortam-se os serviços públicos assistenciais ou são eles privatizados, diminuem-se os direitos trabalhistas e sociais, quebram-se os poderes sindicais, enfim, há um desmonte do Estado Social para se ter, no lugar, um Estado Penal. Os indivíduos excluídos deixam de ser funcionais para a economia capitalista, tornando-se até mesmo obstáculo ao bom funcionamento dos negócios e do turismo. A lógica de recolher mendigos para abrigos, localizados longe das áreas mais valorizadas e frequentadas por turistas, explica-se nesse contexto. Hordas de disfuncionais precisam ser punidos, não tanto pelos supostos efeitos dissuasórios da pena (prevenção geral), mas porque a função da pena se esgota na punição enquanto neutralização e exclusão. (SHECAIRA, 2009, p. 171, 172).

1.3 POLÍTICA CRIMINAL ALTERNATIVA

Antes de conceituar a política criminal alternativa, é preciso discorrer um pouco sobre a Criminologia Crítica, que foi a teoria que antecedeu esse novo modelo de política criminal.

A Criminologia Crítica foi uma mudança de paradigma importantíssima na forma de enxergar e estudar o criminoso e a criminalidade. Nota-se:

A Criminologia crítica com raízes na fenomenologia interacionista do labelling approach e nas categorias do materialismo histórico-dialético se caracteriza pela mudança do objeto e do método de estudo do objeto, em face da Criminologia etiológica que possuía como objeto de estudo o criminoso e a criminalidade, baseada em defeitos pessoais, como realidades ontológicas preexistentes ao sistema de justiça criminal e explicados pelo método positivista de causas biológicas, psicológicas, ecológicas e sociais. A passagem do estudo do crime e da criminalidade para o processo de criminalização permite abordar o Direito Penal e o sistema de justiça criminal como objeto de crítica da Criminologia, a ser entendida em seu viés crítico como sociologia do Direito Penal. (ALMEIDA JUNIOR, 2011, p. 87).

Olhar o Direito Penal por esse viés ensejou uma visão crítica do próprio sistema capitalista e da forma como o sistema punitivo lhe é inerente e parte integrante dele, sendo usado para sua sustentação, inclusive.

Destaca-se:

Se o processo de criminalização é o mais poderoso mecanismo de reprodução das relações de desigualdade no capitalismo, a luta por uma sociedade democrática e igualitária seria inseparável da luta pela superação do sistema penal - mas, paradoxalmente, também seria inseparável da defesa do direito penal: contra os ataques às garantias legais e processuais; contra o próprio



direito penal, para conter e reduzir a área de penalização e os efeitos de marginalização e divisão social, e através do direito penal, ainda uma resposta legítima para solução de determinados problemas. (ALMEIDA JUNIOR, 2011, p. 89 apud SANTOS, 2002, p. 18).

Seguindo essa linha de raciocínio, a desigualdade social, outra característica inerente ao sistema capitalista, é também base de sustentação do Direito Penal. Porém, a imensa maioria dos programas de política criminal não são elaborados com o objetivo de reduzir essas desigualdades, mas de aumentar penas e contribuir para o super encarceramento. Veja-se:

Na América Latina, e de modo geral, nas sociedades capitalistas contemporâneas, especialmente nos países periféricos, a política criminal do Estado exclui políticas públicas e sociais de emprego, salário digno, saúde, educação, moradia, entre outras, como programas oficiais capazes de reduzir ou alterar as condições sociais de pobreza, fome, miséria e desemprego da população marginalizada do mercado de trabalho, as quais constituem condições estruturais do crime e da criminalidade. (ALMEIDA JUNIOR., 2011, p. 94).

Além de uma política criminal que foque na questão social, reduzindo a desigualdade, o modelo alternativo propõe outras medidas. Primeiro, seria preciso a aplicação de um Direito Penal Mínimo, descriminalizando e reduzindo as penas dos crimes que mais lotam as prisões, como, por exemplo, os patrimoniais e os conexos à questão das drogas, como forma de reduzir o super encarceramento.

A política criminal alternativa propõe também uma ofensiva midiática contra hegemônica para propor o debate junto à opinião pública. Esse é um aspecto importante nesse modelo, pois o discurso dos meios de comunicação de massa é predominantemente formado pelos argumentos da política da Tolerância Zero e do Movimento de Lei e Ordem. Seria inviável, portanto, politicamente, implantar o modelo alternativo sem um trabalho de mobilização de um discurso também alternativo para a população.

Essas premissas são colocadas de forma mais detalhada e clara nas palavras de Reinaldo Santos de Almeida Junior na dissertação “A política criminal alternativa: a proteção libertária de bens jurídicos na vida concreta da América Latina”. São elas:

- a) A inserção do problema do desvio e da criminalidade na análise da estrutura geral da sociedade capitalista que impõe a distinção entre política penal, como resposta punitiva do Estado à violação da norma penal, e política criminal, como política de transformação social e institucional;
- b) A crítica do direito penal como direito desigual e como obra radical de contração ao máximo do sistema punitivo, com a exclusão total ou parcial de inumeráveis setores que abarrotam os códigos penais sob uma concepção autoritária e fascista de Estado e de despenalização com a substituição das sanções penais por formas de controle legal não-estigmatizantes;
- c) Uma análise realista e radical das funções efetivamente realizadas pelo cárcere, que visa a sua abolição, porém, compreende táticas de ampliação do sistema de medidas alternativas, de suspensão condicional da pena e de liberdade condicional, e que postula a abertura da prisão para a integração comunitária, como política de reinserção social;
- d) Promover uma batalha cultural e ideológica para o desenvolvimento de uma consciência alternativa no campo do desvio e da criminalidade, sob uma perspectiva contra hegemônica em relação ao conceito de opinião pública e



suas teorias do senso comum que produzem campanhas de lei e ordem (ALMEIDA JUNIOR, 2011, p. 124-126).

As premissas desse modelo alternativo já se aproximam mais de uma visão de política criminal como política pública, que é onde esse artigo pretende chegar.

1.4 – POLÍTICA CRIMINAL COMO POLÍTICA PÚBLICA

Primeiramente, é preciso entender a origem do conceito de política pública, área do conhecimento surgida na primeira metade do século XX, nos EUA. Nas palavras da jurista Celina de Souza:

A política pública enquanto área de conhecimento e disciplina acadêmica nasce nos EUA, rompendo ou pulando as etapas seguidas pela tradição europeia de estudos e pesquisas nessa área, que se concentravam, então, mais na análise sobre o Estado e suas instituições do que na produção dos governos. Assim, na Europa, a área de política pública vai surgir como um desdobramento dos trabalhos baseados em teorias explicativas sobre o papel do Estado e de uma das mais importantes instituições do Estado - o governo -, produtor, por excelência, de políticas públicas. Nos EUA, ao contrário, a área surge no mundo acadêmico sem estabelecer relações com as bases teóricas sobre o papel do Estado, passando direto para a ênfase nos estudos sobre a ação dos governos. (SOUZA, 2006, p. 2, 3).

Celina Souza (2006, p.3). complementa explicando que a consolidação dos estudos de política pública se deu sob o pressuposto analítico de que “em democracias estáveis, aquilo que o governo faz ou deixa de fazer é passível de ser formulado cientificamente e analisado por pesquisadores independentes.”

Mas como a política criminal e a política pública se conectam? A grande questão é que muitas vezes se enxerga política criminal apenas quando se edita uma lei criando um crime ou para aumentar as penas. Esse pensamento populista traz muito de um objetivo eleitoral e carrega em si o conceito positivista sobre a figura do crime e do combate à criminalidade.

Na concepção de Nilo Batista (1990, p.3)., a criminologia positivista encara “os indivíduos que desrespeitam a ordem legal (os delinquentes) como possuindo predisposição ao comportamento delituoso, de modo que as “causas da criminalidade” recairiam sempre sobre o sujeito.” Dessa forma, encarar política criminal como política pública seria abandonar o paradigma positivista. Destaca-se:

Cabe pensar que nos próximos anos serão mais os cientistas políticos que se aproximarão da política criminal, porque o certo é que até o presente predomina o velho conceito positivista da mesma porque estes não repararam seriamente neste aspecto de sua própria disciplina, a que só tende a conceber como parte de um discurso com efeito eleitoral e de governabilidade, sem que se tenha produzido trabalhos importantes sobre engenharia institucional neste campo. (ZAFFARONI, 2000, p. 252 *apud* FERREIRA, 2017, p. 47).

A construção de uma política criminal como política pública seria determinante para diminuir o super encarceramento e efetivamente tratar a criminalidade de modo preventivo.



Em sua tese de doutorado “Política Criminal e Política Pública”, o jurista Rafael Strano discorreu sobre as bases teóricas para se pensar essa conexão, como quando aponta um excerto do trabalho da teórica portuguesa Teresa Sousa (2009, p.148 *apud* STRANO, 2021, p. 102, 103).

As políticas públicas não são mais do que o Estado em ação, na qualidade de sujeito atuante, numa lógica de adequação das suas funções às necessidades coletivas. Tanto a política criminal como a política de segurança são políticas públicas, em sentido lato, tomando como critério o facto de emanarem de autoridades governativas. E, acrescentamos nós, são públicas numa outra dupla dimensão: porque têm como destinatários a sociedade politicamente organizada (o público) e são – no, também, por contraponto ao que é ‘privado’, reservado, secreto ou inacessível. Este entendimento da ‘dimensão pública’ das políticas criminais e de segurança não é inócuo do ponto de vista da visibilidade e da transparência do discurso em torno das mesmas. Vale isto por dizer que, tais questões deverão ter um eco na comunidade, devendo ser discutidas e debatidas de forma alargada na comunicação social, mas também nas universidades, nos centros de investigação e em todos os organismos da sociedade com estas relacionados. Esta concepção poliédrica da actuação pública do Estado em matéria de segurança e de política criminal é que lhe outorga a legitimidade para se impor como sujeito actuante na res pública.

Strano também cita um artigo de 2003 que fala da importância da produção de políticas criminais baseadas na ciência em substituição “à tradicional política criminal baseada em pânico morais e cuja formulação é mediada pela imprensa.” (ISRAEL, 2003, p.1-3 *apud* STRANO, 2021, p.99). E ainda:

Para os mencionados autores, uma vez que a questão criminal faz parte das preocupações, medos e do cotidiano da maior parte da população, inclusive moldando o comportamento desta, exsurge a consequência natural no sentido de que a população quer que algo seja feito em relação à questão, pleito este dirigido, em regra, para o sistema de justiça. Todavia, considerando que o sistema de justiça não opera de forma isolada, mas como resultado de um espectro mais amplo de circunstâncias (sociais, políticas e económicas) que resulta na formação da política criminal (crime policy) do país, afirmam que, “para entender o sistema de justiça criminal e as políticas por ele implementadas, é necessário entender o processo das políticas públicas e os fatores que o moldam. (STRANO, 2021, p. 101).

Portanto, para mudar o paradigma da política criminal é preciso trabalhar a percepção da população com relação às respostas do Estado ao crime. Isso quer dizer trabalhar uma diminuição do pânico social e focar em medidas preventivas e menos punitivas, demonstrando para essa mesma população que ao longo de décadas esse método tem sido aplicado sem sucesso.

Por outro lado, é importante aplicar as mesmas ferramentas avaliativas usadas nas políticas de educação, saúde etc., na hora de se instaurar uma política criminal. Veja-se

Com efeito, assim como a saúde, a educação, a moradia e o emprego, a questão criminal é mais um dos objetos que podem ser analisados pela óptica das políticas públicas [...] a política criminal foi sequestrada e tratada como irmã preterida do direito penal e da criminologia, mas, na verdade, a sua família é a das políticas públicas. (STRANO, 2021, p. 112).



O aparato de medidas que se unem ao pensamento de uma política criminal como política pública são inúmeros. Aliada à política de prevenção, pode-se pensar também em descriminalização de condutas, meios extrapenais de solução de conflitos etc. “Estas soluções são escassamente verificadas na realidade da política de gestão de conflitos brasileira, mas poderiam ser incluídas dentre as opções disponíveis e, portanto, integrariam o âmbito da disciplina.” (STRANO, 201, p.119).

É assim que se começa a conectar Política Criminal com Política Pública, já que o sistema de justiça não opera de forma isolada, mas como resultado de um espectro mais amplo de circunstâncias (sociais, políticas e econômicas). Portanto, assim como a saúde, a educação, a moradia e o emprego, a questão criminal é mais um dos objetos que podem ser analisados pela ótica das políticas públicas.

A partir desses conceitos, parte-se para a análise da política pública “De Braços Abertos”, implementada na Cracolândia da cidade de São Paulo em 2014. Esse programa pretendeu atacar a questão do crack através da multidisciplinariedade e da escuta da população afetada.

Com isso, “De Braços Abertos” se aproximou um pouco do conceito de uma política criminal alternativa. Porém, o modelo da tolerância zero também se fazia presente por questões políticas e pelo populismo penal que permeia todos os debates no âmbito criminal no país. A construção desse programa com toda a sua complexidade, seus aspectos positivos e negativos, é o que será abordado a partir de agora neste artigo.

2 BREVE HISTÓRICO DA CRACOLÂNDIA DE SÃO PAULO E ANÁLISE DO PROGRAMA DE BRAÇOS ABERTOS

Foi no final dos anos 80 que surgiram os primeiros relatos de uso de crack no Brasil, mais precisamente na região leste da cidade de São Paulo, em eventos que foram chamados de “paneladas de crack de São Mateus” (STRANO, 2016 *apud* UCHÔA, 1998, p. 53).

Após esse início na periferia de São Paulo, o uso de crack migrou para a região central, mais especificamente nos arredores da Estação da Luz, local que passou a ser conhecido como Cracolândia.

Não foi à toa que esse local tenha se tornado um espaço de consumo de crack. Desde a década de 50, a região da Estação da Luz passou por um processo de abandono e ficou conhecida como “boca do lixo”, de modo que já naquela época se relacionava a degradação da área à repressão policial.

Explica-se:

1953. Decreto governamental põe fim às atividades do meretrício, até então oficialmente confinado no bairro do Bom Retiro [...]. A dureza da lei e, também, por que não dizer, a dos casseteres que a representavam, ficara cabalmente demonstrada pelo corpo policial-militar incumbido do seu cumprimento [...]. Porém – e esse detalhe parece ter escapado aos autores do decreto -, o que se estava a extinguir era nada mais que a área de confinamento, não a prostituição [...]. A notícia de “onde” se encontravam as funcionárias do sexo não tardou a correr a cidade, em pouco, a incontável manada sibarita, a freguesia assídua, para ali acorria a matar sua sede de luxúria. Com a maior procura, uma maior oferta [...]. E, em breve, as ruas Santa Ifigênia, dos Andradas, dos Gusmões, Vitória e Protestantes apresentavam o mesmo movimento, as mesmas feições, a mesma comunhão de propósitos que



caracterizavam as noites da Itaboca e Aimorés. Passamos ao “como” e ao “porquê” a Boca do Lixo – ou seja, a prostituição, os ‘pontos’ e antros de marginais – estendeu-se aos quatro cantos da cidade [...] Até por volta de 1959, a ‘Boca’, do ponto de vista dos desajustados sociais, era um local relativamente seguro. A presença policial tinha escopo meramente intimidativo, e a ação, propriamente dita, só se manifestava em forma de repressão. Não havia ainda, pelo menos não de modo generalizado, a tal de ação preventiva, ou seja, isso de se prender para evitar. (JOANDES *apud* CYMROT, 2012, p. 11).

A região deixou de ser conhecida como Boca do Lixo e se tornou Cracolândia pela primeira vez em uma reportagem do jornal O Estado de S. Paulo, em 1995. (BRUM, 2022). Essa denominação é problemática e estigmatizante; ela rotula os moradores da região e causam pânico social em relação a um local da cidade, por isso muitos autores preferem não utilizá-la. “Talvez seja o maior caso de *bullying* sócio territorial já existente no país.” (STRANO, p.120 *apud* TANIELE, p.228-229).

Existem inúmeras ditas cracolândias pelo Brasil, mas esse estudo vai se concentrar na primeira e mais emblemática delas, a Cracolândia de São Paulo. Vamos analisar as políticas criminais executadas pelo poder público municipal e chegar no programa que será analisado mais a fundo, a política pública “De Braços Abertos”, de 2014, implementada pelo então prefeito de São Paulo, Fernando Haddad.

2.1 POLÍTICAS CRIMINAIS NA CRACOLÂNDIA DE SÃO PAULO

A primeira grande ação policial para prender usuários de crack na região da Luz aconteceu em 1997, promovida pelo Governo do Estado de São Paulo durante a gestão de Mário Covas. “O resultado não foi nada auspicioso: a Cracolândia apenas se deslocou de algumas quadras para outras, na mesma região central.” (HUBERMAN, 2012).

A partir de então, e durante toda essa década, o que se viu foi reação estatal centrada na repressão policial, somada ainda a uma famosa ação do então prefeito Celso Pitta que determinava que as ruas que compunham a Cracolândia fossem “lavadas com desinfetante todas as noites.” (UOL, 2000).

Essa limpeza não tinha uma intenção só literal. A partir dos anos 2000, com o prefeito Paulo Maluf, foi utilizada a teoria das janelas quebradas com base no que aconteceu na cidade de Nova Iorque, “inclusive com propostas de mimetização da política criminal decorrente daquela, a Tolerância Zero.” (STRANO, 2016, p.153). Lembrando que Tolerância Zero já tinha sido o nome dado para a primeira operação na região. Nota-se:

Sobre o tema, Wacquant relembra que a teoria da janela quebrada, aliada ao imperativo da “qualidade de vida”, serve de pretexto para uma política de limpeza de classe dos espaços públicos, que foi literalmente ilustrada pela “medida do detergente” adotada por Pitta.” (STRANO, 2016, p. 154).

Esse tipo de medida de repressão e limpeza é executada até hoje, apesar de claramente ineficiente. Apesar disso, são sistematicamente reaplicadas através de molas propulsoras como o pânico social e o populismo penal, temas que serão aprofundados no próximo capítulo. A gestão seguinte da prefeitura mudou essa abordagem:



Durante a gestão da prefeita Marta Suplicy não foram perpetradas grandes operações na Cracolândia. De acordo com entrevista à Veja, a então secretária de assistência social da gestão afirmou que: “nós herdamos a gestão Maluf/Pitta, que era uma gestão de truculência. O lema que nós seguimos foi de recuperação da região central sem abandonar e retirar os moradores do centro. (STRANO, 2016, p. 156).

Essa trégua foi breve. Em 2005, na gestão do prefeito Gilberto Kassab, a prefeitura lançou a operação Limpa. Nota-se, de novo, uma denominação que evoca a questão da limpeza. O foco principal também foi, mais uma vez, a repressão policial. Além disso, houve pintura de sarjetas e limpeza das ruas. Uma iniciativa que lembra muito, além da questão da limpeza literal e social, uma maquiagem.

Outro aspecto comum das intervenções na região foi o que a Folha de São Paulo denominou de “jogo de gato e rato entre usuários de crack e policiais; isto é, a dispersão e o retorno daqueles ao local, a depender da movimentação policial.” (STRANO, 2016, p. 157).

Esse jogo, onde a repressão policial apenas desloca os usuários para outro território, muitas vezes com eles retornando ao local inicial posteriormente, repete-se até os dias de hoje, com poucos resultados significativos com relação ao cerne da questão, que é mais de saúde pública e urbanismo do que de polícia, como está sendo demonstrado.

Com relação ao urbanismo, a região da Luz sempre esteve nesse limiar entre uma área degradada e ao mesmo tempo cobiçada pela especulação imobiliária. Tanto o é que, em 2009, a prefeitura lançou o projeto Nova Luz no local onde sempre esteve estabelecida a Cracolândia. Uma lei municipal foi aprovada, autorizando o Poder Executivo Municipal a conceder essa área para a exploração da iniciativa privada.

Na esteira desse projeto, uma nova ofensiva foi deflagrada na região, dentro da ideia de se “limpar” a área. Prefeitura Municipal, Governo do Estado e Poder Judiciário, através do Ministério Público, uniram-se no que foi chamado de Ação Integrada Centro Legal. Essa iniciativa não se declarava policial, porém, mobilizou 80 agentes da Guarda Civil Metropolitana, 150 da Polícia Militar e “dez imóveis foram emparedados, outros 15 interditados [...], 129 adolescentes encaminhados à Fundação Casa e 17 adultos foram presos por tráfico.” (STRANO, 2016, p.158). Isso repercutiu bastante e o projeto foi questionado:

Na mesma época, iniciou-se uma batalha judicial entre a prefeitura e instituições de defesa da sociedade civil. Questionou-se a ampla liberdade de desapropriação que a concessionária teria; com o uso, inclusive, de prerrogativas públicas como o direito de preempção. O projeto, também, foi acusado de higienista. Em 2013, já na gestão Haddad, o projeto foi arquivado. (BERTO, 2021).

E mais uma vez a consequência foi apenas a dispersão dos usuários para outras regiões da cidade. Destaca-se:

O histórico local adianta tanto para a repetição desse tipo de ação quanto para a dispersão dos usuários seguida da reocupação de outros espaços da cidade. Em comum a todas elas estavam ainda a cobertura midiática, a performance policial e o anúncio público do “balanço” das operações: número de presos, número de encaminhados para serviços de saúde e assistência, números de apreensão de drogas e objetos “suspeitos”. (TANIELE, p. 287-310 *apud* STRANO, p. 159).



Em 2012 houve mais uma intervenção repressiva na região da Luz, dessa vez intitulada Operação Sufoco. A ação foi dividida em 3 fases. A primeira etapa consistia em “sufocar” os usuários e “desarticular” o tráfico, obrigando, assim, segundo a lógica da operação, as pessoas a buscar ajuda médica. Depois, seria feita a prestação de serviços médicos a esses usuários, mesmo que eles não concordassem com o atendimento. Na terceira fase, os policiais passariam a abordar os grupos instalados na região. Segundo um policial que falou para a Folha de São Paulo na época, “a ideia é sempre abordar. Se estiver consumindo droga, ou tráfico, a polícia vai fazer [o encaminhamento para o distrito]. Se não, vamos comunicar às assistentes sociais ou de saúde para agir.” (PAGNAN, 2012).

Nota-se:

É inadmissível que, num estado Democrático de Direito, um cidadão se veja obrigado a submeter-se a tratamento de saúde, qualquer que seja, contra sua vontade, exceção feita a casos extremos e individualizados, quando a vontade não possa ser aferida ou que importe em grave risco à pessoa ou terceiros, expressamente previstos em lei.” (STRANO, p.160 apud RIBEIRO, p. 73).

A Operação Sufoco gerou uma reação inédita contra os abusos praticados. O Ministério Público promoveu uma Ação Civil Pública contra o Governo do Estado de São Paulo pedindo indenização em favor do Fundo Especial de Despesa de Reparação de Interesses Difusos Lesados por danos morais individuais homogêneos e coletivos decorrentes dessa operação policial. Explica-se:

[...] o argumento principal da ação traça o seguinte caminho: o local onde hoje se encontra a “cracolândia” é resultado de um abandono longínquo. As “soluções” propostas para a área estiveram sempre mais no âmbito do urbanismo que no da saúde e assistência. As poucas iniciativas de articulação, em gestação e aprimoramento, foram prejudicadas pela “Operação Sufoco”. Nem o objetivo declarado pela PM de “quebrar a logística do tráfico”, nem a premissa de impelir, por meio de “dor e sofrimento”, a busca por tratamento foram alcançados. Em suma, a operação gastou dinheiro, obrigou os usuários de crack a vagar pelas ruas do centro, atrapalhou a rotina dos moradores do entorno, usou de violência gratuita para nada. [...] Além disso, a apuração do MP sugere ainda que os órgãos assistenciais e de saúde não foram consultados em momento algum sobre a pertinência ou a conveniência de se promover uma forte ação repressiva contra os dependentes químicos da região. A secretária de Assistência Social disse que não foi avisada da operação e que dela só soube quando os policiais estavam nas ruas. O secretário de Saúde também declarou que ignorava a operação. (RUI, 2013, p. 293, 295).

O resultado dessa Ação Civil Pública, pelo que foi apurado, foi uma liminar determinando que a Polícia Militar, em suas ações na chamada região da Cracolândia no centro da cidade,

se abstenha de ações que ensejem situação vexatória, degradante ou desrespeitosa em face dos usuários de substância entorpecente, e não os impeça de permanecer em logradouros públicos, tampouco os constranja a se movimentarem para outros espaços públicos, bem ressalvada a hipótese de flagrância delitiva. (MINISTÉRIO PÚBLICO, 2012).



Em 2011, o governo federal, durante o mandato de Dilma Roussef, entra pela primeira vez com um plano de política pública em âmbito nacional voltado ao crack, intitulado “Crack, é possível vencer.” O programa pretendia abordar a questão levando em consideração toda a complexidade do problema. Para isso, combinou ações de prevenção e enfrentamento ao tráfico, colocando foco em saúde pública e atendimento médico social. Destaca-se:

O programa estabeleceu como eixos integrados e articulados a prevenção, o cuidado e a autoridade, e pretendia construir mecanismos próprios de governança e ação em cenários de uso e consumo de drogas. Foi criada uma agência de segurança pública que visava: integrar com as redes de atenção e cuidado (CAPS, SUAS e outras); estabelecer vínculos com as comunidades envolvidas a partir de estratégias de proximidade das forças de segurança (Polícias Militares e Polícias Comunitárias), tendo como foco a atuação de forma não ostensiva a fim de estabelecer relações de confiança e respeito com o drogadicto; e propiciar e oferecer soluções de atendimento em redes de atenção e cuidado aos usuários.” (MEIRELLES, 2018).

Com a eleição de Fernando Haddad (mesmo partido de Dilma Roussef) para a prefeitura de São Paulo em 2013, o município firmou parceria com o programa “Crack, é possível vencer” e estabeleceu uma nova política pública para o crack na cidade, intitulada De Braços Abertos.

2.2 DE BRAÇOS ABERTOS

A política De Braços Abertos foi instituída através do Decreto 55.067/2014. Seu artigo 1º descreve que o objetivo do programa seria “promover a reabilitação psicossocial de pessoas em situação de vulnerabilidade social e uso abusivo de substâncias psicoativas, por meio da promoção de direitos e de ações assistenciais, de saúde e de prevenção ao uso abusivo de drogas.” (SÃO PAULO, 2014).

Foi uma construção de política pública juntamente com a comunidade, visando solucionar o problema e não tratar seus sintomas – envolvendo conceitos de governança restaurativa e interdisciplinaridade. Explica-se:

A concepção do DBA foi influenciada por duas experiências anteriores. Uma delas foi o trabalho do Dr. Marcelo Clemente 25 que, ao final da primeira década do século XXI, fazia parte da unidade básica de saúde (UBS) República e participava de reuniões com a Dra. Myres Cavalcanti, do programa de Saúde Mental, da Secretaria Municipal de Saúde (SMS). A atuação do Dr. Clemente era diferenciada por sua presença no interior da cena de consumo do crack e, também, por levar em consideração as sugestões dos dependentes em seu trabalho regular. A Dra. Cavalcanti, por sua vez, viria a ser uma das formuladoras e gestoras no DBA e aparece no livro Cracolândia Dia a Dia, do Dr. Marcelo Clemente, como a técnica que, nas reuniões que ambos frequentavam, ficava a par dos acontecimentos na cena de uso e dava instruções. A outra experiência é a de uma assistente social, Maria Albertina França, ou Dona Tina, que, aos 70 anos de idade, enquanto o DBA dava os seus primeiros passos em 2013, visitava a cena de uso, semanalmente, por vezes sozinha e no período noturno, para abraçar as pessoas. Em entendimentos com a SMS e a Defensoria Pública, a assistente social começou a se reunir com o poder público municipal. Antônio Lancetti, um dos idealizadores do DBA, chegou a acompanhar, em diversas oportunidades, a “terapia do abraço”, de Dona Tina, no interior do “fluxo”, no cerne da Cracolândia. O nome do projeto de Dona Tina era Aquele Abraço. (ALVES, 2020, p. 3).



Uma das maiores inovações do programa De Braços Abertos foi a ação voltada para a redução de danos. Segundo reportagem do G1 na época, o programa social pagava R\$ 15 por dia trabalhado aos dependentes químicos da Cracolândia. Os usuários faziam também trabalhos de zeladoria e moravam em hotéis da região, ganhando três refeições diárias. (G1, 2015). Essa abordagem, inclusive, originou um dos maiores ataques ao programa, que foi então pejorativamente chamado de “bolsa crack”, causando grande rejeição por parte da opinião pública, tema que será tratado no próximo capítulo.

Ao contrário das intervenções anteriores na Cracolândia centradas na mencionada tensão decorrente da vedação à prisão/internação, o programa fornece habitação, alimentação e oportunidades de emprego para o usuário de crack, sem exigir que este se abstenha do uso da droga. De acordo com notícia divulgada no portal oficial da Prefeitura de São Paulo, o programa oferece “vagas em oito hotéis da região central, três refeições diárias, participação em uma frente de trabalho, duas horas de capacitação e renda de R\$ 15 por dia”. A proposta é que ele reduza o consumo da droga paulatinamente, em consonância com a melhoria na qualidade de vida.” [...] Nesse aspecto, o programa foi inspirado na perspectiva de Hart, no sentido de que, ao se encontrar diante de oportunidades (dinheiro, emprego, comida), o usuário de crack é plenamente capaz de tomar decisões racionais, a despeito do mito de que o crack governa a vida do indivíduo que faz uso dele. Além disso o ideário coincide com a noção de Nappo, no sentido de que há relatos de uso controlado da substância. (STRANO, 2018, p. 178, 179).

Além disso, a recuperação dos bairros Luz e Campos Elíseos se deu com foco no exercício da cidadania, como previa o inciso V do artigo 2º do Decreto que instaurou o programa: “revitalização do espaço urbano e requalificação do espaço público para o exercício da cidadania.” (SÃO PAULO, 2014). Uma abordagem bastante diferente da anterior, que previa delegar para a iniciativa privada a reurbanização da região. Os resultados foram animadores:

Em 16 de janeiro de 2015, a prefeitura publicou que o número de usuários de crack na região da Cracolândia foi reduzido de mil e quinhentos para trezentos, ou seja, “uma redução de 80% ao logo dos últimos 12 meses.” A notícia também menciona que houve diminuição de 80% nos roubos de veículo e de 33% nos furtos a pessoas, em relação ao ano anterior. Além disso, as prisões por tráfico de drogas teriam se elevado em 83%. (STRANO, 2018, p.179).

Contudo, a Prefeitura continuou a investir na repressão ao tráfico e, inclusive, firmou parceria com o Governo do Estado para repassar a ele as imagens obtidas por câmeras instaladas na região da Cracolândia a fim de possibilitar a prisão de médios e grandes traficantes da região. Expressões como “asfixiar”, que lembram operações repressivas anteriores como “sufoco”, voltam a aparecer.

Esse serviço de inteligência, junto com uma atuação mais próxima da Polícia Militar com a Guarda Civil, irá possibilitar que afastemos os traficantes dos dependentes, aqueles que precisam do tratamento’, afirmou o secretário. Dessa forma, os órgãos municipais e estaduais de saúde poderão atuar de forma mais efetiva no tratamento dos dependentes químicos. (REDE BRASIL ATUAL, 2015).



O que aconteceu na realidade foi o começo do fim de um programa que pela primeira vez havia abordado o problema do ponto de vista de saúde pública, mas que foi pressionado, por vários fatores, a tratar mais uma vez a Cracolândia com violência policial. Os múltiplos fatores dessa pressão e o fim do programa De Braços Abertos serão analisados no próximo capítulo.

3 FRAGILIDADES E DESMONTE DA POLÍTICA DE BRAÇOS ABERTOS

Como explicado no capítulo anterior, o programa De Braços Abertos foi uma política pública bastante inovadora, visando a redução de danos do usuário de crack e tratando o problema como questão de saúde pública. Além disso, o manejo do território da Cracolândia era feito com foco na cidadania e sem objetivo de ceder à especulação imobiliária. Porém, esse programa não se sustentou na mudança da gestão municipal. Pelo contrário, ele foi rejeitado pela população. Muitos fatores contribuíram para o desmonte dessa política pública, que serão enumerados nesse capítulo.

3.1 RELAÇÃO COM O GOVERNO DO ESTADO E A POLÍCIA MILITAR

Uma dimensão política relevante dentro do programa De Braços Abertos foi a relação entre a prefeitura e o governo estadual. O Estado de São Paulo, governado por Geraldo Alckmin na época, tinha o programa Recomeço, que abordava a “reabilitação de dependentes químicos por meio de tratamentos médicos e internação em centros especializados e comunidades terapêuticas, princípios antagônicos aos do DBA” (SOTERO; LOTTA; OLIVEIRA, 2019 apud CANATO, 2017, p.11). Além disso, a Polícia Militar, subordinada ao Governo do Estado, continuou pressionando a prefeitura pela manutenção das intervenções violentas com o intuito de combater o tráfico, outra medida antagônica à política de redução de danos adotada pelo programa De Braços Abertos.

O Defensor Público Raul Nin Ferreira, que fazia parte do Núcleo Especializado de Cidadania e Direitos Humanos e acompanhava a atuação do poder público na região, declarou na época que o programa parecia “uma quebra de paradigma, mas no momento em que a prefeitura insiste na abordagem com a polícia, ela se contradiz com a prática da redução de danos, onde a droga não é o foco do problema” (BEDINELLI, 2015).

Destaca-se:

A relação com o tráfico de drogas foi apontada como um grande desafio do DBA. Alguns gestores relataram que no início do Programa o fluxo diminuiu bastante, mas logo depois começou a aumentar, com outra configuração de venda de drogas; “a gente tem obrigação como Estado de construir uma política pública para dar uma resposta; a gente tem uma dificuldade muito grande na relação com o governo do Estado de que é o responsável pelo combate ao tráfico e que assim, aquele fluxo ele só se amplia e se sustenta, porque alguém sustenta os traficantes usarem aquilo ali como mercado” (G10). Antigamente, era mais um microtráfico de drogas, e depois ampliou-se a venda de drogas dentro do próprio fluxo. (TEIXEIRA, 2018, p. 20).

O Governo do Estado adotou algumas estratégias para prejudicar politicamente o programa De Braços Abertos. Por vezes praticava uma omissão deliberada, não fazendo um



policciamento adequado. Outras vezes, principalmente perto do fim da gestão municipal, aplicou um policiamento ostensivo e violento, quebrando a confiança dos usuários em aderir ao programa. Uma abordagem policial equilibrada e correta não conseguiu ser atingida. A gestão municipal se perdeu nisso, pois era cobrada pela mídia constantemente para “combater o tráfico” com a mesma repressão violenta de sempre e por vezes cedeu a essa pressão por questões políticas.

3.2 COMUNICAÇÃO E POPULISMO PENAL

Outro fator que deteriorou a percepção da política De Braços Abertos pela opinião pública foi o trabalho de disseminação do termo “bolsa crack”, em referência à remuneração ofertada pela prefeitura para as pessoas que aderiram ao programa. Para isso, foram utilizadas ferramentas midiáticas e discurso de políticos conservadores, disseminando um certo pânico social de que o poder público estaria incentivando o consumo de crack através dessa remuneração, quando na verdade a intenção da prefeitura era tirar o usuário do ciclo destrutivo do vício.

Segue exemplo do tipo de análise que a mídia tradicional fazia na época:

A Prefeitura de São Paulo acaba de criar o programa “Bolsa Crack”. Passou a pagar R\$450, inicialmente, para um grupo de 300 dependentes. Não há condicionalidade nenhuma. Nada lhes está sendo cobrado. Há só uma pequena exigência: que trabalhem, sabe-se lá como e em quê, quatro horas por dia. Terão ainda a chance de duas horas diárias de curso de requalificação — mas essa parte é volitiva. Podem recusar. O mais grave de tudo: não são obrigados a se tratar. Corolário: ser viciado e montar uma favela no passeio público é caminho para obter compensações que os simplesmente pobres não teria é preciso ser viciado. Em qualquer país do mundo, um programa assim seria um escândalo. Por aqui, é aplaudido pelos apologistas da cultura da droga. (AZEVEDO, 2014).

A prefeitura pedia, sim, uma contrapartida. Os usuários eram condicionados a serem acompanhados por duas assistentes sociais para tratamento de saúde e acompanhamento psicológico. Segundo Luciana Temer, que na época era Secretária Municipal de Assistência e Desenvolvimento Social, “a abstinência não era exigida, mas a medida em que eles se sentiam olhados e cuidados, eles iam melhorando.” (PROVOCA, 2023). Em outras palavras, a redução de danos era uma forma mais eficaz de resgate desses usuários do que a internação compulsória, a repressão violenta e a obrigação de interromper um vício já instalado.

Mas o populismo penal é uma ferramenta política muito usada e foi implacável no caso do programa De Braços Abertos. De forma geral, a Cracolândia sempre foi um terreno fértil para disseminar o pânico social. Usuários são caracterizados como perigosos “zumbis” que praticam crimes e a região é sempre algo a ser evitado pelo cidadão de bem. Essa prática, muito eficiente para gerar votos, é um objeto de interessante reflexão.

Destaca-se:

Na sociologia da punição, “populismo penal” surge como uma variação de *populist punitiveness*, termo empregado inicialmente pelo criminólogo Anthony Bottoms (1995). Segundo Bottoms, punitivismo populista seria uma entre outras tendências das políticas penais à época na Inglaterra. [...] Nesta hipótese, políticos usariam a postura punitiva pré-existente do público para seus próprios fins, isto é, em busca de apoio eleitoral. [...] Pouco depois, Julian



Roberts, Loretta Stalans, David Indermaur e Mike Hough (2003) finalmente usaram de modo expresso o termo “populismo penal”. Em obra coletiva, os autores identificam o populismo penal novamente como uma tendência de política penal, no entanto, de modo ampliado a outros países anglófonos: Estados Unidos, Canadá, Inglaterra, Austrália e Nova Zelândia. Segundo os autores, populismo penal consistiria na “busca de um conjunto de políticas penais para ganhar votos ao invés de reduzir as taxas de criminalidade ou promover justiça” (ROBERTS et al., 2003, p. 5). (DAL SANTO, 2020, p. 2).

A dobradinha política e a comunicação, duas condições necessárias para o chamado populismo penal, foram eficientes para disseminar o termo “bolsa-crack”. Além disso, pressionaram a agenda eleitoral e foram aos poucos enfraquecendo o programa. Sobre comunicação e populismo penal, vale destacar:

Roberts e seus colegas (2003), assim como Pratt, também recusam a ideia de que o populismo penal teria surgido como mera resposta ao aumento do crime e ao aumento de um punitivismo do povo – inclusive, pois as regiões analisadas por eles estariam passando por um momento de redução da criminalidade registrada. Para estes autores, haveria uma exploração – pelos políticos e a partir de uma perspectiva eleitoral – da opinião pública baseada em desinformação (ver também HOUGH, 1996; HOUGH; ROBERTS, 1999). [...] Em outro sentido, embora acreditem de fato na existência de um “punitivismo” difundido popularmente, alguns autores apontam para uma manipulação da “opinião pública”. Há, por exemplo, quem indique um papel determinante da mídia para inflar ou inflamar os sentimentos públicos em relação à criminalidade e aos criminosos (GREEN, 2007; GOMES, 2015). Nessa hipótese, a mídia atuaria sistematicamente distorcendo informação sobre crime por meio de programas específicos, assim como distorceria a própria opinião pública seletivamente, além de reforçar medos e visões simplistas sobre as causas da criminalidade e possíveis respostas de combate ao crime, além de apelar emocionalmente para certos crimes e explorar tragédias e determinadas histórias dramáticas (cf. ROBERTS et al., 2003, p. 59-92). (DAL SANTO, 2020, p. 5, 6).

De fato, houve bastante distorção de dados e participação da mídia na disseminação de versões sensacionalistas e falsas sobre o programa De Braços Abertos e seus usuários. Esse foi um dos pontos mais explorados durante a campanha da oposição nas eleições municipais que derrotaram Fernando Haddad e encerraram o programa.

3.3 FRAGILIDADE LEGISLATIVA

O programa De Braços Abertos foi estabelecido a partir de um decreto municipal de 2014. O decreto é um instrumento que tem natureza de ato administrativo e sua criação e extinção se dá por discricionariedade do chefe do Poder Executivo.

Para ficar mais claro o quanto uma política pública dessa importância fica frágil se tiver como base apenas um decreto, é importante destacar, dentro do ordenamento jurídico, como se dá a origem da lei e do decreto e a diferença entre a força normativa de cada um deles.

No que concerne à lei e ao decreto, deve ficar claro que lei tem mais força normativa porque, para sua formação, concorrem conjuntamente o Poder Legislativo e o Poder Executivo. Aquele, formado por parlamentares, discute e aprova o projeto de lei, e este, encarnado pelo presidente da República,



governador ou prefeito, mediante a sanção, transforma em lei o projeto de lei aprovado pelo Legislativo. O decreto tem menos força normativa (para garantia dos governados, assim deve ser visto) porque não passa pela discussão e aprovação legislativa, é simplesmente elaborado e assinado pelo presidente, governador ou prefeito, conforme o caso. O processo de formação da lei chama-se processo legislativo. O decreto não é submetido ao processo legislativo.

A mais importante, contudo, de todas as distinções entre a lei e o decreto é que a lei obriga a fazer ou deixar de fazer, e o decreto, não. É o princípio genérico da legalidade, previsto expressamente no artigo 5.º, inciso II, da Constituição Federal, segundo o qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar alguma coisa senão em virtude de lei”. Somente a lei pode inovar o Direito, ou seja, criar, extinguir ou modificar direitos e obrigações. No atual regime constitucional brasileiro, não se obriga nem desobriga a ninguém por decreto, nem mesmo pelo doutrinariamente chamado decreto autônomo, cuja discussão não cabe aqui. (SOUZA, 2014).

O programa De Braços Abertos era um decreto e por isso pôde ser descontinuado no mandato seguinte da prefeitura. O governo municipal de Fernando Haddad tinha consciência dessa fragilidade, mas apesar de ter tentado, não conseguiu transformar o programa em lei.

Em termos de Políticas Públicas sobre Drogas, um dos maiores desafios do De Braços Abertos, relatado pelos gestores, seria em relação à sua sustentabilidade ante a mudança de gestão do governo diante de novas eleições. A continuidade do Programa estava diretamente ligada a ele se tornar uma política pública de Estado e não só de governo. Para isso, seria necessária a sua institucionalização por meio da criação de uma Lei ou um marco regulatório, de forma que não ficasse à mercê de partidos políticos na possível mudança de gestão municipal: (TEIXEIRA, 2018, p. 20, 21).

Com essa brecha legislativa e dependendo apenas da vontade política, a destruição do programa, que já tinha começado através da mídia durante o mandato de Fernando Haddad, se intensificou ainda mais durante a campanha para as eleições de 2016. O termo “bolsa crack” já tinha “pegado” entre a população e um dos principais candidatos se aproveitou bastante disso. Fernando Haddad perdeu as eleições no primeiro turno. Uma das primeiras ações do candidato vencedor, João Doria, foi encerrar o programa De Braços Abertos. O pânico social causado pela região denominada Cracolândia seguia (e ainda segue) sendo moeda política para angariar votos.

Destaca-se:

Com essa brecha da Lei, e dependendo apenas da vontade política, quando houve a mudança de partido do governo, na eleição municipal de 2016, o novo prefeito eleito realizou ações que desmontaram o De Braços Abertos. Em seu lugar, criou o Programa “Redenção”, programa anticrack, semelhante aos princípios do Programa “Recomeço” do governo do Estado, visando à internação dos usuários e o fim da Cracolândia. Isso demonstrou como a disputa política por modelos de cuidado aos usuários de crack ainda é presente, mesmo diante de resultados empíricos observados em experiências como o De Braços Abertos. (TEIXEIRA; LACERDA; RIBEIRO, 2018, p. 20, 21).

3.4 IDEIAS PARA FAZER DIFERENTE

A última parte desse trabalho é dedicada a caminhos para sustentar políticas públicas alternativas. Programas como o De Braços Abertos, que focam na questão das drogas ou outra



questão penal através de eixos multidisciplinares, pensando na causa dos problemas, são frequentemente desarticulados pelas razões elencadas acima. Tendo isso em vista, como proteger e dar continuidade a projetos que tratam as desigualdades sociais e se ocupam dos caminhos que levam à criminalidade? Como não cair na repressão pura e simples, no punitivismo e no encarceramento em massa, que tem se mostrado ineficaz e tem aprofundado tanto a violência quanto o abismo entre as classes sociais?

O artigo “Populismo penal: o que nós temos a ver com isso?”, do pesquisador Luiz Phelipe Dal Santo, traz alguns caminhos interessantes para quem sabe escapar ou minimizar as armadilhas do populismo penal, tão bem engendradas há tempos na sociedade.

O primeiro ponto seria um sistema político de consenso ou proporcional. Nas palavras de Dal Santo, esse sistema seria baseado no “pluripartidarismo, pela realização de eleições proporcionais, por governos de coalisão e por continuidades políticas.” Com isso, segundo o autor, haveria “mais negociação entre partidos, de modo a atingir interesses de distintos setores da sociedade, reduzindo, consequentemente, a margem para aplicação de medidas extremistas e populistas.” (DAL SANTO, 2020, p. 14).

Seria importante também intensificar o “grau de profissionalização e burocratização dos atores e das instituições do sistema de justiça criminal”. (DAL SANTO, 2020, p. 14). Segundo o autor, juízes e promotores não eleitos, independentes e com estabilidade profissional estariam teoricamente mais protegidos do populismo penal por estarem mais protegidos da influência política e da pressão da opinião pública.

No Brasil, apesar do sistema jurídico já prever uma classe de promotores e juízes com essas características, decisões populistas e punitivistas são uma constante. Dal Santo tenta entender as razões disso:

[...] duas circunstâncias merecem ser compreendidas: a existência de importantes definições jurídicas manifestadamente justificadas pelo interesse ou clamor público; e o eventual caráter moderado, tolerante e leniente que uma suposta classe composta por profissionais tecnocratas e especializados tomaria diante de grandes espaços de discricionariedade. [...] No Brasil, aumentar a margem de discricionariedade dos agentes do sistema penal produz o aumento do uso da punição e da repressão, distantes de qualquer ideário moderado, tolerante e leniente, voltado ao ideal de reabilitação. Ademais, ao considerar o perfil socioeconômico de juízes e promotores, pode-se constatar que esta classe burocrata é majoritariamente tudo que não moderada, tolerante e leniente. Portanto, apesar de justificarem algumas de suas posições mais punitivas pelo suposto clamor público, pode-se sustentar que este é um uso meramente narcisista e ideológico, na medida em que suas reais motivações estão encobertas – isto é, ainda que essa fosse, de fato, a opinião majoritária do povo. (DAL SANTO, 2020, p.14).

Outra vacina contra o populismo penal seria aumentar o nível de confiança nas instituições estatais através de políticas de bem-estar social e diminuição da desigualdade. Desse modo, com a sensação de viver em uma sociedade mais justa, “ninguém se sentiria, estaria ou deveria estar excluído da sociedade. De tal forma, políticas públicas de assistência social estimulariam relações sociais pautadas mais em tolerância e inclusão do que em repressão e exclusão.” (DAL SANTO, 2020, p. 8).



Sobretudo, é preciso pensar o papel da mídia. Como trabalhar para que ela não seja orientada primordialmente pelo sensacionalismo? É um tema complexo e cheio de polêmicas envolvendo regulamentação *versus* censura que não serão objeto de debate nesse trabalho. O que deve ser levantado para reflexão, porém, é a relação da mídia especificamente com o populismo penal. Primordialmente, ela deveria ser “orientada mais pelo dever de informar e menos pela necessidade de vender, o que contribuiria para a neutralização do crescimento de anseios populares punitivos e de respostas de atores do sistema penal influenciados por pressões populares.” (DAL SANTO, 2020, p. 8).

Outra autora que traz reflexões para uma nova forma de trabalhar política criminal e assim diminuir o encarceramento e o punitivismo é Carolina Costa Ferreira na obra “A política criminal e o processo legislativo”. De cara, ela propõe um monitoramento sério e sistemático das políticas públicas por órgãos independentes, o que impediria que programas eficazes fossem descontinuados tendo como base apenas a opinião pública e o populismo midiático. “As políticas públicas precisam ser monitoradas [...] e tal monitoramento pode ser realizado por múltiplos órgãos, que trarão diversos olhares em relação a um mesmo objeto, o que pode ser positivo.” (FERREIRA, 2017 p. 202).

A autora também reforça uma espécie de força tarefa que envolva toda a sociedade, com destaque para a mídia, a academia e os três poderes da república. Todos esses atores precisam reconhecer que o sistema penal e carcerário falhou para que a partir de então sejam capazes de construir saídas.

Parece-nos que a ação deva estar na rua, na mídia, nos discursos universitários. Embora pareça utópico pedi-lo, é necessário clamar pelo exercício de uma política criminal e social que seja, pelo menos, de orientação abolicionista, com abundantes e bem estimulados acordos reparatórios. De prevenção ou *deterrence*. De recursos de inclusão social em que se requeiram, assim como de outros recursos gerais, de caráter educativo, sanitário, nutricional. Uma política que, ao privilegiar a liberdade, seja, ao mesmo tempo, bastião do pensamento – mas, sobretudo, da ação – humanista.” (ANIYAR DE CASTRO *apud* FERREIRA, 2017, p. 203, 204).

Suponha-se que, em um passe de mágica, tudo isso fosse aplicado imediatamente no Brasil. Ainda assim, obviamente, fazer frente ao populismo penal e ao punitivismo iria levar tempo. Segundo Luiz Phelipe Dal Sarno, “embora tais elementos sejam apontados como ‘protetivos’, eles não representam uma garantia absoluta de neutralização”. (DAL SANTO, 2020, p. 7). Ainda assim, uma coisa é certa: fazendo uma analogia com a política De Braços Abertos, estaríamos no caminho certo para uma eficiente redução dos danos.

CONCLUSÃO

Ao analisar a política criminal, percebe-se em sua linha histórica uma evolução: de simples substituta da Defesa Social, ela passou pelas políticas Tolerância Zero e Lei e Ordem (que vigoram até hoje) até alcançar a posição de uma política criminal alternativa. Esta última já começa a refletir sobre a conexão entre Direito Penal e capitalismo e consequentemente sobre a conexão entre capitalismo e desigualdade social.



A parti daí, chega-se numa visão mais contemporânea, que relaciona política criminal e política pública, bem como a necessidade de se analisar os programas de governo desde sua criação até sua finalidade, monitorando sua eficácia ao atacar a questão da desigualdade social e, portanto, da violência, do crime e da criminalidade.

Além disso, seria de extrema importância que a produção de políticas criminais fosse baseada na ciência em substituição à tradicional política criminal baseada em pânico morais cuja formulação é mediada pela imprensa através da prática diária do populismo penal.

O programa De Braços Abertos, implementado pela prefeitura de São Paulo em 2014, foi uma dessas políticas públicas que flertou com o modelo de política criminal alternativa. Isso porque, ao elaborar um projeto para a Cracolândia de São Paulo, o projeto focou nas causas do problema, tratando a questão como tema de saúde pública, assistência social e redução de danos. Além disso, para elaborar o projeto, o governo fez várias rodadas de escuta com a população afetada.

Esse programa foi inovador tanto no tratamento ao usuário de crack quanto na abordagem do território conhecido como Cracolândia. Ao retomar o histórico das políticas públicas implementadas na área, pôde-se observar que a grande maioria delas foi pautada pela violência policial, encarceramento de pequenos traficantes (que na verdade eram usuários tentando manter o vício), internação compulsória e tentativa de retomada do espaço em benefício da iniciativa privada.

Não obstante seu posterior arrefecimento, o programa De Braços Abertos teve muitos ganhos, não sem enfrentar inúmeras barreiras que levaram o governo seguinte a desmantelar essa política pública.

Primeiramente, a relação com o Governo do Estado de São Paulo na época foi conflituosa. A Polícia Militar atuou de duas formas durante a vigência do programa, ora se abstinha do policiamento da Cracolândia numa tentativa de expor o programa para a população mostrando que a área tinha virado um caos, ora retomava a repressão policial e as prisões arbitrárias, rompendo o vínculo de confiança que o usuário precisava ter com o poder público para aderir ao programa.

Esse jogo político do qual a prefeitura oras era refém, oras era parceira, de acordo com o desgaste eleitoral que poderia lhe causar, foi uma das maiores fragilidades do programa De Braços Abertos, embora não a única.

A prefeitura sucumbiu a uma propaganda massiva que batizou o programa de “bolsa-crack”, referindo-se ao valor que os usuários ganhavam para fazer trabalhos comunitários, como a limpeza da região. Em contrapartida, não se exigia abstinência da droga, mas sim que fossem acompanhados pelos serviços de saúde e assistência social. O termo pegou e foi largamente utilizado durante a campanha eleitoral de 2016.

O prefeito Fernando Haddad perdeu as eleições no primeiro turno e o novo gestor, João Doria, fez do encerramento do programa De Braços Abertos uma das primeiras grandes ações de seu mandato, o que pôde ser feito facilmente, já que o programa se tratava de um decreto do prefeito anterior. À época do mandato de Haddad, sua gestão tentou transformá-lo em lei, mas não conseguiu.

Com efeito, este trabalho tentou compreender como são criadas as políticas criminais, quais delas foram usadas para tratar a questão da Cracolândia de São Paulo e qual foi o ciclo de



vida de um dos programas mais diferenciados no enfrentamento dessa questão. O grande propósito do artigo, no entanto, era pesquisar meios que pudessem ser colocados em prática na sociedade e nos governos para que políticas públicas como a De Braços Abertos não tivessem uma duração tão curta e não fossem tão frágeis politicamente.

Durante esta pesquisa surgiram alguns caminhos: i) um sistema político de consenso ou proporcional baseado no pluripartidarismo com governos de coalisão e por continuidades políticas; ii) um sistema judiciário menos suscetível às pressões políticas e sociais moldadas pelo populismo penal; iii) uma comunicação orientada mais pelo dever de informar e menos pela necessidade de vender, para quem sabe minimizar anseios populares punitivistas e, sobretudo; iv) aumentar o nível de confiança nas instituições estatais através de políticas de bem-estar social e diminuição da desigualdade.

Além disso, melhorar o sistema de criação e monitoramento da eficácia das políticas criminais é condição primordial para que não se repita sistematicamente a criação de mais crimes e aumentos de penas. A luta para que todos esses caminhos comecem a ser colocados em prática é de toda a sociedade, com destaque obviamente para quem tenha mais força política, como a mídia, a academia e os três poderes da república.

Invariavelmente, ao se falar em Direito Penal, Política Criminal e Política Pública, visa-se uma cultura de paz, uma sociedade mais justa e uma reflexão sobre o horror do cárcere e a desigualdade social. Enquanto nossos índices sociais continuarem indicando esse abismo entre as classes sociais e o capitalismo continuar tendendo ao sistema neoliberal, infelizmente o populismo penal, o pânico social e as políticas criminais punitivistas prevalecerão enquanto políticas públicas como o programa De Braços Abertos terão pouquíssimo fôlego, sendo facilmente atacadas e destruídas.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA JUNIOR, Reinaldo Santos de. **A política criminal alternativa**: a proteção libertária de bens jurídicos na vida concreta da América Latina. 2011. 145 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná, Paraná, 2011.

ALVES, Ygor Diego Delgado; PEREIRA, Pedro Paulo Gomes; PERES, Paulo Sergio. Nascimento, vida e morte de uma política pública: uma etnografia do programa De Braços Abertos. **Cadernos de Saúde Pública**, v. 36, p. e00213918, 2020.

AZEVEDO, Reinaldo. Brasil. Fernando Haddad e o “Bolsa Crack”: de “Braços Abertos” para o vício e o tráfico, agora estatizados. **Veja**, 2014. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/coluna/reinaldo/fernando-haddad-e-o-bolsa-crack-de-bracos-abertos-para-o-vicio-e-o-trafico-agora-estatizados>. Acesso em: 13 de junho de 2024.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 1990.



BEDINELLI, Talita. Cracolândia pode, mais uma vez, ficar na mira da polícia. **El País**, 2015. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2015/02/06/politica/1423190147_818382.html. Acesso em: 28 de maio de 2024.

BERTO, Rafael Sampaio. Apesar de quatro planos de intervenção urbana, Luz não mudou. **AUN, Agência Universitária de Notícias**, 05 de janeiro de 2021. Disponível em: <https://aun.webhostusp.sti.usp.br/index.php/2021/01/05/apesar-de-quatro-planos-de-intervencao-urbana-luz-nao-mudou/>. Acesso em: 28 de maio de 2024.

BRUM, Mateus. O que é a 'cracolândia'? Entenda como foi formada e a origem do nome. **UOL**, 13 de maio de 2022. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2022/05/13/o-que-e-a-cracolandia-entenda-como-foi-formada-e-a-origem-do-nome.htm?cmpid=copiaecola>. Acesso em 29 de abril de 2024

CYMROT, Danilo. Da boca do lixo à Cracolândia: mais do mesmo. **Boletim IBCCRIM**, Ano 20, nº 233, abril, 2012, p. 11,12.

DAL SANTO, Luiz Phelipe. Populismo penal: o que nós temos a ver com isso. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 168, n. 2020, p. 225-252, 2020.

FERREIRA, Carolina Costa. **A política criminal no processo legislativo**. Editora D'Plácido, 2017.

G1. Programa reduz em 80% total de usuários na Cracolândia, diz prefeitura, **G1**, 19 de janeiro de 2015. Disponível em <https://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2015/01/programa-reduz-em-80-total-de-usuarios-na-cracolandia-diz-prefeitura.html>. Acesso em: 09 de maio de 2024.

HERREIRA, Aparecida da Silva. Nova defesa social. **Akrópolis-Revista de Ciências Humanas da UNIPAR**, v. 3, n. 12, 1995.

MAIA, Gustavo. Bolsonaro faz ataque indireto a Haddad em plano de governo: "bolsa crack". 2018, **UOL**. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/eleicoes/2018/noticias/2018/08/14/bolsonaro-faz-ataque-indireto-a-haddad-em-plano-de-governo-bolsa-crack.htm?cmpid=copiaecola>. Acesso em: 23 de maio de 2024.

MEIRELLES, João Alfredo Boni de. Crack, é possível vencer!? Sociodrama, drogas e políticas públicas. **Revista Brasileira de Psicodrama**, v. 26, n. 1, p. 86-100, 2018.

MINISTÉRIO PÚBLICO. MP obtém liminar sobre operação na Cracolândia, **Ministério Público**, 31 de julho de 2012. Disponível em https://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/noticias/publicacao_noticias/2012/julho_2012/2012



%2007%2031%20MP%20obt%C3%A9m%20eliminar%20sobre%20opera%C3%A7%C3%A3o%20na%20Cracol%C3%A2ndia.pdf. Acesso em: 08 de maio de 2024.

MIRANDA, Bartira Macedo; CARDOSO, Franciele Silva. O conceito de defesa social e segurança pública na ordem democrática brasileira: the concept of social defense and public security in the brazilian democratic order. **Revista da Faculdade de Direito da UFG**, v. 43, 2019.

PAGNAN, Rogério. Em nova fase, ação anticrack dispersará moradores de rua. **Folha de São Paulo**, 06 de janeiro de 2012. Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidiano/18571-em-nova-fase-acao-anticrack-dispersara-moradores-de-rua.shtml>. Acesso em: 08 de maio de 2024.

PROVOCA, 2023. Luciana Temer fala sobre programa 'Braços Abertos'. **YouTube**. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=vcZ4eXgHEiM>. Acesso em: 13 de junho de 2024.

REDE BRASIL ATUAL. Parceria entre Prefeitura e Estado pretende asfixiar o tráfico na Cracolândia, **Rede Brasil Atual**, 4 de fevereiro de 2015. Disponível em <https://www.redebrasilatual.com.br/cidadania/parceria-entre-haddad-e-alckmin-pretende-asfixiar-o-trafico-na-cracolandia-4569/>. Acesso em 09 de maio de 2024.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. Tolerância zero. **Revista internacional de direito e cidadania**, v. 5, p. 165-176, 2009.

SOTERO, Erick de Moura; LOTTA, Gabriela Spanghero; OLIVEIRA, Ebenézer MM. **O programa “de braços abertos” – um olhar à luz dos seus arranjos institucionais**. Administração Pública e Gestão Social, v. 11, n. 3, 2019.

SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão da literatura. **Sociologias**, p. 20-45, 2006.

SOUZA, Valdinar Monteiro. Que diferença faz lei ou decreto?. **Jusbrasil**, 2014. Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/artigos/que-diferenca-faz-lei-ou-decreto/116712721#:~:text=O%20decreto%20tem%20menos%20for%C3%A7a,ou%20prefeito%2C%20conforme%20o%20caso>. Acesso em: 14 de junho de 2024.

STRANO, Rafael Folador. **Política criminal e política pública**. 2021. Tese (Doutorado) – Curso de Direito, Universidade de São Paulo, 2021.

TEIXEIRA, Mirna Barros; LACERDA, Alda; RIBEIRO, José Mendes. Potencialidades e desafios de uma política pública intersetorial em drogas: o Programa “De Braços Abertos” de São Paulo, Brasil. **Physis: Revista de Saúde Coletiva**, v. 28, 2018.



UOL. Prefeitura combate tráfico na Cracolândia com desinfetante, **UOL**, 8 de janeiro de 2000. Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff0801200021.htm>. Acesso em: 06 de maio de 2024.

VEJA. Haddad promete reviver programa apelidado de ‘bolsa-crack’. **VEJA**, 2022. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/coluna/maquiavel/haddad-promete-reviver-programa-apelidado-de-bolsa-crack>. Acesso em: 23 de maio de 2024



Direito Penal simbólico na criminalização do aborto e seu impacto nos processos de criminalização

Symbolic criminal law in the criminalization of abortion and its effect on criminal justice system

Beatriz Garcia de Andrade e Silva

Servidora Pública do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

bgandradesilva@gmail.com

Resumo

O presente artigo aborda a criminalização do aborto a partir do *topos* Direito Penal simbólico, verificando se o aborto pode ser aí inserido, com a finalidade de explicar a manutenção da sua criminalização como forma de tutela de uma situação de risco mesmo com a baixa efetividade e incidência da norma. Ademais, o artigo busca explicar os efeitos concretos de uma norma simbólica a partir da seletividade inerente ao sistema penal na sociedade de classes.

Palavras-chave: Direito Penal simbólico. Aborto. Criminalização.

Abstract

This paper discusses the criminalization of abortion from the point of view of symbolic criminal law, verifying whether abortion can be included therein, whose aim is explain why its criminalization is maintained as a way of protecting a risky situation, even when the effectiveness and incidence of the law is low. Furthermore, the article seeks to explain the concrete effects of a symbolic law based on the inherent selectivity of the criminal justice system in class society.

Keywords: *Symbolic criminal law. Abortion. Criminalization*



Introdução

A premissa que deve ser adotada em uma análise social do aborto – o que, evidentemente, engloba a sua criminalização – é a de que este é um fenômeno comum na vida de mulheres brasileiras. Apesar da Pesquisa Nacional do Aborto de 2021 (PNA 2021) indicar um declínio no número de abortos, estima-se que uma em cada sete mulheres realizou um aborto no início de sua vida reprodutiva (52% das mulheres entrevistadas na PNA 2021 tinham apenas 19 anos quando realizaram o primeiro aborto). As taxas mais altas foram descobertas dentre mulheres com menor escolaridade, negras e indígenas, residentes das regiões mais pobres do país.

Em pese o necessário recorte de raça e classe, em aspectos generalistas a criminalização do aborto em um contexto patriarcal serve como instrumento de controle dos direitos reprodutivos femininos em um cenário de cerceamento de direitos. Ao mesmo tempo em que condições socioeconômicas não são garantidas às mulheres, grávidas, mães, lactantes, o braço armado do Estado aparece como um mecanismo que visa a reproduzir não só a baixa efetividade dos direitos da mulheres, mas também as desigualdades de gênero.

Desde o século XIX, o movimento feminista politiza o debate sobre os corpos femininos a fim de questionar “*quem possui o poder de controle sobre o corpo feminino: o Estado, as autoridades religiosas, as corporações médicas, o chefe de família (marido ou pai) ou as próprias interessadas?*” (HIRATA, 2009). Assim, a posicionalidade da mulher deve ocupar um aspecto central nas discussões sobre a (i)legitimidade da criminalização, principalmente em um contexto social em que predomina a heterossexualidade masculina pouco responsável.

Nesse sentido, o presente artigo pretende enquadrar a criminalização do aborto dentro do espectro do chamado Direito Penal simbólico, em que a finalidade manifesta da norma incriminadora não passa de mero subterfúgio formal para justificar a criminalização desta conduta e identificar como tal simbolismo se manifesta em um contexto de condições materiais desiguais no que tange à classe e ao gênero.

Para tanto, é necessário verificar as características de uma norma de Direito Penal simbólico e se o tipo penal de aborto apresenta as mesmas características destacadas pela doutrina, bem como qual a forma de incidência da norma penal no processo de criminalização secundária.

Metodologia

O presente artigo é fruto de pesquisa da autora que teve início ainda na graduação, no programa de Iniciação Científica da Universidade de São Paulo no ano de 2018. A pesquisa intitulada “Criminalização do aborto: das consequências danosas para a escolha da mulher” buscou identificar em um estudo de casos como a legislação criminalizadora do aborto possui efeitos simbólicos no grupo específico de mulheres pobres, negras, indígenas e periféricas selecionadas pelo sistema de justiça criminal.

Este novo artigo, em avanço, pretende enquadrar o tipo penal do aborto como norma de Direito Penal simbólico e destacar como tal conceito, na verdade, está relacionado com o próprio projeto criminalizador nas sociedades de classe e seu inerente papel de manutenção do *status quo*.



Assim, a partir de nova revisão bibliográfica verificou-se quais são as características do chamado Direito Penal simbólico, bem como se o tipo penal do aborto (art. 124 do Código Penal) se enquadra nessas características, para então entender como a incidência seletiva da norma penal não só reproduz as desigualdades de gênero, mas também de classe e raça.

Nesse sentido, a seletividade da imputação, verificada pelo panorama estatístico da mulher que aborta, é explicada pelo caráter simbólico da norma do aborto, em uma simbiose em que um elemento complementa o outro.

1. O Direito Penal simbólico

1.1. Contexto

A expansão do Direito Penal para além dos limites de um Direito Penal liberal, tanto pelo aspecto simbólico quanto pela tipificação de delitos de perigo abstrato (HASSEMER, 1995), pode ser explicada por transformações sociais recentes (DIÉZ RIPOLLÉS, 2001), como o enfraquecimento das instituições informais de controle, o protagonismo de outras formas de comunicação próprios da sociedade de massa (meios de comunicação social de massa) e a configuração de uma suposta sociedade de risco. Desse modo, o fenômeno do Direito Penal simbólico está contextualmente delimitado em um cenário de crise das instituições liberais características do período industrial, que engloba, inclusive, o período de crise de legitimidade das funções da pena.

Segundo FUZIGER (2015) nessa sociedade característica do período pós-industrial, “*as instâncias informais de controle, como a moral e as religiões, vão cada vez mais perdendo a sua força em razão de um processo de desaglutinação social*”, de modo que as interações sociais assumem uma dinâmica que desafia as instâncias de controle social, dentre as quais o Direito Penal.

A partir de um enfoque funcionalista, o enfraquecimento das instâncias informais de controle, responsáveis pela estabilização de expectativas, produz um rompimento de orientação cognitiva nos indivíduos, que passam a se limitar por um critério negativo muito bem consolidado no Direito operado por um código binário lícito/ilícito (LUHMANN, 2016). Nesse sentido, HASSEMER (1995) afirma que a principal característica do Direito Penal contemporâneo é a transmissão de uma vida fiel ao direito por meio da utilização instrumental do Direito Penal. Desse modo, atribui-se não só ao sistema do direito, mas especialmente ao Direito Penal a função de estabilizar a orientação normativa e cognitiva dos indivíduos antes relegada a outras instâncias sociais conformadoras. Assim, o Direito Penal deixa de ser um instrumento liberal de contenção do poder de punir e torna-se o principal instrumento de controle para os “grandes e novos problemas sociais”.

Embora não haja com precisão o contexto em que se desenvolveu o Direito Penal simbólico, é consensual entre a doutrina o cenário de aparência de uma sociedade de risco em meados do século XX em um contexto pós-industrial.



A sociedade de risco seria uma sociedade preocupada com o futuro e com as contingências inerentes a ele. Logo, é uma sociedade em que o conceito de risco é central. Nesse sentido, contingência significa o aumento da complexidade social (LUHMANN, 2016). Assim, para que seja possível mitigar a múltiplas possibilidades oriundas do aumento da complexidade social, o Direito Penal é invocado para ser o estabilizador do comportamento social, ocupando um papel de destaque no controle social. Assim, expande-se o campo de atuação do Direito Penal, inclusive conferindo-lhe uma atribuição que vai além da sua capacidade.

Esse modelo prospectivo de Direito Penal, ou seja, direcionado ao futuro a fim de controlar a contingência inerente à complexidade social, não cabe sequer nas funções declaradas do Direito Penal. É evidente que a inflação penal não protege bens jurídicos, até porque pela via simbólica este deixa de ser um critério ôntico para a criminalização de condutas – surgem os crimes de perigo abstrato, os bens jurídicos coletivos, a antecipação da ação e todo um fenômeno da espiritualização do conceito de bem jurídico.

Em relação ao aborto, ultrapassada a aparência de proteção do bem jurídico vida (nesse caso também se pode falar em um bem jurídico espiritualizado, porquanto se trata da vida ainda imaterial) afirma-se que o risco é um risco moral nas sociedades pós-industriais, relacionado com os movimentos de emancipação feminina¹ que questionam não só o papel, o lugar, a posição de mulheres, mas todo o sistema de produção que se funda na desigualdade de gênero. Desse modo, a legislação simbólica é uma forma de conformar valores morais sedimentados por trás de instituições sociais, constituindo tanto a classe de lei de declaração de valores, quanto a de lei com caráter de apelação moral², segundo a classificação do fenômeno do Direito Penal simbólico proposto por HASSEMER (1995).

A concepção de sexualidade atrelada à divisão social do trabalho e a correspondente ideologia cristã é naturalizada para que seja reduzida ao seu aspecto biológico e que, necessariamente, deve ser suportado pela mulher – fêmea, com útero, que pode e tem como função na divisão do trabalho o poder da procriação. Nessa perspectiva, a mulher que reivindica o aborto nega a sua essência natural do ponto de vista biológico, mas também do ponto de vista social, uma vez que a sua redução como um ser que procria é o que lhe dá lugar na sociedade de classes. No mais, do ponto de vista ideológico, um núcleo familiar em que a realidade do aborto se fizesse presente tornar-se-ia uma célula social degenerada perante à moral social e que, consequentemente, poderia formar indivíduos que também estejam em desacordo com as expectativas morais (VILADRICH, 1987).

Além disso, ainda nessa ideologia, a degeneração moral do século XX teria produzido uma sociedade permissiva (VILADRICH, 1987), em que o sexo e prazer se aproximam de tal modo que as responsabilidades (solidariedade entre o casal formado por um homem e uma mulher, obrigação do estabelecimento de um relacionamento firme e duradouro, a possibilidade da concepção, a doação de um amor pessoal incondicional) são deixadas de lado. Assim, em uma sociedade permissiva que une sexo e prazer, banaliza-se a prática sexual, sendo o aborto a possibilidade do gozo de todo esse prazer sem nenhuma responsabilidade e consequência.

Desse modo, a legislação penal consolida a proteção de uma concepção social e moral que fixa a função social da mulher em sua capacidade de reprodução: primeiro mediante restrição



da sua liberdade sexual, e posteriormente, responsabilizando-lhe por todos os ônus da gravidez em um contexto patriarcal de pouca responsabilidade masculina pelo trabalho de cuidado, inclusive mediante a criminalização de sua conduta e o risco de imposição de uma pena.

Dogmaticamente justifica-se a criminalização pela proteção do bem jurídico vida, bem como pela proteção do nascituro. Todavia, outras formas de controle social que poderiam ser protetivas inclusive dos direitos da mulheres é descartada tendo em vista o peso e o papel que o Direito Penal desempenha nas sociedades contemporâneas. Ademais, defende-se que mesmo no caso de invocação de um bem jurídico tão material quanto a vida, na criminalização do aborto este é espiritualizado justamente porque a criminalização da conduta não se relaciona com um bem jurídico material.

A questão em debate é que a legislação penal não pode, com a justificativa de proteger bens jurídicos, coibir condutas imorais (GRECO, 2010) – primado clássico do positivismo jurídico. O moralismo jurídico-penal consiste na tese de que a imoralidade da conduta legitima a incriminação. Para GRECO (2010), para além das argumentações sobre a inidoneidade do Direito Penal para proteger convicções morais ou da teoria do bem jurídico, ainda que tais argumentos sejam sólidos para afastar a criminalização de condutas tidas como imorais, o moralismo jurídico-penal também não pode ser aceito pelo fato de que as pessoas têm direito de praticar as atividades tidas como imorais, ainda que socialmente tenha que se suportar eventuais desvantagens – e não cometerem crime por isso³.

Sendo assim, o contexto em que se manifesta o Direito Penal simbólico é um contexto de crise do Direito Penal liberal orientado a consequências. No caso da legislação do aborto, tal contexto se expressa pelo processo de emancipação feminina, em que se busca afirmar uma moral social que estrutura a sociedade de classes por via da criminalização.

1.2. Conceito

Como um fenômeno recente, dentro do contexto específico do Direito Penal simbólico, não existe um consenso sobre a sua caracterização. Apesar disso, HASSEMER (1995) afirma que:

existe um acordo global a respeito da direção na qual se busca o fenômeno do Direito simbólico: trata-se de uma oposição entre “realidade” e “aparência”, entre “manifesto” e “latente”, e o “verdadeiramente pretendido” e “o que é aplicado”; e se trata sempre dos efeitos reais das leis penais. (p. 28)

O autor aborda de forma crítica o Direito Penal simbólico, apontando para os malefícios de um Direito Penal com objetivos exclusivamente simbólicos. A consequência mais imediata do simbolismo é a perda de seriedade do debate político e a desautorização da efetividade do saber científico, em que a função da norma simbólica é evitar ou minimizar o comportamento proibido tendo em vista valores culturais e morais que representam determinados estilos de vida, sendo esses perseguidos por meio da cominação penal.

Ressalta-se que o aspecto simbólico é inerente ao Direito, pois esse existe enquanto produção comunicativa, com variáveis cognitivas e normativas que produzem significado e



expectativas normativas⁴. No Direito Penal, tal função de comunicação e manutenção das expectativas normativas legitima-se principalmente pelas funções da pena, pois essa é o elemento diferenciador do Direito Penal, que traz, inclusive, uma carga de sentido material e não apenas comunicacional.

Porém, não se pode perder de vista que a produção de símbolos, ainda que dentro do aspecto inerentemente simbólico do próprio Direito, está relacionada com a distribuição do poder. Desse modo, o simbolismo do Direito atua para a manutenção de expectativas normativas conforme a ideologia dominante, ou seja, de acordo com os interesses de quem detém poder.

Perceber o fenômeno do Direito Penal simbólico importa, portanto, em desvincular o simbolismo próprio do Direito daquele simbolismo que vai além dos limites do Direito Penal liberal. Tal desvinculação aliada com a percepção do elemento de poder nos fornece os pressupostos para analisar tal fenômeno do modo crítico.

A análise crítica parte da oposição entre aparência e essência para que seja possível revelar o elemento de engano que produz a falsa aparência de instrumentalidade e efetividade da norma simbólica. Ou seja, a oposição revela que na norma simbólica os fins descritos e programados são diferentes dos que a norma efetivamente pode atingir. A relação entre Direito Penal simbólico e engano nos traz, portanto, a definição de norma simbólica, como sendo aquela em que as funções latentes predominam sobre as manifestas.

Para a construção do conceito como instrumental de análise crítica parte-se da premissa de que a análise do simbolismo só tem sentido adotando-se um Direito Penal orientado a consequências, em que o conceito de bem jurídico é tido como pressuposto de incriminação (TAVARES, 2020). Caso se admita outro pressuposto para criação de normas penais, não há como conceber o elemento de engano, pois esse seria visto como parte do instrumental da norma. Por exemplo, caso se admita que a função do Direito Penal é a de manutenção de expectativas normativas, como em Jakobs, é possível admitir que ainda que não existam condições objetivas de realização fática da norma penal, tal norma ainda estaria cumprindo uma função legítima. O conceito de Direito Penal simbólico, todavia, consiste exatamente no contrário: afirmar que existem normas penais que não cumprem uma função legítima por serem exclusivamente simbólicas.

RIPOLLÉS (2021) afirma que a intervenção penal deve ser qualificada como simbólica *“quando o emprego da sanção penal recai de forma relevante sobre efeitos socio-pessoais não necessários, a partir do princípio teleológico legitimador da sanção penal”*. Assim, esse autor confirma o pressuposto de que só é possível qualificar uma norma como simbólica a partir do que legitima a sanção penal, que é a existência de bens jurídicos como pressupostos de incriminação, ao lado das funções declaradas da pena.

Antes de prosseguir é importante fazer uma ressalva para destacar o conceito do Direito Penal simbólico da crítica criminológica do Direito Penal produzida desde o surgimento da criminologia crítica, que também parte, dentre outras premissas, da oposição entre finalidades manifestas e latentes, principalmente no que tange à teoria da pena: toda norma penal detém em sua gênese a oposição entre finalidades latentes e manifestar (afinal, em um sistema inerentemente



seletivo e fundado em uma sociedade de classes conflitivas não há proteção de qualquer bem jurídico pelo Direito Penal, do ponto de vista preventivo geral), mas nem toda norma é norma de Direito Penal simbólico. Isso porque o Direito Penal simbólico diz respeito aos tipos que em sua própria estrutura carecem de condição instrumental de implementação e carregam o componente de engano.

Delimitados os pressupostos de análise, bem como o escopo crítico da expressão, enquanto crítica de normas penais que são utilizadas para efeitos latentes, não instrumentais, sem efetividade, pode-se definir o Direito Penal simbólico como o fenômeno em que as normas criminalizadoras estão distorcidas por um componente de engano, em que as funções latentes, exclusivamente simbólicas, estão sobrepostas às manifestas, instrumentais.

Alguns indicadores podem auxiliar a análise de identificação de uma norma penal simbólica.

A inefetividade instrumental da norma é uma das características do Direito Penal simbólico, já que as normas simbólicas carecem do instrumental necessário para que sejam eficazes, uma vez que os sentidos latentes se sobrepõem aos manifestos, o que revela outro indicador do Direito Penal simbólico: a ausência de estrutura da própria norma para produzir resultados instrumentais, de modo que a norma simbólica não vincula as condições de sua efetivação.

Além disso, o cenário de criação da norma pode revelar se foi concebida no contexto de aparecimento do Direito Penal simbólico, ou seja, naquele contexto em que existe uma suposta situação de risco a ser apaziguada com a criminalização; ou no caso de lei de declaração de valores ou leis com caráter de apelação moral em que há na produção legislativa um embate de valores, sendo um deles protegido por uma lei penal. Porém, tendo em vista a conceitualização desenvolvida e definida acima, o componente indispensável do Direito Penal simbólico é o fator de engano, o que faz com que se identifique que existem funções latentes sobrepondo as manifestas.

HASSEMER (1995) apresenta uma classificação das normas de Direito Penal simbólico, que revela como tal fenômeno se manifesta na legislação: i) lei de declaração de valores, em que existe um embate entre grupos pela disputa de um valor social; a norma simbólica consagra algum desses valores a fim de consolidá-lo⁵; ii) leis com caráter de apelo moral que também têm por objetivo consagrar determinando valor, porém, diferentemente das leis de declaração de valores, em que há uma disputa em torno de valores, nesse tipo de legislação simbólica trata-se de valores já bem definidos como dominantes. Existem também as (iii) leis substitutivas do legislador, conhecidas como “leis de crise” e as (iv) leis de compromisso. Aquelas referem-se à legislação que procura regulamentar determinada situação com a finalidade de apaziguar algum conflito social e apaziguar a reação social, demonstrando o controle por meio das instâncias de poder. Exemplos disso são leis que aumentam o *quantum* de pena após crimes amplamente veiculados ou de alterações legislativas que incluem alguma qualificadora no tipo penal que pretender fornecer solução ao problema em tela. Estas se caracterizam-se por textos vagos e amplos como forma de expressar um acordo entre duas posições sociais divergentes. Tal acordo não existe na



realidade, porém a legislação de aplicação duvidosa gera a sensação de que ambos os grupos conflitantes conseguiram atingir os seus objetivos.

RIPPOLÉS (2021) também indica os elementos para se verificar a presença do Direito Penal simbólico, que se configurará na verificação do substancial não cumprimento das decisões político-criminais fundamentadoras dos fins da pena.

Assim, a norma pode ser considerada simbólica quando i) seu efeito não atende a função declarada de prevenção de comportamentos delitivos, como as leis declarativas, em que se produz um fenômeno inverso no qual há a afirmação de que caso a conduta proibida deixe de ser tipificada será concebida pela sociedade como um “comportamento correto” (como na criminalização do aborto). Outros elementos são: ii) os efeitos penais não vão além da cominação penal e iii) os efeitos das intervenções penais superam as necessidades do controle social, de modo que a produção de efeitos penais não é necessária para o controle social.

O que se pretende fazer no próximo itens é a verificação, a partir dos indicativos mencionados, da norma incriminadora do aborto (artigo 124 do Código Penal).

2. A criminalização do aborto como norma de Direito Penal simbólico

O aborto começa a ser criminalizado em sua completude com a formação dos Estados Nacionais, momento em que há, inicialmente, a religião cristã como religião oficial do Estado (CASSERES, CUNHA, 2010). De acordo com a máxima “não matarás” nenhuma autoridade humana poderia dispor, deliberadamente, de outra, que foi concebida por e à imagem de Deus.

No contexto nacional, antes da independência, o Brasil-colônia seguia as previsões das Ordenações Filipinas. Tal ordenamento não será aqui abordado por tratar de previsões jurídicas de um Estado que ainda não era considerado laico. O objetivo do artigo é verificar se a norma incriminadora exerce funções latentes, ou seja, não manifestas. Em um ordenamento moldado por um Estado mesclado de concepções religiosas, a análise do simbolismo da norma perderia sentido. No mais, a breve análise histórica que será feita da legislação brasileira tem como objetivo verificar quais determinações sociais eram, e ainda são, exercidas sobre a mulher. A intenção é demonstrar como o sistema penal, lastreado no processo de criminalização primária, atinge as mulheres nas suas determinações a partir da criminalização do aborto.

No Brasil, o Código Criminal de 1830 previa a criminalização do aborto, mas não a criminalização da mulher que aborta (autoaborto). Tratava-se de conduta tipificada apenas i) de quem realiza o aborto com o consentimento da gestante, ii) de quem realiza o aborto sem o consentimento da gestante e iii) de quem fornece, com o conhecimento da causa, os meios para o procedimento abortivo⁶.

Já no Código Criminal de 1890, além das hipóteses de criminalização anteriores, há previsão de criminalização do autoaborto⁷. Além disso, há a criminalização do autoaborto que for realizado com a motivação de ocultar desonra própria.



Quanto ao Código Penal de 1940 há três tipos de criminalização do aborto: i) criminalização do autoaborto e do consentimento da gestante para que o aborto seja realizado por terceiro⁸ - criminalização da própria mulher; ii) criminalização de quem realiza o aborto com o consentimento da gestante⁹ e iii) criminalização de quem realiza o aborto sem o consentimento da gestante¹⁰. O anteprojeto do Código Penal previa a continuidade da criminalização do aborto por motivo de desonra própria, porém com um tipo penal específico, em que a pena seria de detenção com pena máxima dobrada¹¹ do que a hipótese que previa o auto aborto¹².

Assim, a criminalização da própria mulher aparece no Código Penal de 1890 em conjunto com a hipótese de criminalização do aborto com a finalidade de ocultar desonra própria. A identificação de que a criminalização do autoaborto vincula-se com a finalidade de desonra própria revela o caráter moral veiculado com a norma. Não se trata apenas de criminalizar o aborto com a finalidade de proteger o bem jurídico vida, mas sim de criminalizar, com maior severidade penal, a intenção da mulher. Tal hipótese só pode ser justificada com a conformação moral que se pretende da mulher por meio da criminalização, de modo que a finalidade que leva ao procedimento abortivo – ocultação de desonra própria – que enseja o maior rigor penal.

Este fato revela o aspecto conformador moral também na primeira hipótese, em que não há o elemento subjetivo especial do tipo. O tratamento criminal do autoaborto, conduta que se relaciona intimamente com os direitos reprodutivos, sexuais e de planejamento familiar revela o objetivo latente da norma de conformar a mulher aos padrões de gênero, tolhendo-lhes as possibilidades de autodeterminação. Protege-se pela via da criminalização a concepção de que a função social da mulher do sexo feminino é de ser procriadora e que tal condição não está em seu âmbito de determinação. Ademais, reforça a imposição dos ônus e consequências da gestação à mulher, confirmando um padrão de pouca responsabilidade masculina com estes aspectos. Também revela a opção político-ideológica de outras formas menos lesivas que a criminalização de tutelar os direitos das mulheres.

Dessa forma, a norma penal que tipifica o autoaborto e a manifestação do consentimento feminino para a sua realização é um dos braços (armados) do Estado para conformar o papel da mulher na divisão social do trabalho – procriar e não decidir de forma ampla sobre tal aspecto.

Há de se observar que os argumentos conformadores da criminalização se atualizam conforme os processos históricos de emancipação feminina. Por exemplo, com o advento de métodos contraceptivos, a manutenção do aborto se justifica, além das outras considerações elencadas, por ter a mulher escolha, *a priori*, de evitar a gravidez. Entretanto, em um Estado Democrático de Direito voltado à tutela de direitos, não se trata de parcialmente oferecer limitadas possibilidades de planejamento, mas sim de efetivamente lidar com as questões sociais de forma complexa, fornecendo às cidadãs todos os meios possíveis de lidar com aspectos essenciais de sua dignidade.

Desse modo, observa-se que o contexto de criminalização, bem como a evolução legislativa, revela que lei penal criminalizadora do aborto tem como função proteger um valor moral, além do aspecto social de conformar o papel típico da mulher na sociedade de classes.



Outra questão que corrobora com a tese de que a criminalização do aborto se insere no *topos* do Direito Penal simbólico é de que a própria estrutura normativa não traduz possibilidades de sua instrumentalidade. Na realidade concreta, observa-se uma baixa criminalização secundária do aborto e a incapacidade do Direito Penal em lidar com essa problemática sequer na própria criminalização efetiva da conduta.

Trata-se de um crime clandestino, em que a possibilidade de descoberta de testemunhas é baixíssima, justamente porque os envolvidos na dinâmica criminal também poderiam ser responsabilizados criminalmente (art. 125 ou 126 do Código Penal), e em que não há vítima. Dados demonstram que os crimes são descobertos nos casos de complicação do quadro de saúde da gestante que aborta ou no “estouro” de clínicas de aborto clandestinas (CRAVO, HABER, 2018).

Ademais, em uma coleta de dados realizada pela Portal Catarina, em parceria com a empresa GHS Brasil¹³, de 2015 a 2017, o Brasil registrou, respectivamente, 306, 287 e 331 processos em andamento em que a mulher estava sendo imputada pela prática do crime previsto no artigo 124. Tal número é discrepante em relação à quantificação do fenômeno do aborto. O que ocorre é a criminalização esparsa, produzindo efeitos que não protegem o bem jurídico vida intrauterina.

3. Aplicação concreta da norma criminalizadora do aborto

A seletividade, inerente ao funcionamento do sistema de justiça criminal, costuma ser dividida na criminologia entre criminalização primária e secundária. A primeira se refere à cominação penal, ou seja, a seleção de condutas que devem ser tipificadas; a segunda se refere à imputação criminal que ocorre na realidade concreta, ou seja, na atuação dos órgãos de controle sobre os indivíduos, desde a abordagem policial, até a execução da pena nos casos de condenação.

Existe uma correlação entre o Direito Penal simbólico e a seletividade do sistema penal, quase que em uma simbiose em que um elemento deturpador do Direito Penal leva à manutenção e continuidade do outro.

O contexto de aparente sociedade de risco, bem como a tentativa de continuidade de conformações morais, ambos ensejando a criação ou manutenção de tipos penais, relaciona-se em um primeiro momento com a criminalização primária: dentre uma série de inseguranças inerentes à sociedade complexa, algumas são selecionadas a adquirir o *status* de crime por razões políticas de manutenção do *status quo* vigente, como é o caso do aborto, ou como forma de atenuar o sentimento social perante a criminalidade e impunidade, como a criminalização e o agravamento de penas dos crimes de colarinho branco. Essa manutenção permite ao Estado conservar formas de controle social sobre uma população específica, com um caráter simbólico para atender finalidades não previstas no escopo clássico do Direito Penal.

A legislação simbólica, cujo traço característico marcante é o protagonismo dos fins latentes da norma sobre os fins manifestos, é inefetiva do ponto de vista da sua instrumentalidade. O ponto crucial desse fenômeno legislativo é a sua atuação esparsa que penaliza indivíduos dentro



da lógica da seletividade própria do sistema penal. Desse modo, observa-se que a legislação simbólica, além de se constituir em um amplo processo de seletividade primária, incrementa a chama da seletividade secundária, uma vez que a sua ínfima atuação, quando ocorre, afunila a seletividade do sistema penal.

Como já destacado, a criminalização do aborto é uma opção político-ideológica para lidar com um fenômeno social concreto de forma extremamente restritiva dos direitos sexuais e reprodutivos femininos.

Outras legislações, por exemplo, como a alemã, adotaram outros meios menos gravosos aos direitos da mulher. Na Alemanha a gestante tem a possibilidade de realizar o abortamento até o terceiro mês de gestação, sendo submetida, em caso de optar pela realização desse procedimento, a um acompanhamento de órgãos públicos de formação de consciência e apoio psicológico antes da realização do aborto.

No Brasil, a incriminação do aborto ocorre, em sua maioria, a partir de ocorrências realizadas por médicos, nos casos em que as mulheres apresentam complicações relacionadas com o procedimento aborto e são encaminhadas a hospitais públicos. Assim, as mulheres que são encaminhadas ao Sistema Único de Saúde por complicações estão mais suscetíveis a adentrar as malhas do sistema penal. Essas mulheres realizam o aborto clandestino de modo inseguro e são menos instruídas sobre os efeitos que medicamentos ou chá abortivos podem provocar no organismo¹⁴.

A pesquisa *“Determinantes sociais de saúde: a partir do conceito à prática em resultados de gravidez não intencionais que resultam em aborto induzido”* (objeto e metodologia da pesquisa descritos no item 2.4) revela que o grupo “favela”, ou seja, o grupo de mulheres que realiza o aborto de modo clandestino e inseguro é composto em sua maioria por mulheres negras (76,5%), com renda até três salários-mínimos (80,4%), com escolaridade até o Ensino Fundamental (82%), vindas de outros estados do Brasil que não São Paulo (60%), ainda que tenham realizado o procedimento abortivo nesse estado e que já tem mais de dois filhos (78,5%). Além disso, mais da metade dessas mulheres não tem trabalho formal remunerado (51%). A pesquisa *“Entre a morte e a prisão: quem são as mulheres criminalizadas pela prática do aborto no Rio de Janeiro”* revela que o perfil das mulheres que aborta é

a) mulheres em situação de pobreza, em sua maioria negras (60%), que não têm condições financeiras de arcar com o pagamento por um procedimento médico clandestino de interrupção da gravidez e optam por métodos caseiros, como o uso de chás abortivos e a autoadministração de medicamentos, que apresentam riscos mais levados à saúde e resultam, frequentemente, na necessidade de atendimentos de emergência na rede de saúde, por conta do sofrimento físico provocado pelo processo de abortamento; b) as mulheres em situação de pobreza, em sua maioria negras (60%) e menos instruídas (22% não concluíram o segundo grau), por conta do medo de serem descobertas e da ausência de informação ou de condições seguras para interromper a gestação, demoram mais a tomar a decisão e acabam por realizar o processo em estágio de gravidez avançado (a grande maioria com tempo gestacional superior a 12 semanas), o que faz com que sofram de maneira mais drástica os efeitos físicos do procedimento e corram maior risco de morte;



São essas mulheres que apresentam complicações advindas do procedimento abortivo e são encaminhadas ao SUS, estando mais propensas a ter seu sigilo quebrado por uma ocorrência médica.

A pesquisa *“Atualização das estimativas da magnitude do aborto induzido, taxas por mil mulheres e razões por 100 nascimentos vivos do aborto induzido por faixa etária das grandes regiões. Brasil, 1995 a 2013”*, cujo objeto é a atualização da quantificação do fenômeno social do aborto, ainda que faça mediações, observando que existem internações no SUS por razão de aborto espontâneos e abortos clandestinos seguros – efetuados em clínicas ou hospitais privados –, conclui que o maior número de internações por complicações se refere ao aborto inseguro, o que corrobora com as conclusões da pesquisa anterior, de que seja possível traçar o perfil da mulher internada no SUS e sujeita à imputação criminal.

No mais, quando se conclui que a imputação exerce funções latentes, é possível perceber sobre quem se pretende exercer tal função latente. A pesquisa que atualiza as informações sobre a quantificação do aborto se baseia no número de internações por complicações no Sistema Único de Saúde. Desse modo, tendo em vista que nesse dado se concentra o maior número de abortos realizados, bem como quais mulheres estão suscetíveis de serem incriminadas, é possível perceber sobre quem recai os efeitos latentes produzidos pela norma simbólica criminalizadora.

Os dados sobre a criminalização são conhecidos e, nos últimos anos são pauta de debate público, tanto no âmbito da descriminalização quanto no âmbito médico, por ser também um problema de saúde pública, relacionado com índices de mortalidade materna. Desse modo, percebe-se que a criminalização, bem como a sua manutenção, subsiste mesmo com todos esses dados e estudos desenvolvidos sobre essa temática. A legislação penal sabe quais mulheres abortam, quais mulheres são criminalizadas secundariamente e sobre quem, portanto, recaem os efeitos latentes da lei simbólica. Trata-se de uma legislação simbólica consciente dos efeitos que produz, bem como sobre quem intende-se produzir tais efeitos.

A partir das características do Direito Penal simbólico, bem como da análise dos casos obtidos, percebe-se que a imputação criminal é altamente seletiva, em concordância com os números de quantificação do aborto clandestino, bem como com a quantificação das mulheres que o realiza de modo inseguro. A imputação criminal do auto aborto é seletiva e utilizada, por meio de bodes expiatórios gerados pela aplicação esparsa, para incrementar o simbolismo da norma incriminadora do aborto.

Conclusão

A criminalização do aborto como norma de Direito Penal simbólico tem sido um instrumento contínuo de controle social sobre os corpos femininos, cuja principal função latente é manter uma concepção moral sobre o papel de gênero. A criminalização do autoaborto não apenas impõe uma severidade penal desproporcional à decisão da mulher, mas também evidencia a tentativa de limitar sua autonomia reprodutiva e sexual.



A seletividade na aplicação da lei, que frequentemente resulta na criminalização das mulheres mais vulneráveis da sociedade, de baixa renda, negras e com menor escolaridade, demonstra como o sistema penal mesmo com as normas simbólicas ainda opera na manutenção das desigualdades sociais e ainda amplifica a seletividade penal.

Nesse sentido, reconhecer o aborto como norma de Direito Penal simbólico é importante para identificar que pela via do sistema penal perpetua-se um sistema de controle moral e social. A discrepância entre a incidência do aborto clandestino e o número reduzido de condenações demonstra que a lei penal carece de efetividade instrumental, mas ainda assim é um mecanismo do braço armado para subjugação das mulheres mais vulneráveis da sociedade. Portanto, a discussão sobre a criminalização do aborto não pode ser dissociada das questões de gênero, classe e raça e do incremento da seletividade penal pela criminalização do autoaborto.

Referências bibliográficas

ADESSI, Leila. DREZETT, Jefferson. MONTEIRO, Mario Francisco Giani. Atualização das estimativas da magnitude do aborto induzido, taxas por mil mulheres e razões por 100 nascimentos vivos do aborto induzido por faixa etária das grandes regiões. Brasil, 1995 a 2013. In. *Reprodução & Climatério*, pp. 1, 2015

ARKEMAN, Marco. DE SOUZA E SILVA, Rebeca. DREZETT, Jefferson. FUSCO, Carmen. Determinantes sociais de saúde: a partir do conceito à prática em resultados de gravidez não intencionais que resultam em aborto induzido. In. *Reprodução & Climatério*, v. 33, pp. 1-9, 2016

BATISTA, Nilo. ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003, v. I, p. 43

COOK, Rebecca J. *Leis e políticas sobre o aborto: desafios e oportunidades*. São Paulo: Conselho Estadual da Condição Feminina, 1991

COSTA, Helena Regina Lobo da Costa. Criminalização do aborto e dignidade penal: uma abordagem à luz do critério de adequação dos fins. In. *Mulher e Direito Penal*. São Paulo: Editora Forense, pp. 217-227, 2007

_____. *Proteção ambiental, direito penal e direito administrativo*. 2007. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

CRAVO, Maria Gabriele Albuquerque Presler. HABER, Carolina Dzimidas. Perfil das mulheres processadas por aborto no Rio de Janeiro. In. *Entre a morte e a prisão: quem são as mulheres criminalizadas pela prática do aborto no Rio de Janeiro* – Rio de Janeiro: Defensoria Pública Geral do Estado do Rio de Janeiro, pp. 15-50, 2018.

CUNHA, Beatriz Carvalho de Araújo. CASSERES, Livia Miranda Müller Drumond. Impactos da criminalização do aborto no Brasil. In. *Entre a morte e a prisão: quem são as mulheres criminalizadas pela prática do aborto no Rio de Janeiro* – Rio de Janeiro: Defensoria Pública Geral do Estado do Rio de Janeiro, pp. 51-83, 2018.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luiz. El derecho penal simbólico y los efectos de la pena. *Actualidad Penal*. Madrid, 2001



- DINIZ, Debora. Aborto e saúde pública no Brasil: 20 anos. In. *Caderno de Saúde Pública*, Brasília – DF: v. 25, n. 4, 2009
- DINIZ, Debora. MEDEIROS, Marcelo. Aborto no Brasil: uma pesquisa domiciliar com técnica de urna. In. *Ciência e saúde coletiva*, online, 2010.
- DINIZ, Debora. MEDEIROS, Marcelo. MADEIRO, Alberto. Pesquisa Nacional de Aborto 2021.
- FUZIGER, Rodrigo. *Direito Penal Simbólico*. Curitiba: Juruá Editora, 2015.
- GALEOTTI, Giulia. *História do Ab(orto)*. Bolonha: Società editrice Il Mulino. 2003.
- GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. O aborto sob a ótica do princípio da proporcionalidade no Direito Penal. In. *Estudos em homenagem a Ivette Senise Ferreira*. São Paulo: Libers Ars, pp. 245-356, 2015
- GRECO, Luís. Tem futuro a teoria do bem jurídico? Reflexões a partir da decisão do Tribunal Constitucional Alemão a respeito do crime de incesto (§ 173, *Strafgesetzbuch*). In. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 82, 2010.
- HASSEMER, Winfried. Derecho Penal Simbólico y Protección de Bienes Jurídicos. In.. *Pena y Estado*. Santiago: pp. 23-37, 1995
- HIRATA, Helena. Dicionário Crítico do Feminismo. São Paulo: Editora Unesp. 2009
- LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2016
- MAMMANA, Caetano Zamitti. *O aborto: ante o Direito, a Medicina, a moral e a religião*. São Paulo: Letras Editôra, 1969.
- MARTINS, Antônio Carvalho. *O aborto e o problema criminal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1985.
- MILANESI, Maria Lucila. *O aborto provocado*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1970.
- QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. *Monografia jurídica passo a passo: projeto pesquisa, redação e formatação*. São Paulo: Editora Método, 2015
- SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. *La expansión del Derecho Penal, aspectos de la política criminal em las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas, 2001
- TAVARES, Juarez. *Fundamentos da teoria do delito*. 2. ed. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2020
- VILADRICH, Pedro-Juan. *Aborto e sociedade permissiva*. São Paulo: Quadrante, 1987

¹ Citação que revela o risco da emancipação feminina, extraído trecho da obra VILADRICH (1987). *Aborto e sociedade permissiva*. São Paulo: Quadrante, pp. 4, 1987: “A bandeira pró-abortista não passa de um corolário-limite do movimento de emancipação da mulher. A reivindicação da plena igualdade do homem e da mulher havia de acabar levando a que esta quisesse usar do sexo sem olhar as consequências. Daí a defesa dos anticoncepcionais e, como garantia última, a tese da legalização do aborto”

² Tais tipos de normas simbólicas estão explicadas no item seguinte

³ Interessante notar como tal argumento está relacionado com a teoria da rotulação na criminologia: como o crime é um processo político de seleção de condutas, ele não necessariamente traduz a moral social, de



forma que do ponto de vista do Direito Penal liberal seria assegurado aos cidadãos cometer condutas imorais, mas não criminosas.

⁴ Expectativas normativas, na teoria sistêmica, são aquelas que não se modificarão com a frustração, ou seja, as expectativas se mantêm mesmo que não verificadas

⁵ Hassemer utiliza a criminalização do aborto como um exemplo das leis de declaração de valores

⁶ Art. 199. Ocasionar aborto por qualquer meio empregado interior, ou exteriormente com consentimento da mulher pejada: penas - de prisão com trabalho por um a cinco annos. Art. 200. Fornecer com conhecimento de causa drogas, ou quaesquer meios para produzir o aborto, ainda que este se não verifique: Penas - de prisão com trabalho por dous a seis annos.

⁷ Art. 301. Provocar abôrto com annuencia e accordo da gestante: pena - de prissão cellular por um a cinco annos. Paragrapho unico. em igual pena incorrerá a gestante que conseguir abortar voluntariamente, empregado para esse fim os meios; e com redução da terça parte, si o crime for commettido para occultar a deshonra propria.

⁸ Artigo 124

⁹ Artigo 125

¹⁰ Artigo 126

¹¹ Artigo 124: Se o aborto visa occultar a desonra da mulher, seja provocado por esta, seja por terceiro com o seu consentimento: pena – detenção de 6 meses a 2 annos

¹² Art. 121: provocar a gestante o seu próprio aborto: pena – detenção de 1 a 4 annos

¹³ <http://catarinas.info/brasil-registra-um-processo-por-autoaborto-todo-dia/>), acesso pela última vez em 13/07/2024

¹⁴ Entre a morte e a prisão: quem são as mulheres criminalizadas pela prática do aborto no Rio de Janeiro / Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, Coordenação de Defesa de Mulher dos Direitos Humanos, CEJUR. – Rio de Janeiro: Defensoria Pública Geral do Estado do Rio de Janeiro, 2018, página 49



Audiência de custódia: aplicação à realidade brasileira

Custody hearing: application to the Brazilian reality

Caio Cesar Rodrigues Paes

Servidor do Tribunal de Justiça de São Paulo

crpaes@tjsp.jus.br

Resumo

O presente artigo analisa o conceito e objetivos da audiência de custódia, passando pela contextualização de sua incorporação ao ordenamento jurídico nacional, pela extensão de sua aplicação a diferentes tipos de prisão, aspectos práticos de sua realização e, por fim, aborda sinteticamente preocupações inerentes ao instituto, de modo a evitar involuções.

Palavras-chave: Audiência de Custódia. Direitos Humanos. Violência policial. Processo penal.

Abstract

This article analyzes the concept and objectives of the custody hearing, including the contextualization of its incorporation into the national legal system, the extent of its application to different types of detention, practical aspects of its implementation, and finally, it briefly addresses concerns inherent to the institution to avoid regressions.

Keywords: Custody Hearing. Human Rights. Police Violence. Criminal Procedure.



Introdução

Passados mais de 9 anos desde a primeira experiência em território nacional, as audiências de custódia continuam sendo protagonistas de discussões políticas ainda nos dias de hoje, sobretudo por aqueles que possuem pouco (ou quase nenhum) apreço pelas garantias constitucionais vigentes no país, especialmente quando asseguradas a grupos em evidente vulnerabilidade.

Bem por isso é possível considerar o tema atual e digno de estudos, já que o reforço às conquistas sociais e aos avanços no campo dos direitos humanos devem, sempre, fazer parte da pauta progressista, para que não experimentem retrocessos.

Dito isso, como proposição inicial, sem adentrarmos no mérito e nas minúcias da teoria criminológica, podemos afirmar que o abolicionismo penal, em terras brasileiras, soa como utopia das mais distantes. É inimaginável pensar em ausência de pena em um país continental, complexo e tão heterogêneo quanto o Brasil. Tem-se, portanto, que ao menos nesse estágio da sociedade brasileira, a pena é elemento essencial e constituinte do processo penal aqui vigente.

A pena de prisão, por sua vez, ganha protagonismo nas discussões públicas, dada a relevância de suas consequências e do apelo popular (além de político) de torná-la cada vez mais abrangente – o que, de certo modo, tem se mostrado eficaz se considerarmos o aumento do encarceramento em 257,6%, no período de 2000 a 2022, conforme dados do Fórum Brasileiro de Segurança Pública.

Sendo assim, diante de um sistema carcerário absolutamente abarrotado e da inafastável violência policial presente no patrulhamento ostensivo, aquele que deseja pensar melhorias para tal sistema deve fazê-lo desde a sua porta de entrada – literalmente –, isto é, desde o momento inicial da prisão realizada pela autoridade policial.

Daí a importância e a relevância da introdução da audiência de custódia no cotidiano brasileiro. Racionalizar a prisão, garantir padrões mínimos de segurança e afastar abusos e arbitrariedades, que são observados tão frequentemente.

Na esteira do exposto, o presente trabalho tem a finalidade de verificar os objetivos, aplicação e benefícios alcançados com a realização das audiências de custódia, demonstrando se realmente o instituto tem o condão de assegurar a observância aos direitos humanos e às garantias constitucionais.

No primeiro capítulo, detalha-se o seu conceito e os seus objetivos, isto é, busca-se definir o ato, demonstrar para que serve, a quais direitos fundamentais se relaciona e no que se diferencia de institutos aparentemente similares.

No capítulo seguinte, traça-se o histórico da introdução da audiência de custódia no ordenamento jurídico brasileiro, primeiro mediante diplomas internacionais, depois por meio de atos administrativos de tribunais estaduais, até culminar na normatização pelo Conselho Nacional de Justiça e, por fim, na alteração do Código de Processo Penal.



Adiante, o terceiro capítulo, de forma sucinta, explana sobre a possibilidade de realização da audiência de custódia não só para as prisões em flagrante, mas para todos os demais tipos de prisão, a partir da interpretação do CNJ e do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto.

O quarto capítulo aborda aspectos práticos da realização da audiência de custódia, como o tempo previsto para realizá-la (comparando com a realidade de outros países), a economia obtida desde a sua implantação, os dados sobre os crimes de maior incidência e o perfil socioeconômico dos presos, além dos dados acerca da violência constatada nas prisões analisadas.

Por fim, o quinto capítulo evidencia a polêmica sobre a utilização da videoconferência nas audiências de custódia, indicando em que medida não é bem-vinda como regra geral, mas apenas excepcionalmente e mediante justificativa.

1. Conceito e objetivos

Trata-se de ato judicial anterior ao processo, que assegura a todo o cidadão preso – não só em flagrante, como adiante se verificará – a garantia de ser apresentado pessoalmente, sem demora, à autoridade judiciária competente para aferir a legalidade de sua prisão, ocasião em que será ouvido e questões relativas aos seus direitos, à sua integridade física (ocorrência de maus tratos ou tortura, por exemplo) e psíquica (extorsões ou coações) também serão analisadas (MASI, 2015, p. 78-79).

Para além da nomenclatura utilizada no presente artigo, há quem a denomine de “audiência de apresentação” ou de “audiência de garantia”. Ambas as possibilidades já nos adiantam características intrínsecas ao seu conceito. Entretanto, a despeito da utilização como sinônimos, não podem, tecnicamente, assim ser consideradas, pois são institutos distintos.

O artigo 287 do Código de Processo Penal, por exemplo, traz a figura da “audiência de apresentação”, tendo por finalidade a comprovação ao conduzido de que contra ele foi expedido um mandado de prisão. Ou seja, seu objetivo é menos abrangente que aquele previsto para a audiência de custódia, conforme ensina Caio Paiva (2015, p. 33).

Por outro lado, a “audiência de garantia” está ligada ao juiz de garantia, que conduz apenas o procedimento de investigação penal, nos países em que a diferenciação nas fases já é possível (juízes distintos para inquérito e para o julgamento).

Apresentada a necessária distinção, voltemos as atenções para o termo “custódia”. Para Caio Paiva (2015, p. 15), o termo também é bastante significativo, em si, na medida em que “*se relaciona com o ato de guardar, de proteger*”. Nas palavras do professor Aury Lopes Jr. (2022, p. 788) “*a audiência de custódia humaniza o ato da prisão, permite um melhor controle da legalidade do flagrante*”.

Mas não só, além dos evidentes benefícios ao preso, ela também cria melhores condições para o juiz avaliar a situação e a necessidade ou não da prisão cautelar, fato que implica a prestação jurisdicional mais eficiente, portanto.



Ou seja, a audiência de custódia é o momento mais oportuno para que o juiz aprecie se os requisitos formais do auto de prisão em flagrante estão presentes, decidindo pela manutenção ou relaxamento, em caso de prisão ilegal. Também é momento de, como visto, averiguar a integridade do preso (em todos os sentidos), podendo remeter os autos ao Ministério Público e à Corregedoria da Polícia Militar, se assim entender cabível.

É, ainda, o espaço adequado para promover o contraditório prévio (art., 282, § 3º, do CPP), acerca da possibilidade de concessão da liberdade provisória, da aplicação de medidas cautelares diversas e, por fim, da necessidade de conversão do flagrante em prisão preventiva (MASI, 2015, p. 80).

Não obstante o exposto, o momento não é oportuno para eventual antecipação do interrogatório (art. 212 do CPP) ou para a instrução processual, sendo prescindível, portanto, toda a formalidade inerente àquele primeiro. Além disso, o mérito da causa não deve ser abordado, limitando-se a solenidade a aferir se estão cumpridos os requisitos para a prisão (materiais e formais), se existe a possibilidade de substituição por medidas menos gravosas e, também, se a pessoa presa foi submetida a algum tipo de tortura ou maus tratos.

Em verdade, a prática está alinhada aos mais caros direitos fundamentais abalizados pela Constituição da República, dentre os quais é possível citar, a título de exemplo¹: “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante” (art. 5º, III), “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral” (art. 5º, XLIX), e “a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada” (art. 5º, LXII).

Segundo a cartilha informativa expedida pelo Conselho Nacional de Justiça (2016, p. 10), pode-se considerar, em síntese, que:

A audiência de custódia tem por escopo assegurar o respeito aos direitos fundamentais da pessoa submetida à prisão, por meio de apreciação mais adequada e apropriada da prisão antecipada pelas agências de segurança pública do estado. Ela garante a presença física do autuado em flagrante perante o juiz, bem como o seu direito ao contraditório pleno e efetivo antes de ocorrer a deliberação pela conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva. Com isso, evitam-se prisões desnecessárias, atenuando-se a superlotação carcerária e os gastos que decorrem da manutenção de presos provisórios indevidamente intramuros. Finalmente, audiências de custódia permitem conhecer e tomar providências diante de possíveis casos de maus tratos e de tortura.

A corroborar o exposto, observa-se que a introdução da solenidade em território nacional se deu por meio de documentos de suma importância para os direitos humanos, seja em cenário internacional ou nacional, como adiante se verá.

2. Incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro

Não podemos abordar o presente tema sem que citemos o disposto na Convenção Americana de Direito Humanos (CADH)². Foi por meio de sua proposição que a realização da



audiência de custódia ganhou a força inicial necessária em território nacional, mais especificamente a partir do estabeleceu o art. 7.5 da CADH, a saber:

Toda pessoa presa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em um prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

Em paralelo, no mesmo ano da incorporação da CADH (1992), a audiência de custódia também foi prevista pelo art. 9.3 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos:

Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença.

Outros tratados internacionais foram subscritos pelo Brasil, no mesmo sentido³. Desde então, tendo em vista que o processo penal brasileiro tem como um dos objetivos, idealmente, o controle de convencionalidade, de modo a adequá-lo aos parâmetros interamericanos, seria de se esperar que a audiência de custódia fosse uma realidade pungente em nosso ordenamento jurídico. Não foi o que ocorreu, contudo.

Ainda assim, foi o bastante para que debates e reflexões a seu respeito ganhassem corpo e pudessem passar a ser discutidos com maior seriedade.

Na esteira de tais diplomas, começam a surgir manifestações de muita relevância originadas no cenário nacional. É o caso, por exemplo, do Relatório Final emitido pela Comissão Nacional da Verdade, no ano de 2014. Naquele importante e simbólico documento, foram apuradas e esclarecidas práticas que feriram gravemente direitos e garantias fundamentais, no período fixado pelo art. 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (1946-1988).

Como uma das recomendações do Relatório Final da Comissão da Verdade, constou a *“introdução da audiência de custódia, para prevenção da prática de tortura e de prisão ilegal”*. Trata-se de preocupação legítima e urgente, constatada a partir de um contexto de exceção da lei e da ordem, em que a democracia e o respeito aos direitos individuais não existiam.

Era de se esperar, ante a inércia legislativa e a morosidade das tentativas de inclusão do instituto ao Código de Processo Penal⁴, que a implementação dessa garantia não partiria do Congresso Nacional.

Pois bem. Foi do Poder Judiciário, por meio de atos administrativos, o pontapé inicial para que a audiência de custódia passasse a ser uma realidade em território brasileiro. O Tribunal de Justiça do Maranhão, mediante provocação da Corregedoria Geral de Justiça, inaugurou o cenário, ao editar o Provimento nº 24/2014. É certo, contudo, que a proposição, por sua restritividade, não se coadunava, integralmente, com o que se esperava da audiência de custódia, tendo por referência os diplomas internacionais.



Bem por isso, como rememora Ana Luiza Bandeira (2018, p. 22), foi na Comarca paulista que se observou, efetivamente, a primeira experiência de implementação das audiências de custódia no Brasil, fruto de intensa articulação do então Ministro Presidente do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), Ricardo Lewandowski, e do então Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), José Renato Nalini.

Tais esforços culminaram na assinatura do Termo de Cooperação para realização das Audiências de Custódia, no dia 03 de fevereiro de 2015, sobrevivendo a edição do Provimento Conjunto nº 3/2015, do TJSP, a regular as audiências de forma progressiva.

Não houve, todavia, apoio do Ministério Público do Estado de São Paulo, nem tampouco dos Delegados de Polícia Civil, conforme pontua Caio Paiva (2015, pp. 75/76). Consequentemente, a celebração deu causa ao ajuizamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.240 pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil – ADEPOL.

Mencionada ADI, contudo, não contou com o acolhimento pela Suprema Corte nacional, que, em sessão plenária no dia 20 de agosto de 2015, manteve as normas estabelecidas pelo Tribunal Bandeirante. Em síntese, entenderam que se tratava de “norma estritamente regulamentadora”, já que as os Tratados de Direitos Humanos subscritos pelo Brasil, que contemplavam a obrigatoriedade das audiências, possuem eficácia plena e imediata.

Ainda, nas palavras do Relator, Ministro Luiz Fux:

Tem-se revelado extremamente eficiente a audiência de custódia, quem tem indeferido diretamente na obstrução de prisões ilegais e nesse abarrotamento do sistema prisional brasileiro.

(...)

A apresentação do preso ao juiz nesse prazo de 24 horas está intimamente ligada à ideia de uma garantia fundamental de liberdade, que é o habeas corpus, e já constava da própria Magna Carta.

Após, em meados de 2015, com o julgamento da medida cautelar no bojo da ADPF 347, pelo Supremo Tribunal Federal, cujo objeto era a discussão do superencarceramento no país, o tão conhecido “estado de coisas inconstitucional” de nosso sistema carcerário foi constatado. A tradução da assertiva é simples: nossas prisões desprezam completamente todo e qualquer direito fundamental aos seus ocupantes (falta de alimentos, escassez de higiene, doenças, violência etc.).

Por ocasião do julgamento, a maioria dos Ministros decidiu pela instituição obrigatória da audiência de custódia no país, observado o controle de convencionalidade, conforme ementa abaixo transcrita:

CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil.

SISTEMA SUPERLOTAÇÃO PENITENCIÁRIO CARCERÁRIA NACIONAL – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. 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”.

[...] AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juízes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão. (ADPF nº 347-MC/DF, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, j. 09/09/2015, p. 19/02/2016)

Então, em meio a esse contexto, a Resolução nº 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça teve a função de disciplinar e uniformizar a realização de tais atos, já que a falta de lei federal específica ensejou a multiplicidade de atos normativos pelos Tribunais de Justiça do país, cada qual a seu modo.

Tal Resolução foi de suma importância, desde a sua entrada em vigor, do dia 1º de fevereiro de 2016, até que a inércia do Poder Legislativo cessasse, com o advento da Lei nº 13.964/2019 publicada em 24 de dezembro de 2019, que alterou o art. 310 do Código de Processo Penal, passando a prever expressamente a sua realização por aquele diploma, abaixo transcrito:

Art. 310. Após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público, e, nessa audiência, o juiz deverá, fundamentadamente:

I - relaxar a prisão ilegal; ou

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

§ 1º Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato em qualquer das condições constantes dos incisos I, II ou III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento obrigatório a todos os atos processuais, sob pena de revogação.

§ 2º Se o juiz verificar que o agente é reincidente ou que integra organização criminosa armada ou milícia, ou que porta arma de fogo de uso restrito, deverá denegar a liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares.

§ 3º A autoridade que deu causa, sem motivação idônea, à não realização da audiência de custódia no prazo estabelecido no caput deste artigo responderá administrativa, civil e penalmente pela omissão.

§ 4º Transcorridas 24 (vinte e quatro) horas após o decurso do prazo estabelecido no caput deste artigo, a não realização de audiência de custódia sem motivação idônea ensejará também a ilegalidade da prisão, a ser relaxada pela autoridade competente, sem prejuízo da possibilidade de imediata decretação de prisão preventiva.



3. Aplicação a diferentes formas de prisão

A leitura do art. 1º da Resolução nº 213/15 do CNJ parece apontar para a extensão da audiência de custódia apenas para os casos de prisão em flagrante, a saber: “determinar que toda pessoa presa em flagrante delito, independentemente da motivação ou natureza do ato, seja obrigatoriamente apresentada, em até 24 horas da comunicação do flagrante, à autoridade judicial competente”.

De igual modo, com a edição da Lei nº 13.964/19, que alterou o disposto no art. 310 do CPP, a conclusão mais literal caminhava para o mesmo caminho, já que o dispositivo assim propõe: “após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado”.

Dada a relevância do tema, a controvérsia se fez presente desde o início da regulamentação do ato judicial, nos idos de 2015.

Houve, perante o Supremo Tribunal Federal, o ajuizamento da Reclamação Constitucional nº 29.303/RJ, pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro contra a Resolução nº 29/15 do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que, ao regulamentar a audiência de custódia em território fluminense, restringiu seu cabimento aos casos de flagrante delito.

Os principais argumentos consignados na petição inaugural daquele feito invocavam a contrariedade ao que fora decidido na ADPF 347 (que não impôs limitação) e, sobretudo, aos textos dos Diplomas Internacionais que preveem sua realização, dos quais o Brasil é signatário, já mencionados neste estudo.

Em verdade, a pretensão possuía aparente unanimidade entre os principais juristas do campo processual penal. É possível citar, por exemplo, o professor Gustavo Badaró (2016, p. 1051), que assim defende e, inclusive, advoga pela extensão do ato à prisão civil por dívida alimentar, ou a apreensão do adolescente, no regime do ECA.

Para Aury Lopes Jr. (2022, p. 788) “a audiência não se limita aos casos de prisão em flagrante, senão que terá aplicação em toda e qualquer prisão, detenção ou retenção”.

Pois bem. A Reclamação nº 29.303/RJ, que teve relatoria do Min. Edson Fachin, foi julgada apenas recentemente, em sessão virtual encerrada em 03/03/23, acolhendo a pretensão da Defensoria Pública do Rio de Janeiro, para “determinar que se realize, no prazo de 24 horas, audiência de custódia em todas as modalidades prisionais, inclusive prisões temporárias, preventivas e definitivas”.

Em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes sublinhou a oportunidade que a Corte Constitucional do país teve de aclarar a abrangência da audiência de custódia:

(...) o julgamento da reclamação permite ao STF integrar, esclarecer e reafirmar uma das políticas judiciárias estabelecidas na ADPF 347 em coordenação com a regulamentação fixada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) para superação desse ‘estado de coisas inconstitucional’ do sistema penitenciário brasileiro, em vez de delegar essa tarefa a cada um dos tribunais do País.



Anteriormente, em 2022, o Conselho Nacional de Justiça também havia se manifestado reafirmando que a obrigação de fazer audiência de custódia pode ser exigida de todos os juízes, não somente dos juízes criminais, cabendo tal definição à lei de organização judiciária local ou à norma do tribunal que preste o serviço (Procedimento de Controle Administrativo nº 0006230-19.2022.2.00.0000, Relatoria do Conselheiro Giovanni Olsson)⁵.

Como se vê, prevaleceu a interpretação ampliativa apresentada, compatível com a máxima proteção dos direitos humanos, decorrente do princípio *pro homine*.

4. Aspectos práticos da solenidade

4.1. Apresentação “sem demora”

De acordo com o jurista Carlo Velho Masi, antes da realização das audiências de custódia, o tempo médio entre o ato da prisão e o primeiro contato do preso com o Juízo era de três a oito meses (2016, p. 70).

Os diplomas internacionais, como visto, não estabelecem prazo certo, mas utilizam a expressão “sem demora”. Em território nacional, essa brevidade foi traduzida pelo CNJ como apresentação obrigatória da pessoa presa “em até 24 horas da comunicação do flagrante”. O art. 310 do CPP, por sua vez, estabelece a apresentação obrigatória “no prazo máximo de até 24 horas após a realização da prisão”.

Como, novamente, nos ensina Carlo Velho Mais (2016, p. 57), a estipulação do prazo máximo varia de país para país. Na Argentina, são 6 horas; no Chile, Equador, Peru, Uruguai, Paraguai, Reino Unido e França, iguais 24 horas; nos EUA, México, África do Sul, Alemanha, Portugal e Suécia, 48 horas; dentre outros.

Seja qual for a opção de política judiciária adotada, não se pode negar o evidente benefício à pessoa presa, a partir da nova sistemática. Nesse sentido, cita-se o trecho do Relatório CNJ “Audiência de Custódia – 6 anos” (2021, p. 26):

Apesar das diferenças quanto ao tempo de apresentação da pessoa presa em flagrante nos países mencionados acima, a maioria reconhece que a prática é imprescindível, dentro de um Estado Democrático de Direito, para se garantir a legalidade da prisão e a efetivação dos direitos humanos da pessoa privada de liberdade.

Antes, a avaliação da legalidade da prisão pelo magistrado ocorria por meio da análise fria do auto de prisão em flagrante, papéis e documentos que, no mais das vezes, não conseguem dimensionar todas as camadas de complexidade que envolvem a situação. Agora, o primeiro contato entre o preso e a autoridade judicial passa a ser mais humanizado, direto e célere.

4.2. Obtenção de economia

A melhoria das condições do cárcere também é perseguida a partir dos resultados a serem obtidos com a realização das audiências de custódia. Isto é, eventual redução carcerária



tende a implicar a diminuição da superlotação, disponibilizando, no mínimo, mais espaço físico, fato que poderá devolver uma parcela da dignidade das pessoas presas.

Sob outra perspectiva, a econômica, o que se vê é que tal política criminal sempre foi alçada como importante meio de economia ao erário, na medida em que tende a reduzir o número de presos preventivos no país e, conseqüentemente, o gasto para manutenção desnecessária de pessoas encarceradas.

A estimativa inicial de economia, quando da implantação da audiência, em 2016, era de R\$ 4,3 bilhões aos cofres públicos, conforme discurso do então presidente do CNJ e do STF, ministro Ricardo Lewandowski, registrada na cartilha oficial divulgada (2016, p. 44): “um preso custa, em média, R\$ 3 mil por mês ao Estado. Se logarmos implantar as audiências de custódia em todo país até 2016, isso poderá resultar em economia de R\$ 4,3 bilhões, que poderão ser aplicados em educação, saúde, transporte público e outros serviços”.

Segundo a Cartilha do CNJ (2021, p. 37), é possível afirmar que “a audiência de custódia contribuiu para que o sistema prisional deixasse de receber mais de 273 mil pessoas, o que representa quase um terço da ocupação atual, fomentando uma ocupação mais racional do sistema”.

Em notícia datada de fevereiro de 2023, extraída do sítio eletrônico do próprio CNJ, temos a seguinte constatação, após oito anos da primeira audiência de custódia no Brasil:

Desde então, são mais de 1,1 milhão de audiências realizadas, permitindo maior atenção do Judiciário à porta de entrada do sistema penal. Além disso, o instituto garante encaminhamento para serviços de proteção social – mais de 47,7 mil desde 2015 – e apuração de eventuais casos de tortura ou de maus-tratos no ato da prisão, com mais de 83,7 mil registros. Dados do Executivo Federal indicam que, desde o início da operação das audiências de custódia, houve redução do percentual de prisões provisórias no país – de 40,13% do total em 2014 para 26,48% em 2022.

Os dados de economia, até 2021, foram assim estimados pelo CNJ (2021, p. 37):

Estima-se que as audiências de custódia geraram economia potencial aos cofres públicos de R\$ 13,7 bilhões, considerando apenas o custo de criação de novas vagas. O valor considerado por vaga para tal estimativa foi de R\$ 50 mil, uma opção conservadora a partir de informações já divulgadas pelo Tribunal de Contas da União, em 2017.

4.3. Crimes de maior incidência e perfil socioeconômico

A partir desse filtro inicial – a audiência – é possível identificar, com alguma facilidade, o perfil do autor e os tipos de crime que mais são constatados, sobretudo pela prisão em flagrante (maioria dos casos).

Conforme afirma a Juíza Auxiliar da Presidência do CNJ, em matéria *retro* referenciada, que atua no Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário, as principais incidências são de crimes patrimoniais e de tráfico de drogas, que ensejam a decretação da prisão de pessoas pertencentes a classes sociais específicas e de perfil já bastante conhecido: homens, jovens, negros, de baixa renda e baixa escolaridade.



Tal análise também passou pelo crivo de Marcelo Taborda (2020, p. 74), que levou em consideração quatro fontes distintas, a saber (i) Monitoramento das Audiências de Custódia em São Paulo, 2016; (ii) Tortura Blindada, 2017; (iii) O fim da Liberdade, 2019; e (iv) Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, 2017:

Como se observa, a maior porcentagem de crimes, que são encaminhados para as audiências de custódia, é contra o patrimônio, atingindo mais de 65% dos casos nos relatórios de abrangência da cidade de São Paulo, e chegando a quase 45% dos casos no relatório nacional do IDDD. Em todos os casos, verifica-se que o crime de roubo é sempre superior, em números, em relação aos furtos.

O crime de tráfico, por sua vez, tem uma presença também expressiva e em patamares semelhantes em todos os três relatórios, sendo um pouco maior nos dados do INFOPEN de 2017.

O perfil dos presos foi, igualmente, objeto de análise por Taborda (2020, 69-73):

Todos os Relatórios analisados possuíam uma predominância de pessoas presas do sexo masculino [média de 92,5% na cidade de São Paulo e 93,4% no Brasil] (...) o que destoa da realidade da população brasileira em geral, que é composta apenas por 47,5% de homens, segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

(...)

os presos que vão para a audiência de custódia, são, também, majoritariamente jovens, com idade entre 18 e 29 anos, correspondendo, no caso do relatório do IDDD de 2016, a 62% da amostra, e, no caso do relatório nacional de 2019, esse grupo atinge um total de 66%.

Quanto à cor, o autor destaca que, na cidade de São Paulo, 67% das pessoas nas audiências de custódia eram negras, sendo que apenas 32% da população local se identifica como pretos ou pardos. Ao passo que, em âmbito nacional, o relatório de 2019 do IDDD apontou que o percentual de negros era de 64,1%, e a população negra equivale a 55,8% (2020, p. 71).

Ainda, foram constatadas a baixa escolaridade e a baixa renda, nesse perfil majoritário do preso apresentado à audiência de custódia.

4.4. Prevenção e combate à tortura e maus tratos

Sendo este um dos principais objetivos da audiência, também se faz importante voltarmos a atenção para os dados obtidos nesse campo.

O uso de algemas foi abalizado pelo Supremo Tribunal Federal, ainda em 2008, por meio da Súmula Vinculante nº 11, que reconhece a excepcionalidade da medida, a saber:

Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.

A orientação foi normatizada, no âmbito do tema em estudo, com a já citada Resolução CNJ nº 213/2015, que, em seu art. 8º, inciso II, afirma ser função da autoridade judicial “assegurar que a pessoa presa não esteja algemada, salvo em casos de resistência e de fundado receio de fuga



ou de perigo à integridade física própria e alheia, devendo a excepcionalidade ser justificada por escrito”.

Contudo, pelos dados disponíveis, a exceção se tornou a regra. De acordo com Marcelo Taborda (2020, p. 75), a partir do relatório nacional “O Fim da Liberdade”, produzido pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa (2019), apenas em 5% das audiências de custódia foi observado o pedido de retirada das algemas.

Ademais, quanto à tortura ou outros tipos de maus tratos, o mesmo relatório aponta que em praticamente 25% das audiências de custódia ocorridas há denúncias nesse sentido.

A corroborar o exposto, o relatório de 6 anos de audiência pública do CNJ (2021, p. 39) informa que: “a partir de um acompanhamento mais próximo do Judiciário, já foram registrados pelo menos 42 mil casos de relatos de tortura ou maus-tratos e pelo menos 19 mil determinações de investigação”. O mesmo relatório, todavia, aponta que “em apenas 2,9% dos casos registrados houve investigação sobre os relatos de maus-tratos e tortura”.

Ou seja, apesar de ser um instrumento importante para a identificação dos excessos de policiais e agentes judiciários, não há a persecução e responsabilização daqueles que atuam em contrariedade à lei.

Como bem relembra Ana Luiza Bandeira “a intenção era que houvesse, de fato, um ato de escuta” (2018, p. 119). O que, em tese, converteria informações de violência em investigações e em relaxamento de prisões, pois ilegais. Não é o que ocorre, contudo:

A prática, no entanto, revelou que a estrutura jurídica não renovada (a mesma que antes analisava o flagrante apenas através de papéis), não necessariamente é capaz de escutar de forma atenta e dedicada; muito pelo contrário, a não-escuta é ainda mais evidente quando há um sujeito presente, ao invés de um caso narrado apenas no papel.

5. Utilização da videoconferência

Fato é que a realização das audiências de custódia, hoje, é amplamente observada no Brasil. Por outro lado, como bem pontua Aury Lopes Jr. (2022, p. 794): “precisamos da implantação da audiência de custódia em todas as Comarcas do Brasil (e não apenas nas capitais) sob pena de grave quebra de igualdade de tratamento; e também precisamos de uma Lei que discipline a matéria”.

Ou seja, é preciso comemorar a disseminação do instituto, mas também envidar esforços no sentido de garantir que, cada vez mais, esteja presente no cotidiano judicial de todas as Comarcas e seja direito assegurado a todos os cidadãos.

Ademais, como visto, a presença física das partes envolvidas, sobretudo do preso e da autoridade judiciária, deve ser condição inegociável para realização do ato judicial, dada a máxima importância desse tipo de contato para a finalidade que se propõe: avaliar a integridade física e psíquica do preso, assim como as condições da prisão.



Aliás, como já mencionado, mesmo a presença física não é garantia de que o acusado será devidamente ouvido ou visto, muitas vezes é até mesmo silenciado, como alerta Ana Luiza Bandeira (2018, p. 122).

A videoconferência, então, aparece como principal meio capaz de desvirtuar o instituto. Muitas são as tentativas de emplacá-la como regra. Com o início da pandemia de Covid-19, o apelo foi muito forte nesse sentido. Mesmo assim, após posicionamento louvável do Conselho Nacional de Justiça, a videoconferência permaneceu sendo meio para viabilizar apenas situações excepcionais e justificadas (Resolução CNJ nº 357).

Caio Paiva (2018, p. 121-122), nesse sentido, afirma que: “a realização da audiência de custódia mediante videoconferência (...) certamente reduziria o impacto humanizatório da medida, adiando o pleno cumprimento da CADH”.

Franklyn Roger (2020, p. 244) também é assertivo quanto ao tema:

A imediatidade do contato entre magistrado e pessoa presa é imprescindível para assegurar que as finalidades da audiência de custódia sejam alcançadas. É inegável que a tecnologia vem sendo paulatinamente incorporada à realidade jurídica. Todavia, para assegurar a verificação da necessidade e adequação da medida e a própria ocorrência da tortura, eficiente será o ato processual quando praticado na presença física do juiz e do preso.

Por fim, Luiz Carlos Valois, utilizando-se da lenda antiga do “Rei e do porco” (2015, p. 1), assenta que aqueles que são contra o encontro entre a pessoa presa e o juiz, na verdade, não acreditam no judiciário e o utilizam apenas para legitimar as opressões existentes, querem que o magistrado permaneça “cego, surdo e antidemocrático”.

6. Conclusão

Em razão da previsão da audiência de custódia nos mais diversos diplomas internacionais ratificados pelo Brasil, é bem verdade que sua aplicação em nosso território deveria ser imediata e não depender de qualquer tipo de norma regulamentadora. Ainda assim, a regulamentação é bem-vinda e se apresenta como forma de aperfeiçoamento de seu exercício, além de concretizar ainda mais sua existência. Isto é, quanto mais o instituto for pensado, refletido e debatido, mais possibilidades de melhoria surgirão.

A audiência de custódia, por todo o exposto, pode ser considerada valioso instrumento de proteção dos direitos e garantias fundamentais vigentes em nosso país. Trata-se de um direito que não poderá experimentar retrocesso, ante o princípio *pro homine*, mas que carece de constante estado de alerta por parte dos operadores do direito, tendo em vista a vasta quantidade de opositores à medida (ou, principalmente, às suas consequências).

Não se desconhece a importância dos serviços da Polícia Militar, num território tão vasto quanto ao do Brasil. Todavia, também não se olvida que a violência policial – muito presente nas ruas de São Paulo e nas grandes cidades do país – não dá respiro à população mais vulnerável, sobretudo às pessoas em situação de rua.



O perfil socioeconômico do preso levado à audiência de custódia pouco difere do perfil da população encarcerada, como seria de se esperar. Novamente, o que se escancara, também pela via inicial do acesso ao cárcere, é a seletividade do sistema penal.

É nesse cenário, aliás, que a realização das audiências de custódia ganha protagonismo e sentido. Não só, é claro. Mas a violência policial é causa de inúmeras prisões ilegais no país que, agora, podem ser revertidas por ocasião da realização desse ato judicial pré-processual.

Como visto ao longo de todo o desenvolvimento, trata-se de mera possibilidade cuja eficiência deverá ser avaliada ao longo do tempo, mediante estudo de casos. Até aqui, o que se constatou foi, sim, uma comemorada diminuição das prisões preventivas, mas tímida perto do que se poderia alcançar.

Os frutos “econômicos”, segundo o CNJ, são expressivos, considerando as vagas carcerárias que deixaram de ser criadas, bem como a quantidade de presos provisórios reduzida. Por outro lado, se as denúncias de maus tratos montam 25% dos casos em que efetivamente perguntados, apenas 3% desses casos, aproximadamente, encontraram investigações sobre as condutas ilegais dos agentes. Dito isso, a subnotificação de casos se revela preocupante. Ainda mais, a falta de encaminhamento adequado das pessoas que relataram maus tratos ou tortura.

Ademais, a apresentação presencial ao juiz, dentro do prazo de 24 horas, também se mostra essencial, dada a urgência na constatação das condições físicas do preso, na humanização do ato e, claro, na compreensão das circunstâncias da prisão. Neste campo, mostrou-se importante constatar que, mesmo a presença física, por si, não é capaz de assegurar a perseguida humanização. Um conjunto de fatores urge de modificações para que, no geral, o contexto da audiência de custódia possa ser encarado como um espaço de confiança, garantidor de direitos.

É muito provável que, para muitos magistrados, a audiência seja apenas mais um ato, protocolar, dentre tantos outros a serem presididos ao longo do processo. Não obstante, poderá representar o momento oportuno para constatação da ilegalidade e relaxamento de uma prisão, fato que, sem qualquer dúvida, é um inegável salto no campo dos direitos humanos e das garantias fundamentais.

O aprimoramento de tal política criminal, portanto, é objetivo a ser perseguido, diariamente, com constantes revisões e elaboração de relatórios para aferição dos avanços esperados. Somente na insistência e na constante mudança de hábitos, sobretudo em âmbito penal, no território nacional, é que teremos a possibilidade de atingirmos níveis de excelência relacionados à porta de entrada do sistema carcerário do país.



Referências Bibliográficas

BADARÓ, Gustavo. Processo Penal. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1051.

BANDEIRA, Ana Luiza Villela de Viana. Audiências de custódia: percepções morais sobre violência policial e quem é a vítima. Dissertação (Mestrado). Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. Orientadora: Ana Lucia Pastore Schritzmeyer. São Paulo, 2018.

BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. Relatório, volume I. Recurso Eletrônico. Brasília: CNV, 2014. Acessado em 08/02/2024. Disponível em: <volume_1_digital.pdf (memoriasreveladas.gov.br)>.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). 2015. Resolução nº 213, de 15 de dezembro de 2015. Disponível em: < <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2234>>

_____. Audiência de Custódia – Brasília: CNJ, 2016.

_____. Audiência de Custódia 6 anos – Brasília: CNJ, 2021.

_____. Audiências de custódia completam oito anos com mais de 1 milhão de registros no país. Notícias CNJ. 24 de fevereiro de 2023. Acessado em 18/07/2024. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/audiencias-de-custodia-completam-oito-anos-com-mais-de-1-milhao-de-registros-no-pais/>>.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. 17º Anuário Brasileiro de Segurança Pública. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2023, p. 281 (tabela 78). Acessado em 08/02/2024. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2023/07/anuario-2023.pdf>.

INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA. 2017. O Fim da Liberdade. São Paulo: IDDD. Acessado em 19/07/2024. Disponível em: <https://iddd.org.br/wp-content/uploads/2020/09/ofimdaliberdade_completo-final.pdf>

LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal. 19ª ed. – São Paulo: Saraiva Jur, 2022.

MASI, Carlo Velho. A audiência de custódia frente à cultura do encarceramento. Revista dos Tribunais, vol. 960, ano 104, p. 77-120. São Paulo: Ed. RT, out. 2015.

PAIVA, Caio. Audiência de Custódia e o processo penal brasileiro. 1ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

_____. Audiência de Custódia e o processo penal brasileiro. Belo Horizonte: Editora CEI, 2018.

SILVA, Franklyn Roger Alves. O processo Penal contemporâneo e a perspectiva da Defensoria Pública. Belo Horizonte: CEI, 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2008. Súmula Vinculante nº 11. Disponível em: <
<https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=26&sumula=1220>>



_____. 2016. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.240/SP, Relator Ministro Luiz Fux. Julgamento em 20/08/2015, Publicação em 01/02/2016. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4711319> >

_____. 2016. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF, Relator Ministro Marco Aurélio. Julgamento em 09/09/2015, Publicação em 19/02/2016. Disponível em: < <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560> >

TABORDA, Marcelo Seiya. Audiência de Custódia: uma análise transversal à luz dos direitos humanos. Dissertação de Mestrado. Orientador: Enrique Ricardo Lewandowski. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. 2015. Provimento Conjunto nº 03, de 22 de janeiro de 2015. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/Download/CanaisComunicacao/PlantaJudiciario/Provimento-Conjunto-0003-2015.pdf>>

VALOIS, Luís Carlos. A audiência de custódia e o porco. 2015. Acessado em 19/07/2024. Disponível em: <<https://emporiododireito.com.br/leitura/a-audiencia-de-custodia-e-o-porco>>

¹ Alguns outros também são oportunos, como o da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV) e o do devido processo legal (art. 5º, LIV).

²² Também conhecida por Pacto de São José da Costa Rica, de 1969. Diploma que entrou em vigor, internacionalmente, em 18 de julho de 1978 – quando atingiu o número mínimo de adesões (11 Estados) –, mas apenas foi incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro em 1992, por força do Decreto nº 678, de 6 de novembro daquele mesmo ano.

³ Tais como a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (Cartagena das Índias, 1985), e a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (AGNU, 1984).

⁴ A exemplo do Projeto de Lei do Senado nº 156/2009, que tenta inserir a figura do juiz de garantia, fazendo as vezes do juiz de custódia, mas com objetivos menos específicos (insuficientes); e do Projeto de Lei do Senado nº 554/2011, que de fato tem a intenção de inserir e normatizar a audiência de custódia, atendendo aos fins da CADH.

⁵ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Audiência de custódia não é obrigação exclusiva de juizes criminais, confirma CNJ. Reportagem de 19 de dezembro de 2022. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/audiencia-de-custodia-nao-e-obrigacao-exclusiva-de-juizes-criminais-confirma-cnj/>. Acessado em 15/06/2024.



Perspectivas da Teoria do Etiquetamento e do Racismo Estrutural Brasileiro: Uma Análise da Seletividade Penal

Perspectives of Labeling Theory and Brazilian Structural Racism: An Analysis of Penal Selectivity

Caroline Alves Maia

Pós-graduada em Ciências Criminais pela Escola da Defensoria Pública de São

Paulo (EDEPE)

caalvesr95@gmail.com

Resumo

O presente trabalho pretende analisar a seletividade penal no Brasil à luz da teoria do etiquetamento social, bem como, realizar considerações acerca do julgamento do habeas corpus 208.240 pelo Supremo Tribunal Federal. O método utilizado para pesquisa é a revisão de teorias criminológicas com base em livros, artigos e dados de sistemas informativos e a análise e estudo do caso do HC 208.240/SP, demonstrando como indivíduos negros são frequentemente rotulados como criminosos devido a estereótipos raciais. Por fim, propõe-se a necessidade de reformas estruturais no sistema de justiça e a reflexão a respeito do racismo estrutural dentro de nosso sistema de justiça e a criminalização de corpos negros.

Palavras-chave: Seletividade Penal, Etiquetamento Social, Habeas Corpus 208.240/SP.

Abstract

The present work aims to analyze penal selectivity in Brazil through the lens of labeling theory, as well as to discuss the judgment of Habeas Corpus 208.240/SP by the Brazilian Supreme Court. The research method employed involves a review of criminological theories based on books, articles, and data from informational systems, alongside the analysis and study of the HC 208.240 case. This demonstrates how Black individuals are frequently labeled as criminals due to racial stereotypes. Finally, the study advocates for the necessity of structural reforms in the justice system and invites reflection on structural racism within our justice system and the criminalization of Black bodies.

Keywords: *Penal Selectivity, Labeling Theory, Habeas Corpus 208.240/SP.*



1. Introdução

O sistema penal brasileiro, em sua estrutura e aplicação, revela-se não apenas como um instrumento de controle social, mas também como um reflexo das profundas desigualdades raciais que permeiam a sociedade.

O presente estudo tem como objetivo analisar em como o racismo estrutural está presente em nossa sociedade, atingindo principalmente os órgãos da justiça e gerando a chamada seletividade penal, dessa forma, exploraremos em como as práticas judiciais e policiais contribuem para a marginalização sistemática de grupos racializados, especialmente pessoas negras. Abordaremos ainda, a teoria do etiquetamento social, que analisa como as categorizações ou rotulagens sociais influenciam na criminalização de indivíduos.

Após o estudo das teorias criminológicas, é necessário analisar o racismo como uma parte integrante da estrutura social no Brasil, isso inclui verificar como pessoas negras foram predominantemente rotuladas como criminosas, destacando-se como principais destinatárias dessa estigmatização.

Trazemos a análise do caso do habeas corpus 208.240/SP, em discutido no Supremo Tribunal Federal, que servirá como ponto de partida para entendermos como o tratamento discriminatório no processo penal afeta vidas individuais e amplifica a injustiça racial. Esse julgamento não está sendo trazido no presente como uma questão jurídica isolada, mas sim, como um exemplo das tensões entre a aplicação da lei e os direitos humanos, especialmente no que diz respeito à população negra no Brasil.

Por fim, é importante aqui destacar que esse trabalho não se baseia apenas na perspectiva externa de estudiosos do tema, mas principalmente na visão de alguém que vivencia o racismo em sua essência, o presente é realizado por uma mulher negra, de origem periférica, casada com um homem negro e gestante de uma criança que também será negra. Que vivenciou e vivência na pele o racismo estrutural, o silenciamento, a discriminação e especialmente nas suas manifestações na aplicação da lei para indivíduos racializados.

2. Seletividade Penal e a Teoria do Etiquetamento Social

Sabemos que o sistema penal brasileiro é seletivo e vivemos realidade diariamente, uma vez que ao analisarmos as estatísticas de encarceramento podemos verificar uma predominância alarmante de negros e pobres nas prisões.

De acordo com os dados do Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2023, cerca de até o ano de 2022 cerca de 444.033 pessoas negras estavam encarceradas em nosso País, representando 68,2% do total de presos (832.295, contando as que estão no sistema prisional e aquelas sob custódia). Esse cenário não apenas contradiz o princípio da igualdade estabelecido no caput do artigo 5º de nossa Constituição Federal, mas também, evidencia as práticas discriminatórias que perpetuam desigualdades sociais¹.



No entanto, não há como falar sobre a seletividade penal, sem mencionar o racismo estrutural que permeia nossa sociedade, o racismo estrutural nada mais é que um conjunto de práticas, normas e sistemas que perpetuam a discriminação racial de forma institucionalizada e muitas vezes passam despercebidas aos olhos da sociedade.

O racismo estrutural, ao contrário do racismo individual, que se manifesta nas atitudes pessoais regadas de preconceito, o racismo estrutural está enraizado nas estruturas sociais, políticas e econômicas da sociedade, sob o imaginário de que as pessoas negras são inferiores ou subalternizáveis. Em outros países onde a escravidão visava explorar pessoas africanas e não houve segregação formal após a abolição, no Brasil, as relações sociais foram marcadas pela marginalização de pessoas negras, africanas e de sua cultura, relegando-as a um lugar de inferioridade.

Nas palavras de Grada Kilomba:

No racismo, corpos negros são construídos como corpos impróprios, como corpos que estão “fora do lugar” e, por essa razão, não podem pertencer. Corpos brancos ao contrário, são construídos como próprios, são corpos que estão “no lugar”, “em casa”, corpos que sempre pertencem. Eles pertencem a todos os lugares: na Europa, na África, no norte, no sul, leste, oeste, no centro, bem como na periferia. A partir de tais comentários, intelectuais negros/os são convidadas/os persistentemente a retornar a “seus lugares”, “fora” da academia, nas margens, onde seus corpos são vistos como “apropriados” e “em casa”. (KILOMBA, 2019, p. 57)

No contexto brasileiro, o racismo estrutural está profundamente entrelaçado na história e nas estruturas sociais do país. Desde a sua colonização, nosso país foi marcado pela escravidão, o qual deixou como herança, um legado de desigualdade racial, que mesmo após a abolição formal da escravidão em 1888, as políticas públicas não foram suficientes para promover a inclusão social e econômica nos negros, que continuam a enfrentar descriminalização e marginalização.

Podemos observar o racismo estrutural em nossa sociedade nas mais diversas esferas, na saúde, na educação, no mercado de trabalho e no sistema penal, que é o enfoque principal do presente estudo. Como mencionado, há uma disparidade racial evidente da população carcerária, onde a proporção de pessoas negras encarceradas é sensivelmente maior do que a de pessoas brancas, tal disparidade não pode ser explicada somente por diferenças nas taxas de criminalidade, mas principalmente por práticas discriminatórias na aplicação da lei, desde a abordagem policial até as decisões judiciais.

Quando olhamos sob o marco teórico da criminologia crítica, podemos perceber a atuação seletiva do direito penal, onde a sua missão principal é o controle das camadas mais vulneráveis da sociedade, em vez de adotar uma abordagem que promova efetivamente os direitos individuais e coletivos desses grupos, contribuindo para a perpetuação de desigualdades e injustiças sociais dentro do contexto criminal.

Historicamente no Brasil, os pobres e negros foram estigmatizados como um grupo ligado ao crime, possivelmente, por não se enquadrarem nos comportamentos esperados pela sociedade moderna. Esse estigma teve um grande impacto no sistema jurídico-penal, moldando a forma como essas pessoas são diagnosticadas e perpetuando sua exclusão social.



No século XX, o debate sobre a criminalidade foi amplamente influenciado por teorias da criminologia biológica, especialmente por Lombroso, Feri e Garófalo, tais teorias propunham que as características biológicas e físicas do indivíduo poderiam o predispor ao comportamento criminoso. Essa perspectiva encontrou eco nas ideias de Nina Rodrigues, para o qual as condições existenciais das sociedades, em que vivem raças inferiores, impõem-lhes também uma consciência do direito e do dever, especial, muito diversa e às vezes menos antagônica daquela que possuem os povos cultos. (RODRIGUES, 1957, p. 58)

Para o autor, no caso de uma pessoa negra cometer um crime, esse não poderia ser julgado da mesma maneira que uma pessoa branca que cometera o mesmo crime, visto que suas aptidões mentais e sua forma de ver o crime, bem como seu código de ética são outros, uma vez que o negro não teria a mesma superioridade mental que o branco, sendo cometido por suas emoções que dominariam a sua consciência, que o incapacitaria de ser racional.

Basta refletir um instante em que só os africanos e os índios conservam, mais ou menos alterados, do novo meio social, os seus usos e costumes, como ainda em que fazem deles com os novos um amálgama indissolúvel, para se prever que nas suas ações hão de influir poderosamente as reminiscências, conscientes ou inconscientes da vida selvagem de ontem, muito mal contrabalançadas ainda pelas novas aquisições emocionais da civilização que lhes foi imposta. (RODRIGUES, 1957, p. 79)

Sob olhar da teoria positivista, o racismo é justificado pela inferioridade racial, dessa forma, tanto os afrodescendentes quanto os indígenas eram tidos como mais propensos ao crime, devido a sua inferioridade frente as outras raças.

No que diz respeito aos desdobramentos trazidos pela Escola Positivista, nas palavras de Zaffaroni:

O positivismo restaurou claramente a estrutura do discurso inquisitorial: a criminologia substituiu a demonologia e explicava a “etiologia” do crime; o direito penal mostrava seus “sintomas” ou “manifestações” da mesma forma que as antigas “bruxarias”; o direito processual explicava a forma de persegui-lo sem muitas travas à atuação policial (inclusive sem delito); a pena neutralizava a periculosidade (sem menção da culpabilidade) e a criminalística permitia reconhecer as marcas do mal (os caracteres do “criminoso nato”). Tudo isso voltava a ser um discurso com estrutura compacta, alimentado com os disparates o novo tempo histórico. (ZAFFARONI, 2013, p. 93)

No entanto, com o passar dos anos e a evolução dos estudos criminológicos, chegamos à criminologia crítica, onde há uma mudança de foco: em vez de atribuir características patológicas como causa do crime, passa-se a analisar a criminalidade através dos mecanismos de controle social. Assim, as causas do delito são vistas como resultado das reações sociais e dos processos de criminalização e não da etnia do agente.

Nas palavras de Alessandro Baratta em relação a criminalidade pela criminologia crítica:

Na perspectiva da criminologia crítica a criminalidade não é mais uma qualidade ontológica de determinados comportamentos e determinados indivíduos, mas se revela, principalmente, como um status atribuído a determinados indivíduos, mediante uma dupla seleção: em primeiro lugar, a



seleção dos bens protegidos penalmente, e dos comportamentos ofensivos destes bens, descritos nos tipos penais; em segundo lugar, a seleção dos indivíduos estigmatizados entre todos os indivíduos que realizam infrações a normas penalmente sancionadas. A criminalidade é [...] um “bem negativo”, distribuído desigualmente conforme a hierarquia dos interesses fixada no sistema socioeconômico e conforme a desigualdade social entre os indivíduos. (BARATTA, 2011, p. 161)

Assim, no período de transição das teorias tradicionais para a criminologia crítica, emerge a teoria denominada *labeling approach* ou como conhecemos, teoria do etiquetamento social, a qual introduz a ideia de que indivíduos são rotulados e estigmatizados pela sociedade, o que pode influenciar seu comportamento e trajetória criminal.

A teoria do etiquetamento social, como será denominada no presente artigo, teve seu surgimento em meados dos anos 1960 nos Estados Unidos, tendo como seus principais expoentes Edwin Lemert, Erving Goffman e Howard Becker. (FILHO, 2012, p. 93)

Tendo como base o interacionismo e a etnometodologia, as quais defendiam que as relações entre as instituições e os indivíduos na sociedade deveriam ser analisadas com o objetivo de compreender a realidade social, nesse sentido, Alessandro Baratta disciplina que:

Em primeiro lugar, realmente, tal enfoque remonta àquela direção da psicologia social e da sociolinguística inspirada em George H. Mead, e comumente indicada como “interacionismo simbólico”. Em segundo lugar, a “etnometodologia”, inspirada pela sociologia fenomenológica de Alfred Schutz, concorre para modelar o paradigma epistemológico característico das teorias do Labeling. Segundo o interacionismo simbólico, a sociedade - ou seja, a realidade social - é constituída por uma infinidade de interações concretas entre indivíduos, aos quais um processo de tipificação confere um significado que se afasta das situações concretas e continua a estender-se através da linguagem. Também segundo a etnometodologia, a sociedade não é uma realidade que se possa conhecer sobre o plano objetivo, mas o produto de uma “construção social”, obtida graças a um processo de definição e de tipificação por parte de indivíduos e de grupos diversos. E, por consequência, segundo o interacionismo e a etnometodologia, estudar a realidade social (por exemplo, o desvio) significa, essencialmente, estudar estes processos, partindo dos que são aplicados a simples comportamentos e chegando até as construções mais complexas, como a própria concepção de ordem social. (BARATTA, 2011, p. 86)

Em suma, essa teoria nos oferece uma nova perspectiva sobre a formação do delito, onde o foco principal não é mais na causa do crime ou as características físicas do criminoso, mas sim na realidade social criada pela reação da sociedade ao desvio (crime). Nessa dinâmica, as instituições de controle social rotulam os indivíduos desviantes como criminosos perante a sociedade, o que pode contribuir para a reincidência criminal.

Para os autores do *labelling* a conduta desviante é o resultado de uma reação social e o delinquente apenas se distingue do homem comum devido à estigmatização que sofre. Daí o tema central desta teoria ser precisamente o estudo do processo de interação, no qual o indivíduo é chamado de delinquente. (SHECAIRA, 2014, p. 258)



Dessa forma, ao rotular uma pessoa como criminosa devido a uma conduta tipificada nas leis penais, ela é condenada a carregar essa etiqueta pelo resto da vida. Isso torna praticamente impossível evitar a reincidência criminal, pois o indivíduo passa a ser visto não mais como um ser único, mas como o crime pelo qual foi marcado. Isso resulta no fechamento de oportunidades de emprego e de integração social, enquanto abre novamente as portas da criminalidade, que acolhe aqueles estigmatizados, aumentando os índices de reincidência.

O etiquetamento social baseado nas realidades enfrentadas por grupos marginalizados e em situação de vulnerabilidade social, gera uma rejeição aos rotulados, ampliando o estigma social destes indivíduos e contribuindo para o racismo estrutural.

Essa teoria tem um impacto profundo na sociedade ao evidenciar como o racismo estrutural se manifesta através do etiquetamento social. Os grupos étnicos minoritários, especialmente negros, são frequentemente estigmatizados como criminosos devido a preconceitos enraizados.

Esse processo não apenas amplia as desigualdades sociais, mas também perpetua a marginalização desses grupos, criando um ciclo de discriminação que afeta sua interação com o sistema penal e suas oportunidades na sociedade

3. Garantias Individuais E Desumanização De Sujeitos Racializados

Partindo do tópico anterior, podemos dizer que o racismo nada mais é que uma forma de controle social de corpos radicalizados, onde o seu principal objetivo é a garantia de que os brancos terão seu status material e cultural mantidos em posição de privilégio e intocados. Vemos a estruturação desse pensamento quando paramos para analisar a trajetória do negro no Brasil, uma vez trazidos de seus países de origem para serem explorados com a escravidão, esses, mesmo após sua “liberdade”, não puderam ser tão livres assim.

Foram discriminados pela sociedade e pelo Estado, tiveram sua cultura e costumes criminalizados, não podiam morar em bairros nobres, tampouco, ocupar uma posição de poder, pois isso seria uma afronta a classe privilegiada, onde para eles seria inimaginável ver negros em pé de igualdade.

Desde os primórdios, a branquitude ocupou um lugar de maior respeitabilidade social, sendo considerados cultos, competentes, inteligentes e superiores, são sujeitos que não são julgados por seus traços fenotípicos e sim, exaltados por eles, quase como que ser branco, fosse um sinal de santidade e como resultado, eles têm acesso a maiores oportunidades sociais e sem muito esforço quando comparado ao caminho trilhado pelos negros para alcançar a mesma oportunidade.

Assim, podemos concluir que o racismo é uma construção social, estruturada com o objetivo de limitar os lugares que corpos racializados podem ocupar na sociedade e sendo a política e o direito, instituições basilares da construção da sociedade, essas não deixaram de ser afetadas por essa construção.

O direito é um dos principais mecanismos utilizados para controlar corpos negros, visto que a escravidão nada mais é que uma instituição regulada pelo Estado e fiscalizada pelo direito



como forma de controle e isso não é visto somente no Brasil, mas também em outros países com regimes abertamente racistas, no entanto, ao considerar o contexto brasileiro, diversos estudos têm se dedicado a mostrar como as normas e instituições do direito afetam de forma desigual a vida das pessoas negras.

A Constituição Federal de 1988, traz em seu artigo 5º em rol de direitos e garantias individuais, entre eles o direito à vida, à intimidade, à igualdade, à liberdade e à propriedade, no entanto, vemos diariamente que quando se trata de pessoas negras, esses direitos e garantias se limitam, principalmente quando adentramos à esfera criminal, uma vez que esse de direitos e garantias considerados inerentes aos seres humanos serve apenas para pessoas brancas, pois foram concebidos a partir delas.

Não precisamos de muito tempo assistindo a um jornal na televisão ou olhando a rede social para nos depararmos com violações dessas garantias, diariamente negros são tratados com desigualdade em abordagens policiais, tem sua liberdade cerceada, sua propriedade violada em buscas policiais infundadas e em muitos casos, sua vida encerrada seja provisoriamente pelo cárcere por julgamentos processuais ou definitivamente por violências policiais.

No entanto, é importante destacar que, ao confrontar a violência dirigida contra indivíduos racializados, muitos agentes do judiciário falham em aplicar os princípios dos direitos humanos de maneira equitativa a esses grupos. Isso ocorre porque esses agentes tendem a associar esses grupos à perpetuação da violência, negando-lhes o reconhecimento e proteção, e, consequentemente, são incapazes de reconhecê-los como vítimas dignas de amparo legal.

Nesse interim, para encerrar o presente tópico cito as palavras de Ana Luiza Pinheiro Flauzina:

O racismo tem a desumanização como uma de suas marcas mais brutais. Por isso, sofrimento em carne negra não registra. Trata-se de sofrimento que precisa ser mediado por um corpo branco, e consequentemente humano, para se fazer inteligível. É sofrimento que sempre carece de tradução para sua apreensão completa, de medida que lhe dê proporção. (FLAUZINA, 2016)

Alinhado a isso, é inaceitável para os atores jurídicos pertencentes ao segmento social dominante reconhecer que o Estado viola as garantias asseguradas pela constituição quando se trata de membros de grupos historicamente marginalizados. Isso ocorre devido à persistente construção de um imaginário que associa negros e negras à perpetuação da violência, ao mesmo tempo em que lhes nega o direito de reivindicar reconhecimento de seu sofrimento, não lhes cabendo o papel de vítima.

4. A Seletividade Penal No Caso Do Habeas Corpus 208.240

O Habeas Corpus é um instrumento conhecido como “remédio processual” e está tipificado no artigo 5º, inciso LXVIII de nossa Constituição Federal de 1988. O habeas corpus tem por objetivo proteger um direito considerado líquido e certo: o direito de locomoção, que envolve o ir vir, ficar e permanecer de uma pessoa, ou seja, sua liberdade.



Portanto, esse remédio processual pode ser invocado sempre que houver atos que restrinjam a ilegalmente a liberdade de alguém ou que sejam praticados atos com abuso de poder.

E partindo do caminho percorrido até esse momento, iremos iniciar as considerações a respeito do julgamento do habeas corpus 208.240/SP impetrado pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, sendo seu principal objeto a prática do perfilamento racial na atuação policial para abordar cidadãos, bem como seu julgamento junto ao Supremo Tribunal Federal.

O julgado, trata do caso de Francisco Cicero dos Santo Junior², morador da cidade de Bauru, localizada no interior da cidade de São Paulo. Francisco é um homem negro e foi abordado por dois policiais militares sem que houvesse uma justificativa ou ação suspeita, foi abordado unicamente porque era um homem negro.

Segundo o depoimento de um dos policiais que conduziu a abordagem, os agentes realizaram busca pessoal porque avistaram um indivíduo de cor negra em um local realizado suspeito. Então, no curso da abordagem policial, foram encontrados com Francisco 1,53 gramas de cocaína, a título de exemplo, segundo dados do Banco Central do Brasil uma moeda de 1 centavo de real pesa aproximadamente 2,4 gramas³, ou seja, uma pequena quantidade do entorpecente que não parece, de forma alguma, configurar tráfico de drogas.

No entanto, Francisco foi detido e condenado a 7 anos e 11 meses de prisão em regime fechado, sentença que foi reformada pelo Superior Tribunal de Justiça para 2 anos e 11 meses.

Durante o julgamento do recurso junto ao Supremo Tribunal de Justiça, um dos Ministros argumentou a favor da absolvição de Francisco, destacando que a quantidade ínfima de drogas encontrada com o mesmo não justificaria uma condenação jurídica. Argumentou ainda que, o critério racial utilizado pela polícia para realizar a abordagem de Francisco invalida qualquer prova, uma vez que partiu de um critério racial, não havendo justificativas validas para a busca pessoal realizada, e a abordagem foi baseada na discriminação racial. (NICOLITT, 2023)

No entanto, é importante destacar que o objetivo do presente estudo não é a análise detalhada do processo supracitado e sim utilizar o caso de Francisco como exemplo, sem desconsiderar suas particularidades, com objetivo de abordar a dificuldade das cortes judiciais reconhecerem a violação dos direitos humanos de pessoas negras nos casos de perfilamento racial e criminalização destes pelas instituições do sistema de justiça criminal brasileiro.

O HC 208.240, é importante aqui para materializar a discriminação sofrida por pessoas negras no sistema criminal brasileiro, que apesar das críticas ao sistema de justiça por acadêmicos como Ana Flauzina e Isis Conceição, que estudaram profundamente o direito e as relações raciais e apesar desse mesmo sistema, ser alvo de reiteradas denúncias de movimentos negros por conta da discriminação e seletividade racial, o judiciário em raras ocasiões discutiu a respeito do tratamento que pessoas negras e pobres recebem do sistema penal.

Dessa forma, esse caso concreto, onde os agentes afirmam terem feito uma busca pessoal com base na cor da pele de um cidadão, é que a discussão essencial sobre os direitos e garantias das pessoas negras surge em um tribunal do país e ganha visibilidade.

É necessário aqui destacar que o julgamento do supracitado *habeas corpus* junto ao Supremo Tribunal Federal, versa sobre uma vida que foi encarcerada e criminalizada como



consequência da discriminação racial enraizada em nossa sociedade, além da luta contra a discriminação, perfilamento racial e racismo, o que está em pauta é a vida do senhor Francisco para não ser apenas mais um corpo negro entre tantos nas prisões.

Infelizmente, o caso do senhor Francisco não é um caso isolado e sim a realidade diária da população negra brasileira, onde homens e mulheres saem de casa e não se sentem seguros nem mesmo com a presença da polícia e onde jovens negros não podem ter a liberdade de usarem certos tipos de roupa para não serem abordados por policiais nas esquinas do nosso país.

Isso se dá ao fato de que o sistema de justiça serve como uma política que atua diretamente no controle de corpos racializados, refletindo no encarceramento em massa de negros, conforme anteriormente discutido. Nas palavras de Ana Flauzina: “a gramática de desprezo à humanidade e ao sofrimento postulado pelas marcas do racismo vem animando as políticas de Estado no Brasil, em especial no âmbito da justiça criminal”. (FLAUZINA, 2016)

Assim, podemos observar que o direito penal é um dos principais mecanismos utilizados pelo racismo para subjugar grupos racializados. O racismo torna o sistema de justiça criminal seletivo, o que resulta na percepção que membros de comunidades negras são vistos como uma ameaça, sendo “etiquetados” como inimigos da sociedade e isso ocorre graças a construção social que a negritude é algo negativo.

O racismo não é apenas um processo político e histórico, mas também um processo que molda a consciência e os sentimentos de acordo com as práticas sociais, moldando subjetividades individuais, no contexto brasileiro, o imaginário social muitas vezes compartilha a noção de que a população negra é inferior, além de moldar indivíduos negros como naturalmente agressivos e perigosos e assim, diante dessa construção, o corpo negro é uma mácula na sociedade, uma ameaça que deve ser eliminada.

No Brasil, a cor da pele não só importa, como também é um elemento estruturante do sistema penal, nas palavras de Juliana Borges:

O sistema de justiça criminal tem profunda conexão com o racismo, sendo o funcionamento de suas engrenagens mais do que perpassados por essa estrutura de opressão, mas o aparato reordenado para garantir a manutenção do racismo e, portanto, das desigualdades baseadas na hierarquização racial. Além da privação de liberdade, ser encarcerado significa a negação de uma série de direitos e uma situação de aprofundamento de vulnerabilidades. Tanto o cárcere quanto o pós-encarceramento significam a morte social desses indivíduos negros e negras que, dificilmente, por conta do estigma social, terão restituído o seu status, já maculado pela opressão racial em todos os campos da vida, da cidadania ou possibilidade de alcançá-la. (BORGES, 2018, p. 16)

Podemos aqui citar diretamente a teoria do etiquetamento social, uma vez que essa configuração de inconscientes para o reconhecimento de pessoas negras como uma ameaça, estrutura o sistema de justiça criminal, assim, não há uma falha no direito penal em si e sim em sua atuação, em sua essência enquanto instrumento de controle social e desumanização de corpos negros.



Cabe ressaltar que em nosso ordenamento jurídico não há qualquer previsão sobre abordagens baseadas em raça ou origem, pelo contrário, o Código de Processo Penal em seu artigo 240, parágrafo 2º e 244 disciplinam que:

Art. 240, § 2º. Proceder-se-á à busca pessoal quando houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida ou objetos mencionados nas letras b a f e letra h do parágrafo anterior”

Art. 244. A busca pessoal independe de mandado, no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar. (BRASIL, 1941)

Analisando o caso narrado, é evidente que não houve na abordagem policial do senhor Franciso qualquer suspeita fundada em outros elementos, além da cor da pele, elemento esse que para os agentes de segurança pública pressupõe alta periculosidade, principalmente quando somado ao fato do indivíduo estar em uma região periférica.

Embora, a defesa do senhor Francisco, realizada pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, fora categórica em requerer a nulidade do auto de prisão em flagrante que resultou na condenação do mesmo, visto que a busca policial foi baseada na filtragem racial, não foi o suficiente para lograr êxito em seu pedido e reconhecer a seletividade racial no caso em tela, permanecendo o senhor Francisco preso, até a data que redijo essas palavras, visto que em decisão publicada em 11/04/2024:

Decisão: O Tribunal, por maioria, denegou a ordem, vencidos os Ministros Edson Fachin (Relator), Luiz Fux e Luís Roberto Barroso (Presidente). Em seguida, por unanimidade, foi fixada a seguinte tese de julgamento: “A busca pessoal independente de mandado judicial deve estar fundada em elementos indiciários objetivos de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, não sendo lícita a realização da medida com base na raça, sexo, orientação sexual, cor da pele ou aparência física”. Redigirá o acórdão o Relator. Ausentes, justificadamente, o Ministro Alexandre de Moraes, que proferiu voto em assentada anterior denegando a ordem, e a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 11.4.2024. (STF, 2024)

O questionamento principal a ser realizado é o motivo pelo qual a Corte Superior do Brasil, mesmo diante de clara infração de direitos e garantias fundamentais previstas em nossa Constituição Federal, que inclusive, servem como base para a interpretação do Código de Processo Penal Brasileiro, é capaz de julgar como válido um processo derivado de uma violação de direitos e discriminação.

A resposta da questão apresentada é que é inconcebível para os Ministros e Ministras da Suprema Corte, todos vindos de situações socioeconômicas de privilégio, brancos e extremamente favorecidos pela sociedade realizar a interpretação dos direitos e garantias fundamentais de pessoas que estão em uma posição de inferioridade na sociedade, sendo difícil para esses o imaginário de que pessoas negras também podem ocupar a posição de vítima e não só de autor.

O julgamento do HC 208.240/SP referente ao caso do senhor Francisco Cícero, sem dúvida alguma, se enquadra no panorama apresentado ao longo desse estudo. Os agentes policiais,



de forma arbitrária e discriminatória, abordaram senhor Francisco baseando-se somente em estereótipos raciais que associam pessoas negras como potenciais criminosos e esse comportamento se perpetua até mesmo na mais alta instância da justiça. Tal comportamento reflete uma mentalidade moldada pelo racismo, que rotula indivíduos negros como ameaças e a prática do perfilamento racial, como o dado de exemplo no caso em tela é fundamentado em uma lógica profundamente racista

5. Conclusão

Podemos concluir que a seletividade penal é uma consequência da estruturação da nossa sociedade, fundamentada em um viés racista que visa controlar corpos negros. O racismo presente no sistema penal não se limita à discriminação individual; é um problema estrutural que espelha desigualdades enraizadas na sociedade brasileira.

A seletividade penal é um fenômeno amplo que atinge grupos sociais étnicos ou economicamente desfavorecidos, que por serem parte da minoria, enfrentam maior probabilidade de serem investigados, presos, condenados e punidos em comparação com outros grupos. Isso pode ocorrer devido a vários fatores, como preconceitos institucionais, desigualdades estruturais e políticas criminais que afetam desproporcionalmente esses grupos e principalmente a rotulagem social que criminaliza esses indivíduos.

O objetivo do presente trabalho foi de trazer à tona esse assunto que embora em voga, ainda não lhe é dada a devida importância, para isso, a presente reflexão é necessária, para que possamos analisar e entender esse fenômeno que está presente no direito, principalmente na esfera penal.

Ao analisarmos o julgamento do habeas corpus 208.240, vemos que embora explicita a violação de direitos e garantias individuais, as chances para que esse julgamento fosse favorável à liberdade de um indivíduo negro, são quase nulas, mesmo que evidenciado que desde o início esse homem foi descriminalizado pela cor de sua pele e pelo local que estava no momento da abordagem policial.

Em comparação com o passado do nosso país, tivemos evoluções, embora ínfimas, consideráveis para a emancipação de direitos da população negra e acolher essa discussão é uma forma de alcançar essa evolução mesmo que a passos lentos.

Nas palavras de Philippe de Oliveira de Almeida:

Uma educação jurídica desconectada da realidade social faz com que as pessoas apliquem normas jurídicas a uma realidade social extremamente complexa com a qual elas têm o conhecimento meramente esquemático. Esse fato muitas vezes traz consequências negativas para a vida de grupos subalternizados; embora essas normas tenham natureza genérica, elas podem causar consequências que permanecem invisíveis para seus intérpretes e aplicadores. (ALMEIDA, CORBO, & MOREIRA, 2022, p. 396)



Ou seja, enfrentar essa questão requer não só mudanças nas leis e políticas públicas, mas também uma transformação cultural profunda que reconheça e confronte as raízes históricas do racismo no país

Referências

(FBSP), F. B. (17,2023). **17º ANUÁRIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA 2023**. ISSN 1983-7364

ALMEIDA, Philippe., CORBO, Wallace., & MOREIRA, Adilson. (2022). **Manual de Educação Antirracista: direito, justiça e transformação social** (ebook kindle ed.). São Paulo: Contracorrente.

BARATTA, Alessandro. (2011). **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan.

BORGES, Juliana. (2018). **A nova segregação: racismo e encarceramento em massa**. São Paulo: Boitempo.

BRASIL. (3 de outubro de 1941). Código de Processo Penal Brasileiro. Acesso em 14 de 06 de 2024, disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm

FILHO, Nestor Sampaio. (2012). **Manual Esquemático de Criminologia**. São Paulo: Saraiva.

FLAUZINA, Ana Luiza. (2016). **A Medida da Dor: Politizando o Sofrimento Negro**. Encrespando - Anais do I Seminário Internacional: Refletindo a Década Internacional dos Afrodescendentes (ONU, 2015-2024), pp. 63-71.

JUSTIÇA, Superior Tribunal. Habeas Corpus nº 660930 - SP (2021/0116975-6). São Paulo.

KILOMBA, Grada. (2019). **Memórias da Plantação: Episódios de Racismo Cotidiano**. Rio de Janeiro: Cobogó.

NICOLITT, André. (12 de março de 2023). **O Supremo Tribunal Federal no julgamento do Habeas Corpus 208.24-SP**. Fonte: Conjur: <https://www.conjur.com.br/2023-mar12/andre-nicolitt-supremo-julgamento-hc-208240-sp/>

RODRIGUES, Nina. (1957). **As Raças Humanas e a Responsabilidade Penal no Brasil**. Salvador: Livraria Progresso.

Segunda Família das Moedas Brasileiras. (s.d.). Acesso em 26 de 05 de 2024, disponível em Banco Central do Brasil: <https://www.bcb.gov.br/dinheirobrasileiro/segunda-familiamoedas.html>

SHECAIRA, Sergio Salomão (2014). **Criminologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais.

STF. (2024). HC 208.240. Acesso em 2024 de junho de 2024, disponível em Supremo Tribunal Federal: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6287873>

Superior Tribunal de Justiça, Habeas Corpus nº 660930 - SP (2021/0116975-6) (2021).



ZAFFARONI, Eugenio Raúl. (2013). **A Questão Criminal**. Rio de Janeiro: Revan.

¹Disponível em: <https://publicacoes.forumseguranca.org.br/items/721e3396-1a66-4ff6-8ceb-ea319684a57a>

²Disponível em <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=503355&ori=1>

³ Banco Central do Brasil: Segunda Família das Moedas Brasileiras, disponível em <https://www.bcb.gov.br/dinheirobrasileiro/segunda-familia-moedas.html>



PROCESSOS DISCIPLINARES E O SUPERENCARCERAMENTO NO BRASIL: IMPACTOS DAS PUNIÇÕES COLETIVAS NA EXECUÇÃO PENAL BRASILEIRA

PRISON DISCIPLINARY PROCEEDINGS AND MASS INCARCERATION IN BRAZIL: IMPACTS OF COLLECTIVE PUNISHMENTS IN THE BRAZILIAN ENFORCEMENT OF PRISON SENTENCES

Daril Antonio Prates Filho

Advogado - especialização em Ciências Criminais pela EDEPE
darilprates96prates@hotmail.com

Resumo

O presente trabalho de conclusão de curso, em formato de artigo, visa abordar o superencarceramento, sob a ótica dos processos disciplinares para apuração de falta grave, em especial nas observadas punições coletivas. O artigo traz a formatação jurídica e legal, atualmente colocada, sobre o rito processual da apuração de falta grave, bem como aponta falhas e arbitrariedades na estrutura do sistema vigente. Além disso, demonstra a existência de punições coletivas, e os aspectos jurídicos que permitem esse tipo de sancionamento, bem como traz o posicionamento jurisprudencial do TJSP e STJ sobre a matéria pesquisada. Por fim, traz propostas de melhorias, e conclusões críticas sobre o atual modelo disciplinar na execução penal, que acaba por alimentar o superencarceramento do país.

Palavras-Chave: Sistema prisional; Apuração disciplinar; Sanções coletivas.

Abstract

The present undergraduate thesis, in article format, aims to address mass incarceration from the perspective of disciplinary processes for the investigation of serious offenses, especially focusing on observed collective punishments. The article presents the current legal framework and procedure for investigating serious offenses, highlighting flaws and arbitrariness within the existing system. Furthermore, it demonstrates the existence of collective punishments and the legal aspects that permit this type of sanction, as well as the jurisprudential positions of the TJSP (São Paulo State Court of Justice) and STJ (Superior Court of Justice) on the researched matter. Finally, it offers improvement proposals and critical conclusions about the current disciplinary model in criminal sentence enforcement, which ultimately contributes to the country's mass incarceration problem.

Key-words: Prison System; Disciplinary investigation; Collective sanctions.



Introdução

O encarceramento em massa é um fenômeno que afeta profundamente a sociedade brasileira. Com uma população carcerária que ultrapassa 800 mil pessoas presas, o Brasil possui a terceira maior população prisional do mundo. Esse quadro é exacerbado por um sistema de justiça criminal que frequentemente falha em proporcionar garantias processuais adequadas, bem como alternativas eficazes ao encarceramento, alvo de diversas críticas de órgãos e instituições ligadas aos Direitos Humanos. A superlotação dos estabelecimentos penais não apenas sobrecarrega as instituições, mas também agrava as condições desumanas dentro das prisões, resultando em sérias violações dos direitos humanos.

E, dado o expressivo número de pessoas encarceradas, a questão prisional gera inúmeros debates jurídicos e na própria sociedade sobre como lidar com esse tema que reflete não apenas nas pessoas presas. A superlotação de nossos estabelecimentos prisionais foi um dos fundamentos para que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF nº 347, reconhecesse um estado de coisas inconstitucional em nosso sistema carcerário e a sistemática violação de direitos dos presos:

O estado de desconformidade constitucional do sistema carcerário brasileiro expressa-se por meio: (i) **da superlotação** e da má-qualidade das vagas existentes, marcadas pelo déficit no fornecimento de bens e serviços essenciais que integram o mínimo existencial (Eixo 1); (ii) das entradas de novos presos no sistema de forma indevida e desproporcional, envolvendo autores primários e delitos de baixa periculosidade, que apenas contribuem para o agravamento da criminalidade (Eixo 2); e (iii) da permanência dos presos por tempo superior àquele previsto na condenação ou em regime mais gravoso do que o devido (Eixo 3). Tal situação compromete a capacidade do sistema de cumprir seus fins de ressocialização dos presos e de garantia da segurança pública.¹

Ainda que se possa tecer críticas quanto à efetividade da decisão tomada na ADPF nº 347, fato é que não se pode ignorar a importância do tema prisional, que foi expressamente reconhecido pela Suprema Corte como uma violação estrutural aos direitos humanos. Vale dizer, o tema não é uma questão meramente individual, para as pessoas encarceradas, mas como define Luís Carlos Valois, envolve a própria concepção de Estado Democrático de Direito:

(...) o STF reconheceu o estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário, reconheceu uma inconstitucionalidade estrutural que não ameaça só o direito deste ou daquele preso, mas toda a concepção de Estado Democrático de Direito. (VALOIS, 2021, pg. 23).

O tema se tornou um verdadeiro problema do país (não se reduzindo à questão de reduzido número de vagas em estabelecimentos prisionais ou de organização de administração penitenciária) e despertou o interesse de muitos estudiosos do direito, da segurança pública e das ciências sociais a pesquisarem as causas desse hiperencarceramento. Assim, muito se falou nos impactos da Lei dos Crimes Hediondos (Lei nº 8072/90) que previa no início regime integralmente fechado, vedação de liberdade provisória, bem como aumentou os lapsos para



progressão de regime.

Além disso, a Lei de Drogas (Lei nº 11343/06) também é muito pesquisada como uma das responsáveis pelo grande número de pessoas encarceradas ao inicialmente vedar a liberdade provisória e pela ausência de parâmetro objetivo para diferenciar traficante de usuário e uma pena mínima de 5 anos no crime do artigo 33. É inegável que há uma aposta legislativa não só em penas mais duras, mas também na redução de direitos dos acusados e apenados, o que inegavelmente impacta na realidade prisional brasileira.

Diante disso, o presente trabalho propõe uma visão diferente ao analisar esse fenômeno do hiperencarceramento sob a ótica da Execução Penal, especificamente os processos disciplinares no cárcere. Isso porque, muito se vê no cotidiano prisional a utilização dos processos disciplinares como uma forma de aplicação de penas coletivas, que serão o objeto central do trabalho.

A aplicação de punições coletivas na execução penal acaba, sob um pretexto de manutenção da ordem do estabelecimento prisional, violando direitos individuais dos presos, o que faz perpetuar o ciclo de superencarceramento. Assim, a investigação sobre como os processos disciplinares impactam o tempo de encarceramento e, consequentemente, o fenômeno do superencarceramento é essencial para entender as raízes das desigualdades no sistema prisional brasileiro e do Brasil, propriamente.

Ao explorar essas questões, a presente pesquisa busca não apenas identificar os problemas, mas também propor soluções que possam contribuir para a reforma do sistema de justiça criminal, visando um tratamento mais justo e equitativo para todos os indivíduos sob custódia do Estado.

Uma análise dos processos disciplinares para apuração de falta grave

Neste primeiro capítulo, trataremos os aspectos procedimentais da apuração de falta disciplinar de natureza grave no âmbito da execução penal, na forma como vem sendo realizado em nosso ordenamento jurídico.

Afora o rito legal, também serão abordados de forma crítica questões estruturais presentes nos processos disciplinares para apuração de falta grave, ainda que respeitada a forma legal, possibilitam punições injustas e com falhas sistêmicas.

Estrutura e funcionamento dos processos disciplinares para apuração de falta grave no Brasil

A disciplina na Execução Penal é tratada na Lei de Execução Penal pelos artigos 44 a 52, em linhas gerais, visa garantir uma boa convivência no estabelecimento prisional, entre os internos entre si e na lida com as autoridades públicas que atuam diretamente.

Além disso, a disciplina tem reflexo no comportamento do preso, que por sua vez é um requisito para análises de direitos no curso da Execução Penal.



Alexis de Couto Brito dispõe sobre a disciplina:

(...) significa a manutenção do conjunto de regras de conduta dos diversos membros pertencentes a um agrupamento, para proporcionar seu bem-estar e o bom andamento dos trabalhos. Por meio da disciplina, a ordem do estabelecimento será mantida, o que é indispensável ao cumprimento das finalidades da pena. Ao integrar-se no sistema penitenciário, o preso condenado ou provisório estará submetido a um conjunto de direitos e deveres específicos do seu regime, além dos direitos e deveres inerentes a qualquer sujeito. (BRITO, 2023, pg. 91).

Dessa forma, por mais paradoxal que possa parecer, um Estado que de forma sistemática viola os direitos dos presos, nas mais diversas formas, à exemplo da superlotação, comida racionada, falta de higiene, inexistência de um mínimo de dignidade, impõe a esses sujeitos, que estão cotidianamente tendo direitos violados, possuam comportamento exemplar no cárcere.

Justamente por essa razão, que Klelia Canabrava Aleixo e Flávia Ávila Penido em posicionamento crítico a essa situação, sustentam que o bom comportamento seria inexigível quando há péssimas condições prisionais:

Denota-se que – acaso o bom comportamento não representasse o satisfatório grau de institucionalização do preso – seria forçoso concluir que, **em face das péssimas condições das prisões no país, o bom comportamento seria inexigível**. Afinal, como exigir bom comportamento carcerário diante do quadro de sistemática violação de direitos no cárcere. (ALEIXO; PENIDO, 2021, pg.77, grifamos).

E a consequência da não observância desse padrão de conduta disciplinar exigida dos presos é a instauração de procedimentos disciplinares para sindicar os atos que fogem a essa alegada disciplina e são denominadas “faltas disciplinares”.

Justamente por se tratar de um ambiente cuja violação de direitos é parte da sua estrutura, que João Marcos Buch destaca a necessidade de ponderar a precariedade das relações humanas, quando da análise dos processos disciplinares:

É necessário reconhecer que o ambiente prisional, por suas próprias características de superlotação e precariedade estrutural favorecem nos indivíduos que lá estão – agentes e detentos – reações explosivas que na vida extra muros não aconteceria com tanta facilidade. Angela Davis já destacou que “há relutância em enfrentar a realidade que se esconde nas prisões, medo de pensar no que acontece dentro delas”. Repita-se a precariedade de relações humanas, insuficiência ou ausência de trabalho, trato frio e impessoal da administração, contribuem para que a prisão celular torne-se um meio de isolamento crônico e odioso. E esta realidade precisa ser levada em conta pelo juiz da execução penal quando da análise de faltas disciplinares. (BUCH, 2023, pg. 72)



No entanto, dada as graves penalidades que podem advir desses processos disciplinares, conforme abordaremos mais à frente, há um rito procedimental a ser seguido.

Dessa forma, chegando ao conhecimento das autoridades administrativas a ocorrência de um fato de que pode caracterizar falta disciplinar, é instaurado uma sindicância de natureza administrativa, que irá apurar a ocorrência.

O procedimento será conduzido pelas autoridades administrativas, no entanto desde já, deve ser assegurado a ampla defesa e o contraditório aos sindicados e esse respeito aos princípios constitucionais deve se dar de forma efetiva, com constituição de defesa técnica, e todas as possibilidades de contrapor a alegação de falta disciplinar.

Acerca da necessidade, de se assegurar o contraditório e ampla defesa, em especial a constituição de advogado, alerta Alexis de Couto Brito:

O art. 5º, LV, prevê que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. A execução penal, como vimos, tem natureza jurisdicional e, portanto, recebe a influência completa do inciso em questão. Durante o processo de execução, sempre que necessário o condenado poderá apresentar provas e questionar as apresentadas. A ampla defesa é o direito de apresentar todas as provas admitidas pelo direito, e todas aquelas não vedadas. **Durante a execução penal, o condenado estará sujeito a processos administrativos para a apuração de suas faltas e a decisões interlocutórias ou procedimentos incidentes nos quais poderá apresentar todos os meios de prova de que dispuser.** Às provas em seu desfavor, ser-lhe-á dada a oportunidade de contestação, o que caracteriza o contraditório. Nenhuma decisão deve ser proferida sem que antes se dê a oportunidade ao condenado de questionar e refutar a prova apresentada contra si. E, como bem se sabe, **nenhuma defesa e nenhum contraditório serão amplos o suficiente sem que se conceda ao preso ou condenado a paridade de armas, o que significa dar-lhe a assistência técnico-jurídica equivalente à que tem o Estado. Tratando-se de processo, seja ele administrativo ou criminal, deve-se garantir a assistência de um advogado, constituído ou nomeado.** (BRITO, 2023, pg. 28, grifamos).

Esgotada essa fase procedimental, de uma instauração de sindicância e irrestrito respeito aos princípios do contraditório e ampla defesa, o diretor do estabelecimento deverá analisar os fatos processados e, de forma motivada, aplicar ou não uma sanção disciplinar.

Ato contínuo, deverá submeter o procedimento administrativo ao crivo do Poder Judiciário, que novamente, respeitado o contraditório e a ampla defesa, bem como com atuação do Ministério Público na condição de fiscal da lei, o Juiz da Execução deverá homologar ou não a decisão administrativa.

A posição do Juiz da Execução nessa fase deverá ser bastante criteriosa e rigorosa processualmente com a apuração administrativa, e em respeito a inafastabilidade da Jurisdição de forma fundamentada realizará um escrutínio da sindicância, para ou homologá-la ou afastá-la.

Acerca da necessidade de atuação bifásica (administrativa e Judicial), pontua João



Marcos Buch:

Nas rotinas das Varas de Execuções Penais espalhadas pelo território nacional, comumente são remetidas das unidades prisionais vinculadas ao Juízo de Execução comunicações e incidentes de faltas disciplinares relativas à supostos eventos faltosos ocorridos nas unidades prisionais. A partir do recebimento destes incidentes, cumpre ao juiz da execução dar início a procedimento judicial de apuração da falta imputada em âmbito administrativo. Neste procedimento, que tem acompanhamento do Ministério Público e defesa (advogado particular ou defensor público), o juiz de cuidar de analisar a legalidade e regularidade da formação do processo administrativo e, após ouvir as partes em audiência de justificação, homologar ou não o incidente encaminhado, estabelecendo na ocasião as consequências que recairão sobre a execução da pena. (BUCH, 2023, pg. 67)

Assim, a despeito da exigência desse rito procedimental, que nem sempre é seguido, os procedimentos disciplinares possuem falhas estruturais, as quais abordaremos no próximo tópico.

Falhas e arbitrariedades no âmbito dos processos disciplinares

Os processos disciplinares em si, ainda que sob o manto de uma legalidade, reproduzem falhas e diversas arbitrariedades, que afetam os direitos daqueles submetidos a uma pena de prisão.

Inicialmente, verifica-se uma imposição legal de deveres ao preso (art. 39 da LEP), que caso não cumpridas podem caracterizar faltas disciplinares, à exemplos: obediência ao servidor; urbanidade no trato com os demais condenados; higiene pessoal e asseio da cela ou alojamento.

Verifica-se que há um problema de tipicidade, isso porque tendo em vista que a não observância desses deveres pode gerar um apenamento disciplinar, faltou o legislador especificar de forma fechada o que seriam esses deveres.

A previsão de deveres gerais, possibilita a imputação de falta disciplinar com conceitos abertos e que pode ser enquadrado em diversas situações, o que gera uma insegurança jurídica até mesmo sobre o que é ou não uma violação de dever.

Não bastasse, há um elevado grau de subjetividade nesses deveres impostos, ou seja, uma alegação de violação ao dever de obediência e respeito carrega consigo muito do que a autoridade administrativa entende por uma determinação justa e adequada, bem como do que entende por um trato pessoal respeitoso.

Da mesma forma, a exigência de higiene e asseio da cela, é algo que não tem uma definição objetiva do que seria essa higiene adequada, ou cuidado com a cela razoável.

A depender do caso, são imposições de cunho moral, com uma exigência de padrão de tratamento que ultrapassa o razoável, bem como uma violação a intimidade dos presos, acerca da “higiene” exigida.



A título de exemplo, muita das vezes se considera como falta de higiene, a confecção de uma tatuagem no próprio corpo, ou ainda não manter corte de cabelo de acordo com um padrão exigido pela unidade prisional.

Observa-se que são exigências de caráter moral, e que violam o princípio da secularização do direito, assim definido por Rodrigo Roig Duque Estrada:

Como consectário do princípio da humanidade emerge o princípio da secularização, o qual, **afirmando a separação entre direito e moral, veda na execução penal a imposição ou a consolidação de determinado padrão moral às pessoas presas**, assim como obsta a ingerência sobre sua intimidade, livre manifestação de pensamento, liberdade de consciência e autonomia da vontade. (ESTRADA, 2019, pg.35, grifamos).

Isso é, existindo essa clara separação entre moral e direito, seja no processo de conhecimento, também na execução da pena o réu ou sentenciado somente devem ser responsabilizados por atos efetivamente antijurídicos e não que violem regras morais.

Como recorda Luigi Ferrajoli ao tratar sobre essa clara distinção entre direito e moral, no âmbito penal, mas que em tudo se aplica a execução penal:

[...] o princípio normativo da separação (entre direito e moral) **impõe que o julgamento não verse sobre a moralidade**, ou sobre o caráter, ou ainda, sobre aspectos substanciais da personalidade do réu, mas apenas sobre os fatos penalmente proibidos que lhe são imputados e que, por seu turno, constituem as únicas coisas que podem ser empiricamente provadas pela acusação e refutadas pela defesa. Assim, o juiz não deve indagar sobre a alma do imputado, e tampouco emitir veredictos morais sobre a sua pessoa, mas apenas por aquilo que fez, e não pelo que é. (FERRAJOLI, 2006, p. 208, grifamos).

Esses julgamentos morais, que são frequentemente observados no âmbito da execução penal, não são compatíveis com a Constituição Federal que prevê como fundamento da República a dignidade da pessoa humana, além de ter como objetivo uma sociedade livre, o que retira a possibilidade dessa régua moralista.

Outro fato observado, é que muitas das exigências disciplinares, constatadas no cotidiano prisional, são completamente diversas do que seria exigível para uma convivência em liberdade, e sem razoabilidade.

À pessoa presa, por expressa disposição da LEP (art. 3º), são assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença, consequência natural disso é que a vida dentro de um estabelecimento prisional, não deve ser completamente alheia ao que se vive para além dos muros.

Em igual sentido a regra nº 05, das Regras Mínimas das Nações Unidas para o tratamento de presos (Regras de Mandela), traz como princípio básico que o regime prisional deve procurar minimizar as diferenças entre a vida no cárcere e aquela em liberdade.

Daí porque, com essas exigências pouco usuais, os presos buscam, muitas vezes sem



sucesso, se adaptar às imposições da administração prisional, inclusive com mudanças de hábitos e do modo de viver.

Inclusive Klelia Canabrava Aleixo e Flávia Ávila Penido, destacam que por vezes essa adaptação comportamental acaba por aniquilar a personalidade do preso:

Ao contrário, o que se verifica é a premiação do comportamento considerado adequado, segundo os padrões impostos pela administração prisional, o que – fatalmente – conduz à necessidade de o preso ajustar a sua individualidade, espontaneidade e autodeterminação para contemplar um modelo disciplinar servil e aniquilador da sua personalidade na construção de um padrão comportamental. Não raras vezes, esse é desconectado do que se desenvolveria em liberdade. (ALEIXO; PENIDO, 2021, pg.77, grifamos).

Também deve ser destacado, nessa estrutura da disciplina prisional, a forma inquisitorial na condução dos processos.

Conforme anotado, a administração prisional por meio de seus agentes, faz a autuação dos processos disciplinares para a autuação de falta grave, conduz a tramitação do feito, e efetivamente julga, com a aplicação de penalidade ou não.

Em suma, há uma concentração na administração prisional, ainda que com diferentes níveis hierárquicos de servidores envolvidos, da função de acusar alguém da ocorrência de ato que pode tipificar falta grave, da instrução do feito, por vezes os agentes que atuam no sistema prisional são ouvidos nos processos, e ao fim o diretor do estabelecimento prisional que dará o desfecho ao caso.

E esse rito, que é tipicamente inquisitorial, abre espaço para diversos problemas, inicialmente pela própria isenção do diretor do estabelecimento em analisar a ocorrência da falta disciplinar.

Isso porque, a título de exemplo, nos casos em que se alega desobediência a ordens de servidores públicos, que são as pessoas que reportam a ocorrência de uma possível falta, pode ocorrer, não necessariamente ocorrerá, mas há uma tendência de um certo corporativismo na apuração dos fatos.

Ou seja, naturalmente haverá uma tendência para o julgador, no caso, o diretor do estabelecimento prisional, em confiar e avaliar a atuação dos servidores do cárcere e de forma natural assentar a ocorrência de desobediência.

Não bastasse a falta de isenção, tal como se observa no âmbito do processo de conhecimento, a imposição a um mesmo órgão, no caso dos processos disciplinares, a administração penitenciária, de diversas funções dentro do processo (acusar, instruir e julgar), não é compatível com um estado de direito.

Vale dizer, quem acusa de uma falta grave, mas ao mesmo tempo deve provar essa ocorrência, dificilmente no momento da aplicação ou não da pena adotará um desfecho absolutório.

Aury Lopes Júnior ao tratar do sistema inquisitório, assim adverte:

É da essência do sistema inquisitório a aglutinação de funções na mão do



juiz e atribuição de poderes instrutórios ao julgador, senhor soberano do processo. Portanto, não há uma estrutura dialética e tampouco contraditória. Não existe imparcialidade, pois **uma mesma pessoa (juiz-ator) busca a prova (iniciativa e gestão) e decide a partir da prova que ela mesma produziu.** (JÚNIOR, 2024, pg. 20, grifamos).

Por essa razão, Salo de Carvalho, citado por Klelia Canabrava Aleixo e Flávia Ávila Penido, adverte que essa atuação inquisitorial no âmbito da execução penal gera ilegalidades toleradas, eis que se terá um procedimento formal, efetivamente respeitado, entretanto da forma como desenhado há uma incompatibilidade com um procedimento esperado em um estado democrático de direito:

É no contexto da neoinquisitorialidade que se busca analisar os traços inquisitoriais – aqui restritos ao que diz respeito à avaliação do comportamento carcerário e seu impacto na execução da pena privativa de liberdade. Inicialmente cabe salientar que o poder disciplinar é exercido pela autoridade administrativa, o que inclui a prerrogativa de instauração de procedimentos administrativos para apuração de faltas disciplinares. (art. 47, LEP) Afirma-se que a natureza administrativa por si só já indica a feição inquisitorial do procedimento disciplinar, incompatível com um modelo constitucional de processo. Isso porque – conforme extraído das lições de Salo de Carvalho (2008) – considerando que o procedimento disciplinar é de competência exclusiva da direção carcerária, mostra-se essencialmente administrativo, fundado na iniciativa do procedimento e na gestão da prova a cargo da autoridade administrativa; portanto, orientado pela inquisitorialidade, considerando que esses traços são determinantes para a identificação de um procedimento com feições inquisitoriais. O autor ressalta que – não obstante a LEP assegurar garantias no procedimento – “a lógica do sistema não corresponde à estrutura principiológica conformadora de um direito democrático, gerando focos de ilegalidades (toleradas)” que culminam em sanção disciplinar a trazer graves prejuízos ao estado de liberdade do preso. (ALEIXO; PENIDO, 2021, pg.82/83, grifamos).

Assim, verifica-se que essa adoção de um processamento inquisitorial é a forma formalmente posta e que ainda que observada, ocasiona graves distorções nos procedimentos que tendencialmente gerarão punição.

Em suma, a jurisdicionalização da execução penal, questão discutida sob diversas óticas, é uma forma de reduzir falhas e arbitrariedades na apuração das faltas disciplinares.

Ainda que os processos sejam levados ao conhecimento do Poder Judiciário, a fim de homologar ou não, essa fase administrativa de natureza inquisitória permite a reprodução sistemática de arbitrariedades.

A sanção coletiva na execução penal

Neste capítulo, abordaremos a falta disciplinar de natureza grave sob a ótica da sanção coletiva, isso porque se observa rotineiramente uma imputação de falta grave de forma genérica a diversos presos.



Conforme destaca Julio Fabbrini Mirabete:

Muitas vezes a manutenção da ordem e da disciplina tem servido como justificativa para que se inflinjam aos presos sanções coletivas, quando é princípio básico de justiça de que não se deve aplicar qualquer sanção em caso de simples dúvida ou suspeita. Sabe-se que tem ocorrido comumente punição a todos os presos de uma cela, galeria ou pavilhão, quando a administração deseja castigar autores de uma infração disciplinar que não são conhecidos. Essa punição coletiva, além de atingir o interno em sua liberdade e dignidade, tem constado desabonadoramente, como qualquer outra, no boletim penitenciário, embasado no qual preso pode ou não solicitar favores ou requerer benefícios. (MIRABETE, 1997, pg. 132)

Observa-se acusações disciplinares, à exemplo, com alegações de que presos de uma determinada cela estariam planejando uma desestabilização da ordem e segurança do estabelecimento prisional.

Ou ainda, apurações de desobediência por uma aventada negativa por parte dos presos em se submeterem aos procedimentos antes de reingressar na cela, processando disciplinarmente diversas pessoas, sem identificar de forma individual quem participou ou não.

Também não é incomum investigações sobre tentativas de motins e rebeliões que podem de fato até ter ocorrido, no entanto, à míngua de uma identificação dos autores, são acusados um número indeterminado de presos.

Da mesma forma, quando há um dano em algum bem público no interior do estabelecimento prisional com a dificuldade de identificação de quem eventualmente danificou o bem se acusa uma coletividade de presos.

Em suma, são variados os exemplos de acusações e efetivas sanções postas de forma coletiva, o que tem reflexo na permanência dos presos que efetivamente sofrem as penalidades que serão abaixo abordadas.

A infração disciplinar de natureza grave e suas penalidades

Após o devido processamento e o rito tratado no capítulo anterior, caso o diretor do estabelecimento prisional conclua pela ocorrência de uma falta disciplinar de natureza grave, o sindicado poderá sofrer uma sanção. Importante destacar, que dentro do possível a administração penitenciária deve adotar mecanismo alternativo de solução de disputas, para resolver conflitos, conforme estipula o item 38 das Regras Mínimas das Nações Unidas para o tratamento de presos. E ainda que se conclua por um desfecho punitivo, não pode existir a fixação de penas cruéis o que é vedado pela Constituição Federal, bem como, deve haver proporcionalidade na sanção, nos termos do item 39 das Regras Mínimas das Nações Unidas para o tratamento de presos.

Não bastasse, as Regras Mínimas vedam a tortura, punições ou outra forma de tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes, expressamente proibindo o confinamento



solitário indefinido ou prolongado, detenção em cela escura ou constantemente iluminada, castigos corporais ou redução da alimentação ou água potável do recluso e castigos coletivos. Além disso, o mesmo documento internacional alerta que medidas restritivas não devem incluir a proibição de contato com a família.

Tendo por base essas proibições, verifica-se que as sanções estabelecidas pela Lei de Execução Penal para o cometimento de falta disciplinar de natureza grave constituem-se em suspensão ou restrição de direitos, isolamento na própria cela, ou em local adequado, e inclusão no regime disciplinar diferenciado, conforme dispõe o artigo 57, parágrafo único da LEP. Há ainda a previsão no artigo 127 da LEP, da perda de até 1/3 dos dias remidos pelo cometimento de falta grave. Outrossim, o artigo 112, §6º da LEP prevê ainda como consequência da falta grave a interrupção do prazo para progressão de regime, oportunidade que o reinício da contagem do requisito objetivo terá como base a pena remanescente.

Observa-se que são consequências graves e que podem prolongar em muito a permanência do apenado na prisão, além de submissão a situações absolutamente gravosas, à exemplo do regime disciplinar diferenciado, que traz uma série de restrições ao cumprimento de pena, com severas críticas doutrinárias quanto a sua inconstitucionalidade. Ou seja, a imputação de uma sanção coletiva e sem um rigor na apuração deve ter em conta essas graves sanções.

Lei de Execução Penal - artigo 45, § 3º - a vedação às sanções coletivas

Apesar de frequentemente observado no cotidiano da administração prisional e no Poder Judiciário, a sanção coletiva tem expressa proibição do artigo 45, §3º da LEP.

A referida previsão da LEP tem harmonia com o direito fundamental de individualização da pena disposto no artigo 5º, XLVI da Constituição Federal.

A individualização da pena, conforme preleciona o professor Alexis de Couto Brito, têm dimensões no Poder Legislativo, no momento da aplicação da pena e na execução penal:

A individualização é algo que atinge os três poderes da República. É considerada em abstrato quando o legislador estipula limites máximos e mínimos para cada infração penal. É judicialmente aplicada quando o juiz, considerando as circunstâncias judiciais e legais, define a pena em concreto. E, por fim, é executada a cada condenado conforme seus méritos e deméritos, condições e circunstâncias pessoais. Embora a execução deva tornar efetivas as determinações da sentença, o destino do condenado é muito mais definido pela execução do que pela própria sentença. É durante a execução que se procura definir a personalidade do condenado, o que conduz ao encurtamento ou prorrogação do prazo de restrição da liberdade. (BRITO, 2023, pg. 26).

E no que diz respeito especificamente a execução penal, a individualização da pena, não se restringe aos meios de classificação do preso no início e durante o cumprimento da pena, mas deve ser um norte para os processos disciplinares. Vale dizer, os processos de apuração de faltas disciplinares devem ser pautados por esse princípio de índole constitucional da individualização da pena, que deve guiar a atuação dos agentes da administração penitenciária



que conduzem os processos administrativos, bem como do Poder Judiciário.

Ainda que se reconheça, a dificuldade em um contexto prisional de individualizar a atuação de preso, que eventualmente possa ter participada de um ato que caracterize infração disciplinar, daí não se pode subverter a exigência constitucional de individualização da pena. Daí porque Rodrigo Roig Duque Estrada alerta para a necessária observância do princípio da individualização da pena, na execução penal:

Outra obrigação decorrente do acertado sentido da **individualização consiste na apreciação do caso concreto, pelas vias administrativa e judicial, sem o recurso a considerações genéricas ou de índole preventiva, sobretudo em matéria disciplinar**, pois qualquer medida que importe em elevação do sofrimento carcerário já naturalmente experimentado não pode se dar em função da necessidade de promover exemplo aos demais, mas em virtude da atuação concreta do agente. (ESTRADA, 2019, pg. 59, grifamos).

Dessa forma, há de se adotar com seriedade e uma verdadeira baliza da execução penal, em especial nos procedimentos disciplinares, um tratamento com respeito a individualização da conduta de cada um dos eventualmente envolvidos, sob pena de observância de efeitos deletérios, à exemplo de apenamentos injustos e confissões informais, nem sempre verdadeiras, como se verá na sequência.

Rebaixamento do standard probatório em processos disciplinares e a confissão informal como uma forma de evitar a punição coletiva

Verifica-se que um dos sintomas da verificação de imputações e sanções disciplinares, de forma coletiva, apesar da expressa vedação legal e constitucional é um rebaixamento de *standards* processuais. Isso porque, em uma análise de boa técnica processual, não se poderia sequer ter processamento uma apuração disciplinar sem individualização da conduta.

Saliente-se que é uma garantia do acusado em geral, que saiba do que está sendo efetivamente acusado, para que possa exercer sua defesa com a amplitude necessária, em especial em um campo do direito que tem reflexos na liberdade. E a individualização da conduta, desde o início da apuração disciplinar, é uma garantia de caráter processual, para que o sindicado possa se defender de forma adequada, além de ser uma forma de se evitar um sancionamento coletivo. Inclusive a ausência de individualização desde a fase inicial do procedimento disciplinar, deveria conduzir, tal como no processo penal ao reconhecimento da inépcia.

No entanto, como visto nos processos disciplinares, muitas vezes ocorrem essas acusações genéricas, e sem um mínimo de individualização da atuação de cada preso, com exposição sobre a forma como teria atuado para ocorrência de uma falta disciplinar.

Além disso, observa-se um rebaixamento do *standard* probatório exigido nos processos



disciplinares para apuração de falta grave. Aury Lopes Júnior, define *standard* probatório como:

(...) os critérios para aferir a suficiência probatória, o **“quanto” de prova é necessário para proferir uma decisão**, o grau de confirmação da hipótese acusatória. É o preenchimento desse critério de suficiência que legitima a decisão. O *standard* é preenchido, atingido, quando o grau de confirmação alcança o padrão adotado. É um marco que determina “o grau mínimo de prova” exigido para considerar-se provado um fato. Susan HAACK acrescenta ainda que *standard* probatório está relacionado com o “grau de confiança que a sociedade crê que o juiz deveria ter ao decidir”. E prossegue a autora explicando que *standards* de prova são graus de “aval”, confiabilidade, credibilidade, confiança (sempre subjetivo, portanto). Esses graus de “aval” não são probabilidades matemáticas. (JÚNIOR, 2024, pg. 168, grifamos).

Nos processos disciplinares, tem se observado uma exigência muito baixa de prova para o apenamento, fruto disso, são as sanções coletivas, e a verificação de confissões informais pelos presos. A confissão informal, nesse contexto de diversas sanções coletivas, transparece uma atuação estratégica dos presos, no sentido de penalizar um ao invés de todos.

Essa estratégia de sacrificar um preso, em detrimento dos demais, pode ser fruto dos ideais de massa, observados nas facções criminosas, que atuam dentro dos presídios e conforme destaca Bruno Shimizu por um sentimento de coletividade que abarca os presos, há essa disposição em se arriscar em nome de um grupo:

A perspectiva do enfrentamento e o risco à própria vida parecem menos dissuasórias quando se **está submerso em um sentimento de onipotência, disposto a sacrificar-se pelos ideais da massa**, tendo reduzida a capacidade de sopesar as consequências dos próprios atos. Sacrificar-se não é o fim de tudo quando se é apenas parte de algo maior. Morrer não é assustador para quem já perdeu sua noção de individualidade. (SHIMIZU, 2011, pg. 224, grifamos)

A confissão informal, também é fruto do rebaixamento do *standard* probatório nos processos disciplinares, que validam como prova suficiente para o apenamento uma confissão informal, aliada a sempre invocada fé pública dos agentes da administração penitenciária.

Assim, ainda como um reflexo das punições coletivas, verifica-se essa frequente confissão informal, que em última análise, premia a insuficiência estatal em investigar e punir somente quando houver efetiva prova de participação, e promove uma injustiça ao preso que por vezes não cometeu qualquer ato de indisciplina.

O posicionamento da jurisprudência do TJSP e STJ sobre as sanções coletivas

Cumprir trazer neste capítulo a interpretação que os tribunais, especificamente o TJSP e STJ estão dando para o sancionamento coletivo na punição disciplinar.



A jurisprudência, tema que passaremos a fazer algumas considerações é importante fonte do direito² ou como preferem alguns doutrinadores é uma forma de expressão do direito³, os julgados dos tribunais, cumprem diversas funções jurídicas como de preencher eventuais lacunas legislativas, atualizar normas que estão extemporâneas, isto é adequá-las ao atual momento jurídico e interpretar as normas.

A jurisprudência, por vezes desempenha importante papel na execução penal, a exemplo da Lei de Execução Penal no tocante a saída temporária do preso que cumpre pena em regime semiaberto, existe previsão legal (artigo 123 da LEP) de cumprimento de 1/6 (um sexto) da pena, o que tornaria inócuo o benefício da saída temporária, posto que o preso já teria alcançado o lapso temporal para progredir para o regime aberto, os tribunais vem afastando⁴ essa exigência, ainda que contra *legem* para permitir ao preso o convívio familiar e tornar o benefício legal útil na prática.

Outro exemplo se dá pela remição por leitura, que apesar de não ter previsão expressa e específica da LEP, os Tribunais⁵ passaram a admitir essa figura via entendimento jurisprudencial. Dessa forma, verifica-se de forma fundamental o estudo de jurisprudência, como uma forma de análise da aplicação prática do direito.

Em relação as faltas disciplinares, o TJSP por vezes em casos concretos, sob o pretexto de uma supervalorização da palavra dos agentes penitenciários, que possuem fé pública e não teriam razões para mentir, acaba por validar o apenamento de sanções coletivas. No entanto, ainda que formalmente a jurisprudência do TJSP veda a punição coletiva, à exemplo do seguinte precedente da 16ª Câmara de Direito Criminal:

Agravo em execução. Falta grave reconhecida em juízo. Insurgência defensiva. Pleito de absolvição. Necessidade. Ausência de individualização da conduta praticada pelo agravante, que, segundo o **relato genérico** constante nos autos, teria participado da inscrição de um desenho e de uma frase, com alusão a uma facção criminosa, na parede de uma cela. Falta de descrição específica de qualquer conduta efetivamente praticada pelo sentenciado. O fato de o sentenciado morar na cela não pode, por si só, gerar a responsabilidade pelos fatos em questão, sobretudo diante da ausência de qualquer testemunha presencial dos fatos. **Impossibilidade de punição coletiva.** Absolvição que se impõe. Opinião favorável da PGJ em parecer. Reforma da decisão. Agravo provido. (TJSP, Agravo em Execução nº 0002184-98.2024.8.26.0482, 16ª Câmara de Direito Criminal, Relator: Desembargador Guilherme de Souza Nucci, julgado em 29/06/2024, grifamos).

Já o Superior Tribunal de Justiça, tribunal responsável por interpretar e uniformizar a jurisprudência referente a legislação federal, de igual modo não admite uma punição coletiva, no entanto, faz uma distinção, que aliás sequer precisaria ser dita, no sentido da possibilidade de punir ato de autoria coletiva:

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO. REVISÃO DAS CONDIÇÕES GERAIS DO REGIME ABERTO NA COMARCA. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. NECESSIDADE



DE ANÁLISE DA SITUAÇÃO DE CADA SENTENCIADO. FLAGRANTE ILEGALIDADE. 1. Sabe-se que é permitido ao juízo da execução modificar, de ofício ou a pedido, as condições estabelecidas no regime aberto, podendo inclusive estabelecer condições especiais, mas desde que "as circunstâncias assim o recomendem", nos termos dos arts. 115 e 116 da Lei 7.210/1984. 2. Nos termos do art. 45, § 3º, da Lei de Execução Penal "são vedadas as sanções coletivas". É pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de que **"não se pode confundir 'sanção coletiva' com 'autoria coletiva'. A primeira de fato é vedada pelo ordenamento jurídico. A segunda, entretanto, se configura quando é devidamente apurada a falta e reconhecida a responsabilização de vários apenados na autoria de conduta que configura falta grave e, diante das circunstâncias da infração, acarreta a punição individualizada de todos os envolvidos"** (AgRg no HC 444.930/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 28/6/2018). 3. Na espécie, sem avaliar o descumprimento das condições fixadas no regime aberto de cada sentenciado, optou o Juízo da Execução da Comarca de Guaxupé/MG em rever as condições do regime aberto impostas a todos os sentenciados que cumprem pena no regime aberto na referida Comarca, ante a "notícia de aumento considerável de boletins de ocorrência noticiando descumprimento das regras do REGIME ABERTO". 4. Embora na espécie não se trate de aplicação de sanção, é possível aplicar-se, por analogia, a vedação de aplicação de sanção coletiva, essencialmente por força do princípio da individualização da pena, que deve ser observado, inclusive, na execução penal. Não havendo, em relação ao sentenciado, nenhuma fundamentação acerca das circunstâncias pessoais que recomendem a revisão das condições outrora impostas para a concessão do regime aberto, resta configurada a ausência de fundamentação válida incidindo em flagrante ilegalidade. 5. Concessão do habeas corpus. Desconstituição do acórdão e a decisão do juízo da execução, que reviu as condições gerais da Comarca para o cumprimento de pena no regime aberto. Determinação para análise individual da situação do sentenciado. (STJ, HC nº 744193, Sexta Turma, Relator: Ministro Olindo Menezes, julgado em 22/11/2022, grifamos).

Dessa forma verifica-se que os Tribunais, ainda que formalmente vedem a sanção coletiva, sob pretexto de uma punição por autoria coletiva, admitem punição sem individualização, fruto do rebaixamento do *standard* probatório exigido.

O Superencarceramento

Avaliações sobre o panorama punitivo da América do Sul nas últimas décadas indicam um crescimento significativo nas taxas de encarceramento. Até a década de 1990, consideradas as variações das realidades locais, era possível afirmar um uso bastante contido da prisão na região, entretanto, em menos de 20 anos essa realidade se alterou significativamente e todos os países sul-americanos (com exceção da Bolívia) passaram a indicar taxas superiores a 150 presos para cada 100 mil habitantes (SOZZO, 2017, p. 8). Em 2023, segundo dados do 17º Anuário Brasileiro de Segurança Pública (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2023, s/p) a população prisional no Brasil chegou a 832.295 pessoas, número que representa um aumento de 257% desde 2000.

O perfil dos presos no Brasil é majoritariamente de pessoas negras (68,2%) e jovens de



18 a 29 anos (43,1%). E é preciso considerar que o encarceramento de pessoas jovens produz um efeito cascata, na medida em que atinge famílias e bairros inteiros. Todd R. Clear, pensando na realidade prisional dos Estados Unidos, afirma que, quando um grande número de adultos jovens passa por períodos de aprisionamento com altas e concentradas taxas de encarceramento na região, suas comunidades são afetadas negativamente de inúmeras formas: danos à rede de contatos, aos relacionamentos sociais e chances de vida a longo prazo (CLEAR, 2008, p. 97-132).

Segundo Rafael Strano (2021), é o aumento massivo (mais de 100%) das taxas de encarceramento nas duas últimas décadas que nos autoriza a afirmar que se trata de um superencarceramento ou encarceramento em massa. Esse termo é utilizado pela criminologia, em regra, para definir a mudança na escala de encarceramento que houve nos Estados Unidos, após os anos 1970. O conceito abarca três fatores: a escala, a aplicação de prisão em situações em que poderiam ser aplicadas penas menos severas e a utilização da prisão como gerenciamento de pessoas marginalizadas (SILVESTRE; MELO, 2017).

Os anos 1970 seriam um marco na medida em que, para alguns autores, o desmonte do Estado de bem-estar explicaria o aumento das taxas de encarceramento a partir dos anos 1980. Acontece que essa teoria foi pensada para analisar os Estados Unidos e não deve ser diretamente aplicada ao Brasil (STRANO, 2021, p. 233-254). No nosso caso, é preciso analisar a realidade nacional e o contexto histórico brasileiro para buscar as respostas ao fenômeno⁶.

Discussão sobre desigualdades e vulnerabilidades no sistema prisional

Em nosso país, jovens negros e pobres são estigmatizados a partir de uma atuação seletiva do sistema de justiça criminal e muitas vezes presos por praticarem condutas relacionadas ao tráfico de drogas ou crimes patrimoniais. O ambiente prisional é superlotado e insalubre, tendo mobilizado o Supremo Tribunal Federal (STF) a reconhecer, no âmbito do julgamento da ADPF 347, o “estado de coisas inconstitucional” referente ao sistema penitenciário nacional. Encarcerar nessas condições, além de uma violação de direitos em si, gera impactos em saúde e prejudica a condição de retorno dos presos ao convívio social

Encarcerar em massa também tem outra dimensão que deve ser considerada: o alto custo de investimentos públicos. Por exemplo: o Estado de São Paulo, que concentra aproximadamente um terço da população carcerária no Brasil, segundo pesquisa realizada pelo Insper e Instituto Sou da Paz, gastou em 2020 em média R\$ 76 milhões mensais apenas com detenções provisórias e investe 130 vezes mais com a gestão das prisões provisórias do que com programas de transferência de renda e de inserção profissional para jovens (INSTITUTO SOU DA PAZ, 2019, s/p).

Aliás, o tema da prisão provisória deve ser abordado. Segundo dados do Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2023), a proporção de presos provisórios diminuiu um pouco entre 2021 e 2022 (3,2%). Esses números, porém, ainda são bastante altos: 210.687 presos, à



época, eram provisórios - um em cada quatro presos no Brasil são provisórios (LACERDA,2023,s/p). Sabe-se que, em razão do princípio constitucional (artigo 5º, LVII) da Presunção de Inocência, todas as pessoas ainda não julgadas são consideradas inocentes, logo, prender uma pessoa antes que ela seja submetida a um julgamento justo é bastante grave e só deveria ser feito em casos excepcionais.

Acontece que, embora o uso da prisão provisória somente seja autorizado pela lei apenas excepcionalmente, o Judiciário brasileiro tem feito um uso muito ampliado dessa exceção, a ponto de um em cada quatro presos no Brasil são provisórios (LACERDA,2023,s/p). O grande problema: boa parte desses presos não são condenados, ou seja, a pessoa fica submetida às condições carcerárias brasileiras bastante degradantes e depois é absolvida. Isso é bastante grave e cria danos profundos.

É preciso considerar o perfil da população prisional, que, como já mencionamos, é majoritariamente negro, jovem e com baixa escolaridade. Ou seja, pessoas que já estão submetidas a situações de vulnerabilidade social, têm suas vidas marcadas significativamente pela prisão. É necessário que haja mais racionalidade, encarcerar em massa, em um sistema cheio de violações de direitos, não resolve o problema da segurança pública, apenas o agrava.

A literatura especializada e muitas experiências políticas nos indicam que a prisão não é a única solução para lidar com a conflitividade social e também não é a mais eficaz (SZABÓ; RISSO, 2018, s/p). É necessário remanejar as políticas governamentais para atender às necessidades da população como um todo e reduzir a violência, para isso, todavia, é preciso ampliar os programas de ressocialização e investir em alternativas ao encarceramento. O Estado deve reorientar seus investimentos, de modo a garantir a inclusão material da população negra e frear o encarceramento da juventude pobre.

Relação entre processos disciplinares e superencarceramento

Os processos disciplinares desempenham um papel crucial e influenciam diretamente a dinâmica do superencarceramento. Pensados para manter a ordem dentro das prisões, frequentemente acabam significando o prolongamento do tempo de encarceramento dos detentos. Como vimos, a aplicação de sanções disciplinares, nem sempre segue um procedimento justo ou transparente, prejudicando o direito à defesa dos presos.

E o apenamento, prolonga em muito o tempo de prisão dos presos, em especial daqueles que possuem uma pena longa, na medida em que a falta grave interrompe o prazo para a obtenção da progressão no regime, além de perder pena efetivamente cumprida, com a perda dos dias remidos. E a disciplina, tem uma íntima relação com o sistema progressivo, conforme destaca Patrick Cacicedo:

A disciplina se apresenta, portanto, como o elemento central do sistema progressivo, já que a dinâmica que o cumprimento de pena assume com o passar do tempo na prisão depende do comportamento do sentenciado. Se a conduta da pessoa presa se adequa ao que é esperado pela administração prisional, com o transcurso do tempo ela passa a adquirir direitos que amenizam a restrição de sua liberdade e, por conseguinte, seu sofrimento;



se, por outro lado, age de forma contrária às expectativas do controle disciplinar carcerário, o cerceamento da liberdade igualmente se intensifica com maior rigor aplicado ao cumprimento da pena (CACICEDO, 2023, pg. 9, grifamos).

Isso, aliado a uma falta de uma teoria clara do delito na execução penal contribui para a arbitrariedade das punições disciplinares, o que produz uma ampliação desnecessária do tempo de encarceramento. Além disso, o impacto desses processos é desproporcionalmente maior sobre grupos já vulneráveis, como os pobres e minorias étnicas - que são a maior parte dos presos, na medida em que não apenas perpetuam como aprofundam as desigualdades sociais. A superlotação carcerária, que é reforçada - e produzida, em certa medida - pelos processos disciplinares, compromete as condições de vida nas prisões e dificulta a ressocialização dos detentos, criando um ciclo vicioso de reincidência criminal.

Portanto, essa relação entre processos disciplinares e superencarceramento revela a necessidade urgente de reformar as práticas disciplinares nas prisões, assegurando procedimentos justos e transparentes que respeitem os direitos dos presos e promovam a individualização da pena.

Ante o quadro acima exposto, de uma situação com graves consequências ao direito dos presos, abordaremos algumas propostas de melhorias quanto ao sistema disciplinar atualmente posto na lei e observado na prática.

Debates e propostas científicas para a melhoria dos processos disciplinares

Dentro de uma perspectiva científica, o que se propõe para melhoria é uma racionalidade maior aos processos disciplinares é um maior rigor quanto ao princípio da legalidade e observância de normas infralegais e constitucionais já previstas. Assim, há de se ter uma exigência de individualização desde a fase da própria imputação com a instauração do procedimento disciplinar e um rigor probatório igual ao que se exige no processo penal.

Não há razão, para se rebaixar o *standard* probatório, em um processo que terá reflexo na liberdade do preso. E, verificando-se uma falta de identificação de forma individualizada de conduta, a solução deve ser a absolvição e não o apenamento coletivo, como reforça Rodrigo Roig ao tratar sobre objetos ilícitos encontrados em cela:

Como primeira decorrência do princípio da culpabilidade **figura a impossibilidade de punição de todos os habitantes de determinada cela ou galeria, quando nelas são encontrados objetos ilícitos** (ex.: celulares, drogas) ou realizadas atividades disciplinarmente combatidas (ex.: confecção de buraco para fuga ou dano a grades), mas não se consegue identificar o responsável. Nesse caso, **sendo impossível a individualização da conduta, deve ocorrer a absolvição de todos os habitantes da cela ou galeria, por força do princípio da culpabilidade**. Falar em coparticipação omissiva para legitimar a punição daqueles que não se envolveram diretamente significa consagrar a responsabilização penal objetiva, sem respaldo técnico e em claro atentado aos princípios mais elementares do Estado Democrático de Direito. (ESTRADA, 2019, pg.35, grifamos).



Além disso, deve haver um maior esmero na investigação, a fim de que os processos não se limitem a palavras dos agentes penitenciários ou a confissões informais, nem sempre verdadeiras.

Práticas mais justas e equitativas no sistema prisional

Em relação a possíveis práticas mais justas e equitativas no sistema prisional, cumpre pontuar uma necessária alteração legislativa na LEP, a fim de que os tipos disciplinares não tenham uma redação aberta, o que pode dar margem para subjetivismos e arbitrariedades. Além disso, uma vez que questões acerca da obediência, higiene, tratamento com respeito e comportamento do preso, se inserem no campo das relações humanas, observar tal como dispõe as Regras Mínimas de possíveis soluções alternativas e não uma excessiva abertura de processos disciplinares.

Outra proposta de uma maior justiça e equidade, na linha do que propõe Rodrigo Roig Duque Estrada, é que o apenamento disciplinar não fique a cargo da administração penitenciária e sim ao Poder Judiciário:

Da mesma forma que as sanções somente devem limitar direitos “domésticos” do apenado, o poder disciplinar da autoridade administrativa deve ser interpretado apenas como aquele de fiscalizar o cumprimento das normas, instaurar a sindicância para apuração da falta (nos termos dos arts. 47, 48, parágrafo único, e 195, todos da LEP) e executar as punições disciplinares, não como o poder de julgar faltas disciplinares. **Com efeito, todos os incidentes que possam ensejar a aplicação de sanção por falta disciplinar (sobretudo de natureza grave) deveriam ser julgados pelo Juízo da Execução.** (ESTRADA, 2019, pg. 200, grifamos).

Em suma, uma maior jurisdicionalização da execução penal, inclusive quanto às punições disciplinares, traz ao preso uma maior garantia processual e um julgamento mais isento.

Conclusão

Analisamos que os processos disciplinares na execução penal para apuração de falta grave possuem falhas e arbitrariedades sistêmicas que permitem a punição coletiva de diversas pessoas, às vezes de uma cela toda. O apenamento disciplinar de forma coletiva traz consequências gravíssimas aos presos que acabam por prolongar, muitas vezes de forma indevida, o cumprimento de pena com interrupção de progressão, perda dos dias remidos e em casos excepcionais a inclusão no Regime Disciplinar Diferenciado.

As consequências das punições coletivas vão além da situação individual de cada punido, pois retroalimentam o hiperencarceramento e as condições prisionais que já foram consideradas pelo Supremo Tribunal Federal como um Estado de Coisas Inconstitucional. Assim, em considerações conclusivas, verifica-se que há necessidade de alterações legislativas para se trazer ao preso uma maior segurança jurídica nos processos disciplinares na execução



penal, em especial, quanto à tipicidade das infrações e um maior rigor processual quanto ao grau de prova exigido.

Além disso, na linha proposta deve se ter uma jurisdicionalização dos procedimentos disciplinares, trazendo ainda que minimamente um julgamento mais justo e isento das faltas disciplinares imputadas. Por fim, os presos devem ser tratados como sujeitos de direito e, tal como na fase de conhecimento, terem respeitada a presunção de inocência, somente serem punidos de forma individualizada e por atos que efetivamente praticaram. Em suma, essas considerações, com base na situação atualmente posta e com reflexões críticas, procuram contribuir não só para alteração da realidade do hiperencarceramento observada, mas também para um tratamento mais digno e humano aos encarcerados.

Referências Bibliográficas

ALEIXO, Klelia Canabrava; PENIDO, Flávia Ávila. **Execução penal e resistências**. D'Plácido, 2021.

ANUÁRIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA 2023. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, ano 17, 2023. ISSN 1983-7364.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição Federal. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 julho. 2024.

BRASIL. Lei nº 7.210, DE 11 DE JULHO DE 1984. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm. Acesso em: 20 julho. 2024.

BRITO, Alexis Couto de. **Execução penal**. Saraiva, 2023.

BUCH, João Marcos. **Execução Penal Aplicada anotações para redução de danos**. Direito Humano, 2023.

CACICEDO, Patrick Lemos. **O sistema progressivo brasileiro e suas contradições: para uma leitura crítica do direito de execução penal**. Boletim IBCCRIM – Ano 31 – Nº 367 – Junho, 2023.

CLEAR, Todd R. **The effects of high imprisonment rates on communities**. Crime and Justice, Chicago, v. 37, n. 1, 2008.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Regras de Mandela: regras mínimas padrão das Nações Unidas para o tratamento de presos. Brasília: CNJ, 2016. 45 p. (Tratados Internacionais de Direitos Humanos). Disponível em: <https://bibliotecadigital.cnj.jus.br/jspui/handle/123456789/403#:~:text=Cita%C3%A7%C3%A3o%3A,Bras%C3%ADlia%3A%20CNJ%2C%202016>. Acesso em: 20 julho. 2024.

ESTRADA, Rodrigo Roig Duque. **Execução penal: teoria e prática**. Thomson Reuters Brasil, 2021.



FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: Teoria do Garantismo Penal**. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

INSTITUTO SOU DA PAZ. Vale a Pena? Custos e Alternativas ao uso da prisão provisória na Cidade de São Paulo. São Paulo: Instituto Sou da Paz, São Paulo, 2019. Disponível em: <http://soudapaz.org/o-que-fazemos/conhecer/pesquisas/sistema-de-justica-criminal/prisao-provisoria/?show=documentos#1739>. Acesso em: 14 jul 2024.

JÚNIOR, Aury Lopes. **Direito processual penal**. Saraiva, 2024.

LACERDA, Lucas. **Com 832 mil presos, Brasil tem maior população carcerária de sua história**. Folha de S.Paulo, São Paulo, 20 jul. 2023. Cotidiano. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2023/07/brasil-tem-832-mil-presos-populacao-carceraria-e-maior-que-a-de-99-dos-municipios-brasileiros.shtml>. Acesso em: 14 jul. 2024.

MARQUES, Adalton. **Humanizar e expandir: uma genealogia da segurança pública em São Paulo**. São Paulo: IBCCRIM, 2018.

MARTINS, Carla Benitez. **Distribuir e punir? Capitalismo dependente brasileiro, racismo estrutural e encarceramento em massa nos governos do partido dos trabalhadores (2003-2016)**. Orientador: Dijaci David de Oliveira. 2018. 353 f. Tese (Doutorado em Sociologia) – Faculdade de Ciências Sociais, Universidade Federal de Goiás, Goiânia, 2018. Disponível em: <https://repositorio.bc.ufg.br/tede/bitstream/tede/8995/5/Tese%20-%20Carla%20Benitez%20Martins%20-%202018.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2024

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução Penal Comentários à Lei nº 7.210, de 11-7-84**. Atlas, 1997.

SILVESTRE, Giane; MELO, Felipe Athayde Lins de. **Encarceramento em massa e a tragédia prisional brasileira**. In. Boletim IBCCRIM, nº 293 - Abril/2017.

SHIMIZU, Bruno. **Solidariedade e Gregarismo nas Facções Criminosas um Estudo Criminológico à luz da Psicologia das massas**. IBCCRIM, 2011.

SOZZO, Máximo (org) **Pós-neoliberalismo e penalidade na América do Sul**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2017. p. 8.

SZABÓ, Ilona; RISSO, Melina. **Segurança pública para virar o jogo**. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

STRANO, R. F.. **Desigualdade e encarceramento no Brasil no início do século XXI**. REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS, v. 176, p. 233-254, 2021.

VENOSA, Sílvio Salvo. **Introdução ao Estudo do Direito**, 6ª edição, Atlas, 2019.

VIGLIAR, José Marcelo Menezes. **Uniformização de Jurisprudência Segurança Jurídica e Dever de Uniformizar**, Atlas, 2003.

VALOIS, Luís Carlos. **Processo de Execução Penal e o estado de coisas inconstitucional**. D'Plácido, 2021

¹ STF, ADPF nº 347, Redator para o acórdão Luís Roberto Barroso, publicado em 19/12/2023, grifo nosso.



² Fonte possui um sentido metafórico tradicional no estudo do Direito. Expressão que se tradicionalizou de há muito, atribuída à época de Cícero, significa nascedouro, nascente, origem, causa, motivação das várias manifestações do Direito. (VENOSA, 2019, p.125)

³ [...] formas de expressão do direito são os modos pelos quais o direito se exterioriza. É a roupagem de que se reveste para vir à tona dos fatos da vida. (VIGLIAR, 2003, p. 54).

⁴ STF, Execução Penal nº 12, Relator: Ministro Luís Roberto Barroso, julgado em 27/06/2014.

⁵ STJ, HC 312.486/SP, Sexta Turma, Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior, julgado em 09/06/2015.

⁶ Para conhecer avaliações como essas, consulte, por exemplo: MARTINS, Carla Benitez. Distribuir e punir? Capitalismo dependente brasileiro, racismo estrutural e encarceramento em massa nos governos do partido dos trabalhadores (2003-2016). Orientador: Dijaci David de Oliveira. 2018. 353 f. Tese (Doutorado em Sociologia) – Faculdade de Ciências Sociais, Universidade Federal de Goiás, Goiânia, 2018. Disponível em: <https://repositorio.bc.ufg.br/tede/bitstream/tede/8995/5/Tese%20-%20Carla%20Benitez%20Martins%20-%202018.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2024 e MARQUES, Adalton. Humanizar e expandir: uma genealogia da segurança pública em São Paulo. São Paulo: IBCCRIM, 2018.



OS NOVOS CAPITÃES DA AREIA SOB UMA ANÁLISE JUSLITERÁRIA E CRIMINOLÓGICA – PERSPECTIVAS DE ABANDONO ESTATAL, PRIVAÇÃO EMOCIONAL E DELINQUÊNCIA JUVENIL

*The New Captains of the Sand under a Jusliterary and Criminological
Analysis – Perspectives of State Abandonment, Emotional Deprivation
and Juvenile Delinquency*

Emily Andrade Souza

Advogada

Especialista em Ciências Criminais

pela Escola da Defensoria Pública do Estado de São Paulo

emilyandrade@adv.oabsp.org.br

RESUMO

Tomando a obra *Capitães da Areia* (1937) de Jorge Amado como pano de fundo, este estudo, sob as lentes da Criminologia, elabora uma análise jusliterária a fim de elucidar a marginalização e o processo midiático e social de criminalização que crianças e adolescentes em situação de rua e em conflito com a lei são submetidos. Alguns pontos foram extraídos da produção literária sob maior enfoque, pois apesar de datar a década de 30, permanecem atuais – dentre eles, a ausência de efetividade aos institutos normativos de proteção aos direitos e garantias de crianças e adolescentes, bem como o controle social exercido pela mídia, responsável por (re)produzir vetores criminais e estigmatizantes na juventude pobre e, portanto, a sua desumanização, sacramentando discursos punitivistas e promovendo a desvirtuação de institutos penais. Ainda, a inércia e desresponsabilização estatal acerca de políticas sociais. Por fim, arremata-se o tema sob o viés criminológico e clínico da psicologia jurídica, demonstrando as nefastas consequências da privação emocional e a sua relação com a delinquência na vida de crianças e adolescentes abandonados.

Palavras-chave: Criminologia. Infância e juventude. Abandono.

ABSTRACT

Using Jorge Amado's Captains of the Sand (1937) as a backdrop, this study, through the lens of Criminology, provides a jusliterary analysis to elucidate the marginalization and the media and social processes of criminalization to which street children and adolescents in conflict with the law are subjected. Key points are drawn from the literary work under greater focus, as despite its 1930s setting, they remain relevant today – including the lack of effectiveness of normative protections for the rights and guarantees of children and adolescents, as well as the social control exerted by the media, which (re)produces criminalizing and stigmatizing vectors toward impoverished youth, thereby dehumanizing them, reinforcing punitive discourses, and promoting the misapplication of penal institutions. Furthermore, it highlights the inertia and lack of accountability on the part of the state regarding social policies. Finally, the theme is concluded from a criminological and clinical psychological perspective, demonstrating the harmful



consequences of emotional deprivation and its relationship to delinquency in the lives of abandoned children and adolescents.

Keywords: Criminology. Childhood and youth. Abandonment.

INTRODUÇÃO

Rua. Lugar de passagem, estada temporária, via de acesso ao trabalho, aos encontros e sonhos, que conduz a oportunidades. É lugar de luta, manifestação e resistência popular, mas também de dor e violência. Rua é espaço de vida, como de morte – principalmente dos empobrecidos, que são vítimas do relento, da fome e do frio. Rua é todo lugar fora de casa. E, indo na contramão de todos os direitos e garantias assegurados constitucionalmente, é abrigo para crianças e adolescentes abandonados – que na frieza da rotina urbana são desumanizados, tratados como parte do espaço, enquanto a manifestação da miserabilidade é invisibilizada e, assim, normalizada, aprofundando a desigualdade e injustiça sociais.

Há uma gama de histórias de vida que – tão precocemente – habitam as ruas, que não podem ser simplesmente reduzidas ou traduzidas em três letras. Apesar de pequenas, crianças não cabem nas marquises, nos viadutos ou calçadas das grandes metrópoles, pois carregam em si a necessidade de luta por sobrevivência. São vidas jovens e vulneráveis que anunciam e denunciam as violências geradas pela sociedade, pelas famílias, governantes e suas políticas de (in)segurança pública.

Este artigo, portanto, sob as lentes da Criminologia e uma análise jusliterária, guiada pela maestria da obra *Capitães da Areia* (1937) de Jorge Amado, propõe-se a evidenciar as violações – e privações – que crianças e adolescentes em situação de rua e em possível conflito com a lei são submetidas, com um recorte para as metrópoles de São Paulo e Rio de Janeiro. Para tanto, utilizou-se a literatura brasileira, que, mesmo após oito décadas, continua a retratar o atual contexto sociopolítico. Denota-se que o transcorrer dos anos não reparou as mazelas apontadas pelo autor, marcas perenes e estruturais de desequilíbrio social, econômico e político do último país a abolir a escravidão.

Amparado na abordagem teórica e utilizando como método análise bibliográfica, bem como o uso de legislação, notícias e dados, o presente tema foi sistematizado em três seções. Primeiramente, apresentam-se breves considerações acerca da obra que inspirou a pesquisa, com um enfoque para a atuação progressista do autor e o contexto sociopolítico que norteou a denúncia literária. Ainda, sem aprofundamento extenso, discorre-se historicamente acerca da frágil proteção normativa dos direitos e garantias que permeiam a infância e juventude.

Na segunda seção, por sua vez, expõe-se o manejo brutal e programado da mídia, que, inflamada pelas falsas campanhas de segurança pública e aliada a uma banalização da máquina penal e seu populismo, exerce controle e promove a criminalização da juventude pobre. Ilustrando as “cartas à redação”, que estigmatizavam os *Capitães da Areia* enquanto um terror social a ser combatido, faz-se um paralelo com a mídia atual, responsável por impulsionar e (re)produzir socialmente a sanha punitiva da marginalização de crianças abandonadas e o discurso desarrazoado acerca da redução da maioridade penal.



Para selar o presente tema, com amparo na Criminologia Clínica e psicologia criminal, a terceira seção debruça-se sobre as raízes da privação emocional sofrida na infância e a que nível isso possui relação com a delinquência juvenil. É possível compreender as sequelas e as mais nocivas consequências que a dor, o abandono e a ausência da figura materna acarretam no processo de desenvolvimento humano.

À luz da inocência de infâncias roubadas em paralelo à rebeldia por sobrevivência, colige-se, deste modo, a fundamental atenção a vidas tão prematuramente judicializadas. Crianças não são menores, crianças não são de rua.

1 CASTELOS DE AREIA: O FRÁGIL ARCABOUÇO DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Inicialmente, cumpre tecer breves considerações acerca do pano de fundo que rege este estudo: a obra atemporal “Capitães da Areia”. Jorge Amado fez jus ao seu sobrenome pela sensibilidade ao tratar da realidade de crianças e adolescentes inseridos em um contexto social e político de abandono, orfandade e extrema vulnerabilidade, sem deixar de denunciar aquilo que era presente na Bahia do século XX, e que se faz até hoje nas marquises das grandes metrópoles.

Embasado nas raízes nacionais, o escritor baiano, sob uma visão legítima da injustiça social, formado em Direito e alicerçado na militância das condições de libertação do proletariado e de camadas populares, foi exilado e, na luta nordestina contra o Modernismo, teve seus livros incinerados em Salvador. Fruto desse contexto, na obra citada, detém-se uma realista representação da segregação social presente no nosso país.

O romance elucida um paralelo entre os atos de resistência de um grupo de adolescentes órfãos – que realizavam pequenos furtos para sua subsistência – e seus sonhos mais ingênuos, típicos de uma criança. Sua narrativa, num cenário ambivalente, relata a conduta infracional vista como delinquente, atravessada por uma identificação com a infância brutalmente arrancada pela própria sociedade, restando a rebeldia, por detrás de muita dor, pautada na empatia e respeito entre seus iguais.

Sem serenar o enredo para esconder o discurso revelador da desigualdade e marginalização, com personagens como Pedro Bala¹, Professor², e Sem-Pernas³, atores sociais que dão sentido à narrativa, suas histórias expõem uma problemática social não enfrentada pelo poder público. Assim, “sob a lua, num velho trapiche abandonado”, os meninos de Amado jogam luz sobre uma população invisibilizada, que já se tornou parte do cenário rotineiro.

Depois o Sem-Pernas ficou muito tempo olhando as crianças que dormiam. Ali estavam mais ou menos cinquenta crianças, sem pai, sem mãe, sem mestre. Tinham de si apenas a liberdade de correr as ruas. Levavam vida nem sempre fácil, arranjando o que comer e o que vestir, ora carregando uma mala, ora furtando carteiras e chapéus, ora ameaçando homens, por vezes pedindo esmola. E o grupo era de mais de cem crianças, pois muitas outras não dormiam no trapiche. Se espalhavam nas portas dos arranha-céus, nas pontes, nos barcos virados na areia do Porto da Lenha. [...] Por vezes morria um de moléstia que ninguém sabia tratar [...] Nunca, porém, era como um menino que tem sua casa. O Sem-Pernas ficava pensando. E achava que a alegria daquela liberdade era pouca para a desgraça daquela vida (Amado, 2008, p. 46).



A Bahia dos Capitães, inserida em um contexto de autoritarismo, evidenciava o conflito entre ricos e pobres, fracos e fortes, em que o ordenamento jurídico ostentava banalizada relativização de garantias fundamentais, estando presentes violências simbólicas, físicas, e essencialmente estruturais – permanecendo até hoje.

Sua escrita está também inserida num contexto de recém-aprovação do primeiro Código que trataria de disciplinar a situação do adolescente abandonado, à luz de uma doutrina de manutenção da “ordem social”: o Decreto nº 17.943-A, promulgado em 1927. Conhecido pelo nome do primeiro “juiz de menores”, o Código Mello Mattos instituiu a palavra “menor” em seu sentido mais significativo e pejorativo, os reduzindo a “vadiagem, mendicância ou libertinagem” (artigo 26, inciso V), legitimando como resposta a apreensão e apresentação à autoridade judicial daqueles que não se “entregavam a trabalho sério e útil” e vagavam “habitualmente pelas ruas e logradouros públicos” (artigo 28, “a”).

Ainda, quanto à responsabilidade penal, esse sistema não assegurava garantias processuais aos adolescentes, restando apenas a discricionariedade judicial ilimitada. As penas eram camufladas em medidas “protetivas” coercitivas, sem qualquer apoio à família, sendo o “menor” encarado como mero objeto de intervenção jurídica do Estado.

O decreto foi revogado com a promulgação da Lei 6.697 de 1979, para que fosse adotada a doutrina da “situação irregular” (conforme o artigo 2º), sob a mesma égide do Código anterior. Em síntese, visava tratamento diferenciado àqueles que se encontravam em “ambientes ou atividades contrárias aos bons costumes”, portadores de “desvio de conduta” ou “autores de infração penal”, ainda considerando crianças e adolescentes – em evidente situação de risco – alvos de opressão e segregação.

Isso porque, por definição, o termo “criança” restringia-se àquelas cercadas e assistidas por uma família, possuidoras de acesso ao ensino, lazer, cultura, saúde; enquanto se empregava o termo “menor” ao oposto disso: crianças pobres e que, por não estarem sob vigilância dos pais, eram etiquetadas como delinquentes, vadias, libertinas e perigosas – o que foi incorporado facilmente pela sociedade, afora do âmbito jurídico. Assim, a nomenclatura se mantém normalizada, promovendo diferenciação entre crianças institucionalizadas ou não e, para além, em razão de sua cor, local de moradia – ou a falta dela.

Às crianças são dadas todas as possibilidades para seu desenvolvimento, porque, afinal de contas, são crianças. Aos menores é reservado o lugar do perigoso, do ameaçador, daquele que irá desconstruir as estruturas da sociedade e seu bom funcionamento (Silva, 2017, p. 13).

Na literatura, na representação institucional com a qual crianças e adolescentes em situação de miserabilidade eram primitivamente percebidos, estava a figura policial, que os perseguia como adultos fossem, e do “reformatório”, que exercia um papel “correcional”, de maneira arbitrária e opressora, sem enxergá-los como o que de fato eram: crianças.

Isto é, a tutela da infância possuía o intento de quebra dos vínculos familiares, substituindo-os por vínculos institucionais. O objetivo eficaz desse aparato de códigos menoristas era a adequação do adolescente ao comportamento ditado pelo Estado, ainda que isso custasse a segregação familiar e social – o que, apesar do avanço legislativo, permaneceu. Para ilustrar, tem-se a medida socioeducativa de internação (artigo 112, VI, Estatuto da Criança e do Adolescente), bem como a inserção em serviço de acolhimento institucional⁴.



É recente, portanto, a condição de protagonistas de seus direitos concedida a crianças e adolescentes. No sistema internacional, tornam-se prioridades as peculiaridades intrínsecas a essa fase da vida com a Declaração dos Direitos da Criança aprovada pela ONU em 1959 – somente depois de 11 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), reconhecendo a criança como portadora de direitos fundamentais individuais. Assim também, em 1969, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992) estabeleceu medidas de proteção à condição infantojuvenil, predispondo-as enquanto dever da família, sociedade e Estado.

Nesse sentido, além de outros documentos internacionais que visavam a uma transformação paradigmática entre essas doutrinas, no sistema de justiça infracional tem-se fundamentalmente as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude (1985), elaboradas com o intento de promover prioritariamente o bem-estar da criança e do adolescente e sua família. É referência aos princípios da “excepcionalidade” e “brevidade”, hoje previstos no ECA, na conversão de adolescentes em conflito com a lei. Enquanto uma das orientações fundamentais, verifica-se o dever estatal na sua proteção.

1.2 Os Estados Membros esforçar-se-ão para criar condições que garantam à criança e ao adolescente uma vida significativa na comunidade, fomentando, durante o período de idade em que ele é mais vulnerável a um comportamento desviado, um processo de desenvolvimento pessoal e de educação o mais isento possível do crime e da delinquência.

No Brasil, essa tutela ganha espaço e contorno constitucional somente na Constituição Federal de 1988, com um capítulo voltado à família, à criança, ao adolescente, jovem e idoso, apregoando o respeito e reconhecendo sua “condição peculiar de pessoa em desenvolvimento” (artigo 227, §3º, inciso V), o que abriu caminho para a aprovação do Estatuto da Criança e do Adolescente. E então em 1990, com a doutrina de proteção integral, a Lei 8.069/90, por sua vez, contempla uma série de medidas que visam assegurar e resguardar os seus interesses e necessidades, preservando-se “à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento” (artigo 15), em atenção ao período de vida que corresponde a intenso desenvolvimento psicológico, físico e social.

O Estatuto da Criança e do Adolescente é o resultado da necessidade emergente em reconhecê-los como tal, além de ser essencialmente responsável por universalizar e unificar todas as crianças e adolescentes dentro da norma, abolindo segregações de cunho racial, social e econômico que, historicamente, foram sobrepesadas na análise judicial, sem qualquer vislumbre de imparcialidade.

Entretanto, apesar de se tratar de documento legal que revolucionou o sistema de proteção e garantias fundamentais, ainda há muito o que avançar. O que as ruas nos contam é que, com efeito, parece não ter ocorrido real rompimento entre essas doutrinas para que a proteção integral vigorasse e essa criança ainda ocupa um não-lugar.

A implementação efetiva e o alcance a essas crianças de todo o arcabouço protetivo do ECA ainda se mostra distante – em um país que, em 2018, contava com 40% das crianças em situação de pobreza⁵ e mais de 2 milhões fora da escola (CNJ, 2018). Os dados acerca da condição de rua são controversos e esporádicos, fato que já é um dado em si, uma vez que denota o descaso do poder público com a causa e a agenda política local. Mas, invisibilizados no cenário cotidiano,



basta uma breve passagem pelas ruas da capital paulistana ou pelo calçadão carioca para reconhecer os renegados Capitães.

1.1 “CRIANÇAS ADULTAS”

Um estudo realizado pela ONG Visão Mundial, em 2019, apontava a existência de 70 mil crianças vivendo nas ruas em todo o Brasil, sendo mais da metade em situação de extrema violação de direitos. Ainda, cerca de 19% dos entrevistados afirmaram dormir com fome e 37% ter sofrido algum tipo de violência. A respeito da sua subsistência, 12% realizavam trabalho infantil, enquanto 79% informaram que nunca tiveram contato com furto ou roubo (Observatório Terceiro Setor, 2023).

O último censo elaborado pelo Governo Federal em 2022 revelou que havia 236.400 pessoas em situação de rua, isto é, uma em cada mil pessoas no Brasil estava sobrevivendo nessa condição, sendo que São Paulo e Rio de Janeiro lideravam o ranking com 22,8% e 5,7%, respectivamente (BRASIL, 2023). São Paulo é também o estado com maior número de notificações de violência contra essa população. Jovens negros correspondem às principais vítimas (69%), sendo a faixa etária mais atingida a de 20 a 29 anos, enquanto crianças e adolescentes (10-19 anos) representaram 14% das vítimas, chegando a 22% na região norte. Registra-se, ainda, que 14% possuíam alguma deficiência ou transtorno.

A Prefeitura de São Paulo divulgou, em meados de 2022, o Censo Amostral de Crianças e Adolescentes em Situação de Rua, revelando que existem mais de 3,7 mil crianças e adolescentes nessa condição na capital paulista. Após 15 anos sem esses dados, o levantamento mostra que 73% deles pedem esmolas ou trabalham de forma irregular para sobreviver e apenas 10% conseguem dormir nas ruas. Cerca de 60% são do gênero masculino, a maioria negra (70%) e a faixa etária que prevalece é entre 12 e 17 anos (42%), seguida dos que possuem até seis anos (30,6%) (São Paulo, 2022).

Apesar da névoa que paira sobre dados oficiais, a pesquisa amostral “Conhecer para Cuidar” (NECA, 2020) em parceria com a PUC-Rio, com entrevistados de 7 a 18 anos, em 17 cidades brasileiras, trouxe números demonstrativos de uma realidade (sistematicamente) não encarada pelo poder público e que revela o caráter segregador e opressor de formação das raízes brasileiras. O perfil desses jovens, na rua e em serviços de acolhimento, é tomado por uma predominância do sexo masculino (75%), enquanto 25% representam o sexo feminino – 8% exercendo maternidade precoce; taxa que preocupa, uma vez que, segundo dados do Sistema Único de Saúde (SUS), por hora, nascem 44 bebês de mães adolescentes no Brasil (BRASIL, 2023).

A cor do abandono também escancara o programa por detrás dessa problemática: 85% são negros. Nesse sentido, foi pontuado pelos pesquisadores que:

Esses números refletem o que apontam diferentes estudos sobre desigualdade racial e infância vulnerável no país. Tomado como indicador social, esse dado vai ao encontro das raízes da formação social e histórica brasileira, onde a pobreza e os fenômenos sociais a ela atrelados — como é o caso da situação de rua — expõem as profundas marcas da escravidão (ARANTES, 2008; SCHWARCZ, 2001; CHAUI, 1999) (NECA, 2020).

Essa é também a cor de quem sofre maior exposição a violências institucionais. A pesquisa retratou que, em um questionário com mais de uma opção a ser marcada, cada criança



ou adolescente sofreu, em média, três tipos diferentes de violência em seu curto período de vida; 42% sofreram violência física nas ruas e 67% no acolhimento institucional, apenas 12% não relataram terem sido vítimas. Quanto ao principal agente violador de direitos, os “agentes de segurança pública”, na rua, foram mencionados por 50% dos entrevistados. Já no acolhimento institucional, a opção “família ou responsáveis” apareceu em destaque, mencionada por 61%.

No quesito “perigo nas ruas”, a violência foi apontada como principal fator (63%), sendo a ação policial a segunda resposta mais citada (48%); retrato de vidas em estágio de formação que frequentemente têm suas trajetórias atravessadas por contatos violentos com a polícia. Não só, mas a principal causa de morte dos jovens brasileiros é a violência. Em 2022, foram 6,4 mil vítimas de violência policial, o que representa 17 pessoas por dia, sendo 83% negros, 76% entre 12 e 29 anos e em quase 70% dos casos, o local da ocorrência se deu em espaços públicos (FBSP, 2023).

[...] Na véspera o surraram na polícia. Suas costas estão negras, seu peito ferido, o rosto inchado. Por isso o diretor disse que ele tinha cara de criminoso. Não tem, não. Ele quer é liberdade (Amado, op. cit., p. 206).

[...] – Que adianta a vida da gente? Só pancada na polícia quando pegam a gente (Ibid., p. 230).

[...] Todos o temem, temem suas pragas. Porque ele sofreu muito, o chicote do feitor rasgou suas costas. Também o chicote da polícia, feitor dos ricos, rasgou as costas de Volta Seca. Todos o temerão um dia também (Ibid., p. 248).

Isto é, a política pública que sistematicamente é destinada a essa população ocorre por meio dos agentes de segurança, o que torna o Estado o principal violador de direitos dessas pessoas, configurando efetivamente uma quebra do Estado de Direito. Não fosse assim, hoje não viveríamos 30 anos da Chacina da Candelária, em que oito jovens, sendo seis menores de idade, foram brutalmente assassinados por milicianos no Rio de Janeiro, deixando outros mais feridos, enquanto dormiam na porta de uma igreja (Memorial da Democracia, 2024). A respeito disso, concluiu o último Atlas da Violência:

Com efeito, no Brasil a violência é a principal causa de morte dos jovens. Em 2021, de cada cem jovens entre 15 e 29 anos que morreram no país por qualquer causa, 49 foram vítimas da violência letal. Dos 47.847 homicídios ocorridos no Brasil em 2021, 50,6% vitimaram jovens entre 15 e 29 anos. São 24.217 jovens que tiveram suas vidas ceifadas prematuramente, com uma média de 66 jovens assassinados por dia no país. Considerando a série histórica dos últimos onze anos (2011-2021), foram 326.532 jovens vítimas da violência letal no Brasil. São centenas de milhares de indivíduos que não tiveram a chance de concluir sua vida escolar, de construir um caminho profissional, de formar sua própria família ou de serem reconhecidos pelas suas conquistas no contexto social em que vivem [...] muito antes já lhes haviam sido negadas as condições de desenvolvimento infantil saudável, de boa educação e de acesso ao mercado de trabalho, não lhe restando boas perspectivas de futuro e sonhos. A morte simbólica desses jovens veio muito antes da morte física [...] No momento em que o Brasil passa pela maior transição demográfica de sua história, rumo ao envelhecimento da população, o descompromisso com a juventude está comprometendo o futuro da nação (IPEA; FBSP, 2023).

Esse quadro não cessa aí, tendo em vista que o trabalho infantil também configura violência: 72% dos entrevistados realizavam algum tipo de atividade para obter renda. A “venda de produtos de pequeno valor” (especialmente guloseimas) foi a principal relacionada por essas



crianças (67%). Na sequência, aparecem a “mendicância” e as “expressões artísticas de rua”, ambas com 12% das respostas à estratégia de sobrevivência. Ainda, a exploração sexual comercial, citada por 9% dos entrevistados.

Em São Paulo, o seu último censo (2022), concluiu que 70% deles estão em busca de recursos financeiros para sobreviver, apontando que em relação às atividades realizadas por esses jovens (7-17 anos), 89,6% trabalhavam nas ruas e 13,8% exerciam alguma atividade geradora de renda ilícita, sendo 2,1% expostos à exploração sexual (SMADS, 2022).

No país que ocupa a 14ª posição no ranking da desigualdade (Exame, 2023), nas famílias marcadas pela fome e miséria, a casa representa um espaço de privação, vazio, instabilidade e fissura dos laços. Nesse sentido, o trabalho infantil tende a corresponder ao processo de socialização, fazendo com que a rua preencha suas vidas desde muito cedo, onde começam suas atividades de trabalho (Sarti, 1995).

Sobre os motivos para não estarem em casa, os principais relatados foram “submetido à exploração no trabalho, tráfico de drogas e/ou mendicância” (28%), a “busca por liberdade e/ou diversão” (24%) e “conflitos familiares” (20%). No acolhimento institucional, 44% afirmaram “conflitos familiares”, seguido pela “negligência” (27%) e “busca pela liberdade” citado por 21%, concluindo os pesquisadores que “a menção aos conflitos familiares é ainda maior entre os acolhidos, o que pode indicar a ausência de políticas públicas capazes de mitigar os seus efeitos para reinserção familiar e comunitária” (NECA, 2020). “Carências materiais” (9%) foram registradas como a segunda maior incidência, o que se vislumbra nas falas: “não conseguimos auxílio-moradia” e “tô correndo atrás do dinheiro. Minha família é muito pobre, às vezes não tem dinheiro pra pão” (NECA, 2020, p. 37).

No entanto, o ir para as ruas não significa necessariamente a ruptura dos vínculos familiares, mas a manutenção dessas crianças e adolescentes na zona de vulnerabilidade. Na pesquisa aqui analisada, 66% dos entrevistados mantinham contato diário com seus familiares, ao passo que, no acolhimento, esse percentual cai para 12%, fato que revela o afastamento dos acolhidos de seus pais, familiares e/ou comunidade de origem (NECA, 2020). Em um recorte local, no estado de São Paulo (2022):

O Censo amostral de Crianças e Adolescentes em Situação de Rua, realizado pela Secretaria de Assistência e Desenvolvimento Social (SMADS), por meio da Painel Pesquisas e Consultoria, revela que a grande maioria das crianças e dos adolescentes mantém vínculos familiares. Nos dois grupos levantados na pesquisa amostral: crianças de 0 a 6 anos, e crianças e adolescentes de 7 a 17 anos, a manutenção do vínculo ocorre em mais de 80% dos casos. Apesar disso, quando o levantamento buscou aprofundar na compreensão da frequência com que o contato familiar ocorre, para os que pernoitam na rua, apesar de declararem que mantém o vínculo, 64,9% afirmam que o contato é mais esporádico.

Nessa toada, pontua-se que não se descreve esse contexto a fim de justificação simplória, lançando mera culpabilização à instituição familiar, tendo em vista que o artigo 23 do Estatuto da Criança e do Adolescente apregoa que “a falta ou a carência de recursos materiais não constitui motivo suficiente para a perda ou a suspensão do pátrio poder familiar”; pelo contrário, a lei prevê a inserção dessa família em “serviços e programas oficiais de proteção, apoio e promoção” – realidade não percebida hoje.



A família não é só o elo de alicerce mais forte, como também o núcleo de sua sobrevivência, emocional, material e espiritual. É o instrumento através do qual se viabiliza seu modo de vida, o aporte afetivo necessário para o desenvolvimento da criança e do adolescente (Sarti, 1995). Trata-se de grupo primário fundamental de estabelecimento de vínculos para a possibilidade de pertencimento em demais grupos, sendo, em síntese, a garantia de sua sobrevivência e proteção integral. Assim, a sua ausência intensifica desarranjos emocionais e acaba por determinar a socialização de muitas crianças e adolescentes nas ruas, que caminham rumo à desfiliação.

2 “CRIANÇAS LADRONAS”

Não sabe ler nem escrever e sabe o nome da delegada (Djonga part. BK, O Mundo é Nosso, 2017).

O espaço urbano, nesse contexto, atua de fato como um catalisador de vulnerabilidades, especialmente quando o público que habita as ruas são crianças e adolescentes; por sua natureza, portadores de extrema indefensabilidade, suscetíveis a toda exposição de adversidades e violações que a (in)segurança pública, o desamparo estatal e abandono familiar fornecem.

Não fosse o bastante, ainda há o recrudesimento dessas diversas violações em razão do massacre midiático e pulverizador de preconceitos, aliado à rotulação promovida pela sociedade em geral. Como na literatura de Amado (2008, p. 81), “– Isso não são crianças, são ladrões. Velhacos, ladrões. Isso não são crianças. São capazes até de ser dos Capitães da Areia... Ladrões – repetiu com nojo”.

As cartas que inauguram a narrativa, introduzem o romance com reportagens que descreviam as aventuras dos Capitães, aventadas pela opinião pública, policial e judicial, em forma de carta-reposta à redação, o que ilustra aquilo que hoje denomina-se “populismo penal”.⁶

AS AVENTURAS SINISTRAS DOS CAPITÃES DA AREIA – A CIDADE INFESTADA POR CRIANÇAS QUE VIVEM DO FURTO – URGE UMA PROVIDÊNCIA DO JUIZ DE MENORES E DO CHEFE DE POLÍCIA – ONTEM HOVE MAIS UM ASSALTO

Já por várias vezes o nosso jornal, que é sem dúvida o órgão das mais legítimas aspirações da população baiana, tem trazido notícias sobre a atividade criminosa dos Capitães da Areia, nome pelo qual é conhecido o grupo de meninos assaltantes e ladrões que infestam a nossa urbe. Essas crianças que tão cedo se dedicaram à tenebrosa carreira do crime não têm moradia certa ou pelo menos a sua moradia ainda não foi localizada. Como também ainda não foi localizado o local onde escondem o produto dos seus assaltos [...] fazendo jus a uma imediata providência do juiz de menores e do dr. chefe de polícia. Esse bando que vive da rapina se compõe, pelo que se sabe, de um número superior a cem crianças das mais diversas idades, indo desde os oito aos dezesseis anos. Crianças que, naturalmente devido ao desprezo dado à sua educação por pais pouco servidos de sentimentos cristãos, se entregaram no verdor dos anos a uma vida criminosa. São chamados de Capitães da Areia porque o cais é o seu quartel-general. E têm por comandante um molecote dos seus catorze anos, que é o mais terrível de todos [...] O que se faz necessário é uma urgente providência da polícia e do juizado de menores no sentido da extinção desse bando e para que recolham esses precoces criminosos, que já não deixam a cidade dormir em paz o seu sono tão merecido, aos institutos de reforma de crianças ou às prisões [...] (Amado, op. cit., p. 11-12).



Se a arte imita a vida, a sociedade retratada por Amado em 1937 não difere da atual. Há ideais veiculados midiaticamente que são construídos com a compreensão “comum” que a própria sociedade carrega, em caráter de sub-informação, convergindo estruturalmente com crenças racistas e preconceituosas. Assim, sob fantoches sociais que diferenciam pessoas “boas” e “más”, tem-se a (re)produção de bodes expiatórios em crianças e adolescentes, que deixam de ser alvo de proteção para se tornarem alvo imediato de criminalização, discriminação, violência e exterminação – e, portanto, desumanização.

Os jornais de grande circulação do século XX provocavam expressa relação entre “menor” e “criminoso”, promovendo notícias criminais protagonizadas por crianças e adolescentes, banalmente, como: “Um menor condenado por ladrão”, em que um juiz da 3ª Vara Criminal condenou a seis meses de prisão com trabalhos “o menor Apollinario Caetano” pelo crime de furto, bem como à guisa de exemplos, a publicação do jornal carioca A Noite: “O juiz da 4ª Vara Criminal condenou a um ano e sete meses de prisão um pivete de 12 anos de idade que penetrou na casa número 103 da Rua Barão de Ubá, às 13h, e da lá furtou dinheiro e objeto no valor de 400\$” (Agência Senado, 2015).

Hoje, a mídia representante das classes dominantes, responsável por associar periculosidade, criminalidade e um não-lugar de humanidade à pobreza, vende violência como produto para consumo de telespectadores – isso tudo possuindo poder de influência altamente estruturado, aliado a uma política (ainda) higienista. À luz do que explicita Coimbra (2001):

As formas como a mídia produz real, verdades, fantasias, falas autorizadas, história e memória também atravessam os temas sobre a violência quando estão sendo marcados e identificados, por esses meios de comunicação, os “suspeitos”, os “enfermos”, os “discrimináveis”, os “perigosos”, os “infames”. Aqueles que são considerados suspeitos, quando não estão tomando conta dos nossos filhos, limpando nossas casas, entrando pelo elevador de serviço.

Nesse sentido, tem impacto, ainda, a democratização da mídia, que possibilita a produção e veiculação de conteúdo por qualquer indivíduo, desprovido, muitas vezes, de conteúdo verossímil, mas repleto de opiniões próprias e sensacionalismo. Impondo-se um olhar ludibrioso na veiculação dessas produções “jornalísticas”, numa análise irresponsável de problemas sociais, o que se tem é a promoção de terror social, a título de exemplo na literatura de Amado (2008, p. 13-14):

URGE UMA PROVIDÊNCIA

Os moradores do aristocrático bairro estão alarmados e receosos de que os assaltos se sucedam, pois este não é o primeiro levado a efeito pelos Capitães da Areia. Urge uma providência que traga para semelhantes malandros um justo castigo e o sossego para as nossas mais distintas famílias. Esperamos que o ilustre chefe de polícia e o não menos ilustre dr. juiz de menores saberão tomar as devidas providências contra esses criminosos tão jovens e já tão ousados.

Esse discurso não soa estranho, pois segue atuante na televisão e grandes mídias, quando o trabalho da polícia já virou entretenimento e serve a indústria com “espetáculos”, noticiando o crime e as mazelas vividas pela população brasileira mais vulnerável, sem qualquer tipo de zelo ou técnica. Na visão de Zaffaroni, os críticos precisos sobre a televisão são Sartori e Pierre Bourdieu: para este, “a televisão é o oposto da capacidade de pensar”, enquanto “Sartori



desenvolve a tese de que o homo sapiens está se degradando para um homo videns por culpa de uma cultura exclusivamente de imagens” (Sartori, 2001, p. 67).

Na prática, isso dificulta qualquer processo de transformação social, uma vez que reforça o estigma imposto a pessoas presas ou jovens que cometeram atos infracionais, bem como produz medo e o desejo de eliminação dessa parcela da população (Coimbra, 2004). Nesse sentido, cumpre salientar que a mídia no contexto brasileiro, com sua ânsia punitivista e segregacionista, representa grande responsabilidade por criações legislativas que contrariam garantias constitucionais.

Menos de 2 anos após a Constituição Federal de 1988, o legislador ordinário, pressionado por uma arquitetada atuação dos meios de comunicação social, formulava a lei 8072/90. Um sentimento de pânico e de insegurança – muito mais produto de comunicação do que realidade – tinha tomado conta do meio social e acarretava como consequência imediatas a dramatização da violência e sua politização (Zaffaroni; Pierangeli, 2011, p. 522).

É nesse contexto que se consolida a avalanche de liminares proibindo os chamados “Rolezinhos” entre os anos de 2014 e 2016 nos shoppings da cidade de São Paulo (G1, 2016) e do Rio de Janeiro (BBC, 2014), bem como as discussões leigas e projetos de lei sob o enfoque da redução da maioridade penal. Zaffaroni (2001, p. 128) sustenta:

Os meios de comunicação de massa reproduzem discursos justificadores das agências do sistema penal através da elevação do medo e da insegurança, destaca ainda que são os meios de comunicação de massa que desencadeiam as campanhas de ‘lei e ordem’ quando o poder das agências encontra-se ameaçado.

(Re)produzindo infâncias e juventudes desiguais e aumentando ainda mais o abismo entre “menores” e “crianças”, sob uma lógica de medo e repressão, projetos de lei visando a alterações no Estatuto da Criança e do Adolescente estão frequentemente em pauta no Congresso Nacional, assegurados nos clamores sociais por “punições mais severas”. Assim, a pretensão pela redução da maioridade penal ampara-se no populismo que crê em um punitivismo cego, composto por forte sentimento de vingança e repressão, possuindo, a mídia, grande responsabilidade.

Segundo a Nota Técnica formulada pelo IPEA em 2015 acerca do tema, o acirramento do debate quanto à imputabilidade penal, “de tempo em tempos, é pautado em matérias veiculadas na grande mídia e ganham tons alarmistas, aumentando o medo e a sensação de insegurança [...]”, aclarando que, pela perspectiva sociológica, o terror social sobre a violência “geralmente não é acompanhado da elevação real dos números de crime, mas torna-se uma questão de jogo político, onde governos e parlamentares buscam apresentar respostas rápidas e incisivas para conter a insatisfação pública” (IPEA, 2015, p. 3).

Por sua vez, em Capitães da Areia, após denúncias de maus-tratos a crianças e adolescentes no interior de um reformatório, formuladas por um padre e a mãe de um interno, a produção jornalística afluía na população o entendimento de que o reformatório era um bom lugar, propagando a crença de que a solução para o abandono seria mais punição.

UM ESTABELECIMENTO MODELAR ONDE REINAM A PAZ E O
TRATADO – UM DIRETOR QUE É UM AMIGO – ÓTIMA COMIDA –
CRIANÇAS QUE TRABALHAM E SE DIVERTEM – CRIANÇAS
LADRONAS EM CAMINHO DA REGENERAÇÃO – ACUSAÇÕES
IMPROCEDENTES – SÓ UM INCORRIGÍVEL RECLAMA – O



REFORMATÓRIO BAIANO É UMA GRANDE FAMÍLIA – ONDE DEVIAM ESTAR OS CAPITÃES DA AREIA

(Títulos da reportagem publicada na segunda edição de terça-feira do *Jornal da Tarde*, ocupando toda a primeira página, sobre o Reformatório Baiano, com diversos clichês do prédio e um do diretor.) (Amado, op. cit., p. 23).

Enquanto a academia – bem como as próprias notícias – apontam evidentemente o contrário.

Isso porque, conforme já se evidenciou, os maiores efeitos do processo de institucionalização são os danos causados à formação da identidade do jovem, a mudança no modo como ele se enxerga e como é encarado pela sociedade, a redução de sua autoestima, a exasperação de seu conflito com a lei e a facilitação do desenvolvimento de uma carreira criminosa (Araújo, 2010, p. 3).

O desejo social de que crianças e adolescentes marginalizados sejam tratados como adultos se mantém atroz, o que não se difunde é que não se percebem comprovadas evidências a respeito da relação do aumento no número de infrações juvenis por esse grupo. Da mesma forma, nem de que as medidas socioeducativas sejam efetivas para reduzir ou prevenir os supostos atos, tampouco que a redução da maioridade penal possa atuar significativamente como estratégia adequada de enfrentamento a esse problema social.

Registra-se, ainda, que as condições de vulnerabilidade raramente são reveladas pelos meios de comunicação, pouco comprometidos com os inúmeros fatores que possivelmente conduziram às supostas práticas infracionais, e se, de fato, conduziram. Como resultado, a sociedade de Amado revive, direcionando violência e discriminação à juventude pobre, fazendo-lhes recair a culpabilização da criminalidade, peça-chave na atemorização da classe que precisa ser protegida, mantendo-os para fora de seus muros.

Por essa razão, abordar a presente temática não é tratar de casos isolados. É para além, uma vez que urge a análise de como (e do que) a sociedade se nutre e retroalimenta, onde estão as crenças comuns contemporâneas – e onde encontram-se suas raízes, como produzimos infâncias e juventudes desiguais, como criminalizamos os pobres, como organizamos as oportunidades de ensino e trabalho, e principalmente como judicializamos a vida.

Apesar dos avanços legislativos, a marca construída pela associação entre pobreza e delinquência se faz presente na compreensão subjetiva brasileira até hoje, não tendo sido possível – ainda – romper com a lógica segregacionista e higienista existente em mais de 500 anos de história jurídico-político-social do Brasil. Eis, portanto, a permanência de um bode expiatório para os diversos desarranjos sociais: crianças pobres, negras, abandonadas e vulnerabilizadas, na mira dos principais agentes de controle seletivo. Nesse tenso paradigma, a “condição peculiar de pessoa em desenvolvimento” é atravessada pela desumanização, lhes sendo furtada a possibilidade de experimentar a sua mais singela expressão de vida, restando tão somente controle e intervenção penal.

3 LUGAR DE CRIANÇA É NA INFÂNCIA!

– Que culpa eles têm? [...] – Quem cuida deles? Quem os ensina? Quem os ajuda? Que carinho eles têm? [...] – Roubam para comer porque todos estes ricos que têm para botar fora, para dar para as igrejas, não se lembram que existem crianças com fome... Que culpa... (Amado, 2008, p. 155).



A respeito do início e de sua importância, para que a vida humana tenha origem, se faz necessário o envolvimento de outros dois seres humanos. E então, para que esse corpo seja nutrido – fisiológica e emocionalmente –, exige-se o alimento que só é encontrado em outro ser humano, aquele que o gerou. Manifesta-se, então, a imprescindibilidade da figura materna.

Mas e quando as circunstâncias ocasionam a privação desse alimento? Quando os laços primordiais são rompidos e a privação emocional toma forma no desenvolvimento desse ser humano, quais são as consequências? O que esperar dessas marcas no futuro e como isso se associa com a delinquência? Para encontrar as respostas, é necessário recorrer à psicologia – o direito infantojuvenil infracional e sua saga punitivista certamente não são capazes de atender a essa demanda. Para tanto, será utilizado o estudo de Alvino Augusto de Sá formulado à luz da teoria psicanalista de Winnicott.

Sendo assim, preliminarmente, é necessário compreender a relação entre privação emocional e a conduta delinquente, isto é, sob que aspectos a conduta infracional do adolescente vincula-se à privação emocional que a criança foi submetida. Esclarecem-se, nesta oportunidade, dois pontos: 1. em tema de delinquência, não se descartam fatores econômicos, mas no rol das privações, ocorrida nos primeiros anos de vida, a privação emocional é a que atinge mais profundamente o ser humano, uma vez que “dependendo de sua intensidade e modalidade é que o indivíduo moldará seu padrão de reações às demais privações e às privações futuras”, estas são como feridas que podem reabrir-se a qualquer momento e, 2. toma-se o termo delinquência não apenas como sinônimo de crime, mas de maneira mais abrangente, supondo uma relação, “uma atitude de confronto, antagonismo e oposição perante a sociedade, as suas normas e costumes” (Sá, 2010, p. 66).

Quanto aos laços primordiais, se faz necessário pontuar que, para a criança, tudo é muito instável. À vista do aparato psicológico, no início, “seu amor tem propósitos destrutivos” e desconhecidos, não sendo capaz, de se diferenciar do meio ambiente, mas sente-o como uma continuidade sua, ou seja, tem na mãe e no seio materno uma parte sua, fundindo-se como que numa só realidade – o que Freud denominou de “sentimento oceânico” (Ibid., p. 68). E por essa razão, nos seguintes anos de vida, será necessário promover uma diferenciação para o seu desenvolvimento e autoconhecimento, sendo a figura materna (e essa relação emocional – mãe e filho) primordial para que ocorra o processo maturacional e a capacidade futura de intercambiar entre as suas necessidades e os desejos dos outros. Nesse sentido, é possível compreender as graves consequências da privação emocional e do abandono.

Assim, as primeiras manifestações de agressividade da criança, ou de fonte de energia, possuem relação com uma frustração, mas para além, é a busca de exploração pelo ambiente, e à luz do que apregoa Winnicott, associa-se “ao estabelecimento de uma distinção entre o que é e o que não é eu” (Winnicott, 1987 apud Sá, 2010, p. 69). Com o tempo, a criança volta essa agressividade contra o mundo e emergem nela impulsos destrutivos – e com a desconexão do objeto mãe, impulsos autodestrutivos. Como pontua Alvino, “havendo uma participação eficiente da mãe, a criança torna-se capaz de lidar concretamente com sua destrutividade, com seu ódio, de forma positiva e civilizada” (Sá, op. cit., p. 69), mas, do contrário, “a agressão pode ser um sintoma de medo e, caso reprimida, tornar-se um perigo em potencial, decorrendo daí os delineamentos de uma conduta antissocial e delinquente” (Ibid., p. 70).



Portanto, os processos de amadurecimento que possibilitam o desenvolvimento emocional dependem estritamente dos cuidados maternos, mas não só. A psicologia fala também na “confiabilidade” do lar, de modo que “tudo depende inicialmente da confiabilidade da mãe e do lar” (Sá, op. cit., p. 70). Essas privações resultam em riscos graves e de sérios prejuízos na capacidade da criança administrar os próprios impulsos destrutivos, passando a se manifestar livremente “ao arrepio dos interesses e direitos das demais pessoas”, ou ainda, ficarão represados sob o poder opressor do superego, que aliado a uma forte ansiedade, torna-se capaz de “alimentar o desenvolvimento da conduta antissocial” (Ibid., p. 71).

Mas então, como nutrir confiabilidade na ausência de um lar? Como exercer segurança perante a ausência de afeto, referência e proteção?

...Vão alegres. Levam navalhas e punhais nas calças. Mas só os sacarão se os outros puxarem. Porque os meninos abandonados também têm uma lei e uma moral, um sentido de dignidade humana (Amado, 2008, p. 194).

O que se vê é que o comportamento desviante infantojuvenil é parte de uma construção, fruto do abandono e das feridas abertas das mais variadas privações, bem como de uma sociedade desigual, capitalista e opressora. Com as vivências dos Capitães e os dados das pesquisas aqui citados, demonstra-se que não há a existência de um ódio imanente, mas sim a estruturação dele. De certo não fosse, então cairíamos no sadismo ilógico lombrosiano: “[...] tamanha crueldade não fora por vocação de nascença. Fora o ambiente...” (Ibid., p. 255).

Mas quem vai na rabada de um trem é Volta Seca. Uma tarde a polícia o pegou quando o mulato despojava um negociante da sua carteira. Volta Seca tinha então dezesseis anos. Foi levado para a polícia, o surraram porque ele xingava todos, soldados e delegados, com aquele imenso desprezo que o sertanejo tem pela polícia. Ele não soltou um grito enquanto apanhou. Oito dias depois o puseram na rua, e ele saiu quase alegre, porque agora tinha uma missão na vida: matar soldados de polícia (Amado, op. cit., p. 245).

Isto posto, necessário referenciar o personagem Sem-Pernas, cujo nome trata-se de uma alegoria, pois a sustentação que lhe faltava, de modo a se manter de pé na vida, era a figura materna. Essa ausência é percebida em seu prazer na agressividade, no imediatismo, na zombaria e cinismo, na fuga da realidade e a dificuldade em suas relações, “Sem-Pernas durante o dia a odeia, se odeia, odeia o mundo todo” (Ibid., p. 241).

A construção de sua narrativa é a certa demonstração do jovem abandonado e vítima de privação emocional, explicitado na teoria psicanalista de Winnicott. Inserido em meio aos Capitães da Areia, Jorge Amado o traduz assertivamente em seu texto: “ridicularizava tudo, era dos que mais brigavam [...] cortara de navalha um garçom de restaurante para furtar apenas um frango assado. Um dia em que teve um abcesso na perna o rasgou friamente a canivete e na vista de todos o espremeu rindo”. Ocorre que, “[...] no mais fundo do seu coração ele tinha pena da desgraça de todos. E rindo, e ridicularizando, era que fugia da sua desgraça. Era como um remédio” (Amado, op. cit., p. 37). Ao mesmo tempo, aquela solução paliativa não era suficiente para a busca da felicidade e fuga de toda aquela miséria, “de toda aquela desgraça que os cercava e os estrangulava”, reconhecia a grande liberdade das ruas, “mas havia também o abandono de qualquer carinho, a falta de todas as palavras boas”, havia o desejo por algo “que o livrasse da necessidade de rir de todos e de rir de tudo”, bem como “daquela angústia, daquela vontade de chorar que o tomava nas noites de inverno” (Ibid., p. 38).



A necessidade a que o desenvolvimento de Sem-Pernas clamava, era a presença daquilo que é tão comum às crianças e especialmente privado aos menores: o afeto de uma mãe, a confiabilidade de um lar, a segurança e referência essenciais ao amadurecimento infantojuvenil.

[...] queria alegria, uma mão que o acarinhasse, alguém que com muito amor o fizesse esquecer o defeito físico e os muitos anos (talvez tivessem sido apenas meses ou semanas, mas para ele seriam sempre longos anos) que vivera sozinho nas ruas da cidade, hostilizado pelos homens que passavam, empurrado pelos guardas, surrado pelos moleques maiores. Nunca tivera família. Vivera na casa de um padeiro a quem chamava “meu padrinho” e que o surrava. Fugiu logo que pôde compreender que a fuga o libertaria (Amado, op. cit., p. 38).

Preso, Sem-Pernas desenvolveu traumas graves que delinearam o seu destino, formando suas convicções – na ausência de afeto, a dor traçou seu caminho. Já na cela, foi obrigado por “soldados bêbados” a correr como um animal perseguido, mas que em razão da perna ‘coxa’, que “se recusava a ajudá-lo”, “a borracha zunia nas suas costas quando o cansaço o fazia parar”, sangrando, não resistiu mais. Das consequências da tortura policial, tem-se que: “As marcas que ficaram nas suas costas desapareceram. Mas de dentro dele nunca desapareceu a dor daquela hora [...] Ainda hoje ouve como os soldados riam” e assim “se vingava, porque seu coração estava cheio de ódio” (Ibid., p. 39). Nesse sentido:

A criança tem fantasias boas e más, construtivas e destrutivas, todas muito pouco diferenciadas nos primórdios da vida. [...] Ao manifestar no ambiente sua agressividade, a criança está buscando nele um controle para a mesma, uma autoridade benigna, confiável, confiante e legítima. Autoridade legítima é aquela cujo exercício consiste em proporcionar oportunidade de crescimento aos que ela se reportam. A criança busca, portanto, primeiramente o controle externo, a fim de nele encontrar quadros de referência para, aos poucos, desenvolver um controle interno que não seja paralisante e que não empobreça sua vida psíquica. O desenvolvimento da criança e do adolescente vai se pautar por sua capacidade crescente de prescindir dessa autoridade e desse controle externo (Sá, op. cit., p. 70).

Ainda, a psicologia esclarece que se a figura materna é primordial para o processo autodestrutivo e maturacional, é também na capacidade da criança e do adolescente em se sentirem responsabilizados e/ou culpados pelo dano causado, bem como pela reparação desse dano – uma vez que não se fala apenas em destruição, mas também na capacidade construtiva. Portanto, de onde emerge e em que condições pode ser sufocado o que o psicanalista chamou de “capacidade de envolvimento”?

Dotada de amor e ódio, de impulsos destrutivos, mas também construtivos, bem como do desejo de contribuir, a criança e o adolescente necessitam de uma mãe plenamente disponível e confiável, posto que poderão manifestar seus impulsos de forma segura, permitindo-se desenvolver um sentimento de culpa tolerável, “que leva à reparação” (Ibid., p. 72), passando a responsabilizar-se por elas, desenvolvendo a chamada capacidade de envolvimento. Essa capacidade não se trata apenas de “se responsabilizar pelos atos praticados, no sentido estrito de assumir a autoria dos mesmos”, mas fundamentalmente “de responsabilidade pelo ódio subjacente ao ataque, pela voracidade subjacente ao furto, à guisa de exemplos” (Sá, op. cit., p. 73). Sob o olhar cuidadoso de Alvino, Winnicott:



A partir dessa confiabilidade, [a criança] se permitirá a [aceitar seus impulsos destrutivos] e desenvolver um sentimento de culpa plenamente tolerável em relação a eles, o qual se converte em reparação, tornando-se um sentimento de culpa “adormecido” [...]. Por conseguinte, as privações que a criança porventura venha a sofrer quanto às oportunidades para construir e contribuir poderão trazer consequências muito danosas ao seu desenvolvimento e adaptação social. Quando não se dão tais oportunidades, a criança está sujeita a desenvolver uma sensação de impotência, de inutilidade e a manifestar reações de franca agressão e destrutividade. Além disso, como ela não tem oportunidade para descobrir e experimentar sua construtividade, não se sentirá suficientemente segura e autoconfiante para reconhecer sua destrutividade e por ela responsabilizar-se, com todas as consequências em termos de prejuízos para o desenvolvimento do senso ético-valorativo (Ibid., p. 74-75).

É descrito ainda pelo autor que os efeitos da privação emocional percorrem desde uma angústia, forte necessidade de amor, sentimento de vingança e depressão, até uma total mutilação da capacidade de estabelecer contato com outras pessoas. De modo que: “A angústia decorrente de relações primitivas insatisfatórias predispõe a criança a reagir futuramente de forma antissocial, conforme pesquisa com 102 infratores reincidentes, relatada por Bowlby” (Sá, op. cit., p. 75.). Fala-se também em dificuldades de planejamento, imediatismo e instabilidade, o que “são reconhecidamente três características básicas da delinquência” (Ibid., p. 78).

Assim, a violência de Sem-Pernas e tantos outros é fuga, como é também enfrentamento à própria violência de que lhe fizeram vítima.

Confusamente desejava ter uma bomba [...] que arrasasse toda a cidade, que levasse todos pelos ares. Assim ficaria alegre. Talvez ficasse também se viesse alguém, possivelmente uma mulher de cabelos grisalhos e mãos suaves, que o apertasse contra o peito, que acarinhasse seu rosto e o fizesse dormir um sono bom, um sono que não estivesse cheio dos sonhos da noite na cadeia. Assim ficaria alegre, o ódio não estaria mais no seu coração. E não teria mais desprezo, inveja, ódio [...] (Amado, op. cit., p. 39).

A mãe, portanto, é a organizadora da mente da criança, seu “primeiro organizador psíquico”, de modo que a sua privação reflete em como o adolescente buscará resposta para essa ausência, na administração dos desejos e de planejamento do futuro. Diante desse vazio interior da ausência do objeto, tomada de ansiedade e medo, é a própria criança, sem referência, que terá de conter seus impulsos destrutivos, sendo a delinquência uma possível “via de solução” adotada.

É provável que seus roubos fossem uma tentativa de garantir o amor e a gratificação, restabelecendo dessa maneira a relação amorosa que haviam perdido [...] Certamente, poderia parecer que, quanto mais completa a privação nos primeiros anos, mais indiferente à sociedade e isolada uma criança se torna, enquanto, quanto mais sua privação for intercalada por momentos de relações amorosas, mais ela se volta contra a sociedade e padece de sentimentos conflitantes de amor e ódio pelas mesmas pessoas (Bowlby, 1995, p. 43 apud Sá, 2010, p. 79).

Ao pensarmos em relações descontínuas, que ocorrem em casos de separação entre mãe-filho, como por exemplo internação em instituições de acolhimento, destituição familiar por uso problemático de álcool ou drogas, morte ou trocas de lar, os efeitos perniciosos dessa privação emocional se agravam, essencialmente se na fase mais nova de vida. Fala-se em perda das capacidades já adquiridas, regressão, atitude de hostilidade, intensa necessidade de afeto, obstáculos à aprendizagem futura, atitudes sociais muito negativas, “levando a criança a condutas



delinquentes, ou, ‘em última análise, ao suicídio, como uma alternativa ao assassinato dos pais’ (Bowlby, p. 63)” (Sá, op. cit., p. 78). À vista disso:

O sofrimento tem-se mostrado maior nas crianças que gozaram de um relacionamento mais íntimo com a mãe. Bowlby discute as diferenças dos resultados encontrados na pesquisa de Goldfarb, realizada em Nova York, e a dele próprio, realizada em Londres, sobre crianças que sofreram privação: as crianças da primeira pesquisa não manifestaram tendência ao roubo, contrariamente do que se deu com as outras. Ocorre que as crianças da segunda pesquisa, que haviam manifestado tendência ao roubo, justamente tinham tido experiências, ainda que esparsas e interrompidas, de relacionamento amoroso com a mãe (Ibid., p. 79).

Jorge Amado, com sua sensibilidade, acerta mais uma vez. A narrativa de Sem-Pernas, diferente da dos outros Capitães, vai se fechando cada vez mais, de modo que o adolescente se vê incapaz de se abrir para o mundo, não conseguindo chamar para si algum tipo de futuro. E de uma existência insuportável, rompe-se no ato que resulta de uma fuga da polícia: não tendo pernas o bastante para transformá-la, ceifa a própria vida, se atirando do alto do grande elevador, alçando o voo que – sem pernas – não era possível. Do trauma que carregava e das feridas que estancara sozinho, não permitiria que lhe tocassem novamente.

[...] Eram homens, de pernas maiores que as suas, e além do mais ele era coxo, pouco podia correr. E acima de tudo não queria que o pegassem. Lembrava-se da vez que fora à polícia. [...] Essa será a sua vingança. Não deixará que o peguem, não tocarão a mão no seu corpo. [...] Nunca tivera uma alegria de criança. Se fizera homem antes dos dez anos para lutar pela mais miserável das vidas: a vida de criança abandonada. [...] Quando os corações das demais crianças ainda estão puros de sentimentos, o do Sem-Pernas já estava cheio de ódio. Odiava a cidade, a vida, os homens. Amava unicamente o seu ódio, sentimento que o fazia forte e corajoso apesar do defeito físico. [...] Apanhara na polícia, um homem ria quando o surravam. Para ele é este homem que corre em sua perseguição na figura dos guardas. Se o levarem, o homem rirá de novo. Não o levarão. Vêm em seus calcanhares, mas não o levarão. Pensam que ele vai parar junto ao grande elevador. Mas Sem-Pernas não para. Sobe para o pequeno muro, volve o rosto para os guardas que ainda correm, ri com toda a força do seu ódio, cospe na cara de um que se aproxima estendendo os braços, se atira de costas no espaço como se fosse um trapezista de circo (Amado, op. cit., p. 250-251).

À luz do que aqui foi exposto, o ódio ao mundo que preenche a figura dos Capitães – seja da Areia, seja do Asfalto – é, fundamentalmente, o que os alimenta e os destroem. Por intermédio da conduta delinquente, é como se a criança estivesse compelindo a sociedade a retroceder com ela e a testemunhar suas grandes perdas. Assim, antes de se preocupar em não vagar pelas ruas, não usar drogas ou não subtrair coisa alheia, ela preocupa-se em não trair sua moralidade precoce, aquela que inclui seus impulsos mais primitivos, construtivos e destrutivos. Winnicott reconhece na conduta antissocial duas direções básicas – que não necessariamente se excluem – para o furto e para a destrutividade:

Na motivação para o furto (na qual poderíamos incluir os delitos contra o patrimônio ou que visam a posse de objetos, de dinheiro, de bens materiais), o que se tem é a procura obsessiva de “algo”, de forma insaciável, de “algo” que nunca se encontra e que é exatamente o objeto primordial perdido. Tem-se aí a compulsão libidinal. O furto expressa a privação do objeto. Na destrutividade, por outro lado (na qual poderíamos incluir os crimes contra a vida, contra a integridade física e moral, contra o ambiente, os atos de vandalismo) o que se



tem é a procura dos limites, do controle externo, da continência dos próprios impulsos, já que a criança, por si própria, não está sabendo como lidar com eles, como contê-los, como administrá-los. É a procura do ambiente estável e indestrutível (que ela perdeu um dia) que suporte sua tensão, sua mobilidade e excitação. E, conforme a criança, ou o adolescente, vai se frustrando nessa procura, ela continua buscando um suprimento ambiental cada vez mais amplo (compulsão agressiva). Ou seja, dos pais para o lar, do lar para os parentes próximos, dos parentes próximos para a escola, da escola para a sociedade. A destrutividade é a expressão da privação do controle.

A criança antissocial está simplesmente olhando um pouco mais longe, recorrendo à sociedade em vez de recorrer à família ou à escola para lhe fornecer a estabilidade de que necessita a fim de transpor os primeiros e essenciais estágios de seu crescimento emocional (Winnicott, 1987, p. 122, apud Sá, 2010, p. 84).

Assim, acendam-se as luzes do carrossel, para que se torne possível enxergar adolescentes para além de seus atos infracionais, pois muito antes que violassem a lei, tiveram seus direitos vitais e fundamentais suprimidos. Ainda, repisa-se, são crianças. Seres humanos em formação, vivenciando fases, ciclos e processos de amadurecimento e autoconhecimento psíquicos intensos.

A rua, o comércio de balas, o furto, o tráfico, a vida sexual precoce, os vícios e a necessidade de buscar seus próprios meios de sobrevivência, colocando crianças e adolescentes forçosamente em posições transitórias de “adultos”, na literatura, não foram capazes de apagar o brilho em seus olhos diante das luzes do Grande Carrossel.

Nhozinho [...] os convidou para que o ajudassem no serviço do carrossel durante os dias que estivesse armado na Bahia [...] talvez desse para tirar cada um uns cinco mil-réis por noite [...] Volta Seca ficaria na porta chamando o público, enquanto o Sem-Pernas o ajudaria com as máquinas e tomaria conta da pianola. [...] Volta Seca e o Sem-Pernas nunca haviam acolhido uma ideia com tanto entusiasmo. Eles muitas vezes já tinham visto um carrossel, mas quase sempre o viam de longe, cercado de mistério, cavalgados seus rápidos ginetes por meninos ricos e choraminguentos. [...] E agora, de repente, vinha um homem que [...] fazia o milagre de o chamar para viver uns dias junto a um verdadeiro carrossel [...] vendo de perto rodarem as luzes de todas as cores [...] Era como num sonho, sonho muito diverso dos que o Sem-Pernas costumava ter nas suas noites angustiosas. E pela primeira vez seus olhos sentiram-se úmidos de lágrimas que não eram causadas pela dor ou pela raiva. [...] Foi quando o Professor perguntou: – Tu já sabe mover com as máquinas? – Amanhã é que vou saber... – disse o Sem-Pernas [...] – Então amanhã, quando acabar a função, tu pode botar ele pra rodar só com a gente. [...] O Sem-Pernas disse que sim, e então muitos bateram palmas, outros gritaram. [...] e começou a música de uma valsa antiga. O rosto sombrio de Volta Seca se abriu num sorriso. [...] Então a luz da lua se estendeu sobre todos, as estrelas brilharam ainda mais no céu, o mar ficou de todo manso [...] E amaram-se uns aos outros, se sentiram irmãos porque eram todos eles sem carinho e sem conforto e agora tinham o carinho e conforto da música. [...] Eram crianças, sim – pensou o padre (Amado, op. cit., p. 65-82).

Na obra de Jorge Amado, o carrossel se apresenta como uma figura simbólica daquilo que os filhos da miséria e do abandono não podiam ter. As luzes, as músicas e a diversão proporcionavam um conforto momentâneo à desprovida infância. Enquanto cavalgavam e se divertiam no brinquedo, as crianças se distanciavam de suas realidades e dos sonhos renegados – a atenção se voltava, com maestria, para a inocência.

O Sem-Pernas botou o motor para trabalhar. E eles esqueceram que não eram iguais às demais crianças, esqueceram que não tinham lar, nem pai, nem mãe,



que viviam de furto como homens, que eram temidos na cidade como ladrões. [...] Esqueceram tudo e foram iguais a todas as crianças, cavalgando os ginetes do carrossel, girando com as luzes. As estrelas brilhavam, brilhava a lua cheia. Mas, mais que tudo, brilhavam na noite da Bahia as luzes azuis, verdes, amarelas, roxas, vermelhas do Grande Carrossel Japonês (Ibid., p. 82).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sob a escrita magistral de Jorge Amado e o instrumental analítico fornecido pela Criminologia, este estudo destinou-se a interpretar, de maneira concisa, a marginalização – social, midiática e judicial – de crianças e adolescentes em situação de abandono e em conflito com a lei. Foi possível elucidar e compreender, através da análise jusliterária e da apreciação do conhecimento psicológico criminal, a gangorra emocional em que são formadas as raízes das raras experiências lúdicas de uma infância roubada, em contraste com a realidade violenta e de sobrevivência das ruas.

À luz do que aqui restou sintetizado, para algumas considerações de um campo ainda em aberto, reitera-se que a rua definitivamente não é lugar para moradia, essencialmente quando se fala em crianças e adolescentes. Trata-se de temática social que configura uma das mais persistentes formas de violação de direitos humanos existentes na sociedade brasileira, atingindo as camadas mais – historicamente e socialmente – vulneráveis.

Este artigo tomou por base uma obra que denunciava a sociedade da década de 30, sendo revisitada de forma tão atual, dada sua contemporaneidade acerca do tema. Um Estado Democrático de Direito⁷ foi conquistado e, com ele, teoricamente, a segurança da chamada “doutrina da proteção integral”. Contudo, como denuncia a realidade das ruas, as raízes que formaram o Brasil e a sociedade que queimou os exemplares de Amado permanecem inabaláveis. Ainda existem estruturas institucionais que fragilizam direitos e garantias legais, reforçando investimentos em políticas de controle social e punitivo, praticamente nulos em políticas sociais.

Aliado a esse quadro, a mídia maneja o crime como espetáculo, utilizando crianças e adolescentes em situação de extrema miserabilidade como bodes expiatórios, (re)produzindo marginalização e estigmas irreais. A falsa relação entre pobreza e delinquência fomenta a sede social por vingança e a leiga crença no recrudescimento de penas como solução, o que termina por sacramentar a separação entre opressores e oprimidos, sem trazer respostas sociais às inúmeras vulnerabilidades e desigualdades a que famílias e jovens – abandonados – são frequentemente expostos.

A crítica à tutela penal do patrimônio, já explorada pelo escritor baiano, que ressaltava as mazelas originárias do modelo capitalista opressor e separatista, permanece vigente. Enquanto a mídia, a polícia e o sistema judiciário vociferavam vingança à delinquência da infância e juventude, o silêncio do descaso estatal ainda grita: não há prioridade em fornecer moradia, educação, segurança, proteção familiar e condições dignas a crianças e adolescentes que tampouco o mínimo possuem; a opção, ao contrário, é a proteção de bens patrimoniais que a minoria detém em excesso, atrás de seus muros. Percebe-se no instituto penal uma ferramenta de controle socioeconômico, enquanto se legitima a neutralização e marginalização do “menor” indesejável.



Há que se registrar que, notoriamente, esse debate não se encerra aqui. É premente a importância de uma reconstrução do atual paradigma social, a fim de que seja possível enxergar essas crianças verdadeiramente como crianças. Mas, para além, uma revisão do atual modelo penal em vigor, que, em detrimento da dignidade humana e da doutrina da proteção integral, negligencia as necessidades da infância e juventude, para uma manutenção do *status quo* de desigualdade social, enquanto gere e nutre aqueles que detêm maior capital e controle social, econômico e político, promovendo um verdadeiro massacre da juventude brasileira.

Insta-se também uma reconfiguração dos programas de prevenção à delinquência infantojuvenil, priorizando-os de modo a alcançar grupos já inseridos em situação de risco ou não – seja por meio da iniciativa estatal ou privada, de organizações governamentais ou não. A sociedade deve e pode fomentar programas que promovam a garantia dos direitos básicos de saúde, moradia, dignidade, educação, convivência familiar e comunitária, profissionalização e demais assistências, para que as privações e desarranjos emocionais, sociais ou financeiros não roubem o desenvolvimento sadio da fase primordial da existência humana: a infância.

Ainda, como “recuperar” ou “corrigir” uma história de privações, impondo outras privações? É necessário, portanto, repensar os modos de intervenção policial e judicial nessas vidas tão precoces. Conforme amplamente abordado, as privações na infância – especialmente a de ordem emocional – definem as consequências futuras, de modo que a imposição de novas privações não só agravará as marcas individuais de repressão e violência, como também se tornará uma identidade, gerando uma espécie de “cultura” da delinquência no interior do adolescente. Para evitar que isso se concretize, é preciso pensar extramuros, com uma finalidade construtiva, reencontrando, assim, a criança que um dia foi represada pela dor do abandono.

Pelo fim das cicatrizes deixadas nos Capitães, pelo fim das privações. Para que nenhuma criança seja menor, para que o céu não seja mais o teto de ninguém!

REFERÊNCIAS

AMADO, Jorge. **Capitães da Areia**. 3. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

ARAÚJO, Fernanda Carolina. **A teoria criminológica do labelling approach e as medidas socioeducativas**. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2010.

BBC. 'Se não liberarem, a gente vai acabar fazendo protesto', diz participante de rolezinho. BBC News Brasil. 19 jan. 2014. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/01/140119_role_flavio_cc>. Acesso em 8 jul. 2024.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Diário Oficial da União: Brasília, 5 out. 1988.

_____. **Decreto nº 17.943-A, de 12 de outubro de 1927**. Consolida as leis de assistência e proteção a menores. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/d17943a.htm>. Acesso em 6 jul. 2024.

_____. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em 6 jul. 2024.

_____. Governo Federal. Ministério da Educação: **Gravidez na Adolescência**. Por hora, nascem 44 bebês de mães adolescentes no Brasil, segundo dados do SUS. 13 fev. 2023. Disponível em:



<<https://www.gov.br/ebserh/pt-br/comunicacao/noticias/por-hora-nascem-44-bebes-de-maes-adolescentes-no-brasil-segundo-dados-do-sus>>. Acesso em 7 jul. 2024.

_____. Governo Federal. **População em Situação de Rua**. Diagnóstico com base nos dados e informações disponíveis em registros administrativos e sistemas do Governo Federal. Brasília, DF: Ministério dos Direitos Humanos e da Cidadania, 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/populacao-em-situacao-de-rua/publicacoes/relat_pop_rua_digital.pdf>. Acesso em 7 jul. 2024.

_____. **Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979**. Institui o Código de Menores. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/16697.htm>. Acesso em 6 jul. 2024.

_____. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em 6 jul. 2024.

CASTEL, Robert. **Da indigência à exclusão, a desfiliação**: precariedade do trabalho e vulnerabilidade relacional. In: Lancetti, Antônio et. al. *Saúde Loucura* 4. São Paulo: Hucitec, 1993.

CERQUEIRA, Daniel; BUENO, Samira. **Atlas da Violência**, 2023. Brasília: IPEA; FBSP, 2023.

CNJ. **Constituição de 1988, um novo olhar sobre a criança e o adolescente**. Notícias CNJ, 9 out. 2018. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/constituicao-de-1988-um-novo-olhar-sobre-a-crianca-e-o-adolescente/>>. Acesso em 6 jul. 2024.

COIMBRA, C. **Mídia e produção de modos de existência**. Revista Psicologia: Teoria e Pesquisa, 2004.

_____, C. **Operação Rio: O Mito das Classes Perigosas**: um estudo sobre a violência urbana, a mídia impressa e os discursos de segurança pública. Rio de Janeiro, 2001.

DJONGA; BK; COYOTE BEATZ. **O Mundo é Nosso**. Ceia: 2017. 3min43s. Disponível em: <<https://www.letras.mus.br/djonga/o-mundo-e-nosso/>>. Acesso em 8 jul. 2024.

EXAME. **Quais são os países com maior desigualdade social do mundo?** Veja a posição do Brasil no ranking. 29 dez. 2023. Disponível em: <<https://exame.com/mundo/quais-sao-os-paises-com-maior-desigualdade-social-do-mundo-veja-a-posicao-do-brasil-no-ranking/>>. Acesso em 7 jul. 2024.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **17º Anuário Brasileiro de Segurança Pública**. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2023. Disponível em: <<https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2023/07/anuario-2023.pdf>>. Acesso em 7 jul. 2024.

G1. **Juiz proíbe rolezinho e shopping controla acesso em SP**. São Paulo, 26 nov. 2016. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/juiz-proibe-rolezinho-e-shopping-controla-acesso-em-sp.ghtml>>. Acesso em 8 jul. 2024.

IPEA. NOTA TÉCNICA. Nº 20. Enid Rocha Andrade da Silva; Raissa Menezes de Oliveira. **O Adolescente em Conflito com a Lei e o Debate sobre a Redução da Maioridade Penal: esclarecimentos necessários**. Brasília, jun. 2015. Disponível em: <https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/5696/1/NT_n20_Adolescente-conflito_Disc_2015-jun.pdf>. Acesso em 8 jul. 2024.

MEMORIAL DA DEMOCRACIA. **A Crueldade da Chacina da Candelária**. Policiais militares matam a tiros jovens e crianças que dormem na porta da igreja. Disponível em: <<https://memorialdademocracia.com.br/card/a-crueldade-da-chacina-da-candelaria>>. Acesso em 7 jul. 2024.

NECA. Projeto Conhecer para Cuidar. **Relatório final do levantamento de dados quantitativos e qualitativos sobre crianças e adolescentes em situação de rua e em acolhimento institucional como medida protetiva à situação de rua**. Associação Beneficente O Pequeno



Nazareno; CIESPI/PUC-RIO, 2020. Disponível em: <<https://www.neca.org.br/wp-content/uploads/Pesquisa-amstral-sobre-CASR-no-Brasil-Conhecer-para-Cuidar.pdf>>. Acesso em 7 jul. 2024.

OBSERVATÓRIO DO TERCEIRO SETOR. **Última pesquisa realizada no Brasil mostrava 70 mil crianças em situação de rua**. 02 jun. 2023. Disponível em: <<https://observatorio3setor.org.br/noticias/ultima-pesquisa-realizada-no-brasil-mostrava-70-mil-criancas-em-situacao-de-rua/>>. Acesso em 7 jul. 2024.

ONU. Organização das Nações Unidas. **Declaração dos Direitos da Criança**, 1959. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/media/22026/file/declaracao-dos-direitos-da-crianca-1959.pdf>>. Acesso em 6 jul. 2024.

_____. Organização das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em 6 jul. 2024.

_____. Organização das Nações Unidas. **Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça, da Infância e da Juventude** (Regras de Beijing), 1984. Disponível em: <https://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c_a/lex47.htm>. Acesso em 6 jul. 2024.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana de Direitos Humanos** (Pacto de San José de Costa Rica), 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm>. Acesso em 6 jul. 2024.

PRATT, John. **Penal Populism**. 1 ed. Routledge, 2006.

SÁ, Alvino Augusto de. **Criminologia Clínica e Psicologia Criminal**. 2 ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SÃO PAULO. **Censo de Crianças e Adolescentes em situação de rua revela que mais de 70% deles estão em busca de recursos financeiros para sobreviver**. Secretaria Municipal de Assistência e Desenvolvimento Social (SMADS). Cidade de São Paulo, 30 jul. 2022. Disponível em: <https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/assistencia_social/noticias/?p=332785>. Acesso em 7 jul. 2024.

_____. **Maioria das crianças e adolescentes em situação de rua mantém laços familiares**. Cidade de São Paulo, 3 jul. 2023. Disponível em: <<https://www.capital.sp.gov.br/w/noticia/maioria-das-criancas-e-adolescentes-em-situacao-de-rua-mantem-lacos-familiares>>. Acesso em 7 jul. 2024.

SARTI, C. A. **A Continuidade entre Casa e Rua no Mundo da Criança**. Revista Brasileira de Crescimento e Desenvolvimento Humano, 1995.

SARTORI, Giovanni. **Homo videns: televisão e pós-pensamento**. Bauru: Edusc, 2001.

SENADO NOTÍCIAS. Agência Senado. **Crianças iam para a cadeia no Brasil até a década de 1920**. 7 jul. 2015. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2015/07/07/criancas-iam-para-a-cadeia-no-brasil-ate-a-decada-de-1920>>. Acesso em 8 jul. 2024.

SILVA, C. A. V. **A categoria social do “menor”**. Brasília, DF: ENS, 2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. 5 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

_____, E. R.; PIERANGELI, J. H. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.



¹Líder do grupo, possuía uma relação de paternidade com os demais; descobre ser filho de um representante sindical morto em uma greve de estivadores, sobrevive a inúmeras torturas após ficar trancafiado no castigo de um reformatório e no fim de sua história, auxilia doqueiros numa greve, tornando-se um líder revolucionário comunista.

²Desenhista, era o único do grupo que lia corretamente, mesmo possuindo apenas um ano e meio de ensino na escola, responsável por embalar os demais lendo as histórias dos livros que conseguia com seus furtos. Muda-se para o Rio de Janeiro e se torna um pintor de sucesso, vendendo quadros que representavam os Capitães da Areia.

³Que, em verdade, possuía as duas pernas, mas enfrentava dificuldades na sua mobilidade, pois a sustentação que lhe faltava era emocional, não física. Conhecido por odiar a todos, tinha na violência a fuga para a violência que havia sofrido.

⁴Apesar de ser um direito fundamental da criança e do adolescente a convivência em um seio familiar, há a previsão de quebra desse vínculo após decisão judicial, para inserção em acolhimento institucional ou família substituta, nos casos previstos no Estatuto.

⁵Destaca-se que não se trata tão somente de um fruto da falta de políticas públicas de combate à desigualdade social. Mas é, antes de tudo, uma condição intrínseca ao funcionamento do capitalismo. Assim, a “pobreza” não é só uma ferramenta de exclusão, mas integra-se ao sistema, de modo que a assimetria social gera ausência de privilégios, os obrigando a enfrentar restrições de toda sorte, materiais, sociais e simbólicas. A acumulação de riquezas se faz sobre o dismantelamento social, ocasionando inúmeras violações de direitos, instaurando e potencializando sofrimento – o que jamais possuirá o condão de desresponsabilizar o Estado.

⁶Este estudo não se debruça especificamente sobre o tema, mas brevemente, para conceituá-lo, trata-se de uma utilização política do medo popular do crime. Assim, entre as suas características estão: politização da questão criminal; ampliação da participação popular e, assim, uma desvalorização da Academia e o conhecimento científico; ampliação e endurecimento de punições; a ideia de um inimigo comum (bode expiatório), entre outras (Pratt, 2006).

⁷Que tem como pilar o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988).



Guarda Municipal: um estudo de acórdãos do TJSP após o julgamento da ADPF 995 pelo STF e do HC 830.530 pelo STJ

Municipal Guard: a study of TJSP rulings after the judgment of ADPF 995 by the STF and HC 830.530 by the STJ

Francisca Oliveira Souza

Estagiária de pós-graduação da Defensoria Pública do estado de São Paulo

franciscaolivsouza@gmail.com

Resumo

Este trabalho se propõe a conhecer parte das decisões judiciais proferidas na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 995/DF e no *Habeas Corpus* (HC) 830.530/SP pelo Supremo Tribunal Federal (STF) e pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), respectivamente, e busca compreender a sua aplicabilidade no Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP). Para tanto, foi realizada uma pesquisa bibliográfica consistente na revisão da literatura, por meio de artigos e pesquisas científicas na seara jurídica, obras doutrinárias e decisões judiciais, com o objetivo de compreender o que vem sendo entendido por fundada suspeita apta a ensejar uma abordagem e busca pessoal pelas agências policiais. Além disso, o objeto de estudo foi a análise da aplicabilidade das referidas decisões precedentes, utilizando-se da metodologia empírica de abordagem qualitativa em decisões do Tribunal de Justiça paulista que versavam sobre pedidos de declaração de nulidade em decorrência de atuação da Guarda Municipal fora do contexto de suas atribuições constitucionais. A análise permitiu concluir que a atuação da Guarda Municipal fora de suas atribuições, que deveria ser exceção, na prática, é regra, incidindo diretamente sobre direitos e garantias penais e processuais penais da pessoa humana.

Palavras-chave: Atribuição Constitucional da Guarda Municipal. Cortes Superiores. Fundada Suspeita.

Abstract

This work aims to understand part of the judicial decisions handed down in ADPF 995/DF and HC 830.530/SP by the Federal Supreme Court and Superior Court of Justice, respectively, and seeks to understand their applicability in the Court of Justice of São Paulo. To this end, bibliographical research consisting of a literature review was used, through articles and scientific research in the legal field, doctrinal works and judicial decisions, to understand what has been understood as a well-founded suspicion capable of giving rise to an approach and personal search by the agencies police officers. Furthermore, the object of study was the analysis of the applicability of the aforementioned previous decisions, using the empirical methodology of a qualitative approach in decisions of the São Paulo Court of Justice that dealt with requests for a declaration of nullity as a result of the actions of the municipal guard outside the context of its constitutional attributions. The analysis allowed us to conclude that the actions of the municipal guard outside of their duties, which should be an exception, are in practice the rule, directly affecting human rights and criminal and criminal procedural guarantees.

Keywords: *Constitutional Attribution of the Municipal Guard. Superior Courts. Suspicion founded.*



1. Introdução

A “fundada suspeita” como elemento suficiente para interpelar e até mesmo realizar busca pessoal de pessoas tidas como suspeitas de supostas práticas delitivas, ora massiva e indiscriminadamente utilizada pelas agências policiais em estratégia de policiamento, revela grave violação de direitos humanos.

No Brasil, o artigo 244 do Código de Processo Penal (CPP) estabelece que, independentemente de mandado judicial, havendo fundada suspeita de posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, poderá ser realizada busca pessoal, mas não exige que seja reportado, com exceção dos casos em que haverá investigação ou processamento.

Sob esse prisma, em agosto de 2023, o Plenário do Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que as guardas municipais integram o Sistema de Segurança Pública (SUSP), no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 995 e deu interpretação conforme à Constituição aos artigos 4º da Lei nº 13.022/2014 e 9º da 13.675/2018, nos termos do artigo 144, parágrafo 8º, da Constituição Federal (CF).

Após o julgamento da supracitada ADPF, o Superior Tribunal de Justiça foi instado no *Habeas Corpus* (HC) nº 830.530/SP, impetrado pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo por meio do defensor público Dr. Patrick Lemos Cacicedo, e a Terceira Seção da Corte reafirmou a consonância de entendimento entre as Cortes Superiores sobre o tema. Todavia, ressaltou a não amplitude de atuação das polícias e a vinculação às competências dos órgãos federais e estaduais ao contexto de utilização dos bens, serviços e instalações municipais, conforme atribuição constitucional. Já em relação aos casos de flagrante delito, fixou parâmetros cumulativos para atuação da referida guarda, a saber: i) justa causa para a medida (fundada suspeita) e ii) pertinência às atribuições constitucionais, desde que devidamente fundamentadas.

A escolha desse tema se deu pela curiosidade em entender a aplicabilidade pelo Tribunal de Justiça paulista, das supracitadas decisões precedentes das Cortes Superiores do Poder Judiciário, bem como a interpretação dada na abordagem pela Guarda Municipal fora de suas atribuições constitucionais. Nesse contexto, foi escolhida a metodologia empírica de abordagem qualitativa das decisões do mencionado Tribunal. Além disso, foi utilizada pesquisa bibliográfica consistente na revisão da literatura, por meio de artigos e pesquisas científicas na seara jurídica, obras doutrinárias e decisões judiciais, para fins de compreender o que vem sendo entendido por fundada suspeita.

O recorte temporal do estudo das decisões compreendeu o período de 1º de outubro de 2023 a 31 de março de 2024, meses esses subsequentes às decisões precedentes. Para fins de filtrar as decisões de segundo grau que tinham por objeto pedidos de declaração de nulidade decorrente da atuação da Guarda Municipal, foi utilizada a ferramenta de busca no sítio do TJSP, em pesquisa de jurisprudência livre e por ementa, sem sinônimos, data de julgamento, origem segundo grau, tipo de publicação (acórdãos), ordenada por relevância, com as seguintes expressões de busca: “fundada suspeita” e “guarda municipal”. Neste recorte, foram encontrados cento e trinta e três acórdãos decorrentes de recursos processuais, ações de revisão criminal e *habeas corpus*.

À vista disso, na primeira seção deste artigo foi revisada a literatura e decisões judiciais das Cortes Superiores, a fim de se compreender a construção da fundada suspeita e os elementos



aptos a ensinar a abordagem de pessoas tidas em atitude suspeita. Na segunda seção, foi exposto o conteúdo das decisões precedentes das Cortes Superiores, com os parâmetros ora fixados, a legislação pertinente, bem como o projeto de emenda à Constituição Federal em trâmite que visa legitimar a Guarda Municipal como polícia municipal. Por fim, na terceira seção, foi analisada a aplicabilidade das referidas decisões precedentes das mais altas instâncias do Poder Judiciário no Tribunal de Justiça paulista.

2. A construção da fundada suspeita

A doutrina jurídica e a jurisprudência dialogam com as razões e elementos concretos que poderiam ser suficientes para a prática de abordagem e busca pessoal pelas agências policiais. Além disso, insurge-se quanto à atuação da Guarda Municipal fora de suas atribuições constitucionais, uma vez que não possuem competência constitucional para tanto.

A doutrina critica a expressão ‘fundada suspeita’ dada a generalidade e imprecisão do termo. Gustavo Badaró (2023, p. RB10.91) cita:

Suspeita é uma mera conjectura ou desconfiança, mesmo que frágil, de alguma coisa ou contra alguém. Trata-se de um estado subjetivo, cuja demonstração não tem um referencial concreto seguro. O CPP deveria ter exigido mais, como “indícios” ou “fundados indícios”, justamente no caso em que franqueia a busca pessoal a autoridades e agentes policiais, prescindindo do mandado judicial.

A expressão encontrada no Código de Processo Penal nos artigos 240, parágrafo 2º: “Proceder-se-á à busca pessoal quando houver fundada suspeita”, e 244: “Proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões”. Para Renato Brasileiro (2020, p. 666), “não basta uma simples convicção subjetiva para que se proceda à busca pessoal em alguém. Para além disso, é necessário que haja algum dado objetivo que possa ampará-la”.

Nucci (2020, p. 876), por sua vez, aduz que “quando um policial desconfiar de alguém não poderá valer-se, unicamente, de sua experiência ou pressentimento, necessitando, ainda, de algo mais palpável”.

Nesse íterim, Aury Lopes Jr. (2022, p. 682) adverte tratar-se a fundada suspeita de uma “cláusula genérica, de conteúdo vago, impreciso e indeterminado, que remete à ampla e plena subjetividade (e arbitrariedade) do policial”.

Em relação ao *standard* probatório processual¹, Tornaghi (1977, p. 302) elucida que “haverá fundada suspeita contra o conduzido quando os fatos apontados pelas pessoas que depuseram perante a autoridade autorizam a ter como provável que ele, conduzido, seja autor da infração”.

Com efeito, Konzen e Goldani, ao pesquisarem sobre a geografia jurídica das abordagens policiais na cidade de Porto Alegre - RS, apontam a *espacialidade como um fator relevante na determinação da fundada suspeita em abordagens relacionadas ao tráfico de drogas no Brasil* (2021, p.17a), bem como à *atuação seletiva da polícia* (2021, p.10b).

Os referidos autores, ao tratarem do controle no deslocamento da cidade de um grupo estigmatizado pelo seu perfil etário, socioeconômico e étnico-racial, revelam que são tidos como grupos sociais alvos preferenciais de suspeita e citam Batista:



“[...] a ‘atitude suspeita’ não se relaciona a nenhum ato suspeito, não é atributo de ‘fazer algo suspeito’, mas sim de ser, pertencer a um determinado grupo social; é isso que desperta suspeitas automáticas” (Konzen e Goldani, 2021, p.4c *apud* Batista, 2003, p. 103); uma vez que, na visão dos policiais, “[...] jovens pobres pardos ou negros estão em atitude suspeita andando na rua, passando num táxi, sentados na grama do Aterro, na Pedra do Leme ou reunidos num campo de futebol” (Idem, p. 5d)”.

De outra parte, para Evandro Pizza (Vale, 2021, p. 5 *apud* Pizza, 2012, p. 85), é a noção de suspeito que permite estabelecer a transposição das decisões tomadas no âmbito do aparato policial para dentro do aparato judicial, o que possibilita a convivência, no mesmo espaço institucional, de um Estado Policial e de um Estado de Direito.

Jéssica da Mata, por seu turno, ao analisar “A Política do Enquadro” e as diferentes formas como a polícia opera a seleção de pessoas tidas como suspeitas naquele primeiro contato que dá início à incriminação, afirma: “ocorrer uma porção específica do processo de criminalização secundária de grande relevância para a realização da criminalização no Brasil e mais especificamente em São Paulo - SP”. Relata que basicamente existe uma “política do enquadro que opera em dois níveis teleológicos de escolhas políticas conscientes que foram feitas para que os quadros se tornassem o carro-chefe da segurança pública e dos efeitos que essa política efetivamente produz de manutenção do Estado atual – *status quo* -, de reprodução de hierarquização social” (Mata, 2020).

Nesse contexto, ao abordar a criminalização secundária² Zaffaroni *et al.* (2015, p. 52), afirmam se tratar de quase um pretexto para que as agências policiais exerçam um controle configurador positivo da vida social, uma vez que não passam pelas agências judiciais ou jurídicas:

[...] a detenção arbitrária de suspeitos, a identificação de qualquer pessoa que lhes chame a atenção, a detenção por supostas contravenções [...] – tudo sob o argumento de prevenir e vigiar para a segurança ou investigação com vistas à criminalização -, constituindo um conjunto de atribuições que podem ser exercidas de um modo tão arbitrário quanto desregrado e que proporcionam um poder muitíssimo maior e mais significativo que o da reduzida criminalização secundária. Para o referido autor, o poder configurador positivo seria o verdadeiro poder político do sistema penal.

Em levantamento realizado pelo Núcleo de Estudos Raciais do Insper, entre 2010 e 2020, constatou-se que trinta e uma mil pessoas negras foram consideradas traficantes em situações similares àquelas em que pessoas brancas foram consideradas usuárias de substâncias psicoativas (2024).

Já em sede de jurisprudência nacional, o Supremo Tribunal Federal decidiu que a ‘fundada suspeita’ delineada no artigo 244 do CPP não pode fundar-se em preceitos unicamente subjetivos, exigindo-se elementos concretos que indiquem a necessidade da revista, em face do constrangimento que causa. Ao revés, não se pode ter por preenchidos os requisitos, sob risco de práticas ofensivas a direitos e garantias individuais e caracterizadoras de abuso de poder (BRASIL, STF HC 81.305-4/GO, p. 8).



Em matéria de revista pessoal e fundada suspeita pela Guarda Municipal, o STJ, por sua vez, no Recurso Especial nº 1.977.119/SP interposto pela Defensoria Pública do estado de São Paulo, por meio do defensor público Dr. Bruno Shimizu, determinou:

Em outras palavras, mesmo se houver elementos concretos indicativos de fundada suspeita da posse de corpo de delito, a busca pessoal só será válida se realizada pelos agentes públicos com atribuição para tanto, a quem compete avaliar a presença de tais indícios e proceder à abordagem do suspeito (BRASIL. REsp 1.977.119, p. 2a) [...] sempre vinculados à finalidade específica de tutelar os bens, serviços e instalações municipais, e não de reprimir a criminalidade urbana ordinária, função esta cabível apenas às polícias (Idem, p. 3b) [...] demonstre concretamente haver clara, direta e imediata relação de pertinência com a finalidade da corporação, isto é, quando se tratar de instrumento imprescindível para a tutela dos bens, serviços e instalações municipais (Idem, p. 3c) [...] Caberia aos agentes municipais, apenas, naquele contexto totalmente alheio às suas atribuições, acionar os órgãos policiais para que realizassem a abordagem e revista do suspeito, o que, por não haver sido feito, macula a validade da diligência por violação do art. 244 do CPP e, por conseguinte, das provas colhidas em decorrência dela, nos termos do art. 157 do CPP, também contrariado na hipótese (Idem, p. 4d).

Com efeito, no *Habeas Corpus* nº 208.240/SP, impetrado pela Defensoria Pública do estado de São Paulo, por meio do defensor público Pedro Henrique Pedretti Lima, o STF, em 11 de abril de 2024, discutiu a ilegalidade de busca pessoal tendo como elemento ensejador a fundada suspeita baseada na convicção do agente policial, ora despertada a partir da cor da pele da pessoa abordada. Trata-se de prática conhecida como filtragem racial, denominada perfilamento racial ou “racial *profiling*”. Em que pese vencido, o Ministro Relator Edson Fachin elucidou em seu voto no referido acórdão:

A fundada suspeita representa a justa causa necessária para a implementação da medida de natureza cautelar. Em termos de *standard* probatório, consoante a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, a justa causa para a busca pessoal deve estar fundada em elementos objetivos e concretos. Assim, não satisfaz a exigência legal parâmetros subjetivos ou não constatáveis de maneira clara e precisa. Também não se pode admitir a busca pessoal com base em critérios que não tenham base legal como a raça, a cor da pele, a aparência física, que não possuem base constitucional ou legal (BRASIL, HC 208.240/SP, p.28a).

As entidades habilitadas nos autos do referido processo como *amici curiae* argumentaram a existência de racismo institucional e de perfilamento racial. Indicaram, nos autos, o Relatório da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) sobre a situação dos direitos humanos no Brasil (2021) e o caso Acosta Martínez e outros *versus* Argentina, relacionado à detenção policial baseada em denúncia anônima e sem mandado judicial, com posterior morte da vítima, contextualizando-o ao Estado brasileiro, no qual a Suprema Corte manifestou-se no julgamento da Ação de Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 41. Acrescentaram que as pessoas negras estão mais vulneráveis à vigilância policial, além de estereótipos socioeconômicos (Idem p.14b), tendo em vista uma seletividade racializada nas operações policiais e também nas decisões judiciais no Brasil. Além disso, apresentaram dados da Secretaria de Estado de Segurança Pública de São Paulo, referentes ao ano de 2019,



informando que, a cada cem abordagens efetuadas, em noventa e nove delas não havia fundada suspeita (Idem, p.13c).

Ademais, no referido acórdão, foi apresentada pesquisa da Defensoria Pública do estado do Rio de Janeiro sobre sentenças que apuraram tráfico de drogas na região metropolitana do Rio de Janeiro, com as seguintes conclusões:

“a condenação foi o desfecho de 79,97% dos casos”; apenas 6,1% dos processos tiveram início em investigação preliminar, ou seja, a atuação policial a partir de flagrantes ou denúncias anônimas inauguraram 74,29% dos casos; a “fundada suspeita” (não explicada nem justificada pelo policial) é explicitamente mencionada pelos juízes em 31,07% dos casos; “em 75,16% das condenações por concurso material de tráfico e associação para o tráfico, a última foi presumida em razão do local da abordagem”; “62,33% dos casos foram solucionados tendo o agente de segurança como única testemunha inquirida em Juízo” - esse último dado, em especial, denota que a “atitude suspeita” (tal como relatada pelo agente de segurança) representa o início e sedimenta o desfecho condenatório como rotina institucional. (BRASIL, 208.240/SP, p.15d).

Ainda segundo relatado no acórdão, para Maria Gorete Marques de Jesus, o índice de produtividade policial aferido pela Segurança Pública do Estado de São Paulo, a partir do número de prisões em flagrante (política de metas), tende a incentivar ações ilegais, consistente “em inegável combustível institucional à arbitrariedade de quem haveria de ter por missão proteger a população, não a amedrontar” (Idem, p.11e).

Noutro giro, Marcelo Semer adverte acerca da chamada “atitude suspeita”, uma vez que, a partir de dados empíricos, “em 63% dos processos a droga foi apreendida em via pública, bem como pela subjetividade de tal análise”, destacando-se que “tudo pode ser considerado ‘atitude suspeita’, tais como: correr, andar ou ficar parado; estar sozinho, acompanhado ou em grupo” etc., além da ausência de registro das abordagens em que nada foi encontrado, tornando “impossível saber quantos inocentes tiveram suas liberdades violadas por agentes” em busca de um suposto perfil criminoso (Idem, p. 16f).

O referido autor destaca ainda a importância prática de ser observada a fundada suspeita e de elementos objetivos para abordagens, diferenciando-se atitude suspeita de fundada suspeita, uma vez que, para o autor, atitude suspeita estaria vinculada à subjetividade pessoal do agente, o que incorre na prática de tirocínio policial³; já a fundada suspeita impõe elementos objetivos e concretos (Semer, 2024).

Ao final, em 11 de abril de 2024, o Plenário do STF, no supracitado *Habeas Corpus*, firmou a tese de julgamento:

A busca pessoal independente de mandado judicial deve estar fundada em elementos indiciários objetivos de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, não sendo lícita a realização da medida com base na raça, sexo, orientação sexual, cor da pele ou aparência física. (BRASIL, 208.240/SP, p.3g)

Denota-se, assim, que, timidamente, o Plenário do Supremo Tribunal Federal firmou alguns parâmetros objetivos para a abordagem e busca pessoal, quais sejam: posse de arma



proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, se reafirmando expressamente a ilicitude da medida com base na raça, sexo, orientação sexual, cor da pele ou aparência física.

Por outro lado, na jurisprudência internacional, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), no caso *Fernandez Prieto e Tumbeiro versus Argentina*, ao tratar da validade de buscas pessoais, elucidou a incompatibilidade com o artigo 7.3 da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) da classificação de determinada conduta ou aparência como suspeita advinda de convicções pessoais dos agentes intervenientes, comportando um grau de arbitrariedade, diante da ausência de elementos objetivos. A Corte IDH compreendeu, no caso, a violação do direito à liberdade pessoal, garantias judiciais, proteção da honra e dignidade, além da igualdade perante a lei e do dever de não discriminação (Corte IDH. Caso *Fernandez Prieto e Tumbeiro versus Argentina*, p. 4), além de destacar outros casos, como *Chaparro Álvarez e Lapo Ñíguez versus Equador*; *Amrhein e outros versus Costa Rica*; *Herrera Espinoza e outros versus Equador*.

Já nos casos *Favela Nova Brasília e José Aírton Honorato e outros*, em que o Estado brasileiro foi condenado, a Corte IDH identificou violações a diversos direitos consagrados na CADH, dentre eles o direito à integridade pessoal, às garantias judiciais e à proteção judicial, sustentando que essas violações refletem falhas sistêmicas na atuação policial, na investigação de violências perpetradas pelo Estado e na efetivação de decisões judiciais.

Também na Corte Europeia de Direitos Humanos, o caso *Nechiporuk e Yonkalo versus Ucrânia*, bem como na jurisprudência americana, o caso *Floyd versus Nova Iorque*, versaram sobre a detenção pessoal e a necessidade de fundamentar-se a suspeita, com a condenação dos respectivos Estados diante das violações perpetradas pelos agentes estatais.

Nessa toada, em relação ao cumprimento dos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelos Estados-partes, se nota que a Corte IDH, no Caso do Instituto de Reeducação do Menor *versus* Paraguai, previu que uma norma consuetudinária universalmente aceita deve “introduzir em seu direito interno as modificações necessárias para assegurar o fiel cumprimento das obrigações assumidas”. Isto significa que devem ser adotadas todas as medidas para que o estabelecido na Convenção seja efetivamente cumprido em seu ordenamento jurídico interno, tal como requer o artigo 2º da Convenção (Corte IDH. Caso Instituto de Reeducação do Menor *versus* Paraguai, par. 205). Também, nesse sentido, a Corte IDH, na Opinião Consultiva (OC) nº 14/1994, afirmou que, uma vez que o Estado contraiu “a obrigação de adotar as medidas aludidas, com maior razão está a de não adotar aquelas que contradizem o objetivo e finalidade da Convenção”, gerando responsabilidade internacional para tal Estado e, se o ato de cumprimento constituir *per se* um crime internacional, gera também a responsabilidade internacional dos agentes ou funcionários que executaram o ato.

Com efeito, no âmbito nacional, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a Resolução nº 123/2022, recomendando aos órgãos do Poder Judiciário brasileiro a observância, na atuação, dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos e o uso da jurisprudência internacional da Corte IDH. Ainda, este mesmo Conselho, na Resolução nº 364/2021, instituiu uma Unidade de Monitoramento e Fiscalização das decisões do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (UMF/CNJ) para fins de cumprimento das sentenças, medidas provisórias e opiniões consultivas proferidas pela Corte IDH envolvendo o Estado



brasileiro, assim como as recomendações proferidas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Verifica-se, assim, caber às autoridades públicas, em especial ao Poder Judiciário, exercer os controles de convencionalidade e constitucionalidade a fim de promover a compatibilização da ordem jurídica interna e transformar de modo efetivo a realidade social.

Na próxima seção, analisar-se-á a atribuição constitucional da Guarda Municipal, as normativas e decisões precedentes fixadas pelas Cortes Superiores, bem como a insurgência da atuação da Guarda Municipal fora de suas atribuições constitucionais, com práticas tidas como de policiamento preventivo, ostensivo e investigatório.

3. Guarda Municipal: atribuições constitucionais, legislação, decisões precedentes e parâmetros

Insurge a doutrina jurídica e a jurisprudência quanto à constitucionalidade e legalidade da atuação da Guarda Municipal fora de suas atribuições constitucionais, com práticas tidas como de policiamento preventivo, ostensivo ou investigatório.

A Constituição Federal de 1988 organiza os órgãos de segurança pública no artigo 144, da seguinte forma: No Título V – “Da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas”; Seção III – “Disposições Gerais”; Capítulo III – “Da Segurança Pública”, e trouxe como um dever estatal em função da preservação da ordem pública e incolumidade das pessoas e do patrimônio. Dispondo no referido artigo que será exercido por meio dos seguintes órgãos:

- I - polícia federal;
- II - polícia rodoviária federal;
- III - polícia ferroviária federal;
- IV - polícias civis;
- V - polícias militares e corpos de bombeiros militares
- VI - polícias penais federal, estaduais e distrital.

O parágrafo 8º do artigo 144 da CF prevê a possibilidade de criação e vincula as atribuições das guardas municipais: “Os Municípios poderão constituir guardas municipais, destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei”. Possibilitando, portanto, a regulamentação legislativa para a criação, desde que observada a atribuição constitucional.

Com efeito, a Lei nº 13.675/2018 estabelece as guardas municipais como integrantes operacionais do Sistema Único de Segurança Pública – SUSP, em seu artigo 9º, § 1º, inciso VII, estabelecendo-se que:

É instituído o Sistema Único de Segurança Pública (SUSP), que tem como órgão central o Ministério Extraordinário da Segurança Pública e é integrado pelos órgãos de que trata o art. 144 da Constituição Federal, pelos agentes penitenciários, pelas guardas municipais e pelos demais integrantes estratégicos e operacionais, que atuarão nos limites de suas competências, de forma cooperativa, sistêmica e harmônica.



Já o Estatuto Geral das Guardas Municipais previsto na Lei nº 13.022/2014, prevê atribuições inerentes a agentes de segurança pública, dispondo em seu artigo 4º tratar-se de competência geral das guardas municipais à proteção de bens, serviços, logradouros públicos municipais e instalações do Município.

Nessa linha, o mencionado Estatuto estabelece que incumbe às guardas a função de proteção municipal preventiva ressalvadas as competências da União, dos Estados e do Distrito Federal, artigo 2º. E por força dos artigos 12 e 14, parágrafo único, da mesma lei, a Guarda não pode ter formação e nem organização disciplinar militarizada.

Na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5.780/DF, tema nº 472, sedimentado no Recurso Extraordinário nº 658.570, o STF reconheceu a constitucionalidade do estatuto acima mencionado, compreendendo-se que a lei constitui norma geral, não viola a autonomia dos municípios e limita-se a estabelecer critérios padronizados para a instituição, organização e exercício dos membros. Fixando-se a tese: “É constitucional a atribuição às guardas municipais do exercício de poder de polícia de trânsito, inclusive para imposição de sanções administrativas legalmente previstas”.

Verifica-se, assim, que tanto o Estatuto regulamentador como a Constituição Federal são expressos ao estabelecer as atribuições da Guarda Municipal.

Por outro lado, o Plenário do STF, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 846.854/SP, declarou que as Guardas Municipais executam atividade de segurança pública essencial ao atendimento de necessidades inadiáveis da comunidade. Nesse sentido foi também o Tema nº 544 no Agravo em Recurso Extraordinário (ARE) nº 654.432 da referida Corte. Sendo, então, editada a Lei nº 13.675/2018, inserindo as Guardas Municipais como integrantes operacionais do Sistema Único de Segurança Pública (artigo 9º, § 1º, inciso VII).

Já na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5538, julgada em 1º de março de 2021, o Pleno do STF declarou inconstitucional em parte o inciso IV do artigo 6º da Lei nº 10.826/2003, afastando a restrição que previa quantitativo mínimo de habitantes nos Municípios para concessão de porte de arma de fogo à Guarda Municipal.

Trata-se de cinco mil quinhentos e setenta municípios brasileiros em vinte e seis Estados da federação, com as conhecidas mazelas estruturais e culturais, tendo-se notícias de municípios que estão equipando as suas guardas com aparelhamento bélico, tais como metralhadoras e fuzis (Amazonas, 2023), de alto poder letal que até então era de uso exclusivo das Forças Armadas. Não se discute aqui a capacidade da Guarda Municipal e a sua relevância na segurança pública, mas as balizas constitucionais de sua atuação consoante apontado no acórdão proferido no REsp nº 1.97.719 pelo STJ. Guarda esta criada e com atribuições constitucionais pré-estabelecidas para zelar pelo próprio munícipe, passa, então, a praticar atos investigativos e ostensivos como se polícia fosse, sem autorização e sem qualquer controle correcional externo, utilizadas praticamente como se uma Guarda Municipal particular daquele município, consoante apontado pelo Ministro Sebastião Reis Júnior (2024).

A partir do quantitativo de prisões ilegais e da outrora mencionada política governamental de metas das agências policiais, os Tribunais passaram a ter que enfrentar diversas ações e recursos judiciais em razão de prisões ilegais realizadas pela Guarda Municipal.

Nessa conjuntura, a Associação das Guardas Municipais do Brasil (AGMB) propôs a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 995 argumentando que havia



divergência de entendimentos judiciais que afetavam estruturalmente a segurança jurídica. Aduziu que o parágrafo 8º do art. 144 da CF faculta aos Municípios a criação da Guarda Municipal. E, ainda, que a Lei nº 13.675/2018 que instituiu o SUSP, prevê a composição do sistema (art. 9º, *caput* e § 2º, VII, da mesma Lei). Por fim, que a Lei nº 13.022/2014 (Estatuto Geral das Guardas Municipais) regulamentou o dispositivo constitucional. Já no mérito, a proponente formulou os seguintes pedidos:

- [...] c) seja declarado e reconhecido como violado o Art. 144, § 8º da CF, se não forem consideradas as Guardas Municipais como integrantes da Segurança Pública, quando devidamente criadas e instituídas;
- d) na esteira da procedência do item acima, seja reconhecido que as Guardas Municipais, quando devidamente criadas e instituídas, são integrantes às Forças de Segurança;
- e) seja dada e conferida integral isonomia às Guardas Municipais com os demais órgãos de segurança.

Em agosto de 2023, o Plenário do STF julgou a ação e firmou o entendimento de que as guardas municipais integram o Sistema de Segurança Pública (SUSP) e deu interpretação conforme à Constituição aos artigos 4º da Lei nº 13.022/2014 e 9º da Lei nº 13.675/2018, nos termos do artigo 144, parágrafo 8º, da Constituição Federal (CF), declarando-se inconstitucional todas as interpretações judiciais que excluam as Guardas Municipais como integrantes do SUSP, uma vez criadas e instituídas.

Em relação ao entendimento pelo não conhecimento da ação, os Ministros afirmaram que, em verdade, a medida pretendia impugnar decisão judicial alcançada pelo trânsito em julgado e a ausência de controvérsia judicial relevante (requisito de subsidiariedade), uma vez que o quadro normativo constitucional e jurisprudencial do STF em relação às Guardas Municipais, já permitia concluir se tratar de órgão de segurança pública, além da ilegitimidade ativa da proponente, uma vez que ausente representatividade nacional, consubstanciada na demonstração da presença de associados em ao menos nove Estados da Federação.

Acerca do entendimento pelo conhecimento da ação, os Ministros compreenderam que a jurisprudência da Suprema Corte reconhece o cabimento de ADPF para impugnar um conjunto de decisões judiciais tidas como violadoras de preceitos fundamentais. Desse modo, argumentaram haver farta jurisprudência do STJ, segundo a qual a exclusão das Guardas Municipais do rol de órgãos encarregados de promover a Segurança Pública (incisos do art. 144 da CF) decorreu de opção expressa do legislador constituinte, de maneira que, a Constituição não atribui à Guarda Municipal atividades ostensivas ou investigativas típicas de polícia, o que identificaria a existência de controvérsia judicial relevantes. Reputando-se, ao fim, majoritariamente, pelo preenchimento dos requisitos de admissibilidade e conhecimento da ação.

No mérito, a ação foi julgada parcialmente procedente, compreendendo-se que as guardas municipais, sob o aspecto material, exercem atividade típica de segurança pública, consubstanciada na proteção de bens, serviços e instalações municipais (CF/88, art. 144, § 8º).

A Suprema Corte brasileira não apreciou o pleito autoral referente a completa isonomia das Guardas Municipais com os demais órgãos de segurança.

Neste ínterim, o STJ foi instado no HC nº 830.530/SP, impetrado pela Defensoria Pública do estado de São Paulo, por meio do defensor público Dr. Patrick Lemos Cacicedo e, pela Terceira Seção, sob relatoria do Ministro Rogério Schietti Cruz, reafirmou a consonância entre as decisões



das Cortes sobre o tema, compreendendo-se que as guardas municipais integram o SUSP e exercem atividade dessa natureza. Com efeito, ressaltou-se a não amplitude de atuação das polícias e a vinculação das competências dos órgãos federais e estaduais ao contexto de utilização dos bens, serviços e instalações municipais, conforme atribuição constitucional.

Em relação a situação de flagrância como qualquer do povo poderá fazê-lo, em situações excepcionais, conforme artigo 301 do Código de Processo Penal brasileiro, a Corte fixou parâmetros cumulativos: i) justa causa para a medida (fundada suspeita) e ii) pertinência às atribuições constitucionais. Ou seja, nas palavras do Superior Tribunal “pertinência com a necessidade de tutelar a integridade de bens e instalações ou assegurar a adequada execução dos serviços municipais, assim como proteger os seus respectivos usuários”. Por fim, observou-se, ainda, que as guardas municipais exercem poder de polícia, conforme artigo 78 do Código Tributário Nacional brasileiro (CTN) e também algum poder policial residual e excepcional dentro de suas atribuições constitucionais. Destacando-se na decisão:

[...] 15. **Conquanto não sejam órgãos policiais propriamente ditos, as guardas municipais exercem poder de polícia e também algum poder policial residual e excepcional dentro dos limites de suas atribuições. A busca pessoal – medida coercitiva invasiva e direta é exemplo desse poder, razão pela qual só pode ser realizada dentro do escopo de atuação da guarda municipal.** 16. Ao dispor, no art. 301 do CPP, que “qualquer do povo poderá [...] prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito”, o legislador, tendo em conta o princípio da autodefesa da sociedade e a impossibilidade de que o Estado seja onipresente, contemplou apenas os flagrantes visíveis de plano, como, por exemplo, a situação de alguém que, no transporte público, flagra um indivíduo subtraindo sorrateiramente a carteira do bolso da calça de outrem e o detém. Distinta, no entanto, é a hipótese em que a situação de **flagrante só é evidenciada depois de realizar atividades invasivas de polícia ostensiva ou investigativa, como a busca pessoal ou domiciliar, uma vez que não é qualquer do povo que pode investigar, interrogar, abordar ou revistar seus semelhantes.** 17. A adequada interpretação do art. 244 do CPP é a de que a **fundada suspeita** de posse de corpo de delito é um requisito necessário, mas **não suficiente, por si só, para autorizar a realização de busca pessoal, porque não é a qualquer cidadão que é dada a possibilidade de avaliar a presença dele; isto é, não é a todo indivíduo que cabe definir se, naquela oportunidade, a suspeita era fundada ou não e, por consequência, proceder a uma abordagem seguida de revista.** Em outras palavras, mesmo se houver elementos concretos indicativos de fundada suspeita da posse de corpo de delito, **a busca pessoal só será válida se realizada pelos agentes públicos com atribuição para tanto**, a quem compete avaliar a presença de tais indícios e proceder à abordagem e à revista do suspeito. 18. Da mesma forma que **os guardas municipais não são equiparáveis a policiais, também não são cidadãos comuns**, de modo que, se, por um lado, não podem realizar tudo o que é autorizado às polícias, por outro, também não estão plenamente reduzidos à mera condição de “qualquer do povo”. **Trata-se de agentes públicos que desempenham atividade de segurança pública e são dotados do importante poder-dever de proteger os bens, serviços e instalações municipais, assim como os seus respectivos usuários.** É possível e recomendável, dessa forma, que exerçam a vigilância, por exemplo, de creches, escolas e postos de saúde municipais, para garantir que não tenham sua estrutura danificada por vândalos, ou que seus frequentadores não sejam vítimas de furto, roubo ou algum tipo de violência, a fim de permitir a continuidade da prestação do serviço público municipal correlato a tais instalações. **Nessa linha, guardas municipais podem realizar patrulhamento preventivo na cidade, mas sempre vinculados à finalidade**



da corporação, sem que lhes seja autorizado atuar como verdadeira polícia para reprimir e investigar a criminalidade urbana ordinária. 19. Não é das guardas municipais, mas sim das polícias, como regra, a competência para investigar, abordar e revistar indivíduos suspeitos da prática de tráfico de drogas ou de outros delitos cuja prática não atente de maneira clara, direta e imediata contra os bens, serviços e instalações municipais ou as pessoas que os estejam usando naquele momento. 20. **Poderão, todavia, realizar busca pessoal em situações excepcionais - e por isso interpretadas restritivamente – nas quais se demonstre concretamente haver clara, direta e imediata relação com a finalidade da corporação, como instrumento imprescindível para a realização de suas atribuições.** Vale dizer, salvo na hipótese de flagrante delito, só é possível que as guardas municipais realizem excepcionalmente busca pessoal se, além de justa causa para a medida (fundada suspeita), houver pertinência com a necessidade de tutelar a integridade de bens e instalações ou assegurar a adequada execução dos serviços municipais, assim como proteger os seus respectivos usuários, o que não confunde com permissão para desempenharem atividades ostensivas ou investigativas típicas das polícias militar e civil para combate da criminalidade urbana ordinária em qualquer contexto. (BRASIL, STJ *Habeas Corpus* nº 830.530-SP, p.6-8, grifo nosso)

Assim, denota-se que a Corte Superior firmou que a Guarda Municipal pode realizar patrulhamento preventivo na cidade, mas sempre vinculada à atribuição constitucional, sem autorização para atuação como polícia investigativa ou ostensiva. Ainda, em relação à busca pessoal em situações excepcionais - interpretadas restritivamente – nas quais se demonstre concretamente imediata relação com a finalidade constitucional.

Malgrado as decisões do Plenário do STF e do STJ nos supracitados julgados, encontra-se divergências na compreensão da expressão “fundada suspeita” e à atribuição constitucional conferida à Guarda em decisões monocráticas e acórdãos dos Tribunais.

Por sua vez, em 21 de setembro de 2023, a Associação Nacional de Altos Estudos de Guarda Municipal e o Sindicato da Guarda Municipal de Campo Grande - MS impetraram a Reclamação Constitucional nº 62455/SP contra o acórdão da Sexta Turma do STJ, proferido no HC nº 809.441/SP que, segundo os Reclamantes, teria descumprido a ADPF 995/DF.

Os Reclamantes asseveraram que a Suprema Corte no julgamento da ADPF 995 concedeu interpretação conforme à Constituição aos artigos 4º da Lei nº 13.022/2014 e 9º da Lei nº 13.675/2018, nos termos do artigo 144, parágrafo 8º, da Constituição Federal (CF), declarando-se inconstitucional todas as interpretações judiciais que excluem as Guardas Municipais, devidamente criadas e instituídas, como integrantes do SUSP. No entanto, a Sexta Turma do STJ, no julgamento do referido HC teria negado provimento ao recurso do Ministério Público, por unanimidade, asseverando-se que as Guardas Municipais:

[...] não detém competência para realizar busca pessoal de indivíduos em via pública mesmo quando em sede de fundada suspeita, cabendo a tal força pública realizar busca pessoal tão somente em situações em que a busca pessoal tenha relação clara, direta e imediata com a necessidade de proteger a integridade dos bens e instalações ou assegurar a adequada execução dos serviços municipais (BRASIL. *Habeas Corpus* 809.441/SP. p. 1-2).

Argumentaram os Reclamantes que, nos termos da ADPF 995, a Guarda Municipal como órgão de segurança pública pode realizar busca pessoal conforme artigo 244 do Código de



Processo Penal brasileiro, “não tendo a necessidade de tal atividade de segurança pública estar correlacionada estritamente com a necessidade de proteger a integridade dos bens e instalações ou assegurar a adequada execução dos serviços municipais”, postulando, ao final, pela suspensão da decisão reclamada e, no mérito, a declaração de inconstitucionalidade da interpretação judicial adotada e a cassação da decisão impugnada.

Em 22 de abril de 2024, foi julgada a reclamação supracitada tendo como Ministro Relator Flávio Dino. Em decisão monocrática transitada em julgado, o Ministro relator compreendeu que a questão jurídica controvertida consistia no alegado desrespeito à decisão proferida na ADPF 995/DF. Afirmou que não se justifica nos dias atuais “a atuação separada e estanque de cada uma das Polícias Federal, Cíveis e Militares e das Guardas Municipais; pois todas fazem parte do Sistema Único de Segurança Pública” (Idem, p. 7a), em decorrência disso, “possuem legitimidade inclusive para abordagem de suspeitos de crimes em geral, quando há fundadas razões para a ação” (Idem, p. 7b)

Acrescentou o Ministro que seria incongruente um “órgão de segurança pública de mãos atadas para atender aos cidadãos na justa concretização do direito fundamental à segurança (art. 5º, *caput*, da CF)” (Idem, p. 7c), pois “esvaziaria-se a eficácia o decidido pela Suprema Corte”, à presunção de ilegitimidade de atos administrativos, no caso os concretizadores do Poder de Polícia das Guardas Municipais” (Idem, p. 8a), destituindo-os de autoexecutoriedade.

Com efeito, destacou o julgador integrar a responsabilidade da Guarda Municipal “interromper atividades criminosas ou infracionais, realizando prisões ou apreensões em flagrante, bem como busca pessoal quando houver fundadas razões para tanto (art. 244 do CPP)” (Idem, p. 8b). Segundo o ministro, a fim de evitar subjetivismos, os guardas municipais concretamente teriam que fazer uma “complexa operação interpretativa para discernir essa suposta relação com a proteção a bens, instalações ou serviços municipais” (Idem, p. 9).

Ao final, concluiu pela procedência da reclamação impetrada, com a cassação do acórdão impugnado e a consequente litude das provas obtidas mediante busca pessoal realizada pela Guarda Municipal, bem como das provas derivadas.

Contudo, a referida decisão difere do entendimento colegiado firmado pelas Cortes Superiores na ADPF 995/DF e no HC 830.530/SP. Repita-se: a Constituição Federal estabeleceu expressamente a atribuição constitucional da Guarda Municipal.

Nesse contexto, Diógenes Gasparini adverte:

Os serviços de polícia ostensiva e de preservação da ordem pública, a toda força, não são predominantemente locais, dado destinarem-se a coibir a violação da ordem pública, a defender a incolumidade do Estado e dos indivíduos e restaurar a normalidade de situações e comportamentos que se opõem a esses valores. De fato, a quebra da ordem jurídica e os atentados contra o Estado e os indivíduos são comportamentos que repercutem além dos limites do município, que transcendem suas fronteiras (1998, p. 46-53).

Na mesma linha, a lição de José Afonso da Silva:

Os constituintes recusaram várias propostas no sentido de instituir alguma forma de Polícia Municipal. Com isso, os Municípios não ficaram com qualquer responsabilidade específica pela segurança pública. Ficaram com a responsabilidade por ela na medida em que, sendo entidades estatais, não



podem eximir-se de ajudar os Estados no cumprimento dessa função. Contudo, não se lhes autorizou a instituição de órgão policial de segurança, e menos ainda de polícia judiciária. A Constituição apenas lhes reconheceu a faculdade de constituir Guardas Municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei. Ai, certamente, está uma área que é de segurança: assegurar a incolumidade do patrimônio municipal, que envolve bens de uso comum do povo, bens de uso especial e bens patrimoniais, mas não é de polícia ostensiva, que é função da Polícia Militar. Por certo que não lhe cabe qualquer atividade de polícia judiciária e de apuração de infrações penais, que a Constituição atribui com exclusividade à Polícia Civil (art. 144, §4º), sem possibilidade de delegação às Guardas Municipais (2007, p. 638-639).

Todavia, em 8 de novembro de 2023, foi apresentada a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 57/2023, pelo ex-deputado Jones Moura, que propõe a alteração dos artigos 40 e 144 da CF, visando a transformar a Guarda Municipal em polícias municipais. Conforme a proposta, o novo órgão ficaria responsável pelo policiamento preventivo e comunitário, preservação da ordem pública, proteção de seus bens, serviços, instalações, logradouros públicos e das suas populações. Ainda, na prática, a Guarda Municipal passaria a receber recursos federais e a atuar em operações conjuntas com as polícias. Além disso, não consta da proposta apresentada menção a instituição externa para rígido controle correcional dos atos praticados pela guarda. Atualmente, a proposta encontra-se em análise na Câmara dos Deputados, o que poderá alterar todo mandamento constitucional originário, se aprovada.

4. Estudo empírico no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Para análise da aplicabilidade das decisões proferidas na ADPF nº 995 do STF e HC nº 830.530 do STJ, foi realizada a coleta de dados no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no período de 1º de outubro de 2023 a 31 de março de 2024, meses esses subsequentes as decisões, em pesquisa de jurisprudência livre e por ementa, sem sinônimos, data de julgamento, origem segundo grau, tipo de publicação acórdãos, ordenada por relevância, com as seguintes expressões de busca: “fundada suspeita” e “guarda municipal”.

O recorte da pesquisa apresentou cento e trinta e três acórdãos, decorrentes de oitenta e nove apelações criminais, trinta *habeas corpus* criminais, sete revisões criminais, quatro recursos em sentido estrito e três embargos infringentes e de nulidade, com pedidos de declaração de nulidade em decorrência de ilicitude de abordagem pela Guarda Municipal fora do contexto de suas atribuições constitucionais.

Das oitenta e nove apelações criminais interpostas, verificou-se que setenta e sete tiveram a preliminar de nulidade rejeitada, tendo como parte dos argumentos comuns: “Firmes relatos dos guardas”; “Conduta do apelante representa fundada suspeita que autoriza a busca pessoal”; “Agentes que agiram mediante fundada suspeita e que, como recentemente decidido pelo Supremo Tribunal Federal, integram um sistema único de segurança pública com as demais polícias”; “Busca pessoal devidamente realizada em razão de fundada suspeita”; “Atuação sem fim investigativo ou invasivo. Guardas Civis Municipais que integram o Sistema de Segurança Pública”; “Prejuízo não demonstrado”; “tráfico de crime permanente, a Guarda Municipal, agindo em defesa da sociedade, podia e devia tomar medidas para fazer cessar as atividades ilícitas, haja vista a fundada suspeita da prática criminosa”; “Depoimento de guardas municipais seguros,



coerentes e sem desmentidos – Ausência de motivos para duvidar da veracidade dessas palavras”; “Existência de fundada suspeita para a diligência, a afastar a alegação de ilicitude da prova”; “Comportamento suspeito em local conhecido como ponto de tráfico de drogas e tentativa de fuga ao perceber a aproximação da viatura da Guarda Municipal – Circunstâncias a indicar a justa causa para a atuação dos guardas civis municipais”; “Orientação firmada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal (ADPF 995), no sentido de que as guardas municipais integram o Sistema Único de Segurança Pública (SUSP), e por isso também atuam no combate à criminalidade, podendo efetuar abordagem, mediante fundada suspeita, e a subsequente prisão em flagrante”; “Agentes que podem agir na prevenção da prática de crimes”; “Réu que possuía mandado de prisão expedido contra si”; “GCM integra o Sistema Único de Segurança Pública, devendo agir, em conjunto com os outros órgãos de segurança, no combate à criminalidade”; “estar em ponto de venda de drogas e, com a aproximação da viatura, emitir específica frase de alerta, normalmente utilizada por aqueles que ocupam a posição de vigilante de ponto de narcotráfico, gera a fundada suspeita que autoriza a atuação dos guardas municipais”; “avistaram o acusado em um quadro de fundada suspeita de que estava em poder de drogas”; “três indivíduos, que estavam numa escadaria, correram ao ver a viatura, sendo localizados dois deles (o réu e o adolescente), após patrulhamento pelo local, sendo localizado os entorpecentes. Patente a fundada suspeita sobre situação de flagrante delito”; “Réu flagrado comercializando entorpecentes”; “avistaram uma aglomeração de pessoas e, na sequência, ao serem notados pelo grupo, presenciaram”; “Existência de fundada suspeita por parte de guardas municipais acerca da prática de conduta ilícita pelo réu, o qual, situado em ponto de traficância; “Réu que correu ao visualizar a viatura dos agentes da lei e dispensou a sacola com os entorpecentes”; “Drogas encontradas em uma mochila que estava em poder do acusado, e não em suas vestes. Legalidade da busca pessoal, que se deu após o encontro das drogas. Fundada suspeita caracterizada”; “Existência de “fundadas suspeitas”. Não se verifica ilegalidade na atuação de agentes da lei, que podem abordar qualquer indivíduo que esteja atuando de modo suspeito ou furtivo”.

Por sua vez, em doze apelações foram reconhecidas a preliminar de nulidade afastando-se a atuação inconstitucional da Guarda Municipal, sob os argumentos: “Ilegalidade da atuação de guardas municipais no caso concreto. Inexistência de fundada suspeita, tampouco situação de flagrante notadamente visível, a justificar a abordagem do acusado e sua busca pessoal. Atividades ostensivas e investigativas típicas das polícias militar e civil, para combate da criminalidade urbana, que não são extensíveis à guarda civil municipal”; “Apreensão de drogas realizada por guardas municipais em atividade de polícia judiciária”; “Conduta que extrapolou os limites da competência dos agentes públicos”; “Ilegalidade da atuação de guardas municipais no caso concreto. Inexistência de fundada suspeita, tampouco situação de flagrância, a justificar a abordagem dos acusados e suas buscas pessoais”; “Inexistência de fundada suspeita, tampouco situação de flagrância, a justificar a abordagem dos acusados e a busca efetuada no automóvel”; “Diligência iniciada por meio de denúncia anônima genérica, não esclarecida quanto à sua origem e existência. Apelante que não foi flagrada em atos típicos de traficância ou em atitude suspeita, pois sequer empreendeu fuga do local. Ausência de prévia observação para corroborar a informação recebida”; “Réu que foi abordado em razão, tanto da denúncia anônima, quanto da “atitude suspeita”, consubstanciada por suposta tentativa de fuga ao notar a presença dos guardas. Contexto que, descolado de qualquer outro elemento a ensejar a suspeita do tráfico de drogas, não



autorizava os guardas municipais a avaliar a presença de fundada suspeita para realizar uma busca pessoal, tampouco medidas de varejamento”; “Atividades ostensivas e investigativas típicas das polícias militar e civil, para combate da criminalidade urbana, que não são extensíveis à guarda civil municipal”; “Réu que foi abordado em razão de “atitude suspeita”, consubstanciada por alteração de trajetória em via pública”; “Situação de flagrante que foi evidenciada tão somente após a prática de atividades típicas de polícia, como a busca pessoal. Situação de flagrante posterior que não convalida a ilegalidade prévia da busca, seja ela pessoal ou domiciliar”.

Em relação aos trinta *Habeas Corpus* criminais julgados, apenas um deles teve a ordem concedida, no entanto não foi relacionado a ilicitude da abordagem pela Guarda Municipal, mas sim quanto ao não preenchimento dos requisitos do artigo 313 do CPP para a prisão processual. Ou seja, todas as preliminares de nulidade relacionadas à ilicitude da abordagem pela Guarda Municipal fora do contexto de suas atribuições foram rejeitadas em sede de *habeas corpus* criminais. Na fundamentação tiveram como argumentos comuns para a denegação da ordem e manutenção da prisão: “risco de reiteração delitiva”; “necessidade de garantia da ordem pública”; “Crime permanente”; “fuga”; “elementos objetivos a legitimar a atuação dos agentes estatais”; “paciente ocultava consigo, em tese, coisas que constituem prova da infração penal”; “O Plenário do Excelso STF, no âmbito do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 995/DF, firmou entendimento de que as Guardas Civis Municipais integram o Sistema de Segurança Pública, e por isso também atuam no combate à criminalidade, podendo efetuar abordagem, mediante fundada suspeita”; “Gravidade concreta da imputação evidenciada pela quantidade e natureza de parte dos entorpecentes”; “Esconde algo nas vestes. Necessidade de preservação da ordem pública, diante da reincidência do Paciente e volume de drogas apreendidas”; “Excessivo nervosismo, elementos aptos para, validamente, fundar as suspeitas da ocorrência de crime, em situação flagrancial, o que também autorizava a entrada forçada na residência”; “A Guarda Municipal, agindo em defesa da sociedade, pode e deve tomar medidas como a busca pessoal, para fazer cessar atividades ilícitas, dadas fundadas suspeitas da prática de crime”; “Filmagens de praça municipal indicativa da ocorrência do tráfico de drogas – Pertinência da diligência com a necessidade de tutelar a integridade de bem municipal e de assegurar a adequada execução dos serviços municipais, protegendo seus usuários”; “Motocicleta sem emplacamento e dispensar a motocicleta ao avistar os guardas, empreender fuga e invadir residência, caracteriza a fundada suspeita que justifica a diligência realizada pelos guardas”; “Durante a madrugada os guardas civis municipais avistaram um indivíduo conduzindo uma bicicleta azul, o qual apresentou nervosismo ao avistar a viatura policial”; “Validade da denúncia anônima para deflagrar diligências preliminares”; “Investigação conduzida pela Polícia Civil, tendo o GCM apenas auxiliado nas diligências, pois presta serviços naquela Delegacia, face o reduzido quadro de pessoal”.

Quanto às sete revisões criminais que foram propostas, seis foram julgadas improcedentes, sendo uma parcialmente procedente, todavia relacionada à dosimetria da pena, mas rejeitada a nulidade referente à atuação da Guarda Municipal, ou seja, todas foram rejeitadas acerca da nulidade da atuação da Guarda Municipal, com os seguintes argumentos: “Ação legal dos guardas municipais ao deter o acusado, mediante fundada suspeita, que trazia consigo drogas destinadas ao tráfico”; “Atuação que se justificou pela presença de fundadas suspeitas de que o petionário tinha em depósito as drogas encontradas”; “Ação precedida de fundada suspeita”;



“Função de “proteção municipal preventiva””; “Atuação amparada por fundada suspeita, caracterizada pela visualização da peticionária, em via pública, entregando algo ao adolescente, e posterior busca pessoal”; “tentou empreender fuga – Fundada suspeita para realização da abordagem e consequente busca pessoal”; “confirmando os termos da denúncia anônima”; “competência das Guardas Civis Municipais de colaborar de forma integrada com os órgãos de segurança pública, em ações conjuntas que contribuam com a pacificação dos conflitos que presenciarem e com a paz social”.

Outrossim, os quatro recursos em sentido estrito interpostos pela acusação foram providos determinando-se o processamento da ação penal, sob os argumentos: “Existência de fundada suspeita para a atuação da guarda civil municipal. Inexistência de atos investigativos”; “Abordagem do recorrido e apreensão dos entorpecentes que não decorreu de atividade investigativa, mas de mera averiguação da veracidade de denúncia anônima, sendo constatada, de pronto, atitude suspeita do cometimento de crime, não havendo qualquer evidência de que os guardas municipais extrapolaram suas funções na prisão em flagrante efetuada”; “Avistaram o réu em atitude suspeita de tráfico”.

Por fim, os três embargos infringentes e de nulidade opostos foram rejeitados, sob os argumentos: “Busca e apreensão por guardas municipais realizadas de forma regular, mercê de fundadas suspeitas da prática de crime”; “Guardas que patrulhavam a via pública e foram avisados de que havia crime de tráfico sendo cometido”; “Guardas que avistaram o agente próximo a uma escola municipal em atitude suspeita, tentando se evadir ao perceber a presença dos agentes”.

Vê-se, assim, que a magistratura paulista demonstra relutância em reconhecer a ilicitude probatória quanto à abordagem e busca pessoal realizada por guardas municipais fora do contexto de suas atribuições, pois de cento e trinta e três acórdãos pesquisados cento e vinte e um deles rejeitaram a preliminar de nulidade, mesmo contrariando o mandamento constitucional e jurisprudencial das Cortes Superiores.

Por fim, importa observar que em matéria de normativa nacional, a Constituição Federal⁴, no artigo 93, inciso X e a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB) em seu artigo 20⁵, determinam que a fundamentação dos julgadores deve ser afastada de valores jurídicos abstratos, a fim de demonstrar-se a necessidade e adequação da medida imposta. Todavia, não é o que se vê dos argumentos apresentados pelo Tribunal paulista para negar o reconhecimento da ilicitude, já que dos cento e trinta e três acórdãos analisados apenas em doze foi reconhecida a nulidade apresentada.

5. Considerações finais

Consoante exposto, na primeira seção deste trabalho por meio de revisão de literatura e de decisões das Cortes Superiores buscou-se compreender a construção doutrinária, legislativa e jurisprudencial da expressão fundada suspeita que vêm sendo utilizada para legitimar a realização de abordagens e busca e apreensão em pessoas tidas como em atitudes suspeitas ou em situação suspeita.

Na segunda seção, expôs-se o conteúdo das decisões precedentes na ADPF 995 pelo STF e do HC 830.530 pelo STJ com a legislação pertinente, os parâmetros ora fixados pelo STJ e o projeto de emenda à Constituição em trâmite que busca tornar a Guarda Municipal em “Polícia



Municipal”, contrariando o mandamento constitucional originário e ainda sem rígido controle correcional dos atos por meio de instituição externa.

Já na terceira seção, por fim, foi analisada a aplicabilidade das decisões das mais altas instâncias do Poder Judiciário no Tribunal de Justiça paulista, todavia, verificou-se que de cento e trinta e três acórdãos proferidos apenas doze decorrentes de recurso de apelação criminal declararam a ilicitude e a consequente nulidade da abordagem realizada pela Guarda Municipal fora do contexto de suas atribuições constitucionais, o que contraria tanto o mandamento constitucional, como as próprias decisões precedentes, ou seja, vinculativas das Cortes Superiores. Demonstrando-se que, o que deveria ser extrema exceção e devidamente fundamentado, tornou-se a regra, em prejuízo de direitos e garantias constitucionais e convencionais da pessoa acusada.

Vê-se, ainda, que contrariamente ao mandamento constitucional originário, está sendo criada uma “polícia municipal”, sem o devido controle correcional externo, e conforme mencionado anteriormente, tratam-se de cinco mil quinhentos e setenta municípios brasileiros com as suas conhecidas mazelas estruturais e culturais. Enquanto isso, àqueles que têm o dever e a missão constitucional de vedar as manifestas ilicitudes e declarar as consequentes nulidades processuais, ainda que em uma perspectiva de reduzir danos, majoritariamente, não o fazem, não exercendo o denominado dique de contenção e redução do poder punitivo ora apregoadado por Eugênio Raul Zaffaroni (*et al.*, 2013, p. 40), bem como em nada contribui para diminuir a violência punitiva (Aniyar de Castro e Codino, 2017, p. 416).

Por fim, considerando-se, ainda, as mazelas do sistema carcerário brasileiro, reconhecidamente um estado de coisas inconstitucional, conforme já declarado pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 347 ante a violação massiva de direitos fundamentais, com a superlotação carcerária e sem oferta do mínimo vital às pessoas presas, tornando-se a terceira maior população carcerária do mundo (2023), notadamente o Estado brasileiro ao criar uma polícia municipal e ainda sem o rígido controle correcional externo está promovendo um Estado de polícia (Batista, 2015a, p. 94-5), fato este que contribui ainda mais para ocultar a seletividade penal (Idem, 2015b, p. 46-51) à custa de vidas humanas, tanto aquelas que sofrem como aquelas que exercem.

6. Referências

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 2025. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 jan. 2025.

_____. **Código de Processo Penal**. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Brasília, DF: Senado Federal, 2025. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 13 jan. 2025.

_____. Lei nº 13.022, de 8 de agosto de 2014. **Estatuto Geral das Guardas Municipais**. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em:



https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/113022.htm. Acesso em: 13 jan. 2025.

_____. Lei nº 13.675, de 11 de junho de 2018. **Organização e funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública**. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13675.htm. Acesso em: 13 jan. 2025.

_____. Lei nº 12.376, de 2010. **Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro**. Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12376.htm. Acesso em: 13 jan. 2025.

_____. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. Adotada e proclamada pelo Pacto de São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. No Brasil, Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 13 jan. 2025.

_____. **Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura**. No Brasil, Decreto nº 98.386, de 9 de novembro de 1989. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1980-1989/d98386.htm. Acesso em: 13 jan. 2025.

_____. **Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher** - "Convenção de Belém do Pará", concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994. No Brasil, Decreto nº 1.973, de 1º de agosto de 1996. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%201.973%2C%20DE%201%C2%BA,9%20de%20junho%20de%201994. Acesso em: 13 jan. 2025.

ANDRADE, Vera Regina de. **A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

ANIYAR DE CASTRO, Lola; CODINO, Rodrigo. **Manual de criminologia sociopolítica**. Tradução: Amina Vergara. Rio de Janeiro: Revan, 2017.

BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal** [livro eletrônico]- 9. ed. - São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

BRASILEIRO, Renato. **Manual de Processo Penal**. 12ª. ed. Salvador: Editora Juspodivm: 2023.

BRASIL. Amazonas Atual: **Guarda Municipal terá metralhadora para evitar humilhação**, diz prefeito. Publicação 30 de outubro de 2023. Disponível em: <https://amazonasatual.com.br/guarda-municipal-tera-metralhadora-para-evitar-humilhacao-diz-prefeito/>. Acesso em: 18 jul. 2024.



BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Proposta de Emenda à Constituição Federal (PEC) nº 57/2023**. Autoria ex-deputado Jones Moura. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2402861> e https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2357432&file name=Tramitacao-PEC%2057/2023. Acesso em: 13 jan. 2025.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Audiência Pública da Comissão de Segurança Pública para discutir a PEC 57/2023**, realizada em 5/6/2024. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=fYHtwyG95EY>. Acesso em: 8 jul. 2024.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Resolução CNJ nº 364/2021**. Dispõe sobre a instituição da Unidade de Monitoramento e Fiscalização de decisões e deliberações da Corte Interamericana de Direitos Humanos no âmbito do Conselho Nacional de Justiça. DJe/CNJ nº 8/2021, de 15/1/2020, p. 2-3. **Alterado pela Resolução CNJ nº 544, de 11 de janeiro de 2024**. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original173529202101186005c6e1b06b3.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2025.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Painel de Monitoramento das Decisões da Corte IDH em relação ao Brasil**. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjojODM1ZDkzNGItYzFjZC00YzQ4LWI5NzMtNjM3ZGY3ZDQ1YjJlIiwidCI6ImFkOTE5MGU2LWM0NWQtNDYwMC1iYzVjLWVjYTU1NGNjZjQ5NyIsImMiOjJ9>. Acesso em: 13 jan. 2025.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Superlotação prisional: Judiciário brasileiro apresenta iniciativas em evento nas Filipinas**. Publicado 8 dez. 2023. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/superlotacao-prisional-judiciario-brasileiro-apresenta-iniciativas-em-evento-nas-filipinas/#:~:text=De%20acordo%20com%20os%20dados,total%20est%C3%A3o%20em%20pris%C3%A3o%20preventiva>. Acesso em: 19 jul. 2024.

BRASIL. FOLHA DE SÃO PAULO – UOL. **SP enquadrrou 31 mil negros como traficantes em situações similares às de brancos usuários**. Publicado em 21 de junho de 2024. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2024/06/sp-enquadrrou-31-mil-negros-como-trafficantes-em-situacoes-similares-a-de-brancos-usuarios.shtml>. Acesso em: 18 jul. 2024.

BRASIL. SECRETARIA NACIONAL DE POLÍTICAS PENAIAS. 2024. Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/pt-br>. Acesso em: 19 jul. 2024.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *HABEAS CORPUS* nº 830.530 - SP (2023/0201198-8). Impetrante Defensoria Pública do Estado de São Paulo e Impetrado Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator Ministro Rogerio Schietti Cruz. Terceira Seção. DJE 27.9.2023. Disponível em:



<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/SiteAssets/documentos/noticias/HC%20830530%20-%20Voto%20do%20min.%20Rogerio%20Schietti%20Cruz.pdf>. Acesso em: 29 jun. 2024. BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *HABEAS CORPUS* nº 809.441- SP. Impetrante Defensoria Pública do Estado de São Paulo e Impetrado Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Ministro Relator Jesuíno Rissato. DJE 12 de set. de 2023. Disponível em:

<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=202300875668&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 9 jun. 2024.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial nº 1.977.119/SP, Ministro Relator Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 23 de ag. 2022. Recorrente Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Recorrido Ministério Público do Estado de São Paulo. Disponível em:

<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/SiteAssets/documentos/noticias/RESp1977119%2018082022.pdf>. Acesso em: 29 jun. 2024.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental/DF nº 995. Requerente Associação dos Guardas Municipais do Brasil. Relator Ministro Alexandre de Moraes. DJE 9/10/2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6444398>. Acesso em: 29 jun. 2024.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347. Requerente Partido Socialismo e Liberdade – PSOL. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso em: 17 jul. 2024.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação de Declaração de Constitucionalidade nº 41. Proponente Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - CFOAB. DJE 17/8/2017. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13375729>. Acesso em: 13 jan. 2025.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5.780/DF. Requerente Associação Nacional dos Agentes de Trânsito do Brasil. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. DJE 20/9/2023. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5265761>. Acesso em: 8 jul. 2024.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) nº 5538. Requerente Partido Verde. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4991818>. Acesso em: 12 jul. 2024.



BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) nº 5948. Requerente Partido Democratas - Diretório Nacional. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5467558>. Acesso em: 12 jul. 2024.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Ação Direta de Constitucionalidade (ADC) nº 38. Requerente Procurador-Geral da República. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4852016>. Acesso em: 12 jul. 2024.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *HABEAS CORPUS* nº 81.305-4/GO. Impetrante Marcelo Carmo Godinho e Impetrado Turma Julgadora Criminal dos Juizados Especiais de Goiânia. Ministro Relator Ilmar Galvão. DJE 13.11.2001. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78693>. Acesso em: 1º jul. 2024.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *HABEAS CORPUS* nº 208.240/SP. Impetrante Defensoria Pública do Estado de São Paulo e Impetrado Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6287873>. Acesso em: 1º jul. 2024. BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Reclamação nº 62.455-SP. Reclamante Associação Nacional de Altos Estudos de Guarda Municipal e Reclamada Superior Tribunal de Justiça. Ministro Relator Flávio Dino. DJE 24 abril 2024. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6748417>. Acesso em: 9 jun. 2024.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Relatório Situação dos direitos humanos no Brasil**. Publicação 12 fev. 2021. Disponível em: <https://www.oas.org/pt/cidh/relatorios/pdfs/brasil2021-pt.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2025.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Acosta Martínez e outros versus Argentina**, sentença de 31 de agosto de 2020, tradução livre. Disponível em: <https://jurisprudencia.corteidh.or.cr/vid/883974959>. Acesso em: 13 jan. 2025.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Airtón Honorato e outros versus Brasil (Operação Castelinho)**, sentença 27 de novembro de 2023. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_508_esp.pdf. Acesso em: 13 jan. 2025.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Amrhein e outros versus Costa Rica**, sentença de 25 de abril de 2018. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_354_esp.pdf. Acesso em: 13 jan. 2025.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez versus Equador**, sentença 26 de novembro de 2008. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_189_esp.pdf. Acesso em: 13 jan. 2025.



CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Favela Nova Brasília (Cosme Rosa e Genoveva e outros) versus Brasil**, sentença de 5 de fevereiro de 2017. Disponível em: [https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/atuacao-internacional/sentencas-da-corte-](https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/atuacao-internacional/sentencas-da-corte-interamericana/copy_of_FavelaNovaBrasiliaSentenca.pdf)

[interamericana/copy_of_FavelaNovaBrasiliaSentenca.pdf](https://www.gov.br/mdh/pt-br/navegue-por-temas/atuacao-internacional/sentencas-da-corte-interamericana/copy_of_FavelaNovaBrasiliaSentenca.pdf). Acesso em: 13 jan. 2025.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Fernández Prieto e Tumbiero versus Argentina**, sentença de 1 de setembro de 2020, tradução livre. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_411_ing.pdf. Acesso em: 13 jan. 2025.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Herrera Espinoza e outros versus Equador**, sentença de 18 de outubro de 2022. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_468_esp.pdf. Acesso em: 13 jan. 2025.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Instituto de Reeducação do Menor versus Paraguai**, sentença de 2 de setembro de 2004. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_112_esp.pdf. Acesso em: 13 jan. 2025.

CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS, **Caso Nechiporuk e Yonkalo versus Ucrânia**, sentença de 21 de abril de 2011. Disponível em: <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-204031>. Acesso em: 13 jan. 2025.

JURISPRUDÊNCIA AMERICANA, **Caso George Floyd versus Nova Iorque**. Cito veículo de mídia da Organização das Nações Unidas: <https://news.un.org/pt/story/2021/04/1748312>. Acesso 7 jul. 2024.

DEFENSORIA PÚBLICA DO RIO DE JANEIRO. **Relatório final pesquisa sobre as Sentenças Judiciais por Tráfico de Drogas na Cidade e região metropolitana do Rio de Janeiro**. 2021. Disponível em: <https://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/23d53218e06a49f7b6b814afbd3d9617.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2025.

DONATO, Veruska. **Defensoria entra com ação contra Prefeitura de SP após morador de rua ser atingido no olho por bala de borracha na Cracolândia**. GLOBO. G1. 21 de maio de 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2021/05/21/defensoria-entra-com-acao-contr-prefeitura-de-sp-apos-morador-de-rua-ser-atingido-no-olho-por-bala-de-borracha-na-cracolandia.ghtml>. Acesso em: 13 jan. 2025.

FILHO, Antônio Magalhães Gomes; TORON, Alberto Zacharias. BADARÓ, Gustavo Henrique. **Código de Processo Penal Comentado**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.



GASPARINI, Diógenes. **As guardas municipais na Constituição Federal de 1988**, Revista dos Tribunais. set./1991. v.671.

JESUS, Maria Gorete Marques. **Verdade policial como verdade jurídica: narrativas do tráfico de drogas no sistema de justiça**. Revista Brasileira de Ciências Sociais, v. 35, nº 102, e 3510210, 2020.

JUNIOR, Aury Lopes. **Direito Processual Penal**. – 19. ed. – São Paulo: SaraivaJur, 2022.

JÚNIOR, Sebastião Reis. **Círculo de Estudos pela Internet – CEI. Curso Jurisprudência Penal em debate. Desafios no controle da atividade policial**. Acesso em: 13 jan. 2025.

KONZEN, Lucas P.; GOLDANI, Julia M. “Lugares de tráfico”: a geografia jurídica das abordagens policiais em Porto Alegre. **SciELO**. Artigo Revista Direito GV. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/2317-6172202134>. Acesso em: 25 jun. 2024.

LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal**: volume único. 8.ed. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

LOPES JUNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Moraes da. **Sobre o uso do standard probatório no processo penal**. Consultor Jurídico — Conjur, São Paulo, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jul-26/limite-penal-uso-standard-probatorio-processo-penal/>. Acesso em: 27 jun. 2024.

MARTINS, Carla Fernanda Fritsch; CASTRO, Felipe Matheus de. **Standards probatórios para ingresso em domicílio sem autorização judicial: entendimento fixado pelo STJ no HC nº 598.051/SP**. Disponível em: <https://portal.trf6.jus.br/wp-content/uploads/2023/08/STANDARDS-PROBATORIOS-PARA-INGRESSO-EM-DOMICILIO-SEM-AUTORIZACAO-JUDICIAL-ENTENDIMENTO-FIXADO-PELO-STJ-NO-HC-No.-598.pdf>. Acesso em: 27 jun.2024.

MATIDA, Janaina; ROSA, Alexandre Moraes da. **Para entender standards probatórios a partir do salto com vara**. Consultor Jurídico — Conjur, São Paulo, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-20/limite-penal-entender-standards-probatorios-partir-salto-vara/>. Acesso em: 27 jun. 2024.

MATA, Jéssica Gomes da. **A política do enquadro**. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

MATA, Jéssica da. **Segurança dos Direitos. Política do enquadro e polícia paulista**. Publicado em 14 out. 2020. 1 vídeo (1h15min32s). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=gxB5i5HWffo>. Acesso em: 25 jun. 2024.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 17ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

SEMER, Marcelo. **Sentenciando tráfico: pânico moral e estado de negação formatando o papel dos juízes no grande encarceramento**. 2019. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019. Disponível em:



<https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-21082020-032044/>. Acesso em: 18 jun. 2024.

SEMER, Marcelo. **Controle judicial da ação policial e prova penal, com análise de decisões do STJ**. Curso Popular de Formação de Defensores e Defensoras Públicas. Publicado em: 2 jul. 2024. 1 vídeo (1h45min23s). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=q32h85622jo>. Acesso em: 10 jul. 2024.

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SINHORETTO, J. *et al.* **A Filtragem Racial na Seleção Policial de Suspeitos: Segurança Pública e Relações Raciais**. Figueiredo, I. *Segurança Pública e Direitos Humanos: Temas Transversais*. Brasil: Ministério da Justiça /SENASP, 2014, (Col. Pensando A Segurança Pública, V.5).

TORNAGHI, Hélio. **Instituições de Processo Penal**: volume 3 - Saraiva, 1977.

VALE, Gisele Meneses do; MELO, Maria Adélia Gomes Correia de. As peculiaridades da violência policial no Brasil: entre práticas discursivas e a necessidade de um controle judicial efetivo da atividade policial. **VII Enadir- GT.23 – Violência policial e o sistema de justiça criminal**. Disponível em: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://nadir.fflch.usp.br/sites/nadir.fflch.usp.br/files/upload/paginas/Paper%20-%20Enadir%20.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2024.

VAY, Giancarlo Silkunas. **A Guarda Municipal pode realizar diligências investigativas?**. Justificando – Jusbrasil. 2016. Disponível em: https://www.academia.edu/100754976/A_Guarda_Municipal_pode_realizar_dilig%C3%A2ncias_investigativas. Acesso em: 13 jan. 2025.

ZAFFARONI, E. R. *et al.* **Direito Penal Brasileiro – primeiro volume**. 4ª ed. - Rio de Janeiro: Ed. Revan. 2015.

¹ Segundo Aury Lopes Júnior e Alexandre Morais da Rosa (2019), *standards* probatórios, no processo penal, são critérios para aferir a suficiência probatória, ou seja, a “quantidade” de prova, por meio de critérios rigorosos, necessários para proferir uma decisão e legitimá-la. Janaina Matida e Rosa (2020), explicam que “um *standard* probatório funciona como o sarrafo no salto com vara, podendo ser posicionado mais baixo ou mais alto. A maior ou menor altura imporá, tal como no salto com vara graus distintos de dificuldade ao jogador”.

² Criminalização secundária é a ação punitiva exercida sobre pessoas concretas, que acontece quando as agências policiais detectam uma pessoa que supõe-se tenha praticado certo ato criminalizado primariamente, a investigam, em alguns casos privam-na de sua liberdade de ir e vir, submetem-na à agência judicial, que legitima tais iniciais e admite um processo (ou seja, o avanço de uma série de atos em princípio públicos para assegurar se, na realidade, o acusar praticou aquela ação) (Zaffaroni *et al.*, 2015, p. 43).



³ Sinhoretto conceitua o tirocínio policial como a experiência de rua que um policial adquire para identificar o suspeito ao primeiro olhar com base na fundada suspeita, o que revela a existência de mecanismos como o de filtragem racial (2014).

⁴ BRASIL. CF, art. 93: Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: [...] X - as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

⁵ LINDB, art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018) (Regulamento)

Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas. (Incluído pela Lei nº 13.655, de 2018)



Racismo, Estrutura e Sistema Penal Brasileiro: Uma Historiografia Flauziniana dos Espólios do Brasil-Colônia e do Brasil-Império

***Race, Structure and the Brazilian Penal System:
A Flauzinian Historiography of the Legacies of Colonial and Imperial Brazil***

Jessica Maria Benedetti

Defensora Pública Estadual, Defensoria Pública do Estado de São Paulo

jbenedetti@defensoria.sp.def.br

Resumo

“Corpo Negro Caído no Chão” dissecar a relação estruturante entre racismo e formação das agências de controle social formal no Brasil. Desmistificando o discurso que dilui a questão racial na questão social, Flauzina propõe a tese: foi o racismo – e não a pobreza – que produziu nosso sistema penal. Na presente monografia, nos debruçaremos sobre os espólios de 388 anos de escravidão e suas implicações na constituição da seletividade racial como sustentáculo do programa criminalizante brasileiro.

Palavras-Chave: Racismo, Sistema Penal, Escravidão.

Abstract

"Corpo Negro Caído no Chão" ("Black Body Fallen on the Ground") dissects the foundational relationship between racism and the formation of formal social control agencies in Brazil. Debunking the discourse that dilutes racial issues into social issues, Flauzina posits the thesis that it was racism – not poverty – that produced our penal system. In this monograph, we will delve into the remnants of 388 years of slavery and their implications in establishing racial selectivity as the cornerstone of Brazil's criminalizing program.

Keywords: Racism, Penal System, Slavery.



1. Introdução

Em 2021, a PNAD (Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios) Contínua apontou que os/as autodeclarados/as pretos/as ou pardos/as representavam 56,17% da população no Brasil (IBGE, 2022-A).

Segundo dados oficiais do 12º ciclo de coleta analítica do SISDEPEN (Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional), efetuada em junho de 2022, a população carcerária brasileira somava, àquela época, 837.443 custodiados no total (com uma superlativa taxa de 392,58 presos a cada 100.000 habitantes). No tópico do levantamento acerca da “quantidade de pessoas presas por cor de pele/raça/etnia” (alocadas nas categorias “branca”, “preta”, “parda”, “amarela”, “indígena” e “não informado”) foram computados, contudo, dados sobre apenas 830.714 custodiados, dos quais 170.265 incognitamente constam sob a rubrica “não informado”. Dentre os/as 660.449 presos/as com perfil étnico definido, 109.446 são pretos/as e 343.442 são pardos/as (452.888 no total) – o que significa dizer que, em junho de 2022, dentre os/as custodiados/as nos estabelecimentos prisionais e centros de detenção provisória brasileiras com raça identificada, 68,57% eram pretos/as ou pardos/as.

Se há evidente e indisfarçável sobrerrepresentação da população negra no cárcere e em outros mecanismos punitivos aplicados pelas agências penais formais (Poder Judiciário), há sub-representação nas instâncias de poder, renda, patrimônio e *status*: em 2021, apenas 29,5% dos cargos gerenciais eram ocupados por pretos/as e pardos/as, somente 19% dos grandes estabelecimentos agropecuários (com mais de 10 mil hectares) tinham como proprietários/as pretos/as ou pardos/as e só 32,5% dos/as candidatos/as a Prefeito/a com receita de campanha acima de R\$ 1 milhão autodeclararam-se pretos/as ou pardos/as. Em 2020, segundo dados do Censo da Educação Superior do INEP (Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira), enquanto 47,8% dos/as estudantes de graduação presencial em Pedagogia e 43,7% dos/as matriculados/as em Enfermagem (profissões que, em que pese sua indizível relevância, são historicamente desvalorizadas no Brasil) eram pretos/as ou pardos/as, nos cursos de Medicina o contingente declarado preto/a ou pardo/a era de apenas 25% (IBGE, 2022-B).

De outro lado, em 2021, as taxas de desocupação e subutilização foram, respectivamente, de 11,3% e 22,5% para pessoas brancas, 16,5% e 32% para pessoas pretas e 16,2% e 33,4% para pessoas pardas, sendo que entre aqueles/as com ocupação laborativa, 43,4% dos/as pretos/as e 47% dos/as pardos/as tinham sua força de trabalho empregada em postos de trabalho informais, com limitado acesso à proteção social e à maternidade, à previdência e à observância de direitos trabalhistas.

Branco/as ocupados/as auferiram rendimento mensal médio de R\$ 3.099,00 (cerca de R\$ 19,00 por hora), ao passo que pretos/as perceberam renda de apenas R\$ 1.764,00 ao mês (R\$ 10,90 por hora) e pardos/as, de R\$ 1.814,00 (R\$ 11,30 por hora), com evidenciação da discriminação salarial também entre as pessoas com ensino superior (branco/as com ensino superior completo ganharam 50% a mais que pretos/as e 40% a mais que pardos/as com o mesmo grau de instrução), e isso mesmo após passadas décadas da ampliação do acesso a essa faixa de formação acadêmica, com os programas PROUNI e FIES, criados em 2004 e 1999 (IBGE, 2022-B).



Todas estas são faces de um único projeto ideológico, talvez o mais constante e permanente desde 1549 (quando oficialmente iniciado o tráfico negreiro em terra *brasilis*): o projeto ideológico chamado “racismo brasileiro”, tão estrategicamente negado em nossa história recente.

Em volta dele, orbitaram – e ainda orbitam – silenciosamente, de modo orquestrado, as elites brancas e seus interesses, a Igreja Católica, a Colônia, as agências de controle informal, a intelectualidade e seu projeto de identidade nacional eurocentrado, o Estado, a Polícia e os aparatos (legislativos e judiciários) de repressão penal. Todos juntos, num pacto que se pretendia sorrateiro, silencioso e subterrâneo.

Em um primeiro momento, este pacto implicou na criação de justificativas teóricas e teológicas para a escravidão e a viabilização do comércio negreiro em escalas massivas¹. Em um segundo momento, demandou estratégias das mais vis para o controle e docilização de mentes e corpos negros escravizados e a debelação das formas de insurreição e resistência, permitindo que as riquezas de um Brasil de ciclos (da cana-de-açúcar, ouro, algodão e café) acumulassem-se às custas de muito suor, lamentos e sangue negros. Em um terceiro momento, no longo pós-1888, um ano que nunca acabou, recorreu a tentativas de aniquilação da identidade negra afro-brasileira, *ladino-amefricana*², pelas políticas de “mestiçagem” e embranquecimento – não só da população em si, mas também por meio da assimilação da cultura, da religião, da música e da arte pretas. Em um quarto momento, vendo que este apagamento se fazia impossível, tentou contornar uma história de horrores não admitidos, com mitos dos mais variados: o do “senhor benevolente” (NASCIMENTO, 2016, p. 57-72), o da harmonia entre as raças, o da democracia racial. Em um quinto momento, este mesmo pacto, herdado do Brasil-Colônia, conjugou aos mecanismos de controle do povo negro a estética do descarte e do extermínio.

Se antes capitães-do-mato torturavam ex-escravizados fugidos, hoje é a Polícia quem tortura pretos pobres em favelas, quebradas e delegacias; se antes, corpos pretos, coisificados e explorados pelo regime de trabalhos forçados, eram depositados em navios negreiros e senzalas, hoje são trancafiados e amontoados em prisões; se antes, a vida do preto-mercadoria tinha valor-patrimônio e deveria, apenas por isso, ser preservada, hoje, como diz a canção de Elza Soares, a carne preta é a “carne mais barata do mercado”, descartável, vilipendiável, negligenciável, “que vai de graça pro presídio/ e para debaixo do plástico/ e vai de graça pro subemprego/ e pros hospitais psiquiátricos”.

Tomando por base a obra de Ana Luíza Pinheiro Flauzino, esta monografia propõe-se a, de forma sucinta e pontual, perscrutar a gênese e as funções fundantes do sistema punitivo na sociedade escravocrata (colonial e imperial) brasileira, desde 1500 a 1888 (ano da abolição da escravatura), evidenciando o imbricamento de suas raízes com as do racismo estrutural, bem como os reflexos que esta interrelação (entre punição e raça) operou em nossas instâncias formais de controle, legando-nos ainda hoje a evidente seletividade penal de pretos/as e pardos/as, o autoritarismo policial e a violência social, racialmente dirigida, a la brasileira.



2. Racismo, Estrutura e Sistema Penal Brasileiro

Ana Luíza Pinheiro Flauzina, na obra “Corpo Negro Caído no Chão: O Sistema Penal e o Projeto Genocida do Estado Brasileiro”, dissecar a relação estruturante entre o racismo, de um lado, e, de outro, a gênese e o processo de fortalecimento e expansão das agências de controle formal no Brasil. Em sua dissertação, de importância ímpar para a construção de uma Criminologia Crítica Brasileira, latino-americana, decolonial e que fala a partir de uma perspectiva da “margem”³, Flauzina propõe uma historiografia da punição no Brasil – historiografia esta cuja principal marca é a interdependência existencial e funcional entre Direito Penal, escravidão, consolidação da burocracia estatal e dominação das massas pretas pelas elites brancas dirigentes em nosso país.

Desmistificando o conhecido discurso que busca diluir a questão racial na questão social e que faz estrategicamente, assim, o impacto da discriminação pela cor atenuar-se e, por vezes, desaparecer sob o manto das desigualdades entre classes⁴, Flauzina é enfática ao propor a seguinte tese: é o racismo – e não a pobreza – que *produziu* o sistema penal brasileiro.

É de se dizer: o sistema penal brasileiro foi concebido e formatado antes para controlar a população negra do que a população pobre propriamente dita, embora evidentemente haja interseccionalidades (direcionadas, sobretudo, aos “brancos que de tão pobres são quase pretos”⁵). A seletividade racial é, por conseguinte, o centro e a fundação do arcabouço punitivo em nosso país, e não mera questão lateral, periférica, de segunda importância, produto conjuntural de uma tecnologia de poder.

O racismo, é assim, inscrito, pela criminóloga, “(...) como fonte de uma política de Estado historicamente empreendida para o controle e extermínio das populações negra e indígena na América Latina” (FLAUZINA, 2006, p. 35). E, na trajetória de construção desta política de Estado, conceitos-chave de múltiplas escolas criminológicas foram e são mobilizados e apropriados, sempre com a finalidade última de sustentar a criminalização sistemática das formas de “ser e existir como negro/a” no Brasil:

O medo branco, materializado nas insurreições, impôs a criminalização de toda e qualquer manifestação ou ato que permitisse a reunião dos negros, como o samba, a capoeira, as religiões de matrizes africanas, os curandeiros (“médicos negros”), e o uso do “fumo do negro” (maconha), introduzida no país, de acordo com documento oficial de 1959 do Ministério das Relações Exteriores brasileiro, pelos escravos, que trouxeram sementes da planta escondidas nas *Abayomis*, inaugurando, assim, nossa “guerra contra as drogas” que oculta a cruzada racial (GÓES, 2016, p. 29).

Este programa criminalizante oficial, bem como outros mecanismos de controle social manejados pelas instâncias informais (família, escola, universidade, mídia, igrejas, mercado de trabalho, redes sociais), debruçaram-se, no Brasil, sobre cosmologias, festas, curas litúrgicas, danças e cantigas negras. Sobre o cabelo *black*, *dreads* e tranças. Sobre rodas de capoeira e de samba, bailes *funk*, batalhas de *hip hop* e *rap*. Sobre o candomblé e a umbanda, sobre as práticas religiosas com o uso (sagrado) de álcool e tabaco, sacrifício ritualístico e oferendas de animais, os ritos de passagem e iniciação no culto aos orixás, as “feituas de santo” e as escarificações.



Sobre os batuques e os terreiros. Sobre as prescrições tradicionais de ervas, banhos e benzimentos, tomadas por exercício ilegal da medicina, arte dentária e farmacêutica, charlatanismo ou curandeirismo. Sobre a demarcação de territórios quilombolas e o pleito por cotas raciais em universidades e concursos públicos. Sobre “rolezinhos” em *shoppings centers*. Sobre toda e qualquer forma heterodoxa de “se ganhar a vida”, como a mendicância, os “flanelinhas” e os “camelôs”, as “feiras do rolo”, os pequenos crimes patrimoniais e contrabandos, o jogo do bicho, o uso e o tráfico de substâncias entorpecentes.

E todas estas manifestações culturais do “ser, existir e resistir como negro/a no Brasil” – e do “sobreviver”, muitas vezes *apesar* disto –, ora são etiquetadas com estigmas. Ora são marginalizadas. Ora são traduzidas em tipos penais (criminalização primária), já visando à captação última de sua clientela preferencial potencial. Ora são transformadas em marcas que tornam seus portadores muito mais vulneráveis ao “enquadro” e ao “esculacho”, à criminalização secundária, à seletividade do sistema penal e do aparato policial.

E é este programa criminalizante tão indisfarçavelmente voltado à rotulagem de pessoas pretas como delinquentes, “desordeiras” e infratoras⁶ que Ana Luíza Pinheiro Flauzina esmiuça, ao longo de toda a história brasileira, em sua dissertação de mestrado (2006).

Para tanto, Flauzina parte de uma periodização proposta por Nilo Batista, em “Novas Tendências do Direito Penal”, fragmentando a história do sistema penal brasileiro em quatro fases: (i) colonial-mercantilista, de 1500 a 1822; (ii) imperial-escravista, de 1822 a 1888; (iii) republicano-positivista, a partir de 1889; e (iv) neoliberal, a partir da década de 1990 e vigente, ao menos, até o ano de elaboração e defesa de “Corpo Negro Caído no Chão” (2006).

Passeando, brevemente, por suas constatações acerca dos dois primeiros períodos, buscaremos evidenciar: (a) elementos formatadores centrais; (b) traços herdados pelo sistema punitivo (*lato sensu*) e penal (*stricto sensu*) atual; (c) categorias históricas de pensamentos sociológico-criminológicos instrumentalizadas; e (d) diplomas normativos empregados para o controle (e o etnocídio) da população negra.

3. Uma Historiografia Flauziniana do Sistema Penal Brasileiro

3.1. Os Espólios do Brasil-Colônia

“O sistema penal colonial-mercantilista (...)”, diz Flauzina, “(...) articula a espinha dorsal da lógica de atuação do aparelho repressivo no país” (2006, p. 46) – tamanha é sua importância para a constituição das estruturas do poder punitivo brasileiro.

Nossas origens espelham, segundo a autora, o produto de uma “grande ‘civilização da pilhagem’”, iniciada pela usurpação da terra dos povos indígenas tradicionais, que têm uma relação ancestral e espiritual com as florestas e as matas que habitam, e pela ulterior construção de uma identidade agrária latifundiária monocultora, típica do regime de *plantations*.

Após dizimarem as múltiplas e complexas comunidades originárias, por meio de epidemias (trazidas a bordo das naus ibéricas) e pelos empreendimentos de escravização indígena



(mais voltada a suprir, num primeiro momento, as necessidades do mercado interno da Colônia, ainda em incipiente processo de estruturação), os portugueses financiaram a empreitada cruenta e sanguinária das Bandeiras, debruçada sobre a “descoberta” e o esquadrinhamento dos sertões do Brasil e sobre a necessidade de interiorização da exploração colonial, em busca de riquezas, metais preciosos, mão-de-obra indígena e ocupação colonizadora de territórios ainda em franca disputa com as demais talassocracias da época.

Para além do legado de horror das expedições bandeirantes, marcadas pelas relações de poder opressivas e diametralmente assimétricas entre colonizadores e colonizados – relações estas cujas heranças fazem-se sentir até os dias atuais –, restou claro para a Metrópole portuguesa o quão caro podia ser a empreitada de busca e de subjugação à escravidão dos “negros da terra”, como curiosamente os indígenas eram chamados, na medida em que “a escravização dos nativos era produto de guerras que os bandeirantes precisavam travar” (DOS SANTOS, 2022, p. 44).

É nesse contexto que a escravidão massiva de “negros da África”, outra categoria de “não-brancos” “racialmente inferiores” aos europeus (à qual se subsumem também os índios de pele avermelhada), ascende como opção para a Coroa.

Escorando-se no sistema de classificação hierárquico das etnias, que havia permeado o imaginário e o repertório ideológico da cristandade portuguesa durante a Reconquista Ibérica e as Cruzadas, a alternativa da escravização dos indígenas é paulatinamente abandonada.

Se, num primeiro momento – e por período significativo –, a escravização de nativos conviveu com a alternativa da escravização de africanos, fazendo com que negros ladeassem índios, todos reduzidos à condição de escravos, nos engenhos de açúcar das capitanias hereditárias do Nordeste brasileiro, importantes debates teológico-filosóficos estabelecidos pela Igreja Católica viabilizaram a escolha final pelo tráfico negreiro. Ao final deste debate, como Ynaê arremata, concluiu-se: “aos negros da terra cabia a salvação; aos da guiné, a escravidão” (DOS SANTOS, 2022, p. 50).

E, ressalte-se, muitos dos argumentos religiosos mobilizados nesse debate⁷, todos articulados em torno da desumanização/sub-humanização do negro, explicam a violência e descartabilidade com que corpos pretos foram tratados em nosso país, no âmbito privado e no âmbito público, desde tempos coloniais até a atualidade.

Pois bem. Justificada teoricamente a escravidão dos povos africanos, restava, agora, aos colonizadores a construção de uma metodologia de disciplina e dominação, que coordenasse, subjugasse e docilizasse os corpos dos pretos escravizados para “(...) conformá-los ao trabalho compulsório e, finalmente, naturalizar o lugar de subserviência” (FLAUZINA, 2006, p. 45).

Rituais perversos de “mortificação do eu” (no sentido proposto por Erving Goffman), de mutilação, deterioração e desarticulação de identidade e de apagamento de origens, linhagens e raízes são aplicados aos africanos capturados e vendidos por chefaturas inimigas aos europeus para servirem de escravos nas *plantations* americanas. É por essa razão que, ao lado das instituições totais mais tradicionalmente reconhecidas como tal, isto é, ao lado de manicômios, prisões e conventos (GOFFMAN, 2019), nos parece evidente que poderiam figurar, com muita propriedade, as senzalas e seus grilhões.



Nesse mesmo sentido, como anotado por Flauzina (2006, p. 45), aproximando a categoria foucaultiana da “instituição de sequestro” à nossa realidade marginal *ladino-americana*, Zaffaroni perspicazmente observa:

Entre as “instituições de sequestro” – designação das instituições totais por Foucault – não se encontra presente a *colônia* que, em nossa opinião, deve ser repensada da perspectiva de uma gigantesca “instituição de sequestro” de características bastante particulares. Não é possível considerar alheio a esta categoria foucaultiana, apesar de sua imensa dimensão geográfica e humana, um exercício de poder que priva da autodeterminação, que assume o governo político, que submete os institucionalizados a um sistema produtivo em benefício do colonizador, que lhe impõe seu idioma, sua religião, seus valores, que destrói todas as relações comunitárias que lhe pareçam disfuncionais, que considera seus habitantes como sub-humanos necessitados de tutela e que justifica como empresa piedosa qualquer violência genocida, como argumento de que, ao final, redundará em benefício das próprias vítimas, conduzidas à verdade (teocrática ou científica). Esse exercício de poder, configurador do que Darcy Ribeiro chama de “processo de atualização”, quando alcança as características presentes em nossa região marginal ou na África, dá lugar a uma gigantesca “instituição de sequestro” (ZAFFARONI, 2001, p. 74-75).

O sistema penal brasileiro nasce, assim, para controlar os/as escravizados/as, recorrendo, para tanto, a penas corporais e aparatos de tortura, a capitães-do-mato (recrutados entre os próprios pretos), a tipos penais assentados na “coisificação do/a escravo/a”, à pulverização invisível e atravessadora de mecanismos sofisticados capazes de atuar no nível da formação da vida social e da configuração e programação dos comportamentos dos/as oprimidos/as e vulnerabilizados/as, cuja força de trabalho (braçal e reprodutiva) era condição *sine qua non* para o sucesso da empreitada capitalista-mercantilista.

Diante da imposição dos dogmas católico-apostólico-romanos pela Metrópole portuguesa (ligada, de modo visceral, à Santa Sé) e das visitas inquisitoriais do Tribunal do Santo Ofício às colônias ibéricas, às religiões de matriz africana (e aos cultos tradicionais indígenas) não restou outra alternativa que não a sobrevivência clandestina, eis que herética, à tentativa de hegemonia cristã, sempre fora das vistas dos senhores de escravos e dos espaços públicos.

Essa estigmatização e “demonização” dos cultos, em especial afros, perpetua-se ainda hoje: basta, para tanto, lembrarmos da discussão que ascendeu ao STF sobre a constitucionalidade de leis estaduais que permitem a prática ritualística de sacrifício de animais⁸ e das dezenas de casos de mulheres que perderam a guarda ou o poder familiar sobre seus filhos por iniciá-los na umbanda ou candomblé ou serem, elas próprias, mães-de-santo dirigentes de terreiros⁹.

Outro aspecto de reminiscências coloniais que ainda hoje se faz presente é a confusão entre as esferas pública e privada na administração das penas e processos punitivos. “O sistema penal colonial-mercantil está mesmo situado nos quintais da casa-grande” (FLAUZINA, 2006, p. 48): numa colônia territorialmente fragmentada em capitânias hereditárias, sem burocracia estatal consolidada, a aplicação prática do Livro V das Ordenações Filipinas (que definia os crimes e suas sanções) e o castigo de escravizados/as desviantes cabia aos senhores de escravos. Os açoites, as chibatadas, os ferros em brasa, as máscaras de flandres, a mutilação de partes do corpo ditas não essenciais ao trabalho na lavoura ou doméstico (como orelhas, dedos, unhas, dentes, seios), o anavilhamento seguido de salmoura, o “anjinho”, o tronco: a responsabilidade pela escolha do



meio de punição e seu manejo nos corpos dos/as cativos/as era prerrogativa de seus todo-poderosos proprietários.

Esse exercício ilimitado e absoluto de poder, por um agente privado, na corporalidade preta resiste ainda na atualidade. O que mais seriam senão trágicas releituras contemporâneas dessa prerrogativa colonial os casos de tortura de funcionários negros (mediante pauladas e queimaduras, por ferro de passar roupas, nas mãos – com formato do nº “171”, em referência ao tipo penal de estelionato) por empregadores desconfiados do furto de mercadorias e da quantia de R\$ 30,00, em loja de Salvador/BA, em pleno agosto de 2022¹⁰? E o do adolescente preto em situação de rua que foi despido, amordaçado, amarrado num quarto dos fundos de um supermercado na Zona Sul de São Paulo, em julho de 2019, chicoteado com fios elétricos trançados e ameaçado de morte por seguranças, por tentar subtrair barras de chocolate?¹¹ São inúmeros os exemplos, gravados em vídeo e publicados em redes sociais pelos próprios torturadores, que demonstram que o Brasil do século XXI muito herdou e muito reproduz do Brasil dos séculos XVI, XVII, XVIII e XIX.

Por fim, cabe menção à figura do capitão-do-mato, em geral preto recrutado entre os escravizados e remunerado pelo senhor, responsável por vigiá-los, persegui-los, aplicar-lhes castigos físicos, caçá-los, capturá-los, sufocar revoltas e dismantelar quilombos. Essa categoria intermediária, repleta de liminaridade simbólica, de nem-cá-nem-lá, que gozava da liberdade e de certa dose de prestígio, *status* e distinção em uma sociedade colonial racialmente estratificada, foi clivada pelos senhores de escravos como instrumento estratégico decisivo para a fratura interna da classe de pretos/as oprimidos/as, segmentando-a em, de um lado, negros/as escravizados/as – a serem controlados/as, contidos/as e caçados/as –, e, de outro, pretos libertos caçadores, alçados à condição de algozes de seu próprio povo, sempre a serviço dos interesses opressores. Tal cisão intraclasse é fundamental para a desunião entre semelhantes, tornados desarticulados para um levante genuinamente revolucionário contra o sistema, e, por conseguinte, inofensivos e neutralizados.

O mesmo fenômeno é o que opera, hoje, na “guerra às drogas”: agora, sob o pretexto do combate ao tráfico de entorpecentes, opõem-se pretos/as e pardos/as favelados/as a pretos/as e pardos/as policiais, que, travestidos/as em suas fardas militares de baixa patente, por um soldo quase sempre de fome, enfrentam seus pares num confronto em que, de ambos os lados, os corpos que caem no chão têm, em sua maioria, a mesma cor: a preta¹².

3.2. *Os Espólios do Brasil-Império*

Flauzina aponta que o Brasil-Império, nascido com a proclamação da independência em 1822, “(...) não só assume como sofisticada o projeto colonial” (2006, p. 54).

Com efeito, estando cientes as elites rurais brancas que, à luz do contexto internacional, a abolição da escravatura fazia-se inevitável a médio prazo, trataram elas de espoliar, o quanto mais puderam, os/as escravizados/as da mais-valia de seu trabalho e o Estado Imperial Brasileiro, de qualquer pretensão antiaristocrata possível, enquanto preparavam a transição gradual do paradigma de conservação e subjugação dos corpos pretos para o paradigma de seu descarte:



Nesse sentido, o Império aparece como um espaço arquitetado para evitar as rupturas, sedimentar as continuidades e dar o sinal definitivo de que ao projeto do controle somar-se-ia o do extermínio. Não conseguindo enxergar no segmento negro nada além de sua “vocação” para o trabalho compulsório, era preciso criar as condições para gerenciar aquele contingente e o inviabilizar coletivamente em termos sociais (FLAUZINA, 2006, p. 53).

São nessas quase 07 (sete) décadas que separam 1822 da proclamação da República (em 15/11/1889) que o Brasil testa, pela primeira vez, o desalinho entre discurso e *práxis* – ou melhor, inaugura uma interpretação “funcional”, profundamente enviesada e distorcida, dos valores discursivos “civilizatórios”, a fim de acomodar práticas que contra eles se chocam frontalmente.

Fazia-se necessário, pois, validar um “salto triplo carpado hermenêutico” que ao liberalismo iluminista (o qual, importado da Europa, era o cerne axiológico da Constituição de 1824) permitisse conviver, nos trópicos, com o instituto da escravidão.

E, para tanto, mais uma vez, serviu o estatuto desumanizador dos corpos pretos. Aos brancos livres, a cidadania, direitos constitucionais e as garantias do processo penal limitador do poder estatal; aos/às pretos/as “bestializados/as” postos/as sob o jugo da escravidão, o *status* de mercadoria (com valor adstrito a sua utilidade econômico-negocial e somente enquanto esta durar), apenas excepcionado para fins punitivos, já que, aos olhos do Código Criminal do Império de 1830 (especificamente de seu Artigo 60)¹³, não só poderiam os/as escravizados/as ser sancionados/as pela prática de crimes (o que denota sua condição de “sujeitos” penalmente imputáveis), como também sofrer penas cruéis (açoites, torturas e marcas de ferro quente), já abolidas para os “cidadãos” brancos (pelo Artigo 179, XIX, da Constituição Política do Império do Brasil, de 1824).

Neste sentido, em “Racismo Brasileiro – Uma História da Formação do País”, Ynaê Lopes dos Santos bem indica que, ao contrário do que um olhar menos atento e historicamente contextualizado poderia nos fazer supor, “ao longo do século XIX, a herança do pensamento iluminista foi fundamental para o desenvolvimento do racismo científico (...)” (2022, p. 94). Assim, criações teóricas como a “Teoria das Variedades das Espécies Humanas”, de Lineu, a “Teoria da Degenerescência”, de Georges-Louis Leclerc, a “Teoria das Origens Múltiplas da Humanidade”, de Charles White, e o debate mais amplo entre monogenia e poligenia servem a um propósito bastante útil para as elites e classes dominantes: reforçar a crença na desigualdade dita “natural”, intrínseca, entre “classes” distintas de seres humanos como justificativa à origem e manutenção de seus privilégios.

O conceito de “raça” é marcador aplicado, neste contexto, para identificar os eleitos que fariam jus aos direitos da liberdade, igualdade e fraternidade e a todo o ideário da razão e civilidade garantidos pela dupla Iluminismo-Liberalismo, limitando seu usufruto a um grupo predelineado e restrito, o grupo dos “Homens-Cidadãos”: os homens brancos europeus. E isso porque “aqueles que estavam sujeitos à escravidão eram serem humanos biologicamente inferiores, assim como os não brancos incivilizados, que, se não fossem escravizados, deveriam ser ‘salvos’ pela colonização” (DOS SANTOS, 2022, p. 95).



Neste sentido, a Constituição Imperial de 1824, enquanto documento que simboliza o projeto de poder vitorioso para um Brasil recém-declarado independente dois anos antes, é exemplo de carta fundante que, pelos silêncios eloquentes, permitiu, por mais seis décadas, a convivência conveniente entre liberalismo e escravatura.

Os termos “raça” e “negro” não são mencionados no texto constitucional, de modo que não se adotou explicitamente a pertença racial como critério de inclusão ou exclusão no rol da cidadania brasileira. O cerceamento da real integração dos “cidadãos de cor” na vida política do país deu-se através de mecanismo bem mais sofisticado e menos alardeante.

Por isso, nunca perdendo de vista a premissa de que “o Brasil foi construído a partir dos não ditos sobre raça e racismo” (DOS SANTOS, 2022, 117), é importante compreender a dinâmica que jaz por trás de um jogo de palavras calculado na redação do *caput* do Artigo 179 da Constituição Imperial de 1824 – dispositivo este que, ao inaugurar uma listagem de 35 incisos contendo direitos fundamentais (de primeira geração) e diretivas gerais para a organização do Estado Brasileiro, assim previa: “A inviolabilidade dos Direitos Cíveis, e Politicos dos *Cidadãos* Brasileiros, que tem por base a *liberdade*, a segurança individual, e a *propriedade*, é garantida pela Constituição do Imperio pela seguinte maneira (...)” (grifos nossos e redação original preservada). A fórmula, sutil, aqui empregada foi esta: apenas livres e libertos eram qualificáveis como “cidadãos brasileiros”¹⁴ e apenas a eles se garantiriam direitos cíveis e políticos baseados na *liberdade*; os escravizados, por sua vez, são *propriedade* – e, por conseguinte, eles próprios, direito garantido de seus senhores, não atraindo para si o estatuto da proteção jurídico-constitucional ínsito à cidadania.

Simultaneamente, a estratégia da “assimilação [ainda que meramente *pro forma* – aqui assinalo] do liberto como cidadão brasileiro” (DOS SANTOS, 2022, p. 119), franqueada pelo Artigo 6º, I, da Constituição Imperial de 1824, atenuou o risco de revoltas antissistêmicas de ex-escravizados pela sonegação, a si, de direitos cíveis e políticos, afastando o fantasma do “haitianismo” e arrefecendo o medo da criação de laços de solidariedade, identificação mútua e revolta entre os escravizados e a população livre de cor. Dividiu-se, ainda que retoricamente, a população a ser controlada.

Contudo, a assimilação do negro liberto à cidadania brasileira era sobrepujada, na prática, por uma série de contrapesos construídos no sistema eleitoral, que, à época, era indireto e censitário: em resumo, apenas os negros libertos de 25 anos – ou maiores de 21 anos, se casados, oficiais militares, bacharéis formados ou clérigos de ordens sacras –, com renda anual líquida maior que 100.000 réis poderiam participar das chamadas “eleições paroquiais” (cujo objetivo era eleger os “eleitores de província”). Sua participação política encerrava-se, necessariamente, nesta primeira etapa, pois o Artigo 94, II, da Constituição de 1824 impedia expressamente que os libertos, ex-cativos, qualquer que fosse sua renda (isto é, ainda que satisfeita a condição de renda líquida anual de 200.000 réis em bens de raiz, indústria, comércio e emprego estipulada no inciso I daquele mesmo dispositivo), concorressem à função de “eleitores de província” (responsáveis, a seu turno, pela escolha de Deputados, Senadores e Membros dos Conselhos de Província). E ser qualificável à função de “eleitor de província” era condição *sine qua non* para a candidatura aos cargos do Poder Legislativo, os quais exigiam, ainda, no caso da Câmara dos Deputados, renda anual de 400.000 réis, e no caso do Senado, idade maior que 40 anos, “saber, capacidade e



virtudes”, com preferência àqueles que tenham feito serviços à pátria, e renda anual de 800.000 réis¹⁵.

Alta renda e liberdade ingênita: eis os obstáculos que apartavam (o último incontornavelmente) os negros libertos do exercício pleno da cidadania em sua dimensão política durante o Império.

É também neste agitado interregno histórico que a primeira penitenciária brasileira foi fundada (Casa de Correção do Rio de Janeiro, cuja edificação iniciou-se em 1834 e inauguração ocorreu em 06/07/1850). E seu surgimento justamente neste período não é obra do acaso. Ao revés, é um dos sinais do processo de deslocamento do *locus* de exercício do poder punitivo dos quintais das fazendas aos calabouços, do âmbito privado para o âmbito público (existencialmente comprometido com o privado, contudo).

Tendo como pano de fundo a intensa urbanização (ocorrida com a vinda da família real e a transferência da corte portuguesa para o Brasil, em 1808), o surgimento de novas formas de escravidão urbana (como a escravidão de ganho)¹⁶ e, posteriormente, a heterogeneização dos/as negros/as (escravizados/as, libertos/as e africanos/as livres) nas cidades (heterogeneização que se dá a partir de 1831, quando promulgada a Lei Feijó, a qual proibia, ainda que “pra inglês ver”, o tráfico negreiro, e que se acentua em 1850, com a Lei Eusébio de Queirós), fazia-se imperioso remodelar a arquitetura punitiva para dar conta de controlar uma pungente população negra, que se massificava e se aglomerava, tornando-se a maioria demográfica dos núcleos urbanos em formação.

O que movia, em suma, a classe dirigente a essa época era o medo¹⁷.

O grande temor das elites brancas era que a experiência da Revolução Haitiana se repetisse no Brasil. A Revolução Haitiana foi uma insurreição escrava e anticolonial ocorrida entre 1791 e 1804, na colônia antilhano-francesa de Saint Domingues, futuro Haiti, sob a liderança de Toussaint Louverture e Jean-Jacques Dessalines, pela qual, sob a inspiração da Revolução Francesa, os/as escravizados/as não só se autolibertaram dos grilhões da escravatura, abolindo-a, como destruíram “a mais lucrativa colônia europeia de seu tempo”, proclamaram a independência, massacraram senhores de escravos franceses e criaram um verdadeiro “Estado negro nas Américas, se transformando num símbolo de resistência escrava em todo o hemisfério, um exemplo de que era possível vencer os senhores” (REIS, 1996, p. 27)¹⁸.

Para além da ameaça que o exemplo haitiano representava, o cenário político interno era de imensa tensão. O século XIX foi palco de inúmeras insurreições populares no Brasil, dentre as quais se fizeram notáveis a Setembrada (Maranhão, 1831-1832, e Pernambuco, 1831-1834), a Cabanagem/Guerra dos Cabanos (Província do Grão-Pará, 1835-1840), a Revolta dos Malês (Bahia, 1835) – e sua pouco conhecida e impressionante marcha contra a escravidão, de cerca de 6 centenas de escravizados, pelas ruas de Salvador/BA, com maciça adesão de africanos muçulmanos de língua iorubá –, a Farroupilha/Guerra dos Farrapos (Província de São Pedro do Rio Grande do Sul, 1835-1845), a Sabinada (Bahia, 1837), a Balaiada (Maranhão, 1839-1841) e a Revolução Praieira (Pernambuco, 1848-1850).

Para controlar os imensos riscos de ruptura institucional, social e do modo de produção, vê-se, assim, um duplo movimento: de um lado, a expansão do Direito Penal em direção à



criminalização primária das formas de vida da população preta escravizada, e, de outro, a criação de um aparato policial mais robusto, bem como de um ainda tímido sistema carcerário, pronto para servir de depósito de pretos/as “desviantes” (sobretudo dos/as libertos/as e livres), que ousassem infringir a ordem vigente, que ousassem existir com sua negritude. “Aos negros não é facultado o exercício de uma liberdade sem as amarras da vigilância. Assim, longe da cidadania, a sociedade imperial apreende os negros no desempenho de dois papéis: o de escravos ou criminosos” (FLAUZINA, 2006, p. 58).

No primeiro destes polos, merecem ênfase, consoante listado por Flauzina, a criminalização das seguintes condutas “subversivas”: (a) insurreição (Artigo 113 do Código Criminal de 1830¹⁹), com pena de morte para as lideranças; (b) o direito de ir e vir dos pretos, limitado por decretos que o condicionava à apresentação de cédulas de autorização assinadas pelo seu senhor ou de passaporte emitido por Juiz de Paz ou Criminal (se libertos/as); (c) cultos de origem africana, batuques e reuniões de mais de 03 escravos, enquadrados nos signos da “perturbação à ordem pública” e da “contrariedade à moral e aos bons costumes” (neste sentido, Artigos 276²⁰ e 280²¹ do Código Criminal do Império de 1830); (d) a prática de vendas em casas públicas de negócio, a titularidade de imóveis, a inobservância de toque de recolher, a habitação de cidades e subúrbios longe de seus senhores, todas por escravos, vedadas e punidas por posturas e leis municipais; (e) a vadiagem e a mendicância (Artigos 295²² e 296²³ do Código Criminal do Império de 1830) (FLAUZINA, 2006, p. 56-58).

No segundo dos polos, a estrutura burocrática estatal, porosa aos interesses das classes dirigentes (anotando-se, aqui, que o voto censitário, por renda, foi extinto apenas com a Constituição de 1891), é colonizada e instrumentalizada para proteger e prolongar o tempo de vida da instituição da escravatura.

Há, ainda, a transferência de poderes da magistratura para a autoridade policial, o que atribui à polícia urbana o papel de “(...) novo feitor, agora do Estado, que era constituído de senhores proprietários” (DUARTE, E. apud FLAUZINA, 2006, p. 59) – feitor este incumbido de sempre suspeitar dos negros, de selecionar exemplos para a punição-espetáculo (pública, visível, oficial e jurídica) e de massacrar a grande massa nos calabouços e porões prisionais, sempre no nível mais primário e orgânico (o do corpo), com força bruta, sem quaisquer limites, no escuro e subterraneamente.

Com a Corte de Dom João VI, desembarcaram na “Versalhes Tropical” – o Rio de Janeiro – uma série de réplicas abrazeiradas de instituições lisboetas, transplantadas sem grandes adaptações, com o intuito de espelhar na Colônia uma espécie de extensão burocrática da Metrópole do Império Lusitano. Dentre elas, figurava a Intendência-Geral da Polícia da Corte, que teve papel central na docilização e subjugação dos corpos pretos livres, libertos e escravizados.

A Intendência-Geral da Polícia da Corte e Reino portuguesa foi criada, em Lisboa, em 1760, no reinado de Dom José, tendo aglutinado em torno de si incumbências judiciárias, administrativas, assistenciais (articulando-se, inclusive, com instituições beneficentes como a Real Casa Pia e a Junta do Promedicato), de controle sanitário e dos índices de criminalidade, da manutenção da segurança, da fiscalização da circulação pelas vias públicas e de vigilância e



expurgo aos indivíduos potencialmente desviantes, em contexto de crescente urbanização. Espécie de herdeira dos antigos institutos dos “quadrilheiros”, “alcaides”, “meirinhos” e “juízes de crime da cidade de Lisboa”, com “(...) competência para investigar e prender os autores de diversos crimes, como era o caso do delito de furto, feitiçaria, alcovitaria, jogo, barregania, assim como os vadios, os homens de má fama e os estrangeiros que não justificassem a sua presença na cidade (...)” (GRAES, 2021, p. 351) e perscrutar a vida de mulheres solteiras com estilo de vida “escandaloso” e reputação dissonante aos “bons costumes”, a Intendência-Geral da Polícia da Corte e Reino encarna a imagem de um Estado Policialesco todo-poderoso, que prende, sentencia e pune vulneráveis com rigor e ferocidade, sem garantias processuais e quaisquer limites repressivos.

Como assinala Leila Mezan Algranti, em “O Feitor Ausente – Estudo sobre a Escravidão Urbana no Rio de Janeiro”, na Colônia, a Intendência Geral da Polícia da Corte e do Estado do Brasil, criada por alvará de 10/05/1808 e confiada até 1821 a Paulo Fernandes Viana, tinha antes a função de “(...) órgão repressivo que visava principalmente controlar a população subjugada ao cativo (...)” (ALGRANTI, 1983, p. 28), do que a de disciplinar a mão-de-obra necessária à industrialização e ao trabalho industrializado, como ocorria no Velho Mundo, por meio da reclusão em *workhouses* (incumbência que estava no enalço de sua irmã lisboeta). E, para tanto, instrumentalizou os castigos e suplícios físicos (que desapareciam paulatinamente na Europa) em favor da repactuação da instituição escravista no período joanino²⁴.

A Intendência, passa a contar, em seu organograma, com a Guarda Real de Polícia (composta por oficiais e soldados recrutados do Exército regular e responsável pelo patrulhamento da cidade carioca em rondas, inclusive noturnas, conhecidas como “morcegos”, pela debelação de contrabandos, bulhas, motins e desordens, bem como pela manutenção da “tranquilidade pública” e da “ordem civil”) e com a Divisão Militar da Polícia, esta última posta sob a direção do Major Manuel Nunes Vidigal (ALGRANTI, 1983, p. 29-31), “o terror dos vadios e ociosos” (HOLLOWAY, 1997, p. 48), com suas folclóricas “ceias de camarão”²⁵ e surras de chicote, à revelia de qualquer regulamento ou procedimento legal.

Torna-se, assim, a incubadora da Polícia Militar brasileira contemporânea e de suas práticas e ações racialmente dirigidas (DOS SANTOS, 2021, p. 103):

A Guarda Real estabeleceu padrões característicos para a força policial de linha de frente do Rio de Janeiro nos períodos posteriores de mudança ideológica e experimentação institucional. Os praças saíam das classes sociais inferiores livres, que eram alvos importantes da repressão policial. Dispunham de ampla liberdade de movimento ao executar suas missões, seguindo as orientações dos administradores civis e juízes que mantinham o controle global. E seus métodos espelhavam a violência e brutalidade da vida nas ruas e da sociedade escravocrata em geral. Outro ponto de semelhança com os padrões posteriores é que a polícia se organizou desde o início como instituição militar, de modo que sua força coercitiva podia ser controlada pela disciplina, canalizada pela hierarquia e dirigida a alvos específicos. A justificativa fundamental das organizações militares é concentrar, regular e dirigir forças contra o inimigo. O inimigo da polícia do Rio de Janeiro era a própria sociedade – não a sociedade como um todo, mas os que violavam as regras de comportamento estabelecidas pela elite política que criou a polícia e dirigia a sua ação. Pode-se ver esse exercício de concentração de força como defensivo, visando a



proteger as pessoas que fizeram as regras, possuíam propriedade e controlavam instituições públicas que precisavam ser defendidas. Mas também se pode vê-lo como ofensivo, visando a controlar o território social e geográfico – o espaço público da cidade –, subjugando os escravos e reprimindo as classes inferiores livres pela intimidação, exclusão ou subordinação, conforme as circunstâncias exigissem.

(...) A polícia era um exército permanente travando uma guerra social contra adversários que ocupavam o espaço a seu redor. O contato com o inimigo advinha de ações guerrilheiras dos bandos de capoeira, de atos subversivos como fugir ao controle de seu dono e recusar-se a trabalhar, e de uma infinidade de pequenas violações individuais, que iam do pequeno furto ao atrevimento de ficar nas ruas depois do toque de recolher (...) (HOLLOWAY, 1997, p. 50).

Dentre os motivos preponderantes para as prisões no mandato de Vidigal, figuravam a fuga (de escravos, muitas vezes capturados em desmantelamentos de quilombos formados nas encostas dos morros cariocas), a capoeira (atividade na qual eram genericamente enquadrados tanto os integrantes das “badernas” ou “maltas” – grupos hierarquizados, sob lideranças conhecidas, que travavam entre si disputas pela posse de territórios²⁶ –, como pessoas detidas por “desordens em grupo”, com arremessos de pedras, assovios característicos e porte de porretes, navalhas e armas brancas), a agressão física contra pessoa de mesma origem e classe social (categoria na qual não se enquadrava a violência de cativos contra senhores de escravos ou ingênitos) e pequenos furtos, sobretudo de artigos de vestuário e alimentos (HOLLOWAY, 1997, p. 51-53)²⁷. É evidente o recorte racial da agência policial já em seus primórdios: não à toa “o major Vidigal (...) alegava que a pele negra já era por si só um indício de criminalidade – uma prática que atravessou toda a história do Brasil Império e que até hoje se faz sentir na atuação da Polícia Militar” (DOS SANTOS, 2022, p. 103).

De mais a mais, com a extinção da figura dos capitães-do-mato na década de 1820 e a transferência do controle das fugas de escravizados à Guarda Real, senhores de escravos e Polícia articulam-se, amalgamando Direito Penal Público e interesses domésticos, numa matriz de “(...) indistinção entre público e privado no exercício do poder penal (...)”, que se torna definitivamente enraizada “(...) na equação hegemônica brasileira” (BATISTA, N. apud FLAUZINA, 2006, p. 61).

Exemplo bastante ilustrativo é a oferta, por este novo Estado-Polícia que se constituía, aos senhores de escravos, mediante recolhimento de taxas, do serviço de açoite corretivo, visando à punição disciplinar no Calabouço (cárcere construído exclusivamente para cativos, fossem eles delinquentes, fugitivos ou em depósito).

Estão lançadas, assim, as fundações para o autoritarismo policial, e mais, para uma sociedade autoritária como um todo, “(...) acostumada com hierarquias de mando, que usa de uma determinada história mítica do passado para justificar o presente (...)” (SCHWARCZ, 2019, p. 35), reproduzindo estruturalmente, até a atualidade, o vigilantismo colorista²⁸ a qualquer preço:

(...) a escravidão foi bem mais que um sistema econômico: ela moldou condutas, definiu desigualdades sociais, fez de raça e cor marcadores de diferença fundamentais, ordenou etiquetas de mando e obediência, e criou uma sociedade condicionada pelo paternalismo e por uma hierarquia muito estrita (SCHWARCZ, 2019, p. 27-28).



Nesta hierarquia muito estrita de mando e obediência, moldada e justificada pelas Teorias Científicas da Raça, a descartabilidade do corpo preto “inferior” e do corpo mestiço “degenerado” dá ensejo ao genocídio negro brasileiro, projeto ainda hoje persistente, com números de guerra e estatísticas assustadoramente próximas a conflitos civis da atualidade, como os da Síria (2011), do Iêmen (2015) e do Afeganistão (1978) (SCHWARCZ, 2019, p. 34): dos 47.503 assassinatos ocorridos no Brasil em 2021 (equivalentes a 2,7% dos homicídios em 102 países), 77,9% vitimaram negros/as; a taxa de negros/as vítimas da letalidade policial é de 4,5 por 100.000 habitantes (contra 1 a cada 100.000 habitantes entre brancos/as); 67,7% dos 190 policiais mortos no exercício de suas funções em 2021 eram pretos/as (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA: 2022, p. 14). A carne mais barata do mercado era e é a carne negra.

Cunhado e introduzido, no início do século XIX, nas ciências naturalistas europeias por Georges Cuvier, com a finalidade específica de categorizar os vários grupos humanos a partir de suas características biológicas permanentes e estáveis (catalogando-os nas subespécies caucasiana, etiópica e mongólica (SEYFERTH, 2018, p. 176)), o termo “raça” exsurge denotando a ruptura com a tradição iluminista centrada na visão unitária da humanidade e com a Teoria Humanista Rousseauiana (cingida, por sua vez, pelo conceito da “perfectibilidade humana” e pela noção do “bom selvagem”).

Se o ideal da “igualdade” propagado pela Revolução Francesa tendia “(...) a considerar os diversos grupos como ‘povos’, ‘nações’ e jamais como raças diferentes em sua origem e conformação (Stocking, 1968: 28)” (SCHWARCZ, 1993, p. 47), amparada por instrumentos e métodos que conferiam àquele discurso pseudocientífico ares de sofisticação intelectual e confiabilidade (tais como a craniologia técnica, a frenologia, a antropometria e a antropologia física), a invenção do conceito de “raça” debruça-se agora sobre a – suposta – interrelação entre fenotípica e fenômenos como a criminalidade e a loucura (tidos como físicos e hereditários).

E, a partir da exploração ideológica e apropriação discursiva desta alegada interrelação, o constructo social da “raça” permitirá, às mesmas elites que o fabricaram, lançar critérios (autodeclarados “neutros”) tanto para hierarquizar tipos biológicos e sociedades (de acordo com seu “grau civilizatório”), como para, aliado à eugenia, à antropologia criminal e ao darwinismo social, justificar, ao longo das décadas seguintes, políticas públicas segregacionistas, de esterilização forçada de indivíduos “inferiores” e de branqueamento da população, *Apartheids*, holocaustos (judaico e afro-americano), o neocolonialismo europeu em territórios africanos e asiáticos e, mais recentemente, ainda que de forma não ostensiva, o encarceramento em massa da população negra:

Retornando a Hipócrates, o poligenismo insistia na ideia de que as diferentes raças humanas constituiriam “espécies diversas”, “tipos” específicos, não redutíveis, seja pela aclimação, seja pelo cruzamento, a uma única humanidade. Nas palavras de Hannah Arendt, com o poligenismo punha-se fim não só “às leis naturais que previam um elo entre os homens de todos os povos, como à igualdade, à comunidade e à troca” (1973:77). A “perfectibilidade” anteriormente encontrada no “bom selvagem” agora lhe era recusada, assim como era questionado o voluntarismo, próprio do século das Luzes (SCHWARCZ, 1993, p. 49).



Em “O Espetáculo das Raças: Cientistas, Instituições e Questão Racial no Brasil – 1879 – 1930”, Lilia Moritz Schwarcz disserta sobre a distinta perspectiva que a Antropologia Física (abordagem teórica a que se filiaram a “Sociedade Anthropologica de Paris”, de Paul Broca, a “Escola Craniológica Francesa”, de Gall e Topinard, e a “Escola Americana de Poligenia”, de Morton) adotava em relação à Etnologia (abordagem teórica a que se filiaram as “Sociedades Etnológicas” de Paris, Londres e Nova York), consignando, ainda, as adaptações e mesclas conceituais que a importação de tais disciplinas para o Brasil ensejou.

Os estudos *antropológicos* partiam, então, de uma base teórica poligenista (atribuição de origens distintas e independentes às diversas “raças” humanas, que descenderiam de centros geográficos diversos de criação e gênese), sustentada pela “Teoria da Imutabilidade das Raças”, pelo ideário de preservação das “raças puras” e de condenação à hibridação humana, em razão da suposta esterilidade dos indivíduos miscigenados (é deste olhar que nascerá futuramente a noção de “Mulato/Mestiço Degenerado”).

De outro lado, as análises *etnológicas* davam-se por um viés monogenista, que, a partir da interpretação das escrituras bíblicas, afirmava como única a origem do gênero humano e retratava a humanidade como “gradiente de virtualidade”, pautado pelo nível de proximidade ou distanciamento do Éden (SCHWARCZ, 1993, p. 48). Após a publicação de “A Origem das Espécies”, por Charles Darwin, em 1859, e a comprovação irrefutável, no campo das ciências naturais, da “Teoria da Evolução das Espécies” pelo mecanismo da seleção natural, os estudiosos filiados às Sociedades Etnológicas (de que são exemplos Quatrefage e Agassiz) passam a trabalhar a hipótese do “aprimoramento evolutivo das raças” (SCHWARCZ, 1993, p. 54). Também a esta corrente aderem os *antropólogos culturais* ou *etnólogos sociais* (dentre os quais Morgan, Tylor e Frazer), para quem o desenvolvimento da cultura de todos os povos dá-se em estados sucessivos e obrigatórios de complexidade (“Evolucionismo Social”), estando a humanidade uma otimistamente fadada à civilização e ao progresso, sempre em escala ascendente e contínua (SCHWARCZ, 1993, p. 57-58).

Ao lado do “Evolucionismo Social”, o “Determinismo Geográfico” (de Ratzel e Buckle) e o “Determinismo Racial” (de E. Renan, G. Le Bon, H. Taine e Gobineau) compõem o rol de escolas deterministas que moldaram as ciências humanas no final do século XIX. Este último, também conhecido como “Teoria das Raças”, apoia-se em dois pressupostos analíticos centrais: (i) a existência de grupos humanos inferiores lidos pela chave analítica da “diferença” ontologicamente imodificável (para E. Renan, negros, amarelos e miscigenados, “incivilizáveis, não perfectíveis e não suscetíveis ao progresso” (RENAN apud SCHWARCZ, 1993, p. 62); para Gobineau, especialmente as “sub-raças mestiças”, produto da degeneração dos tipos raciais entrecruzados e às quais se devia temer, porquanto fundadoras de populações “desequilibradas e decaídas” (SCHWARCZ, 1993, p. 63-64)); e (ii) a “(...) preponderância do grupo ‘rácio-cultural’ ou étnico no comportamento do sujeito, conformando-se enquanto uma doutrina de psicologia coletiva, hostil à ideia do arbítrio do indivíduo” (SCHWARCZ, 1993, p. 60).

No Brasil, onde “(...) se fez um uso inusitado da teoria original, na medida em que a interpretação darwinista social se combinou com a perspectiva evolucionista e monogenista” (SCHWARCZ, 1993, p. 65), certas acomodações teóricas foram realizadas na Margem, a fim de viabilizar a simultânea justificação das hierarquias sócio-raciais e da desejabilidade de uma nação



mestiça, que, esperava-se, logo se embranqueceria e se arianizaria, pelo predomínio do elemento racial “superior” (branco-caucasiano) nos hibridismos interracialais. Sobre tal “tradução marginal”, discorre Luciano Góes:

(...) bussolado pela direção percorrida pelo centro, mas ao contrário da Europa (que a partir da “teoria das raças” concebia a miscigenação como degenerativa, fundamentando as políticas raciais a partir da eugenia e a existência de “tipos puros”), o Brasil vivia, no pós-abolição, a iminente mestiçagem que já tomara conta de certas regiões do país, sendo compreendida aqui de forma ambígua: apesar de temida, nela se encontrava a saída controlada (GÓES, 2016, p. 171).

Exemplo típico é a proposta de Francisco José de Oliveira Viana, já no pós-abolição, de construção de uma identidade nacional única a partir da fusão entre os elementos raciais (mestiçagem na forma de miscigenação) e culturais (mestiçagem na forma de sincretismo cultural) da tríade de grupos étnicos que Karl von Martius destacou como as matrizes de formação do povo brasileiro (portugueses, indígenas e africanos).

Diante da impossibilidade de extirpação total das “raças inferiores” de todo o país – projeto de extermínio este que restou evidente com a política de envio de escravizados à Guerra do Paraguai (1864-1870) sob a ilusória promessa da liberdade em contrapartida e que depositou na conversão destes soldados cativos em “bucha de canhão” a esperança de “(...) ‘solução final’ para o ‘problema negro’²⁹” (DUARTE, 1998, p. 215) – encontrou-se na assimilação cultural e religiosa e no “apuramento sucessivo” os mecanismos para diminuir os níveis de “nigrescência” e acelerar a “arianização” do país:

Apesar de sua crença no atavismo e na degenerescência dos mestiços, em particular os mulatos, Viana aposta no processo de apuramento sucessivo, capaz de levar ao branqueamento da sociedade brasileira. Seu raciocínio é o seguinte: sob influência regressiva dos atavismos étnicos, uma parte dos mestiços (supostamente inferior) será eliminada pela degenerescência ou pela morte, pela miséria moral e física. Uma outra parte (supostamente superior), porém minoria, estará sujeita, em virtude de seleções favoráveis, a apuramentos sucessivos que a levarão, após quatro ou cinco gerações, a perder seus sangue inferiores e a clarificar-se cada vez mais (MUNANGA, 2020, p.73).

Dito isto, cabe tecer algumas considerações sobre o contexto da edição da Lei Áurea em 1888. Para Flauzina, o conjunto de leis publicadas entre 1850 e 1888 (Lei Eusébio de Queirós, de 1850, Lei do Ventre Livre, de 1871 e Lei dos Sexagenários, de 1885) não deve ser lido na perspectiva historiográfica tradicional, de “abolição gradual” da escravatura, mas sim como tentativa de se prostrar, ao máximo, a vida de uma “instituição agonizante” (que na prática quase não mais existia faticamente)³⁰ e de conter a massa negra preterida, enquanto se garantia, antes da extinção *formal* da escravatura, o aporte suficiente de mão-de-obra branca imigrante no mercado brasileiro, como alternativa viável à mão-de-obra negra, e ideologicamente alinhada à política (estatal) de branqueamento da população.



Era esta a única forma de que dispunham as elites para inviabilizar a inclusão dos negros na sociedade brasileira através do trabalho assalariado/remunerado. “É por meio deste tipo de mecanismo que não visa libertar aos poucos, mas, ao contrário, aprisionar um pouco mais, que as elites brancas, ganham o tempo necessário para construir o novo caráter racial do país” (FLAUZINA, 2006, p. 63) – e, mais, de modo muito útil, criam, de quebra, em resposta às pressões da Coroa Britânica, a imagem de “classe senhorial benevolente” (FLAUZINA, 2006, p. 63).

Neste contexto, por mais contraditório que pareça ser, liberalismo e racismo mantiveram-se em estreita dialogia e sincronia fina no Brasil. O movimento abolicionista branco, composto por literatos da elite, levou em consideração e resguardou o quanto pôde os interesses dos senhores de escravos. Ao cabo, se o trabalho escravo foi abolido, os outros dois pilares que sustentaram a *plantation*, modelo de exploração colonial que vigorou nesta “Terra de Santa Cruz” por mais de três séculos – quais sejam: a monocultura e, em especial, o latifúndio – não foram verdadeiramente fraturados ou demolidos à época da abolição. E, por esta razão, o “escravismo” remanesceu, a mentalidade escravista³¹ se protraiu, ganhando novas roupagens e formatações ao longo do tempo³² (FLAUZINA, 2006, p. 64-65).

4. Conclusão

Racismo e Justiça Penal caminham de mãos dadas no Brasil. A questão da raça/etnia/cor não é simples recorte ilustrativo, um elemento analítico de importância satélite no processo de construção do sistema punitivo brasileiro. Ao contrário, é sua própria razão de ser, sua pedra angular, seu alicerce central.

Uma leitura de Criminologia Crítica marginal (*ladino-amefricana*) é imperiosa para a compreensão dos fenômenos punitivos nas periferias do mundo e da América Latina, sem a importação de “ideias fora do lugar” (SCHWARZ, 2014), sejam elas europeias ou estadunidenses, e que, assim, nos impeça de nos tornarmos “(...) ainda hoje uns desterrados em nossa terra” (DE HOLANDA, 1995, p. 31). Ela nos revela que a violência extremada de nossos aparatos policiais e a produção, no subterrâneo dos sistemas punitivos formais, de mortes e tortura de corpos pretos em grande escala são a tônica em que se banharam o Brasil-Colônia e o Brasil-Império e em que ainda se banha o Brasil-República, sendo dois os dispositivos acionados para este mister: o do controle e o do descarte (a que se passa a recorrer a partir de 1888).

É inegável que essa aposição entre raça e perseguição penal vitimou e produziu criminosos em milhões de pessoas pretas em nosso país e que, portanto, sob esta ótica, trata-se de empreendimento ideológico vitorioso e bem-sucedido. Ao menos até agora. Para desmontar um empreendimento desta magnitude e impedir que atinja seu objetivo final – a “grande solução para o problema negro” (extermínio dos corpos e formas de vida negros e o embranquecimento de suas heranças culturais) – é necessário escancarar o óbvio e revirar as tralhas do passado para compreendermos como chegamos até aqui.

Entretanto, nem tudo está perdido. Se estivesse, não haveria mais razões para lutar.

Segundo a PNAD (Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios) Contínua realizada em 2021, pelo IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), entre 2012 e 2021 a população



brasileira cresceu 7,6%, alcançando a marca de 212,7 milhões de pessoas. Se, em 2012, 46,3% dos/as brasileiros/as autodeclaravam-se brancos/as, 7,4%, pretos/as e 45,6%, pardos/as, em 2021 estes percentuais alteraram-se, respectivamente, para 43% (brancos/as), 9,1% (pretos/as) e 47% (pardos/as).

E esta expansão não se deve à majoração das taxas de fecundidade entre os/as autodeclarados/as pretos/as e pardos/as, mas sim à apropriação progressiva da identidade negra em nosso país, ao processo de “tornar-se negro/a”, de se enxergar, se descobrir e se reconhecer como tal.

Mesmo em meio às mazelas de um país tão racista quanto o Brasil, que, em 134 anos desde a abolição da escravidão, muito pouco fez, em termos de políticas públicas e de direito à memória, à verdade e à justiça, para cicatrizar as chagas e feridas abertas da escravidão, o crescimento proporcional da autodeclaração da cor negra é significativo, despontando, no intervalo acima referido (2012-2021) em 10,8% entre pardos/as e em 32,4% entre pretos/as.

E esse é um sinal de esperança. É sinal de que os/as pretos/as escravizados/as recém-libertos/as desse país, em um passado nem tão distante, teceram suas redes de resistência e juntos/as disseram: “combinaram de nos matar. A gente combinamos de não morrer” (PROJETO QUERINO, #7, 2022). É sinal de que os pretos/as e pardos/as ladino-amefricanos/as descendentes daqueles/as mesmos/as sobreviventes do holocausto negro transatlântico de outrora, ainda resistem ao genocídio negro brasileiro de hoje e bradam: “combinaram de nos apagar. E nós combinamos de nos reafirmar e reconhecer”. É sinal de que, sim, é possível vencer os senhores.

Referências

Referências Bibliográficas:

ALGRANTI, L. M. **O feitor ausente: estudo sobre a escravidão urbana no Rio de Janeiro (1808-1821)**. 1983. 260 p. Dissertação (Mestrado em História) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 1983. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8138/tde-20240701-095143/publico/AlgrantiLeilaMezan.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2024.

BATISTA, V. M.: **O medo na cidade do Rio de Janeiro: dois tempos de uma história**. 1 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

DE HOLANDA, S. B. **Raízes do Brasil**. 26 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

DOS SANTOS, Y. L. **Racismo brasileiro: uma história da formação do país**. 1 ed. São Paulo: Todavia, 2022.



DUARTE, E. C. P. **Criminologia e racismo: introdução ao processo de recepção das teorias criminológicas no Brasil**. 1998. 399 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Florianópolis, 1998. Disponível em: <http://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/77655>. Acesso em: 18 ago. 2024.

FLAUZINA, A. L. P. **Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro**. 2006. 145 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília (UnB), Brasília, 2006. Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/5117/1/2006_AnaLuizaPinheiroFlauzina.pdf. Acesso em: 28 jan. 2023.

FLORENTINO, M. **Em costas negras: uma história do tráfico de escravos entre a África e o Rio de Janeiro (séculos XVIII e XIX)**. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

GRAES, I. Uma “solução” setecentista para a vulnerabilidade social: a Intendência Geral da Polícia. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – Número Temático: Vulnerabilidade(s) e Direito**, Lisboa, vol. 62, n. 1, t. 1, p. 341-374, ago. 2021. ISSN: 0870-3116. Disponível em: <https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/61899/1/Isabel-Graes.pdf>. Acesso em: 14 jul. 2024.

GÓES, L. A “tradução” de Lombroso na obra de Nina Rodrigues: o racismo como base estruturante da criminologia brasileira. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2016.

GOFFMAN, E. **Manicômios, prisões e conventos**. Tradução: Dante Moreira Leite. 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2019.

GONÇALVES, P. C. Escravos e imigrantes são o que importam: fornecimento e controle da mão de obra para a economia agroexportadora oitocentista. **Almanack**, Guarulhos, n. 17, p. 307-361, dez. 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/2236-463320171710>. Acesso em 04 ago. 2024.

GONZALEZ, L. A categoria político-cultural de amefricanidade. In: GONZALEZ, L. **Por um feminismo afro-latino-americano: ensaios, intervenções e diálogos**. [Organização de]: RIOS, F.; LIMA, M. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2020, p. 127-138.

HOLLOWAY, T. H. **Polícia no Rio de Janeiro: repressão e resistência numa cidade do século XIX**. Tradução: Francisco de Castro Azevedo. 1. ed. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1997.

LARA, R.; DIOGO, P.R.: A herança escravista de longa duração na formação do mercado de trabalho no Brasil, **Serviço Social & Sociedade**, São Paulo, n. 145, p. 72-90, set./dez. 2022.



MUNANGA, K. **Rediscutindo a mestiçagem no Brasil: identidade nacional versus identidade negra**. 5. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2020.

NASCIMENTO, Abdias. **O genocídio do negro brasileiro: processo de um racismo mascarado**. 3. ed. São Paulo: Perspectivas, 2016.

REIS, J. J. Quilombos e revoltas escravas no Brasil – “nos achamos em campo a tratar da liberdade”. **Revista USP**, [S. l.], n. 28, p. 14-39, 1996. DOI: 10.11606/issn.2316-9036.v0i28p14-39. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/28362>. Acesso em: 29 jan. 2023.

REIS, J. J.; GOMES, F. S. Introdução: um guia para a revolta escrava. In: REIS, J. J.; GOMES, F. S. (orgs.). **Revoltas escravas no Brasil**. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2021.

SCHWARCZ, L. M. **O espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil – 1870 – 1930**. 1 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

SCHWARCZ, L. M. **Sobre o autoritarismo brasileiro**. 1 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

SCHWARZ, R. **As ideias fora do lugar: ensaios selecionados**. 1 ed. São Paulo: Penguin Classics – Companhia das Letras, 2014.

SEYFERTH, G. A invenção da raça e o poder discricionário dos estereótipos. **Anuário Antropológico**, [S. l.], v. 18, n. 1, p. 175–203, 2018. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/anuarioantropologico/article/view/6581>. Acesso em: 17 ago. 2024.

SOARES, L. C. Os escravos de ganho no Rio de Janeiro do século XIX. **Revista Brasileira de História**, São Paulo, v. 8, n. 16, mar/ago 1988, p. 107-142. Disponível em: <https://anpuh.org.br/index.php/revistas-anpuh/rbh>. Acesso em: 12 fev. 2023.

ZAFFARONI, E. R. **Criminología: aproximación desde un margen**. Bogotá: Editorial Temis, 1988.

ZAFFARONI, E.R. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Tradução: Vania Romano Pedrosa; Amir Lopez da Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

ZAFFARONI, E. R.; BATISTA, N.; ALAGIA, A.; SLOKAR, A. **Direito penal brasileiro: primeiro volume – teoria geral do direito penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

Referências Documentais, Podcasts, Músicas e Dados Estatísticos:



A carne. [Intérprete]: Elza Soares. [Composição de]: Marcelo Yuka, Seu Jorge, Ulisses Cappelletti. [Produção Musical de]: Alê Siqueira. *In: Do Cócix até o PESCOÇO. [S. l.]: Maianga, 2002. Canção. 3min39seg. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=yktrUMoc1Xw>. Acesso em: 22 jan. 2023.*

DEPEN (Departamento Penitenciário Nacional). **SISDEPEN (Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional) – 12º ciclo – INFOPEN (Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias).** Brasília: DEPEN, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios-e-manuais/relatorios/relatorios-analiticos/br/brasil-junho-2022.pdf>. Acesso em: 22 jan. 2023.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2022.** [S.l.]. FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2022. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2022/06/anuario-2022.pdf?v=5>. Acesso em: 11 fev. 2023.

Haiti. [Intérprete]: Caetano Veloso. [Composição de]: Caetano Veloso, Gilberto Gil. *In: Tropicália 2. [Rio de Janeiro/Salvador]: Polygram/Philips/WR, 1993. Canção. 4min16seg.*

IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística). **Desigualdades sociais por cor ou raça no Brasil.** Rio de Janeiro: IBGE, 2022-B. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101972_informativo.pdf. Acesso em: 22 jan.2023.

IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística). **PNAD (pesquisa nacional por amostra de domicílios) contínua – características gerais dos moradores 2020-2021.** Rio de Janeiro: IBGE, 2022-A. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101957_informativo.pdf. Acesso em: 22 jan.2023.

PROJETO QUERINO # **Episódio 2. O pecado original** # [Locução de]: Thiago Rogero. [S. l.]: Rádio Novelo, 06 ago. 2022. *Podcast.* Disponível em: <https://projetoquerino.com.br/podcast-item/o-pecado-original/>. Acesso em: 22 jan.2023.

PROJETO QUERINO # **Episódio 7. Salve-se quem puder** # [Locução de]: Thiago Rogero. [S. l.]: Rádio Novelo, 06 ago. 2022. *Podcast.* Disponível em: <https://projetoquerino.com.br/podcast-item/salve-se-quem-puder/>. Acesso em: 22 jan.2023.

Referências Legislativas:

BRASIL. [Código Criminal do Império do Brasil (180)]. **Lei de 16/12/1830.** Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm. Acesso em 13 jul. 2024.



BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil, de 25/03/1824.** Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em 13 jul. 2024.

BRASIL. [Lei de Contratos de Locação de Serviços dos Colonos]. **Lei nº 108, de 11/10/1837.** Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/leimp/1824-1899/lei-108-11-outubro-1837-559407-publicacaooriginal-85738-pl.html>. Acesso em 04. ago. 2024.

Referências Jornalísticas:

ADAILTON, F. Polícia investiga tortura de funcionários negros em loja na BA. **Folha de São Paulo**, [S.l.], 30 ago. 2022. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2022/08/policia-investiga-tortura-de-funcionarios-negros-em-loja-na-ba.shtml>. Acesso em: 11 fev. 2023.

DE SOUZA, A. Estas mães que perderam a guarda dos filhos têm algo em comum: religiões afro-brasileiras – mulheres são denunciadas por familiares e ex-companheiros e têm filhos afastados em processos que demonizam ritos religiosos. **The Intercept Brasil**, [S.l.], 02 mai. 2022. Disponível em: <https://theintercept.com/2022/05/02/maes-religoes-afro-guarda-filhos-intolerancia-religiosa/>. Acesso em: 29 jan. 2023.

LARA, W.; BRIONE, A.: Adolescente que aparece em vídeo sendo torturado relata que foi chicoteado com fios elétricos em SP. **G1**, São Paulo, 02 set. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2019/09/02/adolescente-que-aparece-em-video-sendo-torturado-relata-que-foi-chicoteado-com-fios-eletricos-em-sp.ghtml>; Acesso em 11 fev. 2023.

¹ Estima-se que dos/as 12,5 milhões de africanos/as vítimas de sequestro e tráfico negreiro, 5,5 milhões foram trazidos/as para o Brasil, soma esta que representa o triplo dos negros/as desembarcados/as em toda a América Espanhola e o duodécuplo daqueles/as levados/as para os Estados Unidos da América (PROJETO QUERINO, # 2, 2022).

² O conceito de “Ladino-América” em Lélia González é assim sintetizado pela pensadora: “Trata-se de um olhar novo e criativo no enfoque da formação histórico-cultural do Brasil que, por razões de ordem geográfica e, sobretudo, da ordem do inconsciente, não vem a ser o que geralmente se afirma: um país cujas formações do inconsciente são exclusivamente europeias, brancas. Ao contrário, ele é uma América Africana cuja latinidade, por inexistente, teve trocado o T pelo D para, aí sim, ter o seu nome assumido com todas as letras: *América Ladina*. (...) Nesse contexto, todos os brasileiros (e não apenas os “pretos” e os “pardos” do IBGE) são *ladino-amefricanos*” (GONZALEZ, 2020, p. 127).

Partindo da abordagem lacaniana de Magno Machado Dias no ensaio “América Ladina: introdução a uma abertura” e da categoria freudiana da “denegação” (*Verneinung* – fundamentalmente o processo de recalque, autodefesa e negação dos próprios desejos, simultaneamente elaborados, por um indivíduo), e levando em consideração as diferenças entre as experiências americanas de “racismo aberto” (típicas dos territórios



americanos de colonização anglo-saxônica, germânica e holandesa, nas quais, com colonizadores empenhados na preservação da “pureza ariana”, a miscigenação é repudiada e a segregação dos grupos não-brancos torna-se, assim, a prática proeminente, numa dinâmica que acaba por reforçar a identidade racial entre os/as oprimidos/as) e “racismo disfarçado/por denegação” (próprias dos territórios de colonização luso-espanhola, nos quais predomina um modelo hierárquico com fortíssima estratificação racial herdado das metrópoles ibéricas, fundado em sofisticadas dinâmicas de “internalização da ‘superioridade’ do colonizador pelos colonizados” (GONZALES, 2020, p. 128), e que redundará no estilhamento da identidade racial e na fabricação de seres colonizados fraturados), a antropóloga propõe a fundação de uma nova categoria epistêmico-linguística: a “amefricanidade”.

Numa perspectiva afrocentrada e anti-imperialista, colaborativa com o pan-africanismo (mas que dele se difere), a “amefricanidade” revisita a dinâmica cultural na América como um todo (Sul, Central, Norte e Insular), a partir das práticas linguísticas, religiosas, artísticas, musicais, ideológicas e de resistência criadas pelos/as africanos/as escravizados/as – e seus/suas descendentes (“crioulos/as”) – que vivenciaram a mesma experiência afrodiaspórica, a travessia transatlântica a bordo de navios negreiros, o sequestro em seu continente nativo e a necessidade de se articularem, se reinventarem e recriarem suas raízes e herança africana em um novo território (o das Américas) e sob um jugo des-humanizador (o da colonialidade).

De outro lado, a substituição de “latina” por “ladina” na expressão “América Latina” busca eliminar a eurocentricidade por trás do adjetivo: antes e sobretudo a cultura amefricana e ameríndia que a propaganda supremacia cultural da latinidade do colonizador branco europeu (português, espanhol, francês).

³ Flauzina refere-se ao conceito de “margem latino-americana” na obra de Eugenio Raúl Zaffaroni, que reconhece e se apropria do *lôcus* de sua produção criminológica dentro da estrutura geral de divisão do poder na ordem mundial: a “periferia”, a “margem”, em oposição ao “centro” (Europa e Estados Unidos da América), onde todas as elaborações teóricas e intelectuais pretendem-se “universais”, generalistas e, por consequência, hegemônicas. Fala-se, com notáveis limitações objetivas de instrumental teórico, estatísticas e informação fática, tão constitutivas das “*parajes marginales*”, a partir de uma das muitas “margens” do capitalismo global: a “margem” da América Latina, na qual “*el mayor número de muertes es causado, (...), por agencias del Estado, y no solo en las dictaduras ni en las zonas de guerra, sino también en los países com sistemas constitucionales*” (ZAFFARONI, 1988, p. 02), ou seja, em que a morte é, *de per se*, uma política de Estado subterrânea, em franca contradição com seu arcabouço legal garantista e o campo da enunciação retórica, em tese engajado com a proteção dos direitos humanos.

⁴ É o que ocorre, por exemplo, na construção do disseminado discurso de que as cotas sociais em universidades públicas bastariam para dar conta das desigualdades históricas brasileiras, não havendo necessidade de previsão simultânea de cotas raciais. Afinal, “o racismo latino-americano é suficientemente sofisticado para manter negros e índios na condição de segmentos subordinados no interior das classes mais exploradas, graças à sua forma ideológica mais eficaz: a ideologia do branqueamento” (GONZALES, 2020, p. 131).

⁵ Poucas obras musicais captaram tão brilhantemente o que está por trás da proposição historiográfica cunhada por Flauzina quanto a composição “Haiti”, de Caetano Veloso e Gilberto Gil, que assim diz: “Quando você for convidado pra subir no adro da fundação/ Casa de Jorge Amado/ Pra ver do alto a fila de soldados, quase todos pretos/ Dando porrada na nuca de malandros pretos/ De ladrões mulatos e outros quase brancos/ Tratados como pretos/ Só pra mostrar aos outros quase pretos/ (E são quase todos pretos)/ Como é que pretos, pobres e mulatos/ E quase brancos, quase pretos de tão pobres/ são tratados/ E não importa se olhos do mundo inteiro/ Possam estar por um momento voltados para o largo/ Onde os escravos eram castigados/ (...)/ Ninguém, ninguém é cidadão/ (...)/ Pense no Haiti/ Reze pelo Haiti/ O Haiti é aqui/ O Haiti não é aqui”.

⁶ Vale lembrar, neste ponto, que existem outras formas de punição para além do Direito Penal (institucional) em sentido estrito, tão ou mais aflitivas (no sentido de inflicção de uma cota de dor, castigo e sofrimento) que as penas privativas de liberdade. Todas elas operando desde uma dimensão configuradora do poder e da vigilância, enquanto moldadoras de comportamentos e condutas, sob a ameaça da privação de um bem jurídico (da vida, da família etc.). E visando, igualmente, no Brasil, os/as negros/as e pardos/as.

Dentre elas, pode-se citar a tortura, a invasão de domicílios sem mandados judiciais, outras práticas à margem da legalidade e as execuções sumárias (sobretudo de *supostos* traficantes de entorpecentes) por “esquadrões da morte”, milícias e tropas/batalhões especiais (como os já famosos BOPE – Batalhão de Operações Policiais Especiais da Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro, e ROTA – Rondas Ostensivas



Tobias de Aguiar, tropa do Comando Geral da Polícia Militar do Estado de São Paulo). Eis aqui um exemplo bem paradigmático de “sistema penal parainstitucional” ou “subterrâneo” (ANIYAR DE CASTRO *apud* ZAFFARONI, 1988, fls. 15).

Outro exemplo, que, a nosso ver, subsume-se ao conceito de “sistema penal paralelo” (ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR, 2003, p. 69-70), ainda que institucionalizado como não-punitivo (ZAFFARONI, 1988, fls. 17) são os cada vez mais comuns casos de suspensão e perda do poder familiar e modificação de guarda movidos, no âmbito das Varas das Famílias e Sucessões e da Infância e da Juventude, contra mães-de-santo e mulheres que introduzem ou iniciam seus filhos em religiões de matriz africana, os quais culminam com a abrupta interrupção do convívio socioafetivo entre criança/adolescente e a figura materna, muitas vezes por conta de uma postura preconceituosa, etnocristã e intolerante de Conselheiros/as Tutelares e operadores/as do Direito.

⁷ Dentre tais argumentos, segundo bem pontua Yanaê Lopes dos Santos, destacam-se: (i) as releituras de passagens do Antigo Testamento que, a partir do século XV, estabelecem uma “correlação entre pecado, lugar de nascimento e pertença racial” (2022, p. 36), atribuindo à cor negra dos habitantes da África o *status* de estigma, marca física da maldição divina recaída sobre os descendentes de Caim (filho mais velho de Adão e Eva, que, motivado por inveja e ciúmes, assassinou seu próprio irmão Abel) e de Cam (que zombou e contou a seus irmãos Sem e Jafé, sobre a nudez de seu pai, Noé – o da Arca –, desacordado e embriagado); (ii) as bulas *Dum Diversas* (1452) e *Romanus Pontifex* (1455), de lavra do Papa Nicolau V, que, de um lado, autorizavam a invasão de terras “sarracenas” e “pagãs” por nações cristãs e a captura e redução dos “incrédulos e inimigos de Cristo” à escravidão perpétua, e, de outro, legitimaram a escravização de “negros” e “guinéus” (2022, p. 29); (iii) a bula *Sublimis Deus* (1537), publicada pelo Papa Paulo III, que impedia a escravização dos índios e “povos descobertos pelos cristãos”, bem como o esbulho da posse de suas propriedades, por neles enxergar almas evangelizáveis, catequizáveis (no esteio da tese proposta pelo frade Las Casas nos debates de Valladolid), almas evangelizáveis e catequizáveis estas não reconhecidas nos negros (2022, p. 45-51).

⁸ V. STF, Plenário, Recurso Extraordinário nº 494.601 RS, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. do Acórdão: Min. Edson Fachin, j. 28/03/2019, DJe nº 251. 19/11/2019, no qual, analisando recurso proposto pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, que pleiteava o reconhecimento da inconstitucionalidade formal e material da Lei Estadual Gaúcha nº 11.815/2003, o Pleno do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL fixou a seguinte tese: “é constitucional a lei de proteção animal que, a fim de resguardar a liberdade religiosa, permite o sacrifício ritual de animais em cultos de religiões de matriz africana”.

⁹ Paradigmática, sobre este tema, é a reportagem de Alice de Souza: Estas mães que perderam a guarda dos filhos têm algo em comum: religiões afro-brasileiras – mulheres são denunciadas por familiares e ex-companheiros e têm filhos afastados em processos que demonizam ritos religiosos. *The Intercept Brasil*, [S.l.], 02 mai. 2022. Disponível em: <https://theintercept.com/2022/05/02/maes-religioes-afro-guarda-filhos-intolerancia-religiosa/>. Acesso em: 29 jan. 2023.

¹⁰ ADAILTON, F. Polícia investiga tortura de funcionários negros em loja na BA. *Folha de São Paulo*, [S.l.], 30 ago. 2022. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2022/08/policia-investiga-tortura-de-funcionarios-negros-em-loja-na-ba.shtml>. Acesso em: 11 fev. 2023.

¹¹ LARA, W.; BRIONE, A.: Adolescente que aparece em vídeo sendo torturado relata que foi chicoteado com fios elétricos em SP. *G1*, São Paulo, 02 set. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2019/09/02/adolescente-que-aparece-em-video-sendo-torturado-relata-que-foi-chicoteado-com-fios-eletricos-em-sp.ghtml>; Acesso em 11 fev. 2023.

¹² Segundo dados do Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2022, em 2021, em todo o território nacional, 67,7% das mortes violentas intencionais de policiais civis e militares vitimaram agentes pretos/as ou pardos/as, ao passo que também pertenciam a esta raça/cor 84,1% das vítimas de letalidade policial, isto é, de intervenções policiais com resultado morte (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA: 2022, p. 65 e 84).

¹³ O Artigo 60 do Código Criminal de 1830 previa que “se o réo fôr escravo, e incorrer em pena, que não seja a capital, ou de galés, será condenado na de açoutes, e depois de os soffrer, será entregue a seu senhor, que se obrigará a trazê-lo com um ferro, pelo tempo, e maneira que o Juiz designar. O numero de açoutes



será fixado na sentença; e o escravo não poderá levar por dia mais de cinquenta”. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm. Acesso em 13 jul. 2024.

¹⁴ Assim diz o Artigo 6º da Constituição Política do Império, de 25/03/1824: “São Cidadãos Brasileiros: I. Os que no Brasil tiverem nascido, quer sejam ingenuos, ou libertos, ainda que o pai seja estrangeiro, uma vez que este não resida por serviço de sua Nação; II. Os filhos de pai Brasileiro, e Os ilegítimos de mãe Brasileira, nascidos em paiz estrangeiro, que vierem estabelecer domicilio no Imperio. III. Os filhos de pai Brasileiro, que estivesse em paiz estrangeiro em sorvico do Imperio, embora elles não venham estabelecer domicilio no Brazil; IV. Todos os nascidos em Portugal, e suas Possessões, que sendo já residentes no Brazil na época, em que se proclamou a Independencia nas Províncias, onde habitavam, adheriram á esta expressa, ou tacitamente pela continuação da sua residencia.; V. Os estrangeiros naturalizados, qualquer que seja a sua Religião. A Lei determinará as qualidades precisas, para se obter Carta de naturalização”. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em 13 jul. 2024.

¹⁵ Para bem compreender o sistema eleitoral desenhado pela Constituição Imperial de 1824, recomenda-se a leitura de seu Capítulo VI (“Das Eleições”), em especial dos Artigos 90 a 95, assim como de alguns dispositivos que disciplinavam o Senado, sendo eles os Artigos 43 a 45. O texto legal pode ser encontrado em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em 13 jul. 2024.

¹⁶ Regime de exploração do trabalho cativo, pelo qual os/as escravos/as desempenhavam, nas cidades, atividades econômicas como a manufatura, o comércio ambulante, a venda de quitutes, produtos de quitanda e artesanatos em tabuleiros e cestarias, a barbearia e o transporte de cargas e pessoas, estando obrigados/as a repassar a seu senhor um pagamento pré-estabelecido com periodicidade fixa (diária ou semanal, em regra), bem como autorizados/as a amealhar o pecúlio excedente (SOARES: 1988, p. 107), por vezes empregado na compra de sua alforria e da alforria de seus familiares. Por vezes, para completar essas taxas pré-estipuladas, os/as escravos/as viam-se obrigados/as a recorrer a pequenos furtos e fraudes, à mendicância e à prostituição.

¹⁷ Sobre a fermentação do caldo do medo no Rio de Janeiro imperial, ver BATISTA, V. M.: **O medo na cidade do Rio de Janeiro: dois tempos de uma história**. 1 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

¹⁸ O fato, contudo, é que o povo negro rebelou-se contra a escravatura no Brasil com muito mais frequência e intensidade do que costumeiramente é ensinado nos bancos escolares. Os historiadores João José Reis e Flávio dos Santos Gomes destacam, por exemplo, que, no curso da primeira metade do século XIX, ocorreram mais de 30 revoltas de escravizados/as apenas na Bahia, promovidas principalmente por cativos/as haussás e nagôs (REIS; GOMES, 2021, p. 13).

¹⁹ O tipo penal da “insurreição” era assim capitulado no Artigo 113 do Código Criminal de 1830: “Julgar-se-ha commettido este crime, retinindo-se vinte ou mais escravos para haverem a liberdade por meio da força. Penas - Aos cabeças - de morte no gráo maximo; de galés perpetuas no médio; e por quinze annos no minimo; - aos mais – açoutes”.

²⁰ Na parte quarta do Código Criminal de 1830, especificamente no Capítulo I, que tratava das “ofensas da religião, da moral e bons costumes”, o Artigo 276 previa como crime a seguinte conduta: “celebrar em casa, ou edificio, que tenha alguma fôrma exterior de Templo, ou publicamente em qualquer lugar, o culto de outra Religião, que não seja a do Estado”. As penas estipuladas eram as seguintes: “penas - de serem dispersos pelo Juiz de Paz os que estiverem reunidos para o culto; da demolição da fôrma exterior; e de multa de dous a doze mil réis, que pagará cada um”.

²¹ Utilizando-se de técnica de tipificação aberta, genérica e imprecisa, assim estipulava o Artigo 280 do Código Criminal do Império: “praticar qualquer acção, que na opinião publica seja considerada como evidentemente offensiva da moral, e bons costumes; sendo em lugar publico. Penas - de prisão por dez a quarenta dias; e de multa correspondente á metade do tempo”.

²² O Artigo 295 do Código Criminal de 1830 criou importante mecanismo que viabilizou a seletividade penal de africanos livres e negros libertos desempregados pelo incipiente aparato policiaesco constituído no período joanino: o tipo penal da “vadiagem”, apenando com prisão com trabalho por 08 a 24 dias a



conduta de “não tomar (...) uma ocupação honesta, e útil, de que passa subsistir, depois de advertido pelo Juiz de Paz, não tendo renda suficiente”.

²³ Por fim, encerrando o programa criminalizante destinado à captura das massas negras pelas agências penais policiais, prenunciava o Artigo 296 do Código Criminal do Império: “Andar mendigando: 1º Nos lugares, em que existem estabelecimentos publicos para os mendigos, ou havendo pessoa, que se offereça a sustental-os. 2º Quando os que mendigarem estiverem em termos de trabalhar, ainda que nos lugares não hajam os ditos estabelecimentos. 3º Quando fingirem chagas, ou outras enfermidades. 4º Quando mesmo invalidos mendigarem em reunião de quatro, ou mais, não sendo pai, e filhos, e não se incluindo tambem no numero dos quatro as mulheres, que acompanharem seus maridos, e os moços, que guiarem os cegos. Penas - de prisão simples, ou com trabalho, segundo o estado das forças do mendigo, por oito dias a um mez”. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm. Acesso em 13 jul. 2024.

²⁴ Alguns escravizados chegaram a vislumbrar na vinda da Família Real Portuguesa ao Brasil a esperança de que também se estendesse à Colônia a abolição da escravatura, já não mais existente na sede do Império Lusitano desde 1761. O que ocorreu, entretanto, foi o movimento inverso: a repactuação da instituição escravista no período joanino, incluindo medidas como a revogação da suspensão pombalina à escravização indígena pelas “guerras justas” e o aumento do tráfico transatlântico de escravizados africanos (DOS SANTOS, 2021, p. 99-101).

Na obra “Em costas negras: uma história do tráfico de escravos entre a África e o Rio de Janeiro (séculos XVIII e XIX)”, ao analisar os registros de desembarques no Valongo, Manoel Florentino destaca: “a chegada da família real e a concomitante abertura dos portos coloniais ao comércio internacional elevaram o tráfico a níveis altíssimos. Deste modo, em 1805, sob regime de monopólio, haviam aportado no Rio 810 navios portugueses, 641 em 1806 e 765 em 1808. Porém, em 1810, já sob regime de livre comércio, deram entrada 1214 navios (Sodré, 1965: 148). Com relação às chegadas de negreiros, o incremento foi enorme entre 1809 e 1811, no bojo da euforia que se seguiu à instalação dos Bragança. De 1812 a 1815, possivelmente por causa da saturação do mercado, o movimento de importação de negros apresentou uma acentuada queda, logo seguida pela recuperação que abarcou o período 1816-8. Durante os anos seguintes, até 1825, a estabilidade será a tônica, exceto para 1823, em função da crise da independência. Seja como for, a média anual de entradas de negreiros para 1809-25 foi bem maior que a do período anterior, e o crescimento atingiu o nível de 2,32% ao ano” (FLORENTINO, 1997, p. 46-47).

Por meio de detalhada metodologia, a estimativa desenvolvida por Florentino acusa que, no período joanino (1808-1821), os escravos africanos desembarcados apenas no porto do Rio de Janeiro somaram a impressionante monta de 251.030 (FLORENTINO, 1997, p. 51, tabela 3).

²⁵ Em “Polícia no Rio de Janeiro: repressão e resistência numa cidade do século XIX”, Thomas H. Holloway assim explica a expressão: “Sem ligar a mínima aos procedimentos legais, nem mesmo *pro forma*, Vidigal e seus soldados, escolhidos a dedo em função do tamanho e da truculência, batiam em qualquer participante [de batuques com músicas afrobrasileiras], vadio ou tratante que conseguissem capturar. Esses ataques brutais tornaram-se conhecidos no folclore da cidade como ‘ceias de camarão’, alusão à necessidade de descascar o crustáceo para se chegar à sua carne cor-de-rosa” (HOLLOWAY, 1997, p. 48-49).

²⁶ Vera Malaguti Batista traça paralelo interessante entre o medo despertado pelos “capoeiras” na classe senhorial do século XIX e o medo despertado pelas disputas entre facções da narcotraficância na classe média e elite brancas cariocas, nos morros, favelas e demais territórios do Rio de Janeiro: “Como no tráfico de drogas de hoje, os capoeiras aterrorizavam os brancos pela demarcação de territórios e pelas características de atividade grupal. Só muitos anos mais tarde, a categoria de *crime organizado* seria criada pela Escola de Chicago para qualificar os crimes *dos outros* (carcamanos, amarelos, cucarachas, etc.)” (BATISTA, 2003, p. 143).

²⁷ Considerando-se a amostragem de 5.078 casos sob a jurisdição e escrutínio do Major Vidigal na cidade do Rio de Janeiro, entre junho de 1810 e maio de 1821, dos 4.776 com condição legal conhecida, 79,80% das prisões efetuadas pela Intendência foram de escravos (dos quais, 94,3% eram negros, 4%, “pardos” e 1,6%, “mestiços”), 18,8%, de libertos, e apenas 0,4%, de cidadãos livres (v. ALGRANTI, 1983, p. 230-234).

²⁸ Acerca de tal vigilantismo colorista, Ynaê Lopes dos Santos diagnostica: “como no espaço urbano era praticamente impossível determinar se uma pessoa negra era escravizada, liberta ou livre, o ‘Estado-feitor’



fez da cor o principal elemento para suspeição. Tal prática encontrava eco nos pressupostos do racismo científico da época e até hoje não foi devidamente desconstruída nas instituições responsáveis pela manutenção da ordem. O escravizado era sempre negro. E o negro era sempre suspeito (fosse escravizado ou não)” (DOS SANTOS, 2022, p. 122).

²⁹ Em “Criminologia e Racismo”, Evandro Charles Piza Duarte aponta que 03 (três) foram as estratégias políticas adotadas pelas elites brasileiras para lidar com o “problema negro” no pós-abolição: (i) a “execução do processo abolicionista”; (ii) a “criação do projeto imigratório”; e (iii) a “participação brasileira na Guerra do Paraguai” (DUARTE, 1998, p. 212).

Sobre a terceira estratégia, aponta o autor: “Como afirma CHIAVENATO, a população negra no período de 1860 a 1872 diminui em números absolutos em um milhão, passando de 2,5 milhões para 1,5 milhões. A defasagem entre estes dois números explica-se não apenas pela participação no contingente ativo que, via de regra, era utilizado como ‘bucha de canhão’, mas também pelo efeito sobre a população ocupada internamente com o aumento da quantidade de trabalho, que quase dobrou, pelo número de mortes decorrentes das sublevações contra o alistamento compulsório, das moléstias contagiosas causadas pelo confinamento, e pelo desgaste da viagem. Enfim, a guerra representou um processo brutal de arianização do Império, diminuindo os 45% de negros na população total em 1860 para 15% após a referida guerra. Assim, enquanto a população branca cresceu 1,7 vezes, a negra diminui 60%, a contar-se dos quinze anos próximos à guerra (1986, p. 194-206)” (DUARTE, 1998, p. 215).

³⁰ Cruzando dados extraídos dos estudos de Octavio Ianni (**Escravidão e racismo**. 1 ed. São Paulo: Hucitec, 1978) e Lucio Kowarick (**Trabalho e vadiagem: a origem do trabalho livre do Brasil**. 1 ed. São Paulo: Editora 34, 2019), Ricardo Lara e Pablo Ramon Diogo nos fornecem uma ideia da evolução quantitativa do trabalho livre e do abrupto rareamento do trabalho escravizado no Brasil entre 1850 (ano da edição da Lei Eusébio de Queirós, que proibiu o tráfico transatlântico de negros escravizados) e 1888 (ano de promulgação da Lei Áurea, que aboliu a escravatura): em 1.850, eram 2.500.000 os escravizados e 5.520.000 os cidadãos livres no país; em 1872, tais números alteraram-se para 1.510.000 escravizados e 8.601.255 livres e, em 1887/1888, havia 500.000 pessoas escravizadas e 13.278.616 pessoas livres no Brasil (LARA; DIOGO, 2022, p. 81).

³¹ As reminiscências da mentalidade escravista fizeram-se sentir inclusive nos regimes legais de contratação dos imigrantes europeus estipulados pelo Império Brasileiro.

Na Lei nº 108, de 11 de outubro de 1837, que dispunha sobre os contratos de locação de serviços dos colonos, estabelecia-se que o trabalhador-colono dispensado por justa causa (aqui se compreendendo as hipóteses de doença que impedisse o colono de continuar prestando os serviços para o qual fora contratado e de “embriaguez habitual”) deveria, desde logo, indenizar o proprietário de terras nas quantias que lhe eram devidas em razão do financiamento de sua imigração e estadia no país, sob pena de ser imediatamente preso e condenado a trabalhar, de modo forçado, nas obras públicas pelo tempo necessário, até satisfazer com o produto líquido de suas jornadas a dívida com o empregador, ou, acaso inexistentes obras públicas, condenado à prisão com trabalho por todo o tempo residual do contrato de locação de serviços, até o limite máximo de 02 anos (Artigo 8º).

O Artigo 9º da mesma lei, por sua vez, determinava ao colono que se despedisse sem justa causa ou se ausentasse antes de completar o tempo do contrato de locação de serviços a obrigação de pagar em dobro tudo o que devesse ao proprietário de terras, com abatimento das soldadas vencidas, sob pena de prisão; caso não dispusesse de recursos financeiros para fazê-lo, deveria servir “(...) ao locatário de graça todo o tempo que faltar para o complemento do contracto” (BRASIL. [Lei de Contratos de Locação de Serviços dos Colonos]. **Lei nº 108, de 11/10/1837**. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/leimp/1824-1899/lei-108-11-outubro-1837-559407-publicacaooriginal-85738-pl.html>. Acesso em 04. ago. 2024).

Na sequência, surge o sistema de parceria, no qual as passagens da Europa ao Brasil, o transporte até as fazendas cafeeiras, os víveres necessários à manutenção da família até que angariasse condições de prover o próprio sustento e as ferramentas de trabalho eram fornecidos a título de adiantamento pelos fazendeiros aos trabalhadores imigrantes. Entretanto, “problemas com o sistema de parceria dificultavam o engajamento do trabalho livre, pois as dívidas subordinavam os parceiros aos fazendeiros. Enquanto o fazendeiro fosse o responsável pelo transporte, instalação e alimentação do colono e sua família, seu capital permanecia imobilizado na formação da força de trabalho. O trabalhador era, de certa forma, percebido como sua propriedade temporária, ao menos até a quitação dos débitos. A submissão da força de trabalho do imigrante era ainda agravada pelos padrões de relacionamento pessoal ditados pela sociedade escravista” (GONÇALVES, 2017, p. 327).



³² Para uma análise sobre os efeitos do escravismo na formação do mercado-de-trabalho brasileiro, recomenda-se a leitura do seguinte artigo: LARA, R.; DIOGO, P.R.: A herança escravista de longa duração na formação do mercado de trabalho no Brasil, **Serviço Social & Sociedade**, São Paulo, n. 145, p. 72-90, set./dez. 2022.



A jurisdicionalização da execução penal e a necessidade do controle judicial para a proteção dos direitos fundamentais no sistema carcerário brasileiro

The jurisdictionalization of prison law and the need for judicial control for the protection of fundamental rights in the Brazilian prison system

Juliana Giacobone Filgueiras

Especialista em Ciências Criminais pela EDEPE-SP

Juliana.giacovone@gmail.com

RESUMO

A Execução Penal é o campo das ciências criminais que traduz o exercício do poder punitivo em sua plenitude. A partir da teoria negativa da pena, os operadores do direito devem atuar para reduzir os danos da pena e conter o poder punitivo. A discussão acerca da natureza da execução penal adquire relevância ao delimitar o campo de atuação judicial. O debate foi supostamente superado no campo da dogmática com o reconhecimento da natureza jurídica, contudo, a realidade demonstra a permanência de atividade eminentemente administrativo, com ausência ou presença deficitária do controle judicial. Violação massiva dos direitos fundamentais da população carcerária. O papel principal do juízo da execução penal é a proteção e promoção dos direitos fundamentais, inclusive das garantias processuais. Necessidade de se adotar um processo de execução penal essencialmente jurídico. Para além da proteção dos direitos humanos no âmbito individual, o Judiciário tem como função garantir o sistema constitucional, o que inclui o controle das atividades dos demais poderes quando houver falhas estruturais. O julgamento da ADPF nº 347 pelo STF demonstra a necessidade de uma articulação coordenada para a superação do estado de coisas inconstitucional no sistema prisional reconhecida. A atuação judicial é legitimada na condução de processos estruturais, em que há ampla participação pública, articulação entre os poderes e entes federativos e a construção de uma política pública para superar o problema também de forma estrutural. Necessidade de atuação do Poder Judiciário de forma crítica e voltada para a redução de danos.

Palavras-chave: Execução Penal. Natureza Jurídica. Controle Judicial. Estado de Coisa Inconstitucional. Processo Estrutural.

ABSTRACT

Prison Law is a field of criminal science that reflects the exercise of punitive power in its fullest sense. Based on the negative theory of punishment, legal operators must act to reduce the harm caused by punishment and contain punitive power. The discussion about the nature of Prison Law is relevant to delimit the field of judicial action. The debate was overcome in the field of dogmatics with the recognition of its legal nature; however, the reality reveals the continuation of an eminently administrative activity, with the absence or deficient presence of judicial control. Massive violation of the fundamental rights of the prison population. The main role of the criminal enforcement court is the protection and promotion of fundamental rights, including procedural guarantees. It's necessary recognize an essentially legal criminal execution process. In addition to protecting human rights at the individual level, the Judiciary's function is to guarantee the constitutional system, which includes controlling the activities of other powers when there are structural flaws. The judgment of ADPF nº 347 by the STF demonstrates the need for coordinated articulation to overcome the unconstitutional state of affairs in the prison system. Judicial activism is legitimized in the conduct of structural injunction, in which there is broad public



participation, coordination between federal powers and entities and the construction of a public policy to overcome the problem also in a structural way. Is necessary for the Judiciary to act in a critical manner and aimed at reducing harm.

Keywords: *Prison Law. Judicial Nature. Judicial Review. Unconstitutional State of Affairs. Structural Injunction.*



INTRODUÇÃO

A Execução Penal é o ramo das ciências criminais em que o poder punitivo estatal é exercido em sua plenitude, eis que encontra amparo no ordenamento jurídico pátrio, em especial no princípio da legalidade que reveste de licitude a sanção aplicada no processo penal. Após o trânsito em julgado da sentença condenatória, o Estado adquire o poder-dever de aplicar a pena anteriormente fixada no processo de conhecimento.

O ordenamento jurídico brasileiro adotou como sanção penal primordial a pena privativa de liberdade com fundamento nas teorias tradicionais legitimadoras das penas¹. Tais teorias, contudo, são objeto de diversas críticas em virtude da incoerência interna do seu discurso e externa frente à realidade do sistema penal, gerando uma constante crise no sistema pela suposta falha na aplicação de suas noções elementares (CACICEDO, 2015). A Lei nº 7.210/84, conhecida como Lei de Execução Penal (LEP), logo em seu artigo 1º, elegeu como finalidade precípua da pena a retribuição pelo mal causado pelo crime e, ao mesmo tempo, reintegração e ressocialização do indivíduo. Essa tentativa de unificar, respectivamente, a teoria absoluta e a teoria relativa da prevenção especial positiva não logrou afastar as críticas de cada uma delas, eis que, conforme destaca Rodrigo Roig (2018), não são elas republicanas e, ao mesmo tempo, afastam-se dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Por essa razão, o autor propõe a adoção da teoria negativa da pena, a qual concebe a pena como instrumento de coerção visando o controle social e de imposição de penas aflictivas, de modo que caberia aos operadores do direito, em reação, “conter racionalmente a ação do poder punitivo-executório do Estado de Polícia em prol do fortalecimento das bases do Estado de Direito”(ROIG, 2018, p. 10), com suporte nas próprias normas constitucionais penais que refletem garantias penais e processuais penais com vistas à limitação do poder punitivo.

O estudo da Execução Penal, dessa forma, deve ser aprofundado e constantemente revisado, tanto no campo da dogmática quanto na criminologia, pois, como já mencionado, é nesse momento que o Estado exerce o poder punitivo em sua máxima intensidade e atinge o direito fundamental da liberdade do indivíduo que, a seu turno, fica dependente do Estado para a garantia e exercício dos demais direitos, além de gerar reflexos imediatos e mediatos para o indivíduo, família e toda a sociedade. Debruçar-se sobre a construção da dogmática da execução penal e da atuação dos seus principais atores é, destarte, um passo inicial essencial para a concepção e execução de uma política pública penal redutora de danos, que observa o mínimo existencial dos presos e, ao mesmo tempo, aplica penas menos aflictivas em relação à pena privativa de liberdade, exercida, por excelência, no sistema prisional.

Assim, a proposta do presente artigo é inicialmente discutir a natureza jurídica da execução penal, se administrativa ou jurisdicional. Essa questão, como veremos a seguir, foi aparentemente superada no campo dogmático com a adoção do modelo jurisdicional, conforme previsão do artigo 2º da LEP. Contudo, a prática na seara da execução penal revela contradições com o modelo adotado, visto que ainda se observa um papel elementar da administração penitenciária na análise e deferimento dos direitos subjetivos do apenado. Ademais, não se desconhece a violação massiva e sistemática dos direitos fundamentais das pessoas encarceradas, que inclusive já foi objeto de escrutínio tanto no plano nacional quanto internacional, com a



constatação da falha na prestação das assistências e condições materiais dos presos. À vista disso, é no debate da natureza jurídica da execução que se revela o campo propício para expor criticamente as formas de atuação do controle judicial e o papel do juízo da execução, objetivando trazer à baila a necessária construção de um discurso jurídico contra hegemônico e voltado para a contenção racional do poder punitivo e para garantia dos direitos fundamentais das pessoas encarceradas.

Para além da análise da atuação do Poder Judiciário, mister examinar a escolha do instrumento adotado pela via judicial para o enfrentamento do problema sistemático e de âmbito nacional como é o caso do fracasso do sistema prisional. Nessa toada, a escolha por mecanismos processuais coletivo tem se mostrado cada vez mais recorrente. Na jurisprudência nacional e interamericana há destaques da atuação do Judiciário numa perspectiva coletiva para o enfrentamento em diferentes níveis da problemática carcerária, a saber, o *Habeas Corpus* coletivo nº 143.641/SP, referente à substituição da prisão preventiva por domiciliar a todas as mulheres gestantes, puérperas, ou mães de crianças e deficientes sob sua guarda, e o caso Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho vs. Brasil, em que a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) aplicou medidas provisórias contra o Estado do Brasil e determinou o cômputo da pena em dobro para todo o período de pena cumprido pelo condenado na unidade.

O presente artigo se propõe a analisar o julgamento da ADPF nº 347, de competência originária do STF, por se tratar de um dos casos de maior destaque em matéria criminal e que trouxe mudanças expressivas no tratamento dado à questão do encarceramento em massa, diante do reconhecimento do estado de coisas inconstitucional no sistema carcerário e da adoção de medidas estruturantes para o enfrentamento do problema. Não por acaso, essa ação foi caracterizada pela doutrina como um exemplo de processo estrutural que, de forma dialógica e fora dos moldes tradicionais do processo adversarial, procura abarcar a complexidade do problema e envolver os agentes de diferentes instâncias e poderes para uma solução coletiva e de longo prazo, contribuindo para o desenvolvimento de política pública. A partir desse julgado, pretende-se esboçar as soluções empregadas e apresentar os argumentos favoráveis à legitimidade da atuação judicial nos litígios estruturais, em especial na questão prisional, considerando o papel do Poder Judiciário no agravamento da crise do sistema carcerário.

NATUREZA DA EXECUÇÃO PENAL

A doutrina tradicionalmente classifica a natureza da execução penal em três sistemas diversos: administrativo, jurisdicional e sistema misto. Por muito tempo prevaleceu o entendimento de que a execução se tratava de uma atividade meramente administrativa, na qual os órgãos estatais responsáveis pela tutela do condenado teriam como finalidade principal a aplicação da lei (BRITO, 2020). Dentre os principais argumentos para a defesa desse sistema destacam-se a teoria da separação dos poderes e a ausência de processo judicial, que se esgotaria com o trânsito em julgado da sentença condenatória (ROIG, 2018). As consequências práticas desse entendimento resultavam na aplicação de conceitos normativos e de instrumentos do Direito Administrativo, a saber, o poder discricionário dos agentes e órgãos públicos prisionais (BRITO, 2020) e a supremacia do interesse público - traduzido nas finalidades retributivas e preventivas



da pena - frente aos direitos individuais (ROIG, 2018). Além disso, os denominados direitos decorrentes dos incidentes da execução penal, na visão administrativista, passaram a ser tratados “como meros benefícios concedidos pelo Estado ao condenado, ou seja, medidas político-criminais facultadas ao juiz” (CARVALHO, 2008, p. 165). Vale ressaltar que muitos autores reconheciam a possibilidade de eventual atuação judicial, contudo, defendiam que não havia processo no campo da execução penal, de modo que prevaleceria a natureza administrativa da execução, a qual, inclusive, não era entendida como um campo autônomo do processo (BRITO, 2020).

O Legislador, atento ao debate da época, optou por afastar a natureza essencialmente administrativa da Execução Penal, conforme se observa do teor do artigo 2º, da Lei nº 7.210/84 (LEP), tendo sido amplamente reconhecida na exposição de motivos da referida Lei a autonomia e o exercício da jurisdição no campo da execução penal². Não obstante, o tensionamento entre a natureza jurisdicional e administrativa permaneceram em debate, eis que a doutrina se manteve dividida entre a corrente que defende a natureza mista e outra que preceitua a natureza jurisdicional da execução penal.

Uma das principais defensoras da corrente mista era a professora Ada Pellegrini Grinover (1991) que entendia a execução penal como uma atividade complexa, dividida entre a aplicação da pena, matéria atinente ao direito penitenciário a cargo da administração pública, e a tutela para a efetivação da sanção penal, objeto do processo de execução penal, de natureza jurisdicional. Ao direito penitenciário, portanto, caberia a regulação e cuidado da vida penitenciária, bem como a observância, vigilância e proteção do preso. Os autores Grinover, Gomes Filho e Fernandes (1991) trouxeram ao campo jurisdicional a modificação da sentença condenatória penal transitada em julgado com a aplicação das diversas atividades jurisdicionais no processo da execução penal que requerem interpretação e aplicação do julgado, como a progressão de regime, o livramento condicional, suspensão condicional da pena, dentre outros. Nesse aspecto, o juiz seria chamado para apreciar o processo de execução “podendo até alterar a modalidade do título executivo” (GRINOVER, GOMES FILHO, FERNANDES, 1991, p. 6). Outro efeito significativo da adoção da natureza jurisdicional, ainda que em certos campos do direito de execução penal, foi o tratamento concedido ao preso que passou a ser considerado titular de direitos subjetivos frente ao Estado, inclusive com a observância das prerrogativas de defesa:

A natureza administrativa que se quisesse emprestar à execução penal tornaria o réu mero objeto do procedimento, quando, ao contrário, há de ser visto como titular de situações processuais de vantagem, como sujeito da relação processual existente no processo de execução penal. Não mais simples detentor de obrigações, deveres e ônus, o réu torna-se titular de direitos, faculdades e poderes. E como em todo e qualquer processo, que não seja mera ordenação de atos mas que seja entendido em sua função garantidora. (GRINOVER, GOMES FILHO, FERNANDES, 1991, p. 6)

Já a terceira corrente, que tem como um de seus defensores Rodrigo Roig, entende que a execução penal possui natureza eminentemente jurisdicional, a qual seria a única compatível com o modelo e garantias previstas na Constituição Federal. Isso porque, como já mencionado, atribuir a execução penal à atividade administrativa significa imperar o interesse estatal, sem que haja uma composição dos conflitos existentes entre a satisfação dos fins das penas e do interesse individual do preso. Nesse sentido:



Enxergar a execução penal como atividade de natureza jurisdicional significa em primeiro lugar assumir que não pode haver prevalência do interesse estatal sobre o individual, mas polos distintos de interesse (Estado e indivíduo), cada qual refletindo suas próprias pretensões (retributivo-preventiva e libertária, respectivamente). Em segundo lugar, significa reconhecer que todos os atos executivos, mesmo aqueles administrativos de origem, sempre serão sindicáveis pela Jurisdição (ato de justiça formal e substancial, não de administração) (ROIG, 2018. p. 55).

No sistema jurisdicional, o acompanhamento por parte do órgão jurisdicional é permanente, uma vez que o acesso à Justiça é garantia constitucional (artigo, 5º, inciso XXXV, da CF) e cabe ao juízo eliminar abusos observados não apenas no decorrer do processo de execução penal, mas também nas possíveis violações constatadas pela administração penitenciária no cotidiano carcerário (LOPES JUNIOR, 2002). Nessa seara, tal corrente reconhece a existência de atividades de cunho administrativo no curso da execução da pena, o que, por outro lado, não desconfigura a sua natureza jurisdicional, de modo que a atuação judicial deve estar presente em todos os atos concernentes ao cumprimento da pena imposta.

A discussão da natureza da execução penal, sem embargo, não se limita ao campo da dogmática penal, não se tratando tampouco de mera classificação doutrinária, visto que a adoção de determinada corrente traz consequências práticas na aplicação da pena e no exercício dos direitos fundamentais do apenado. A grave situação penitenciária no Brasil, por exemplo, com o encarceramento em massa a violação sistemática dos direitos fundamentais da pessoa encarcerada, está intrinsecamente ligada ao modo como é percebida a Execução Penal, enquanto matéria autônoma de Direito.

Nesse sentido, a divisão das atribuições em administrativa e jurisdicional proposta pela corrente mista cria um vácuo no âmbito de proteção dos direitos do apenado, já que se pressupõe a não interferência judicial nos atos administrativos, impossibilitando, assim, o acesso da pessoa encarcerada à justiça, em violação ao artigo 5º, XXXV, da CF. Vale destacar ainda que o artigo 3º da LEP assegura ao apenado todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei, de maneira que o controle da atividade cotidiana no cárcere também deve ser realizado pela via judicial, considerando que o Estado toma para si a responsabilidade de custódia e tutela desse indivíduo.

Referida divisão, ademais, afasta o próprio órgão julgador de uma de suas principais funções na execução penal, a saber, a de garantidor do exercício dos direitos fundamentais do apenado durante o cumprimento de sua pena. Conforme se observa na prática forense, ocorrer a transferência de responsabilidade entre os poderes, com o Poder Judiciário invocando a obrigação do Poder Executivo na prestação dos serviços penitenciários e cumprimentos dos deveres a eles previstos na LEP, em especial no rol de assistência do preso. Nessa toada, é possível perceber que o juízo da execução, ao se utilizar dessa separação rígida entre a atuação dos diferentes poderes, acaba por neutralizar a sua responsabilidade:

Direcionando toda responsabilidade ao Estado-administração, o operador redime a sua culpa. Evidente que a atuação prestadora do Estado é imprescindível quanto ao aspecto material (infra-estrutural), visto que a administração pública coloca os apenados em situação de violência permanente ao não cumprir com o dever de assegurar o mínimo de dignidade durante o período de cumprimento da pena. Alertamos, contudo, que os



direitos dos apenados vão muito além dessa proclamada “qualidade de vida doméstica”. Mais: no momento da condenação de uma pessoa, ao sistema penitenciário exsurtem uma série de direitos e garantias processuais que permitem a diminuição do período de cumprimento da pena e, por óbvio, de permanência do sistema. (CARVALHO, 2002, p. 489).

Nessa perspectiva, é imperiosa a observância pelo juízo da execução do seu poder-dever de interferir na atividade administrativa sempre que instado a se manifestar ou de ofício, caso observado o estado de violação de direitos por parte do Estado, resguardando a dignidade da pessoa privada de liberdade, conforme rol de competência do juízo da execução, em especial o artigo 66, incisos VI e VII, da LEP, que determina o zelo pelo correto cumprimento da pena e a realização de inspeções mensais nos estabelecimentos, com a tomada das providências necessários para o seu adequado funcionamento. A escolha pela via judicial para a fiscalização e controle das atividades administrativas realizadas no interior do cárcere se revela a mais compatível com o modelo de Estado proposto pela nosso ordenamento jurídico, uma vez que, conforme preconiza Salo de Carvalho (2008), se a lesão gerada pela prática do crime é apurada através do processo penal com vista a obtenção de uma resposta racional ao delito, na execução penal o Estado deve igualmente se apropriar do conflito de interesses observados entre a administração pública e o sujeito para garantia da eficácia do sistema constitucional dos direitos fundamentais.

A atividade jurisdicional na Execução Penal, outrossim, deve ser observada a partir da escolha do sistema processual adotado. Segundo Salo de Carvalho (2002), na execução penal aplica-se o sistema inquisitivo, em que há uma sobrevalorização da hipótese frente ao fato e o que o autor denomina “conversão do processo em psicoscopia”, em que não há uma rigidez processual e tampouco inércia do Juízo. Em tal sistema, ainda que os direitos legais conferidos às pessoas privadas de liberdade sejam assegurados, a jurisdicionalização da execução penal continuaria ineficaz, haja vista a sua irracionalidade e o reduzido grau de garantias processuais em comparação ao sistema acusatório, como a ausência do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, sendo possível até mesmo a mutabilidade das decisões, em especial do título executivo, com eventual alteração *in malam partem*. O autor, defende, por isso, a adoção de um processo penal democrático, com a observância do devido processo legal de viés garantista.

O assentamento da natureza jurídica da execução penal, como visto acima, é um primeiro passo para uma mudança paradigmática na interpretação e aplicação dos institutos da execução penal e na cultura adotada pelos agentes envolvidos no momento da execução da pena. Afastar o viés essencialmente administrativo permite elevar a pessoa privada de liberdade como sujeito de direitos e, portanto, detentor de garantias processuais a serem observadas ao longo de todos os atos atinentes à execução penal. Além disso, a discussão acerca do sistema acusatório e da adoção do garantismo penal, a qual já se encontra muito mais avançada na seara do processo penal, também deve ser trazida para a execução penal, especialmente porque é neste momento que o indivíduo se encontra em uma posição assimétrica mais aguda frente ao Estado.



MANIFESTAÇÕES DO CONTROLE JUDICIAL NA EXECUÇÃO PENAL

A defesa da jurisdicionalização na execução penal, conquanto se mostre importante para adoção de um modelo com base em preceitos constitucionais, não se mostra suficiente para responder o problema enfrentado pela contínua degradação da condição carcerária e pela negação sistemática de direitos básicos à população carcerária. Conforme propõe o professor Patrick Cacicedo (2018), a questão deve ser deslocada para as manifestações do controle judicial e suas contradições, a fim de trazer à luz o debate pouco explorado a respeito das relações de poder e de como elas operam as formas de gestão e controle das pessoas presas. O autor, em linhas gerais, procura demonstrar como o controle judicial atualmente exercido resulta em prejuízo à população carcerária, tanto na garantia de direitos básicos quanto na restituição do seu direito à liberdade, em razão da ausência ou atuação deficitária da atividade judicial.

Dentre as três manifestações analisadas, a primeira cuida dos incidentes processuais, revelando a contrariedade observada na prática dos discursos em defesa das correntes mistas e jurisdicionais. Ao tratar das atividades judiciais vinculadas aos direitos subjetivos do recluso na execução penal - os denominados incidentes processuais ou, de forma errônea, benefícios - Cacicedo (2018) demonstra que, mesmo nos casos em que a atuação judicial é obrigatória por força legal, o que se observa é que ela própria se configura enquanto um mecanismo de violação de direitos. A expressiva lentidão no exercício da jurisdição, com o descumprimento dos prazos temporais para a concessão dos direitos e retomada de liberdade do apenado, além da adoção de requisitos subjetivos, como a realização de exame criminológico para aferir uma suposta periculosidade e potencial reincidência do agente, afastam-se de uma análise estritamente judicial dos requisitos legais.

Nessa seara, observa-se que a cultura jurídica produz normas expansivas na execução penal, as quais violam o princípio da legalidade e contribuem para o encarceramento em massa. O Superior Tribunal de Justiça (STJ), por exemplo, firmou entendimento em precedente qualificado (Tema nº 1161) no sentido de que a valoração do requisito subjetivo para concessão do livramento condicional deve considerar o histórico prisional do recluso como um todo, ampliando o prazo legal de 12 meses previsto no artigo 83, inciso III, alínea “b”, do Código Penal (CP). Já no Tema Repetitivo 1208, que faculta ao juízo da execução a admissão da reincidência para análise da concessão de benefícios, ainda que não tenha sido reconhecida no título executivo judicial, o STJ adotou parâmetros do direito penal do inimigo ao recrudescer o cumprimento de pena em razão da reincidência, o que o próprio Tribunal Superior entende como condição pessoal do indivíduo, desvirtuando o princípio da individualização da pena³. Outro caso ilustrativo da atuação judicial como mecanismo de violação de direitos é o entendimento sumulado do STJ quanto à inadmissibilidade da progressão *per saltum* de regime prisional. Ora, para configurar a hipótese de progressão do regime fechado direto para o aberto, foi necessário que o recluso permanecesse todo o período do cumprimento de pena no regime fechado, mesmo que já tivesse alcançado os lapsos temporais para o regime semiaberto e aberto, de modo que, em tal circunstância, observa-se a violação de seus direitos já concretizada, tendo em vista o atraso significativo para a sua progressão e transferência para o regime semiaberto. Impedir a dita progressão *per saltum* é punir o indivíduo que cumpriu pena em regime mais gravoso em razão da falha estatal na prestação da tutela jurisdicional em tempo hábil. Destaca-se, por fim, o



entendimento recente do STJ firmado no Tema nº 1165, em que o Tribunal fixou como termo inicial a data do cumprimento do último requisito legal e não da decisão que deferiu a progressão de regime, que possui natureza declaratória. Ainda, consolidou-se o entendimento que a data-base para efeito de nova progressão deverá ser a do último requisito preenchido, a ser verificado no caso concreto, sendo possível definir como marco inicial a data da implementação do requisito subjetivo, ainda que ultrapassado o lapso temporal do requisito objetivo, o que possibilita uma distorção profunda do cálculo da progressão de regime do apenado, considerando a lentidão da marcha processual, em especial da realização dos exames criminológicos em todos os Tribunais do país, situação esta que foi agravada por conta da recente alteração legislativa promovida pela Lei nº 14.843/24 que tornou obrigatório o exame criminológico para todos os casos, sem distinção.

A segunda manifestação de controle judicial apresentada por Cacicedo (2018) diz respeito às faltas disciplinares, que representa possivelmente uma das questões mais controversas da execução penal. Isso porque, a apuração das faltas disciplinares fica a cargo da administração penitenciária por meio de procedimento administrativo interno, com a possibilidade de aplicação de sanções de natureza leve, média ou grave, sendo apenas esta última objeto de homologação judicial, cabendo às demais tão somente o controle da legalidade do ato. Cumpre destacar que as faltas graves são as únicas previstas em lei em rol taxativo (artigo 50 e artigo 52, primeira parte, da LEP), tendo sido delegada a classificação das faltas leves e médias e suas sanções para a legislação local, conforme disposto no artigo 4, da LEP. Ocorre que tal incumbência ficou a cargo do Poder Executivo Estadual, como se verifica no caso do Estado de São Paulo, em que o rol das faltas disciplinares foi regulamentado pela Resolução da Secretaria da Administração Penitenciária (SAP) nº 144/2010, nos artigos 44 e 45, em clara afronta ao princípio da legalidade.

Os efeitos das sanções disciplinares aplicadas em especial nas faltas de natureza grave são percebidos não apenas no cotidiano carcerário do preso, mas também na análise de seus direitos subjetivos, ditando o rumo do cumprimento de sua pena. Com efeito, para a concessão de progressão de regime, livramento condicional ou até mesmo de indulto ou comutação há requisitos de ordem subjetiva, que são auferidos a partir do atestado de conduta carcerária formulado pelo diretor do estabelecimento e da anotação das faltas graves no boletim informativo, vide artigo 112, §1º e 7º da LEP, artigo 83, inciso II, alíneas “a” e “b”, do CP, e artigo 6º do Decreto-Lei nº 11.856/2023. Assim, a anotação de uma única falta disciplinar grave pode afetar sobremaneira como será cumprido o restante da pena pelo sentenciado. A situação se mostra ainda mais gravosa em relação aos institutos do sistema progressivo e da remição de pena, visto que, na hipótese de reconhecimento da falta grave, o prazo temporal para fins de progressão de regime é interrompido, reiniciando o prazo temporal para a análise do requisito objetivo (artigo 112, §6º, da LEP), e o juiz ainda poderá revogar até 1/3 (um terço) do tempo remido até a data da infração disciplinar (artigo 127, da LEP). Em tais situações, as sanções disciplinares geram consequências que podem ser ainda mais custosas para a liberdade do sujeito se comparadas com as sanções penais previstas em certos crimes positivados em nosso ordenamento jurídico, como acentua Cacicedo (2023), que destaca ainda a possibilidade de aplicação de institutos despenalizadores para determinados crimes, o que não ocorre com as sanções disciplinares, ainda que apresentem menor lesividade. Nesses termos, o autor defende:



A natureza administrativa das faltas disciplinares não passa de uma atribuição nominal ou classificatória, que resta desconstruída a partir de seus efeitos na realidade concreta. Se a falta disciplinar pode gerar, e frequentemente gera, efeitos mais graves do que a maioria dos crimes, não se pode admitir outra natureza a elas que a de verdadeira sanção penal, que enquanto tal demandam a instauração do devido processo legal com todas as garantias de uma pessoa regularmente acusada de um crime (CACICEDO, 2018, p. 425).

Já o terceiro aspecto do controle judicial trazido por Cacicedo (2018) trata das condições do encarceramento ou dos direitos coletivos dos presos. Essa é uma das funções mais delegadas ao Poder Executivo, em que o Poder Judiciário procura ao máximo afastar a sua responsabilidade frente ao problema carcerário, especialmente diante da irrefutável violação de direitos ocorrida nesses espaços e da complexidade da questão. Cumpre mencionar que há previsão normativa da competência do órgão judicial nesse sentido, conforme previsto no artigo 66, incisos VII e VIII, da LEP, que dispõe a respeito da fiscalização, inspeção e, em última instância, da interdição total ou parcial do presídio. Ora, tais mecanismos poderiam ser mais bem utilizados para a função garantista do juízo da execução, contudo, conforme destacam Gustavo Junqueira e Bruno Garcia, estão inseridos em uma “ação meramente burocrática, simbólica e, em grande medida, legitimadora de ilegalidades” (JUNQUEIRA, GARCIA, 2022, p. 33).

As fiscalizações e inspeções encontram amparo nos diplomas internacionais e se revelam uma importante atividade de prevenção na proteção aos direitos humanos. Os referidos autores ressaltam que a fiscalização judicial se diferencia das inspeções internas administrativas e daquelas realizadas por organismos nacionais e internacionais de proteção a direitos humanos e outros órgãos da execução penal, uma vez que a fiscalização judicial, a qual pode ser entendida como uma forma de inspeção qualificada, é revestida de periodicidade, independência funcional do juízo e coercibilidade das recomendações proferidas, que potencialmente garantem sua maior efetividade. Importante ressaltar que tais mecanismos são entendidos como funções atípicas do Judiciário, já que não são desenvolvidos dentro do processo, devendo ser exercidos independentemente de provocação, considerando a especial vulnerabilidade da população carcerária e de seus subgrupos marginalizados e a necessidade de garantia de direitos outros não abarcados pela sentença penal (JUNQUEIRA, GARCIA, 2022). Em razão de sua independência funcional, não pode o julgador ser impedido de exercer a sua atividade por razões administrativas, mesmo sob a alegação de restrição orçamentária, pois “não é papel do juiz acomodar interesses do Poder Executivo em detrimento de direitos fundamentais” (JUNQUEIRA, GARCIA, 2022, p. 26).

A interdição judicial é defendida por Junqueira e Garcia (2022) como um instrumento de defesa do interesse coletivo, o qual deve ser iniciado a partir do ajuizamento de ação civil pública por um dos legitimados previstos na Lei nº 7.347/85, por meio da interpretação do artigo 66, inciso VIII, conjugado com o artigo 81-A, ambos da LEP, visto que a interdição é matéria atinente ao juízo e que a própria LEP conferiu a prerrogativa à Defensoria Pública da defesa dos necessitados inclusive de forma coletiva, a permitir a possibilidade de ações coletivas no processo de execução penal. Os autores fazem a ressalva, apesar disso, de que o objeto da ação com vistas a interdição está limitado ao fechamento da unidade prisional, da proibição de novo ingresso de presos ou aplicação da Súmula Vinculante nº 56, do STF nas hipóteses de condições inadequadas ou superlotação no estabelecimento prisional (JUNQUEIRA, GARCIA, 2022).



A possibilidade de interdição judicial, contudo, encontra limitação no próprio campo jurídico. Através da jurisprudência e da doutrina, foi retirado o caráter jurisdicional dessa atividade pelo juiz de execução penal, a qual passou a ser classificada como de competência meramente administrativa, conforme entendimento do STJ, inclusive com possibilidade de controle hierárquico pela Corregedoria-Geral da Justiça do CNJ (JUNQUEIRA, GARCIA, 2022). À vista disso, a recomendação proferida pelo juiz da execução penal de regularização da unidade prisional, sob pena de interdição, perde a sua coercibilidade, visto que, na prática, o mero descumprimento não ocasionará maiores consequências e a manutenção da situação violadora no estabelecimento não poderá ser resolvida através de medidas mais incisivas. Vale mencionar ainda a prática adotada pelos Tribunais Estaduais que criaram a figura do juiz corregedor dos presídios, que, segundo Cacicedo (2018), teria inspiração na figura do juiz de vigilância do direito espanhol e que exerceria essa suposta função administrativa, mas que tampouco aplica tais medidas no cotidiano forense.

Ao delegar para o âmbito administrativo a responsabilidade pelas condições do cárcere e pela garantia dos direitos coletivos dos presos, o que se observa é que, para além da ausência de fiscalização eficiente pelo Judiciário, a população carcerária fica impossibilitada de apresentar as suas demandas pela via judicial, uma vez que na execução penal não raro a questão não é apreciada, sob o fundamento de que o objeto dos pedidos refere-se à prestação de serviço público, ao passo que nas ações ajuizadas contra a Fazenda Pública os magistrados se declaram incompetentes diante da atribuição legal ao Juízo da Execução Penal para o acompanhamento das condições ofertadas para o cumprimento da pena fixada (CACICEDO, 2018). Assim, a população carcerária - grupo já vulnerável - encontra entraves para o acesso à justiça, os quais são impostos pelo próprio Judiciário, que acaba subjugando-os como cidadãos de segunda classe:

A única categoria de pessoas que não pode pleitear jurisdicionalmente por determinados direitos é a população prisional, confirmando nos tribunais a situação de cidadãos de segunda categoria que a realidade nunca deixou esconder. Como se não bastasse o desrespeito à Constituição da República pelas condições materiais de aprisionamento aviltantes, o direito fundamental de acesso à justiça acaba por ser excepcionado na prática por uma interpretação judicial que lhe retira sua própria função jurisdicional (CACICEDO, 2018, p. 428).

A adoção do viés administrativo, além do mais, é utilizada como pretexto para afastar o princípio da legalidade e as demais garantias constitucionais no acompanhamento da pena do indivíduo. Ao afastar a natureza penal das normas aplicáveis na execução penal, o aplicador do direito fica desobrigado de observar as garantias penais e processuais penais, ratificando as violações cometidas pelos diversos atores do sistema prisional, as quais vão além dos efeitos inerentes e degradantes da pena (CACICEDO, 2015). Conquanto haja na doutrina o entendimento majoritário da natureza jurisdicional da execução penal, a análise mais apurada do exercício do controle judicial revela a ausência em muitos casos do controle eficaz no cumprimento da pena ou, de forma mais alarmante, a contribuição do próprio Poder Judiciário na manutenção da crise do sistema penal, com a violação sistemática dos direitos da população carcerária, que fica desamparada frente à arbitrariedade administrativa no exercício do poder punitivo, sendo-lhes negado o acesso à justiça para a tutela de seus interesses.



Os problemas enfrentados na execução penal, como visto, não se limitam à ineficiência na prestação de serviços pelo Poder Executivo ou à insuficiência da legislação vigente. O Poder Judiciário até hoje incorpora e reproduz uma cultura burocrática, de mera homologação do que considera serem “benefícios” dos condenados, contribuindo para essa constante crise no sistema penal e para o tratamento de cidadão de segunda classe às pessoas privadas de liberdade, que, para além da violação de suas garantias e direitos constitucionais, não encontram abertas as portas para o acesso à justiça. Para a construção de uma Execução Penal nos moldes do Estado de Direito deve ser afastado esse viés administrativo, com a adoção de uma atuação jurisdicional que promova uma cultura de efetivo respeito aos direitos humanos (JUNQUEIRA, GARCIA, 2022). Nesse sentido, a atuação judicial pressupõe o respeito ao princípio da legalidade em todos os momentos da execução penal e cabe ao julgador abraçar o seu papel de garantidor dos direitos fundamentais de toda a população carcerária. Imperioso que se adote os mesmos rigores do processo penal no curso da execução penal, com todas as garantias penais e processuais, em especial o devido processo legal, contraditório, ampla defesa e apreciação por órgão judicial imparcial, afastando-se o viés administrativo da expiação da pena.

Ademais, é preciso reconhecer que os graves problemas enfrentados no sistema carcerário não se restringem ao plano individual, de tal forma que, para além do aperfeiçoamento e efetiva aplicação dos direitos subjetivos dos sentenciados, deve-se buscar soluções igualmente no plano coletivo. As medidas de fiscalização e interdição são importantes ferramentas para o controle da atividade administrativa penitenciária, com vistas a garantir uma atuação judicial voltada para a redução dos danos. O ajuizamento de ações coletivas na execução penal proposto por Junqueira e Garcia se apresenta como mecanismo potencial de transformação para o correto tratamento da problemática penitenciária enfrentada ainda hoje no país. Diante das características das ações coletivas, como a sua maior flexibilidade processual e a possibilidade de diálogo entre os envolvidos, é possível buscar soluções por meio da construção de políticas públicas criminais, que envolvam igualmente a participação do Poder Judiciário.

Por essa razão, será analisada no próximo capítulo a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347 que reconheceu o seu estado de coisa inconstitucional sistema penitenciário. A partir desse julgado, que contou com técnicas e procedimentos típicos do processo estrutural, observou-se a adoção de uma série de medidas para combater o fenômeno do encarceramento em massa e a situação degradante enfrentada pela população carcerária. Assim, nas próximas páginas será apresentado o resumo do caso, os fundamentos utilizados para o reconhecimento do estado de coisa inconstitucional e, principalmente, a legitimidade do Judiciário na condução de processo estrutural com vistas à construção de soluções articuladas e permanente.

JULGAMENTO DA ADPF Nº 347

A ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347 é considerada um marco na proteção dos direitos fundamentais das pessoas encarceradas, considerando que foi uma das principais ações de âmbito nacional a tratar da situação dos presídios brasileiros de forma aprofundada. Em razão das inúmeras violências observadas nos



presídios de todo o país e do encarceramento em massa ocorrido principalmente a partir do início do século XXI, acentuando ainda mais a precariedade das prisões, a referida ação foi ajuizada no ano de 2015 o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), que pediu à Suprema Corte que reconhecesse que a situação o sistema penitenciário brasileiro viola preceitos fundamentais da Constituição Federal e direitos fundamentais dos presos e que declarasse a existência do estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro, com a determinação para que os entes federativos e os três poderes adotassem diversas providências para sanar as violações perpetradas.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), já em sede liminar, entendeu se tratar de intervenção judicial legítima, considerando se tratar de litígio estrutural e deferiu parcialmente o pedido da medida cautelar para reconhecer o estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário do país, diante do quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e da falência de políticas públicas. O STF determinou ainda o cumprimento de diversas providências, dentre elas: o descongestionamento das verbas destinadas ao Fundo Penitenciário Nacional e a realização de audiências de custódia dentro do prazo de 24 horas a contar do momento da prisão - o que foi regulamentado pela Resolução do CNJ nº 213, de 15 de dezembro de 2015 e posteriormente incluído no artigo 310 do CPP pela Lei 13.964/2019.

O julgamento foi retomado no plenário virtual da Corte em maio de 2021, com a prolação do voto do Ministro Relator Marco Aurélio Mello, que confirmou as medidas cautelares e apontou que o governo federal deveria elaborar em até 90 dias, a contar do fim do julgamento, um plano nacional de três anos para a superação do estado de coisas inconstitucional já reconhecido. Em seu voto, o Ministro Relator ratificou os fundamentos apresentados em sede liminar indicando a manutenção da falência do sistema prisional diante da violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no tocante à dignidade, higidez física e integridade psíquica, tendo destacado:

A superlotação carcerária e a precariedade das instalações das delegacias e presídios, mais do que inobservância, pelo Estado, da ordem jurídica correspondente, configuram tratamento degradante, ultrajante e indigno a pessoas que se encontram sob custódia. As penas privativas de liberdade aplicadas em nossos presídios convertem-se em penas cruéis e desumanas. Os presos tornam-se “lixo digno do pior tratamento possível”, sendo-lhes negado todo e qualquer direito à existência minimamente segura e salubre. Daí o acerto do Ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, na comparação com as “masmorras medievais” (ADPF 347, 2015, DJe 04/10/2023, p. 44).

Tais violações, conforme restou pontuado em seu voto, decorrem de uma falha estrutural, cuja responsabilidade é atribuída aos três poderes e a todos os entes federativos, considerando a inércia do funcionamento eficiente do Estado, com omissões dos poderes na formulação e implementação coordenada de políticas públicas e na interpretação e aplicação da lei penal. Para a superação do estado de coisa inconstitucional, para além de um plano articulado, o Ministro Relato entende que ser necessário, do mesmo modo, uma mudança significativa de cultura pelos três poderes (ADPF 347, 2015, DJe 04/10/2023).

O voto do Ministro Relator foi pela parcial procedência da ação, com a confirmação da medida liminar concedida, tendo determinado o cumprimento de providências voltadas especificamente aos magistrados, a saber: apresentação, de forma expressa, das razões para a não aplicação das medidas alternativas à privação de liberdade, previstas no artigo 319 do CPP,



quando da determinação ou manutenção da prisão provisória; prolação de decisões que considerassem de forma fundamentada o quadro dramático do sistema penitenciário no momento da concessão de cautelares penais, da aplicação da pena e também ao longo do processo de execução penal; e, por fim, aplicação das penas alternativas à prisão, se o caso, considerando os danos causados pelo sistema prisional que ultrapassam aqueles previstos no ordenamento jurídico pátrio.

O processo foi novamente incluído na pauta de julgamento em outubro de 2023 pelo então Presidente do STF, Ministro Luis Roberto Barroso, que prolatou o voto condutor da decisão final que reconheceu o estado de coisa inconstitucional no sistema carcerário. Em seu voto, o Ministro ressalta que os direitos dos presos devem estar no centro do debate por duas razões classificadas como essenciais: respeito aos direitos fundamentais protegidos pela Constituição - o que considera como missão precípua de uma Corte Constitucional - e os impactos produzidos na sociedade em geral pelo sistema penitenciário, em especial na segurança pública (ADPF 347, 2015, DJe 04/10/2023). Para o Ministro Barroso, o sistema prisional seria parte do problema e não uma resposta para a questão da segurança no país, uma vez que:

A falta de segurança fora dos presídios é produzida pelo que ocorre dentro dos presídios. A explicação para o fenômeno é trágica, mas é simples: diante da omissão estatal e das péssimas condições de vida nas prisões, tais organizações asseguram o ingresso de bens de primeira necessidade no sistema prisional. (...) Nesse sentido, a criação e a expansão de tais organizações são produto também de tal vazio institucional e a adesão a elas pode constituir uma condição essencial para a sobrevivência no cárcere (ADPF 347, 2015, DJe 04/10/2023, pp. 82-83).

Quanto ao problema da superlotação carcerária, destacou-se que o enfrentamento do problema perpassa por três eixos: (i) o *déficit* de vagas e a má qualidade daquelas existentes; (ii) o descontrole na porta da entrada no sistema prisional, considerando o número excessivo de pessoas presas que não precisariam estar, o que é provocado pela crença de que a privação da liberdade é a melhor resposta para toda e qualquer situação; e (iii) a ausência de controle na porta de saída, visto que muitos indivíduos já deveriam estar fora do sistema penal e que a realidade demonstra se tratar de situação distinta, considerando as omissões e atrasos verificados na atuação das varas de execução penal, que não recebem o mesmo reconhecimento e tratamento das demais fases processuais, e na falta de instrumentos e institutos ressocializadores, que poderiam, inclusive, evitar a reincidência delitiva.

Ao divergir de alguns pontos do voto do Ministro Relator, o Ministro Barroso reconhece que a ADPF se trata de um verdadeiro litígio estrutural e, por isso, vota também pela procedência de outras medidas, como (i) a construção conjunta do Plano Nacional de Intervenção no Sistema Prisional, com recomendações constantes na decisão, pela União e pelo Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Conselho Nacional de Justiça; (ii) a submissão dos planos nacional, estaduais e distritais ao debate público com vistas a promover uma construção coletiva, a partir de consultas e participação de diferentes entidades que se dedicam ao tema da questão carcerária; (iii) homologação do plano pelo Supremo Tribunal Federal e o monitoramento do seu cumprimento pelo Conselho Nacional de Justiça, sob o fundamento de que a ausência de monitoramento poderia levar a falta de efetividade da decisão; e (iv) aumento do prazo para



elaboração do plano para seis meses. Como já mencionado, foi o voto do Ministro declarando vencedor, sendo que, ao final do julgamento, por maioria dos votos, foi acrescida a determinação para a realização de estudo e regulação pelo CNJ da criação de número de varas de execução penal proporcional ao número de varas criminais e ao quantitativo de presos.

Com a publicação do acórdão foi encerrada a primeira fase do processo estrutural, chamada pela doutrina de fase decisória, e deu início à segunda fase do processo estrutural, com a elaboração e implantação do Plano Nacional denominado “Pena Justa”. Para tanto, seguiu-se um cronograma de desenvolvimento dividido em etapas, que contou com a fase de debate público, a partir de consultas e audiências públicas, diálogos institucionais e outras interlocuções realizadas. Além disso, diante da complexidade do tema, das inúmeras ações necessárias para o seu enfrentamento e da necessidade de monitoramento e avaliação de forma coordenada, foram adotados dois métodos para a formulação do plano, que são referência na gestão de políticas públicas: a teoria da mudança e o marco lógico, que, conforme indicado no Informativo “Pena Justa”, elaborado pelo CNJ, “garantem que cada solução está vinculada a um problema que a precede, além de estipular meios e prazos para execução do que está previsto” (CNJ, 2024, p. 7).

Ao longo do ano de 2024, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por meio do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas (DMF/CNJ), reuniu-se com diversos órgãos institucionais e ministeriais, tendo sido criado o Comitê de Enfrentamento ao Estado de Coisas Inconstitucional do Sistema Prisional brasileiro por meio da Portaria Conjunta MJSP/CNJ nº 8/2024, que atuará como instância de coordenação administrativa para a adoção das medidas a serem integradas nos planos nacional, estaduais e municipais. Além disso, na etapa do debate público, foi realizada consulta pública que contou com 6.500 sugestões recebidas, sendo que, segundo dados disponibilizados pelo CNJ, 93,4% (1.733) dos participantes foram identificados como pessoas físicas, sendo que 35% desse grupo se identificou como pessoas privadas de liberdade, com o envio de 603 respostas, conforme matéria na Agência CNJ de Notícias (CRUZ, 2024). Ainda, nos dias 29 e 30 de abril, foi realizada audiência pública para coletar propostas na formulação do plano nacional, que contou com a participação de trinta inscritos previamente selecionados, levando-se em consideração critérios de representatividade da sociedade e de grupos minoritários de interesse (Agência CNJ de Notícias, 2024).

O Plano em si foi estruturado a partir de quatro eixos, três dos quais já mencionados acima, quando da exposição do voto do Ministro Barroso, sendo o quarto eixo referente à adoção de políticas de não repetição do estado de coisas inconstitucional no sistema prisional. Cumpre destacar, ainda, a inclusão das pautas de grupos hipervulnerabilizados dentro do cárcere, como a população negra, população LGBTI, migrantes, povos indígenas, mulheres, pessoas idosas, pessoas em situação de rua, pessoas com deficiência, pessoas vivendo com HIV/aids, outras doenças infectocontagiosas ou crônicas, dentre outros, na elaboração das ações e medidas previstas no plano (CNJ, 2024), reconhecendo-se, assim, as particularidades dos diferentes grupos que compõem a população carcerária.

Conforme determinado na fase decisória do processo estrutural, o plano nacional foi entregue ao STF que o homologou em 19 de dezembro de 2024 durante sessão plenária virtual extraordinária, tendo sido aprovadas 141 das 143 medidas propostas, que contam com 50 ações e



mais de 300 metas de longo prazo, a serem cumpridas até 2027 (BANDEIRA, ZAMPIER, Agência CNJ de Notícias, 2024). Constou na decisão proferida, ademais, os próximos passos da fase de execução, com determinações aos Estados e ao Distrito Federal para que elaborem os seus respectivos planos de ação, os quais devem ser apresentados ao STF no prazo de 6 (seis) meses, devendo os Grupos de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário, juntamente com os Comitês de Políticas Penais, a União e o DMF/CNJ, orientar o processo de construção de tais planos, em diálogo cooperativo com as autoridades estaduais e distritais, bem como ao DMF/CNJ para que envie semestralmente informes de monitoramento a respeito do cumprimento do plano nacional e dos planos estaduais e distrital (ADPF 347, 2015, DJe 19/12/2024).

A ADPF nº 347, como visto, foi um passo importante para colocar o debate da violação estrutural e permanente do sistema prisional debate em evidência, bem como para agrupar os diferentes atores responsáveis para elaborar uma solução conjunta e articulada. A ação foi conduzida enquanto processo estrutural, tendo o Poder Judiciário exercido o papel de mediador entre as partes e tendo o processo se tornado a arena de debate para formulação e aprovação de políticas públicas. Diante disso e considerando a atuação judicial para a manutenção do problema, conforme explicitado nos capítulos anteriores, necessária a análise da legitimidade do Poder Judiciário na condução de processos de natureza estrutural.

LEGITIMIDADE JUDICIAL NO PROCESSO ESTRUTURAL

A primeira questão na qual o Supremo Tribunal Federal se debruçou na ADPF nº 347 foi justamente a sua legitimidade para a condução e julgamento do processo, considerando que o tema central abrange a discussão das políticas públicas criminais até então adotadas, o que a princípio seria função dos Poderes Executivo e Legislativo. Contudo, é importante destacar que o Poder Judiciário também contribui de certa forma para a construção de políticas públicas, uma vez que, mesmo na lógica do processo tradicional adversarial, o Judiciário acaba sendo o palco para a resolução de conflitos, principalmente quando a divergência no debate público se torna intransponível e o objeto em questão envolve a garantia de direitos constitucionais. Além disso, como destacado diversas vezes nos votos proferidos na ADPF nº 347, a violação sistemática de direitos envolve uma falha estrutural estatal que abarca todos os poderes e entes federativos, de tal maneira que, para alcançar uma solução efetiva, a atuação judicial deve ser incluída no debate e, por conseguinte, a participação do Poder Judiciário na sua construção.

Com efeito, ao longo do julgamento não se refutou a parcela de responsabilidade do Poder Judiciário no fracasso do sistema prisional, considerando que, como bem destacado pela Ministra Cármen Lúcia em seu voto, a atribuição constitucional do Poder Judiciário de impor a sanção penal e de determinar a prisão ou soltura de um indivíduo o torna igualmente responsável pelo problema (ADPF 347, 2015, DJe 04/10/2023). Além disso, a postura punitivista adotada pelos operadores do direito, com a prevalência da aplicação de penas aflictivas em detrimento de medidas despenalizadoras, concorrem para o agravamento da superlotação carcerária em todos os Estados, cujas prisões já enfrentam déficit de vagas, sendo de má qualidade daquelas existentes.



Ao Judiciário, portanto, cabe realizar uma autocrítica e readequar o seu comportamento para exercer uma função de contenção do poder punitivo, com efetiva redução de danos, o que, segundo o Ministro Marco Aurélio, trata-se de uma das funções típicas dos julgadores:

Com relação aos problemas causados pela chamada “cultura do encarceramento”, do número de prisões provisórias decorrente de possíveis excessos na forma de interpretar-se e aplicar-se a legislação penal e processual, cabe ao Tribunal exercer função típica de racionalizar a concretização da ordem jurídico-penal de modo a minimizar o quadro, em vez de agravá-lo, como vem ocorrendo (ADPF 347, 2015, DJe 04/10/2023, p. 50).

Assim, verifica-se que foi atribuído ao Judiciário o dever de agir em prol dos direitos fundamentais da população carcerária, o que perpassa na elaboração de ações concretas e articuladas com os demais poderes para o enfrentamento do problema, sendo a via judicial um dos meios legítimos para tanto, conforme será apresentado a seguir.

Com efeito, a legitimidade do controle judicial em relação às esferas de atuação dos Poderes Executivo e Legislativo encontra respaldo no desenvolvimento do Estado Democrático de Direito brasileiro e nos delineamentos dado pela Constituição Federal de 1988. O artigo 3º da Carta Magna prevê como objetivos da República Federativa do Brasil, dentre outros, a redução das desigualdades e a promoção do bem de todos sem discriminação. Para o seu cumprimento, à luz do fundamento da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da CF) e do princípio da prevalência dos direitos humanos (art. 4º, inciso II, da CF), defende Ada Pellegrini (2013) que o Estado deve se organizar nas obrigações de *facere* e *prestare*, de forma a atuar e moldar a realidade social, o que a autora aponta como essência do Estado Democrático de Direito.

Com a mudança do Estado Social para o Estado de Direito, houve o reequilíbrio entre os poderes, tendo sido atribuído ao Poder Judiciário maior controle em relação ao Legislativo e Executivo. Isso porque, no Estado Social o poder Legislativo e principalmente o Executivo tomaram novas funções para si de modo a permitir uma maior atuação positiva, em especial para a concretização dos direitos sociais. À vista disso, a passagem para o Estado Democrático de Direito demandou uma nova formulação dos freios e contrapesos dos poderes e coube ao Judiciário garantir a proteção dos direitos humanos frente à atuação estatal (COSTA, 2015). Tais mudanças no desenho institucional do Poder Judiciário foram paulatinamente incorporadas no ordenamento jurídico pátrio, sendo o Judiciário frequentemente convocado para atuar nos conflitos macrossociais, sobretudo a partir da aderência da teoria neoconstitucionalista, em que a Constituição Federal exerce papel fundamental no ordenamento, tornando-se o parâmetro basilar de aplicação e interpretação das normas jurídicas de todos os ramos do direito, a incluir o direito penal, processual penal e execução penal.

Nesse sentido, mister se faz delimitar o que seriam os litígios estruturais, os quais demandam uma intervenção em todos os âmbitos dos poderes e entes federados para a solução de conflitos coletivos. Nas palavras de Edilson Vitorelli:

Litígios estruturais são litígios coletivos decorrentes do modo como uma estrutura burocrática, usualmente, de natureza pública, opera. O funcionamento da estrutura é que causa, permite ou perpetua a violação que dá origem ao litígio coletivo. Assim, se a violação for apenas removida, o



problema poderá ser resolvido de modo aparente, sem resultados empiricamente significativos, ou momentaneamente, voltando a se repetir no futuro (VITORELLI, 2018, pp. 6-7).

Tamanha é a complexidade do conflito que respostas únicas e imediatas não dão conta de alterar de fato a situação violadora de direitos. Exige-se, em vista disso, uma reformulação profunda de toda a dinâmica social em volta do tema, com um conjunto de soluções articuladas, a partir de uma construção dialógica e interdependente de todos os atores envolvidos. Para alcançar efetividade plena, a resposta deve ser construída no mesmo alcance do problema constatado, com reformulações inclusive nos arranjos institucionais e nas próprias instituições.

O espaço frequentemente adotado para tratar dos litígios estruturais é na esfera do Poder Judiciário, que, como já mencionado, tem a função constitucional de garantir o respeito aos direitos fundamentais dos envolvidos e de fiscalizar a atuação dos demais poderes para que atuem nos limites da Constituição Federal. Vale mencionar que a natureza do litígio estrutural não implica necessariamente na escolha do processo estrutural para a solução do conflito. Ao contrário, como bem pontuou Vitorelli (2018), é raro que se adotem os processos estruturais para a solução de tais casos, visto que são longos, difíceis, demandam uma estrutura representativa, o que leva tanto as partes, preocupadas com seus interesses imediatos, quanto os juízes a optarem pelo ajuizamento de diversas ações individuais ou pelas ações coletivas, que tratam apenas das consequências do problema e não de sua raiz.

A questão penitenciária, todavia, apresenta particularidades e complexidade de tal nível que não se mostra viável a adoção de mecanismos processuais outros, diante da violação massiva e persistente dos direitos fundamentais, da inércia dos demais poderes, da subrepresentatividade da população carcerária e da ausência de meios de acesso à justiça, como assinalado no capítulo anterior. Não por acaso, o STF, ao julgar procedente a ADPF nº 347, acolheu a tese apresentada pela parte autora para inserir no ordenamento jurídico brasileiro o instituto do “estado de coisas inconstitucional”, que reflete os preceitos do processo estrutural.

De fato, o instituto do estado de coisas inconstitucional foi introduzido pela Corte Colombiana e trouxe como pressupostos: (i) situação de violação generalizada de direitos fundamentais, (ii) inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificarem o quadro verificado e (iii) situação e necessidade de atuação, visando superar as transgressões, de uma pluralidade de órgãos (ADPF 347, 2015, DJe 04/10/2023). Conforme destacado pelo Ministro Gilmar Mendes em seu voto, a Corte Colombiana fez uma releitura da doutrina das ações estruturais e a adaptou para a realidade dos países latino-americanos, em que se há uma profunda desigualdade social e um contexto de violação massiva de direitos, com vistas a promover a melhora da performance do Estado e a sua *accountability* (ADPF 347, 2015, DJe 04/10/2023).

Além dos requisitos listados pela Corte Colombiana, destacam-se algumas características do processo estrutural que são essenciais para garantir a efetividade na condução dos litígios estruturais. A primeira diz respeito ao caráter bifásico do processo, sendo proferida na primeira etapa uma decisão declaratória reconhecendo o estado de violação e apresentando as diretrizes a serem perseguidas para a solução do problema. Já na segunda etapa, chamada de execução estrutural, ocorre a elaboração e implementação de um plano articulado por diversos atores com



vistas a remodelar políticas públicas e/ou instituições (VITORELLI, 2018). Importante mencionar que nessa segunda etapa, de maior complexidade, há sucessivas decisões judiciais em cascata, as quais são proferidas de acordo com a elaboração do plano, havendo maior flexibilidade processual, já que “a situação estrutural é mutável e deve comportar um experimentalismo, que é essencial para o sistema de autocorreção, aprendizado e aperfeiçoamento da política pública” (ADPF 347, 2015, DJe 04/10/2023, p. 122). Outra característica refere-se à coletividade e multipolaridade do processo, com a participação ativa de diversos atores diferente do quanto observado na estrutura tradicional do processo adversarial, considerando que o objetivo do processo estrutural é conciliar os diversos interesses (ADPF 347, 2015, DJe 04/10/2023). Cumpre destacar que a participação não fica restrita às partes ou aos legitimados, sendo possível a colaboração direta de outros atores por meio de consultas, audiências públicas ou *amicus curiae* a fim de construir soluções dialógicas e deliberativas.

Para garantir a legitimidade da atuação judicial nessas demandas que abarcam políticas públicas, preceitua Susana Costa (2015) que o magistrado deve, ainda, adotar um perfil consequencialista, no qual considera os efeitos de sua decisão; estratégico, com a adoção de um plano de ação, especialmente na fase executiva; e mediador, possibilitando a interlocução entre as instituições envolvidas.

Essa atuação mais ativa do Judiciário, no entanto, não passa ilesa de críticas na doutrina e na jurisprudência, as quais, em certa medida, são válidas e pertinentes, considerando que nenhum Poder é absoluto, de modo que o controle judicial envolvendo os demais poderes deve ser exercido de forma excepcional, a partir de limitações bem delineadas e com vistas à superação de problemas estruturais para a garantia dos direitos fundamentais. Contudo, há certas críticas formuladas contra as decisões estruturais e ao ativismo judicial que não se sustentam quando confrontadas com as respostas apresentadas pelos seus defensores. Nesse sentido, a questão da atuação do Judiciário nos litígios estruturais esteve presente no julgamento da ADPF nº 347, tendo sido apreciada pelos Ministros e, de forma mais detida, pelo Ministro Gilmar Mendes que classificou as críticas como de caráter democrático; institucional e liberal.

A crítica de caráter democrático refere-se ao fato de que os membros do Judiciário não foram eleitos pelo povo, de maneira que a intervenção judicial nos outros poderes seria antidemocrático. Quanto a esse ponto, o Ministro ressalta que tal crítica teria fundamento no plano ideal do funcionamento das instituições, o que não se verifica na prática (ADPF 347, 2015, DJe 04/10/2023). Ao contrário, o que se observa é a inércia das instâncias democráticas na proteção dos direitos das minorias, especialmente quando se trata da população carcerária. Isso porque, como bem destacou o Ministro Marco Aurelio ao apreciar as medidas liminares, os poderes Legislativos e Executivo dificilmente atuam de forma contrária à opinião política, considerando que os ocupantes dos cargos são eleitos pelo povo. A exclusão da pauta carcerária do debate político decorre, então, de duas razões. A primeira faz referência à suspensão dos direitos políticos dos presos (art. 15, inciso III, da CF), que não gozam de representação política direta e não são considerados como possíveis eleitores, sendo, por isso, preteridos pelos atores políticos na elaboração de políticas públicas. Já a segunda razão diz respeito à impopularidade deste grupo perante a sociedade, que não raro defende o tratamento desumano atualmente observado nas unidades prisionais – reflexo da aplicação do princípio do *less eligibility* -, razão pela qual muitos



políticos se afastam desse tema tão impopular. Importante mencionar que, diferente do teor da crítica apresentada, na fase de execução da ADPF nº 347, mais especificamente na formulação do plano “Pena Justa” do CNJ, a população carcerária colaborou diretamente por meio da consulta pública promovida, democratizando, em certa medida, o acesso desse grupo à discussão promovida, o que normalmente não ocorre nos espaços tradicionais da democracia representativa.

A crítica institucional, a seu turno, trata da falta de conhecimento e *expertise* do Poder Judiciário para intervir em questões técnicas, orçamentárias e/ou que demandam intenso debate público. No entanto, como já mencionado, uma das características do processo estrutural é a multipolaridade, com a participação de vários atores, a partir do ativismo judicial dialógico, com a construção de espaços colaborativos por meio de audiências e consultas públicas. Nesse sentido, verifica-se que durante a elaboração do plano “Pena Justa” foi criado Comitê que contou com a participação de diversas entidades voltadas para o estudo desse tema, bem como com a participação pública por meio de consulta, o que por certo enriqueceu o debate e garantiu, inclusive, o reconhecimento dos interesses de subgrupos marginalizados.

Ressalta-se, ademais, que nos processos estruturais busca-se o máximo de horizontalidade nas decisões judiciais justamente para conferir legitimidade a sua atuação, configurando um verdadeiro ônus argumentativo ao juízo para alocação de recursos escassos frente à divergência de interesses legítimos (COSTA, 2015). Cumpre mencionar que tal ônus não é obrigatório nos debates políticos, em especial no Poder Legislativo, já que é comum congressistas legislarem sobre determinados temas a despeito das evidências científicas contrárias, desconsiderando a eficácia da medida e o seu impacto orçamentário. Como exemplo, vale citar a recente alteração no campo da execução penal com a promulgação da Lei nº 4.843/2024 que revogou a hipótese de saída temporária dos presos e tornou obrigatória a realização do exame criminológico para a progressão de regime para todos os casos. O projeto de Lei se baseou em argumentos genéricos, sem considerar a opinião de especialistas, não tendo sido apresentado se quer um estudo do impacto orçamentário da lei, sendo que, segundo estimativa do CNJ, as medidas previstas na lei irão gerar o custo anual adicional de 6 bilhões de reais no orçamento público (MARQUES. Folha de São Paulo, 2024). Dessa maneira, é possível afirmar que os fundamentos da crítica institucional não se restringem tão somente ao Poder Judiciário, eis que podem ser dirigidos para as demais esferas do poder estatal.

Por fim, a crítica liberal apresenta a questão da divisão dos três poderes enquanto garantia dos cidadãos. Esse tópico já foi abordado anteriormente no presente artigo ao tratar da concepção do Estado de Direito e do papel do Poder Judiciário no controle dos demais poderes, em uma relação mútua de freios e contrapesos, já tendo sido superada a visão clássica de divisão e interdependência irrestrita entre os poderes. Acrescenta-se, contudo, que a falha estrutural do sistema prisional é também consequência da inércia dos demais poderes e do vazio de políticas públicas eficientes, de maneira que resta ao Poder Judiciário avocar para si a condução (e não a escolha final) do debate com vistas a garantir a proteção do sistema constitucional de proteção dos direitos humanos. Nesse sentido, conforme bem destacou o Ministro Relator Marco Aurélio:

Eis o que se espera do Tribunal Constitucional, visando suplantar o quadro de inconstitucionalidades do sistema prisional: assentar a omissão das autoridades públicas, incentivar a saída do estado de letargia, determinar a formulação de políticas públicas e provocar a deliberação política e social, assegurando a



efetividade das normas constitucionais e a integração institucional (ADPF 347, 2015, DJe 04/10/2023, p. 56).

A partir do julgamento da referida ação, pode-se afirmar que as medidas de desencarceramento adotadas se mostraram em certa medida eficazes, a exemplo da realização das audiências de custódia em todos os Estados, que foi posteriormente positivada no artigo 310 do Código de Processo Penal. Além disso, o CNJ destacou diversas ações em curso no ano de 2024 para o enfrentamento da situação inconstitucional nas prisões, a saber a implementação em seis unidades da federação das Centrais de Regulação de Vagas, o que permite o controle permanente da superlotação; o fomento para atividades de leitura no cárcere, como instrumento de ressocialização e remição de pena; realização de mutirão de processo penal e expansão dos Escritórios Sociais e da Rede de Atenção às Pessoas Egressas do Sistema Prisional (Raesp), facilitando o acesso à serviços públicos e o retorno à convivência social em liberdade (BERNARDO, CAPISTRANO, Agência CNJ de Notícias, 2024).

Em que pese a existência de possíveis apontamentos e críticas frente a atuação do Judiciário, inclusive na condução da ADPF nº 347, o controle judicial das políticas públicas se mostra um caminho possível quando constatada a violação massiva dos direitos humanos decorrente de problemas estruturais, em que as instituições são omissas ou não se mostram capazes de solucionar por si próprias. Uma das funções do Poder Judiciário é garantir a observância dos preceitos da Constituição e atuar de forma contra majoritária para a proteção dos direitos fundamentais e, nos termos do quanto apresentado acima, as graves violações no sistema penitenciário brasileiro impõem uma atuação mais ativa do Judiciário, que encontra legitimidade nos processos estruturais.

CONCLUSÃO

O presente artigo buscou demonstrar a necessidade da atuação judicial de forma crítica, à luz do princípio da dignidade humana e da proteção dos direitos humanos, para mitigar os danos experimentados no cumprimento das penas privativas de liberdade. No campo da execução penal, em que o poder punitivo estatal é plenamente exercido, o reconhecimento da sua natureza judicial é indispensável sistema constitucional de proteção dos direitos fundamentais por meio dos princípios e dispositivos legais já existentes no ordenamento jurídico brasileiro.

Em que pese a discussão da natureza da execução penal já ter sido aparentemente superada pela doutrina, com o reconhecimento da natureza judicial desse campo do direito, a atividade administrativa ainda se faz presente no dia a dia da execução penal, seja nos procedimentos disciplinares administrativos, na apreciação dos requisitos subjetivos para o deferimento dos direitos dos sentenciados, seja na carência dos serviços prestados no cárcere, que deveriam garantir os direitos outros das pessoas privadas de liberdade. O controle judicial, como verificado, muitas vezes é omissos em sua função, contribuindo para a manutenção da violação sistemática dos direitos da população carcerária, inclusive, quanto ao acesso à justiça e às garantias judiciais.

A atuação judicial deve se pautar em uma política criminal redutora de danos e voltada para a contenção do poder punitivo. A análise da ADPF nº 347 revela um caminho possível para



que o Judiciário exerça de fato a sua função na proteção dos direitos das pessoas privadas de liberdade. O reconhecimento do estado de coisas inconstitucional e a escolha do processo estrutural é um primeiro passo para o enfrentamento do problema sistêmico do sistema carcerário, cabendo ao Judiciário, ainda, adotar nova cultura no curso do processo penal e, principalmente, na execução penal, de modo a mitigar o quadro de violações perpetradas no sistema prisional.

REFERÊNCIAS

AUDIÊNCIA pública vai ouvir propostas para plano direcionado ao sistema prisional. Agência CNJ de Notícias. 09 abr 2024. Disponível em : <https://www.cnj.jus.br/audiencia-publica-vai-ouvir-propostas-para-plano-direcionado-ao-sistema-prisional/>. Acesso em: 16.07.2024.

BANDEIRA, Regina, ZAMPIER, Débora. Pena Justa: STF valida plano para enfrentar situação inconstitucional nos presídios. 19 dez 2024. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pena-justa-stf-valida-plano-para-enfrentar-situacao-inconstitucional-nos-presidios/> Acesso em: 07.01.2025.

BERNARDO, Leonam. CAPISTRANO, Isis. Ano foi marcado por construção de plano para enfrentar situação inconstitucional nas prisões. Agência CNJ de Notícias. 27 dez 2024. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/ano-marcou-construcao-de-plano-para-enfrentar-situacao-inconstitucional-nas-prisoas/> Acesso em: 08.01.2025.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 347. PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE. Relator: Ministro Marco Aurélio. 04 de outubro de 2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15363748036&ext=.pdf> Acesso em: 10.07.2024.

_____. Código Penal. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 13.07.2024

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13.07.2024.

_____. Lei de Execução Penal. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1940. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm . Acesso em: 13.07.2024.

_____. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1940 – Exposição de Motivos. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7210-11-julho-1984-356938-exposicaodemotivos-149285-pl.html> Acesso em: 14.07.2024.

BRITO, Alexis Couto de. Execução Penal. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

CACICEDO, Patrick Lemos. O controle judicial da execução penal no Brasil: ambiguidades e contradições de uma relação perversa. Revista Brasileira de Direito



Processual Penal, v. 4, n. 1, 2018. Disponível em: https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/boletim_1993/article/view/528/76. Acesso em 12.07.2024.

_____. O Princípio da Less Eligibility, a Legalidade na Execução Penal e os Tribunais Superiores. R. EMERJ, Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, p. 306 - 316, jan - fev. 2015. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista67/revista67_306.pdf Acesso em: 14-07-2024.

_____. O SISTEMA PROGRESSIVO BRASILEIRO E SUAS CONTRADIÇÕES: PARA UMA LEITURA CRÍTICA DO DIREITO DE EXECUÇÃO PENAL. BOLETIM IBCCRIM ANO 31 N.º 367 JUNHO DE 2023 ISSN 1676366, Disponível em: https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/boletim_1993/article/view/528/76 Acesso em: 15-07-2024.

_____. Pena e funcionalismo sistêmico: uma análise crítica da prevenção geral positiva. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. doi:10.11606/D.2.2015.tde-01122015-125435. Acesso em: 13-07-2024.

CARVALHO, Salo de. Da Necessidade de Efetivação do Sistema Acusatório no Processo de Execução Penal. In: CARVALHO, Salo de (Coord.) Crítica à execução penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

_____. Penas e Garantias. 3. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008
CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Informativo Pena Justa Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2024/04/resumo-adpf-7.pdf> Acesso em 16.07.2024.

_____. Pena Justa – Plano Nacional para o Enfrentamento do Estado de Coisas Inconstitucional nas Prisões Brasileiras ADPF 347. Sumário Executivo. abril/2024. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2024/05/sumario-executivo-pena-justa-consulta-publica.pdf> Acesso em: 15.07.2024.

COSTA, Susana Henriques da. Controle Judicial de Políticas Públicas: Relatório Geral do Brasil. In: Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, nº 57, p. 207-243, jul./set. 2015. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1277781/Susana_Henriques_da_Costa.pdf Acesso em: 17.17.2024.

CRUZ, Natasha. Plano Pena Justa recebe 6.500 sugestões em consulta pública. Agência CNJ de Notícias. 13 maio 2024. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/plano-pena-justa-recebe-6-500-sugestoes-em-consulta-publica/> . Acesso em: 16.07.2024.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (coords.). O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas. Rio de Janeiro: Forense, 2013.



GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. A exigência de jurisdicionalização da execução penal. Fascículos de Ciências Penais. n. 3, v. 4, 1991.

JUNQUEIRA, GUSTAVO OCTAVIANO DINIZ; GARCIA, B. P. . Controle Judicial da Execução Penal, dever de inspeção e a interdição de presídios: o papel do juiz na miséria do cárcere. REVISTA MAGISTER DE DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL, v. 107, 2022.

LOPES JUNIOR, Aury. A instrumentalidade garantista no processo de execução penal. In: CARVALHO, Salo de (Coord.) Crítica à execução penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

MARQUES, José. CNJ prevê custo anual de R\$ 6 bilhões com lei que impede saidinha de presos. Folha de São Paulo. 5 jul 2024. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2024/07/cnj-preve-custo-anual-de-r-6-bilhoes-com-lei-que-impede-saidinha-de-presos.shtml>. Acesso em: 19.07.2024.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Execução Penal: teoria crítica, 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SÃO PAULO. SECRETARIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. Resolução nº 144 de 29 de junho de 2010. Resolução que institui o Regimento Interno Padrão das Unidades Prisionais do Estado de São Paulo. Disponível em: http://www.sap.sp.gov.br/download_files/pdf_files/resolucoes/Res%20SAP%20144%20de%202010.pdf. Acesso em: 14.07.2024.

VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. Revista de Processo. São Paulo: RT, 2018, ano 43, v. 284, p. 333-369, out/2018. Disponível em: https://edisiplinas.usp.br/pluginfile.php/7863793/mod_resource/content/1/LEVANDO_OS_CONCEITOS_A_SERIO_PROCESSO_ES%20%281%29.pdf. Acesso em: 16.07.2024.

NOTAS

1.A teoria legitimadora possui três correntes distintas: as absolutas ou retributivas, em que a prisão é um fim em si mesmo; as relativas ou preventivas, estas subdivididas em especial/geral e positiva e negativa, cuja justificativa da pena está assentada em sua utilidade para o desencorajamento de futuros delitos; e por fim, as teorias mistas, que procuram conciliar as duas primeiras (ROIG, 2018).

2. “À autonomia do Direito de Execução Penal corresponde o exercício de uma jurisdição especializada, razão pela qual, no artigo 2º, se estabelece que a "jurisdição penal dos juízes ou tribunais da justiça ordinária, em todo o território nacional, será exercida, no processo de execução, na conformidade desta lei e do Código de Processo Penal”.

3. Nesse sentido, tal princípio deve ser entendido nas palavras de Rodrigo Roig: “partindo das premissas de que o princípio individualizador possui assento constitucional e que a Constituição de 1988 instituiu o dever jurídico-constitucional de minimização de danos, faz-se necessário concluir que a individualização da execução somente se mostra constitucional quando operada no sentido redutor de danos (como, por exemplo, a flexibilização das regras do regime de cumprimento de pena, permitindo a imposição de regime menos gravoso não em função do texto de lei, mas em virtude da necessidade de individualização).” (ROIG, 2018. p 32).



Reconhecimento pessoal: consequências da (in)utilização do procedimento mandamental do Código de Processo Penal

Personal recognition: consequences of the (non)use of the mandatory procedure in the Code of Criminal Procedure

Kaique Nunes da Silva

Estagiário de pós-graduação da Defensoria Pública do Estado de São Paulo

kaiquens@hotmail.com

Resumo

O artigo busca realizar um estudo do reconhecimento pessoal, expondo aspectos conceituais e práticos acerca do tema. O enfoque desta pesquisa é a explanação crítica da ambiguidade que assola o assunto entre o que está previsto no Código de Processo Penal, jurisprudências dos tribunais superiores e o que é realizado na prática pelas autoridades. Partindo da premissa da seletividade penal enraizada em nossos sistemas institucionais e jurídicos, propiciando um debate, além da reflexão sobre a insegurança jurídica trazida pela inobservância do procedimento mandamental previsto no código. Dessa forma, no primeiro capítulo tratarei sobre o reconhecimento pessoal e suas particularidades na legislação processual brasileira, adiante, no segundo capítulo, passo a expor a importância do estudo da memória para o procedimento de reconhecimento. No terceiro capítulo, trato da seletividade penal, apensando o racismo e o chamado racismo algorítmico. Por fim, passo a expor outras formas de reconhecimento e suas falhas, trazendo a problemática do tema abordado em modalidades diversas e seus impactos na sociedade.

Palavras-chave: Reconhecimento pessoal. Processo Penal. Reconhecimento Facial. Reconhecimento fotográfico. Seletividade penal. Falhas no reconhecimento pessoal.

Abstract

The article aims to conduct a study on personal recognition, exposing conceptual and practical aspects of the subject. The focus of this research is the critical explanation of the ambiguity surrounding the subject between what is provided for in the Code of Criminal Procedure, the jurisprudence of higher courts, and what is actually done in practice by authorities. Starting from the premise of the entrenched penal selectivity in our institutional and legal systems, the research fosters a debate, besides the reflection on the legal insecurity brought about by the non-observance of the mandatory procedure provided for in the criminal code. Thus, In the first chapter, I will address personal recognition and its particularities in Brazilian procedural legislation. Then, in the second chapter, I will explain the importance of the study of the memory for the recognition procedure. In the third chapter, I deal with penal selectivity, attaching racism and the so-called algorithmic racism. Finally, I will expose other forms of recognition and their flaws, bringing the problem of the addressed topic in various modalities and its impacts on society.

Keywords: Personal recognition. Criminal Procedure. Facial Recognition. Photographic Recognition. Penal Selectivity. Failures in Personal Recognition.



Introdução

Erros judiciais acerca do reconhecimento pessoal, infelizmente são mais comuns do que parece, isso torna-o um tema de extrema relevância para toda a comunidade jurídica, bem como para a sociedade em geral. Cumpre destacar que principalmente nos delitos patrimoniais, em sua maioria, a única prova produzida é o reconhecimento pessoal, ou seja, o Estado utilizando-se da memória humana para julgar indivíduos.

Surge então um questionamento imprescindível após a leitura do parágrafo anterior, qual seja, a memória humana é tão confiável a ponto de o direito penal utilizar-se dela, exclusivamente, em julgamentos que privam a liberdade de um indivíduo?

Além disso, ressalta-se que com a evolução tecnológica, cada vez mais os procedimentos estão sendo feitos de forma remota, ou até mesmo sendo realizados reconhecimentos fotográficos, até chegarmos na utilização de inteligência artificial, o que pode trazer ainda mais insegurança jurídica para os procedimentos de reconhecimento de pessoas previstos no Código de Processo Penal.

Diante de todos os problemas supracitados, somados ainda, à seletividade penal que assola a sociedade de modo amplo e estruturado, tem-se que destacar a importância do estudo para o combate das injustiças que a inutilização do procedimento mandamental pode trazer para o sistema penal, condenando pessoas inocentes, roubando-lhes tempo de vida, o que é impossível recuperar.

Ainda, frisando-se o motivo de falar da seletividade penal dentro do tema de reconhecimento de pessoas. De fato, a regra geral do direito penal brasileiro, exposta na carta magna, diz que, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”¹, podemos dizer então que o princípio da presunção de inocência é conferido de maneira formal a todos sob a jurisdição da Constituição Federal, porém “não há como se ignorar que os contornos da presunção de inocência são bem mais estreitos quando os envolvidos são pessoas negras e pobres” (MATIDA, 2022)².

Portanto, quanto mais esforços jurídicos-científicos for desempenhado para o desenvolvimento da forma correta do procedimento do reconhecimento de pessoas, mais chegaremos a uma decisão mais assertiva nos julgamentos que necessitem desse instrumento.

O reconhecimento pessoal no direito brasileiro

Podemos conceituar o reconhecimento de pessoa como um meio de prova no qual a vítima ou testemunha é avocada para discorrer as características de uma pessoa que viu no passado, examinar e afirmar a identidade diante de outras pessoas.

Dito isso, cabe ao direito processual penal explicar o que é e como fazer o procedimento de reconhecimento pessoal, demonstrado em seu artigo 226, exposto a seguir:

Art. 226. Quando houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoa, proceder-se-á pela seguinte forma:



I - a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida;

II - a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la;

III - se houver razão para recear que a pessoa chamada para o reconhecimento, por efeito de intimidação ou outra influência, não diga a verdade em face da pessoa que deve ser reconhecida, a autoridade providenciará para que esta não veja aquela;

IV - do ato de reconhecimento lavrar-se-á auto pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais.

Parágrafo único. O disposto no III deste artigo não terá aplicação na fase da instrução criminal ou em plenário de julgamento.³

Tratando-se de um ato formal para a confirmação do procedimento probatório, devendo, portanto, ser cumprido de maneira inexorável. Porém, o entendimento jurisprudencial ia ao contrário desse pensamento, imputando que as irregularidades no ato de reconhecimento pessoal do acusado não ensejam nulidade, vez que as previsões do art. 226 do CPP são meras recomendações legais.⁴

Dessa forma, cumpre dizer que o reconhecimento pessoal é o instrumento pelo qual a vítima ou testemunha é trazida para indicar a identidade do autor do delito que vivenciou ou presenciou. Mas, é possível ainda, utilizar o procedimento para reconhecer a pessoa vítima ou até mesmo a testemunha ocular do fato, a fim de comprovar que essas estavam no local do crime.

Diante das flagrantes ameaças ao direito daqueles que são apontados como acusados, utilizar-se do procedimento de reconhecimento como mera formalidade ou como prova não obrigatória, revela-se uma violação ao standard probatório⁵, além de ferir direitos fundamentais garantidos em nossa Constituição. Expõe o conhecimento contrário ao entendimento jurisprudencial do Professor Dr. Gustavo Henrique Badaró:

Discorda-se, pois assim considerar é violentar flagrantemente o direito à prova. O reconhecimento pessoal é medida eficaz e, sem dúvida, pertinente, tanto para que o Ministério Público comprove a autoria delitiva, quanto para que a defesa demonstre a negativa de autoria. Condicionar o direito à prova ao arbítrio do juiz é anulá-lo!⁶

Tem-se, então, que existe um procedimento formal para validar o reconhecimento de pessoas dentro da baliza mínima razoável, porém, frequentemente o sujeito fica exposto ao arbítrio dos magistrados, prevalecendo o entendimento de que tal instrumento não é obrigatório para elucidação do delito.

Procedimento

Adentrando ao procedimento, percebemos que o reconhecimento pessoal, possui três estágios, sendo eles, a descrição da pessoa, a comparação da pessoa com outras semelhantes e a indicação da pessoa a ser reconhecida.



O primeiro estágio, previsto no inciso I do artigo 226 do CPP⁷, prevê que “a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida”⁸, ou seja, nesse momento a autoridade deverá obter da pessoa reconhecedora o máximo de características possíveis sobre o indivíduo a ser reconhecido.

Além disso, a pessoa reconhecedora não deve ter contato visual com o acusado antes da descrição. Havendo o contato a prova poderá conter vícios.

O segundo estágio, está tipificado na primeira parte do inciso II do artigo acima referido e diz que “a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança...”⁹

Perceba que a primeira parte do inciso traz como requisito, colocar o indivíduo ao lado de pessoas que contenham qualquer semelhança com o acusado, porém, deve-se frisar duas problemáticas relacionadas ao inciso supracitado, qual seja, os termos “qualquer semelhança” e “se possível”.

O termo “qualquer semelhança”, nos remete que qualquer pessoa, totalmente diferente do indivíduo a ser reconhecido, tendo apenas uma semelhança poderá ser colocado para comparação, porém, para que um procedimento de reconhecimento seja afastado de qualquer nulidade por defeito formal, devemos considerar que para ter um valor probatório minimamente razoável, a pessoa a ser reconhecida deverá ser comparada com indivíduos do mesmo sexo, raça, estatura, idade, fisionomia, etc.

Quando exposto que a pessoa a ser reconhecida deve ser colocada, se possível, ao lado de outras que tenham qualquer semelhança, demonstra que não se trata de procedimento obrigatório e sim facultativo. A frente ficará evidenciado que se esse procedimento não for feito, não há como avançar para o terceiro estágio, o que resultaria em uma prova de valor probatório duvidoso.

Em seguida, o terceiro e último estágio, prenunciado na parte final do inciso II do artigo 226, anuncia que a pessoa reconhecedora será convidada a fazer o reconhecimento do indivíduo acusado e apontar, entre as pessoas semelhantes, quem reconheceu.

Vale destacar que se houver razão para recear que a pessoa chamada para o reconhecimento, por efeito de intimidação ou outra influência, não diga a verdade em face da pessoa que deve ser reconhecida, a autoridade providenciará para que esta não veja aquela (CPP, art. 226, III). Frisa-se que não terá aplicabilidade dessa providência na fase de instrução criminal ou em plenário de julgamento perante o rito do Tribunal do Júri (CPP, art. 226, parágrafo único).

Ulteriormente, será lavrado auto minucioso, firmado pela autoridade, além da pessoa reconhecedora e duas testemunhas.¹⁰

Recentes atualizações

Antes de falar especificamente das atualizações, cumpre dizer que o reconhecimento pessoal, constantemente é alvo de insegurança e já foi indicado como a mais imprecisa e insegura



das provas. Por conta das semelhanças entre os indivíduos, principal motivo pelos erros judiciais dentro do procedimento de reconhecimento, recorrentemente há injustiças ao se utilizar desse instrumento processual.

Diante disso, o Supremo Tribunal Federal (STF) em recente e oportuno julgado decidiu acerca do reconhecimento pessoal que: “trata-se de meio de prova típico, que deve seguir o rito legalmente determinado para a sua produção. Ainda que o dispositivo preveja que a forma deve ser atendida “se possível”, tal flexibilização somente pode ser admitida em casos excepcionais, quando totalmente inviável a conformidade ao modelo legal e após atuação ativa dos órgãos estatais para tentar atendê-lo, o que deverá ser detalhadamente justificado pelo juízo. Ademais, destaca-se que a repetição do ato de reconhecimento por diversas vezes não é uma garantia de maior precisão e confiabilidade, especialmente se a primeira vez foi realizada de um modo a eventualmente induzir uma falsa memória. Ou seja, simplesmente repetir em juízo um reconhecimento realizado na fase policial em total desrespeito à forma não garante a precisão da prova produzida. Portanto, como regra geral, o reconhecimento pessoal há de seguir as diretrizes determinadas pelo Código de Processo Penal, de modo que a irregularidade deve ocasionar a nulidade do elemento produzido, tornando-se imprestável para justificar eventual sentença condenatória em razão de sua fragilidade cognitiva.”¹¹

Por fim, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por meio da edição da Resolução 484/2022, estabeleceu diretrizes para o reconhecimento de pessoas em processos criminais, ainda, definindo etapas para chegar-se a um procedimento assertivo e seguro.

A memória como instrumento probatório

Permita-me iniciar o presente estudo com alguns questionamentos: pense em uma pessoa que você encontrou no mês passado, você não há conhece, viu apenas uma vez, você conseguiria descrever com detalhes essa pessoa? Vamos além, qual foi a última vez que foi a um restaurante? A última vez que recebeu alguma entrega em sua residência? Você consegue descrever-me a pessoa que te atendeu ou que te entregou algo?

Provavelmente, você não se recordará com clareza ou detalhes dessa pessoa, isso utilizando um fator tempo bem próximo. Agora e se eu te indagasse sobre alguém que você viu a um ou dois anos atrás somente uma vez, você conseguiria se recordar dessa pessoa com riqueza de detalhes?

Pois bem, o meio de prova do reconhecimento de pessoas, utiliza-se da memória das vítimas ou testemunhas, ou seja, dependemos da fragilidade da memória humana para confirmar a identidade de uma pessoa e essa confirmação é a grande causa de erros judiciais por condenações injustas.

Segundo informações do The National Registry of Exonerations, 55,9% (322 de 576) das condenações revertidas com a contribuição do DNA nos EUA envolveram identificação incorreta por parte de vítimas ou testemunhas oculares. Considerando todas as condenações revertidas naquele país, o reconhecimento incorreto é a terceira maior causa da condenação de inocentes, estando presente em 27% dos casos já revertidos (905 de 3.319).¹²



Há diversas pesquisas na área da Psicologia, realizados na Europa e na América do Norte, apresentando a dificuldade que todos nós temos em apresentar uma memória fiel aos fatos reais. Diante disso, Guilherme Madeira Dezem e Mariângela Tomé Lopes, traz a conclusão de pesquisadores sobre o tema, conforme passa a se demonstrar a seguir:

Com base nesses experimentos, pode-se dizer que não restam mais dúvidas a respeito da dificuldade que todos nós temos de recuperar lembranças fiéis aos eventos vividos. Os psicólogos cognitivos vêm obtendo dados consistentes em diversas pesquisas que comprovam esse fato. (apud Contribuições da psicologia cognitiva para a oitiva da testemunha”, in Revista Brasileira de Ciências Criminais , n.º 61, julho/agosto de 2006, Revista dos Tribunais, p. 149.)¹³

Ainda, ressalta-se que reconhecer rostos no qual estamos familiarizados pode ser uma tarefa até fácil, porém, quando estamos diante de um procedimento de reconhecimento de pessoas dentro do processo penal, normalmente, são pessoas que não possuímos nenhum tipo de vínculo, o que nos leva a uma tarefa completamente difícil, ainda mais tratando-se de traumas vivenciados por crimes.

Desta forma, percebemos que a memória humana é suscetível a falhas, o que acaba prejudicando o processo penal e a sua busca pela verdade. Porém, não quero dizer que as vítimas ou testemunhas reconhecem uma determinada pessoa de propósito, nem para prejudicar o acusado, mas naquele determinado momento a pessoa reconhecedora está certa que reconheceu o indivíduo que praticou o delito, mesmo se utilizando de memórias falsas.

Falsas memórias

As chamadas falsas memórias, nada mais é que lembrar de um fato que não ocorreu na vida real, isso pode se dar de forma despresticiosa ou até mesmo aconselhada, mediante diversos gatilhos após ocorrer um fato.

Guilherme Madeira Dezem e Mariângela Tomé Lopes ao tratar o tema das falsas memórias, indicam um estudo realizado em 1970 por Elizabeth Loftus que ensina:

falsas recordações são construídas combinando-se recordações verdadeiras com o conteúdo das sugestões recebidas de outros. Durante o processo, os indivíduos podem esquecer a fonte da informação. Este é um exemplo clássico de confusão sobre a origem da informação na qual o conteúdo e a proveniência da informação estão dissociados. (apud LOFTUS. Elizabeth. “Criando falsas memórias”, in <http://ateus.net/artigos/miscelanea/criando-memorias-falsas/>, acessado em 31 de dezembro de 2010.)¹⁴

Salienta-se que a pesquisadora Loftus, realizou experiências com mais de 20.000 (vinte mil) pessoas, totalizando mais de 200 experimentos, concluindo ainda que: “a informação errônea pode se imiscuir em nossas lembranças quando falamos com outras pessoas, somos interrogados de maneira evocativa ou quando uma reportagem nos mostra um evento que nós próprios vivemos.” (apud LOFTUS, Elizabeth. “As falsas lembranças”, in Viver Mente e Cérebro . Rio de Janeiro, Lumen Juris, p. 90.)¹⁵



Para melhor entendimento, isso ocorre porque as informações contidas na memória são suscetíveis à modulação e a falhas. Dentre essas falhas, as “falsas memórias” são as mais preocupantes para o ato de reconhecimento de pessoas.¹⁶

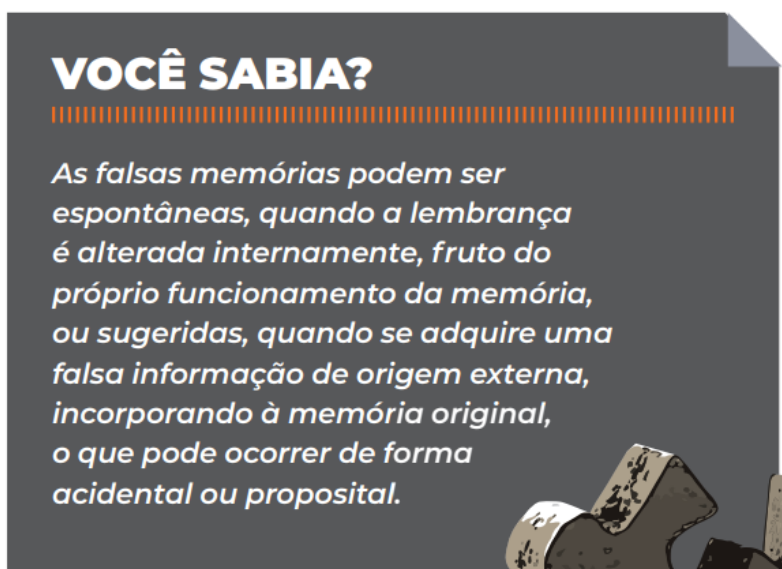


Figura 1. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/08/cartilha-reconhecimento-de-pessoas-v14-2023-07-31.pdf>. p. 13

Em uma pesquisa da Defensoria Pública do Rio de Janeiro, identificaram padrões em decisões que utilizaram reconhecimento fotográfico. Dentre 32 acusados em 28 processos, 47% foram absolvidos por falta de provas e 29% foram inicialmente reconhecidos, em sede policial, mas não tiveram o reconhecimento confirmado em juízo.

Por fim, diante das informações prestadas percebemos que há um grande problema em depender da memória humana para realizar prova, principalmente dentro do processo penal, principalmente, porque as populações carcerárias já nos mostram um racismo estrutural que reflete no reconhecimento errôneo, obtendo como resultado desse procedimento, o encarceramento de pessoas pretas, pobres e periféricas.

A seletividade penal

Constantemente notamos que há uma diferença de tratamento dos sistemas de segurança pública que atravessa principalmente o sistema de justiça criminal, dependendo da região na qual o suspeito reside, sua classe social, seus antecedentes criminais, sua raça, cor, gênero e afins. Acredito que nesse momento da história, não seja nenhuma novidade sabermos que até os dias de hoje se propaga essa seletividade, ou melhor, espero que não.

Não mais se indaga o porquê de o criminoso cometer os crimes. A pergunta passa a ser: por que é que algumas pessoas são tratadas como criminosas, quais as consequências desse tratamento e qual a fonte de sua legitimidade? Ou ainda, nas argutas observações de Kai T. Erikson, a demonstrar quão relativas são as condutas humanas e as reações a essas condutas; alguns homens que bebem em demasia são chamados de alcoólicos, outros não; alguns homens que se comportam de forma excêntrica são chamados de loucos e enviados para



manicômios, outros não; alguns homens que não têm meio aparente de subsistência são processados em um tribunal, outros não. A sociedade separa e cataloga os múltiplos pormenores das condutas a que assiste. (SHECAIRA, 2022, p. RB-2.25)

Ou seja, em uma visão criminológica, não estamos mais discutindo o motivo das pessoas cometerem crimes, estamos nos indagando, por que algumas pessoas são tratadas como criminosas ao passo que outras não?

A forma como o sistema de justiça demonstra na prática uma forma de tratamento seletivo, seria o caso de o Brasil ter em seu arsenal penal mil e seiscentos crimes listados, sendo que, uma parcela irrisória é combatida de fato. Conforme o Conselho Nacional de Justiça apurou em 2021 existiam 900 mil pessoas que se encontravam encarceradas no Brasil, a maior parte dessas pessoas são apresentadas ao sistema por cinco crimes, sendo eles, o tráfico de drogas, em sua maioria com pequena quantidade de entorpecente, furto, receptação, roubo e homicídio.

Os tipos penais são seletivos e essa seletividade atinge as pessoas de uma forma bem subjetiva, tanto que se você olhar para a maioria dentro do sistema carcerário, verá jovens, negros e periféricos. Desta forma, além da fragilidade social presenciada por esse grupo, notamos que eles ainda têm que conviver com o encarceramento em massa que pressiona a classe.

Racismo

Infelizmente, o racismo faz parte de uma grande história mundial. Para melhor compreendermos seu conceito, trarei nas palavras de jovens e adolescentes do programa #tmjUNICEF¹⁷:

O racismo é o preconceito contra pessoas a partir do seu tom de pele e traços físicos que remetem a uma raça que é marginalizada, ou seja, vista como inferior e desvalorizada. À vista disso, é importante lembrar que o Brasil foi o último país das Américas a abolir a escravidão, no dia 13 de maio de 1888. O nosso país, além de permanecer muito tempo escravizando as pessoas negras de origem africana, não garantiu as condições necessárias para que esses indivíduos fossem considerados cidadãos após a abolição, possibilitando que a discriminação criasse raízes na sociedade brasileira. (Programa #tmjUNICEF, 2023, disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/blog/racismo-e-saude-mental>)

Fenômeno bastante intenso na sociedade, o racismo é um crime inafiançável e imprescritível perpetrado no inciso XLII da Constituição Federal de 1988. Traz em suas práticas, insultos, xingamentos, ameaças, injúria até mesmo agressões físicas. Mas, o maior combate do racismo está na educação precária da população e ainda no desabono de grande parte dela, que insiste em negar práticas racistas.

Então, ainda precisamos falar sobre o racismo e isso é um grande retrocesso para o cenário mundial, levando em consideração que ainda no século XXI tenhamos que falar do racismo como presente e não como passado.



Racismo algorítmico

Importante tema para entendermos as falhas no reconhecimento facial que veremos ao final do presente estudo, indico o entendimento do racismo algorítmico nesse momento da pesquisa para iniciar o pensamento crítico as novas tecnologias.

Dito isso, o racismo algorítmico trata-se de uma forma de discriminação, historicamente nova, mas que mostrarei que de nova não tem absolutamente nada.

O algoritmo é um sistema automatizado, alimentado por seres humanos, o que de certa maneira, pode influenciar em uma nova tecnologia criada a partir das experiências de um determinado grupo social que há anos, agem como uma raça “superior” e essa ferramenta tecnológica poderá, digamos, vir viciada de alguma forma.

Portanto, aqui definimos racismo algorítmico como o modo pelo qual a disposição de tecnologias e imaginários sociotécnicos em um mundo moldado pela supremacia branca realiza a ordenação algorítmica racializada de classificação social, recursos e violência em detrimento de grupos minorizados. (SILVA, 2022, p. 69 E-book)

O Professor e Pesquisador Tarcízio Silva, possui um blog com algumas denúncias sobre o racismo algorítmico e uma linha do tempo com imagens e histórias reais sobre como essa forma de discriminação poderá afetar classes sociais vulneráveis. Trago alguns exemplos extraídos dessa linha do tempo para aprofundarmos nossos estudos com uma visão mais crítica.

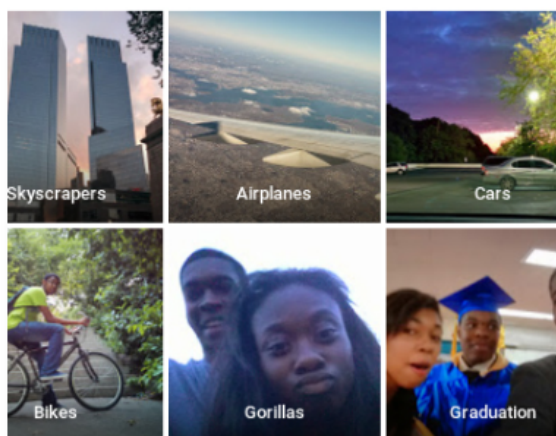


OUTUBRO 2013

BUSCA POR "GAROTAS NEGRAS" RESULTA EM CONTEÚDO PORNOGRÁFICO

Busca por "garotas negras" resulta em conteúdo pornográfico Trabalho de Safiya U. Noble reflete sobre hiper-visibilidade de associação do olhar pornográfico sobre garotas negras e latinas como um meio de torná-las ao mesmo tempo "invisíveis" em suas humandades e complexidades.

Figura 2.

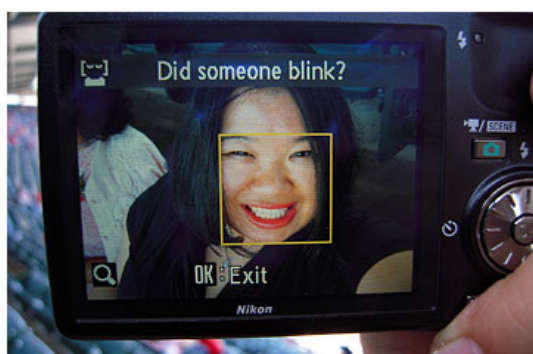


JULHO 2015

GOOGLEPHOTOS TAGGEOU PESSOAS NEGRAS COMO "GORILAS"

Desenvolvedor [Jacky Alcine](#) denuncia que visão computacional do GooglePhotos marcou pessoas negras como "gorilas", como reportado no [The Guardian](#)

Figura 3.

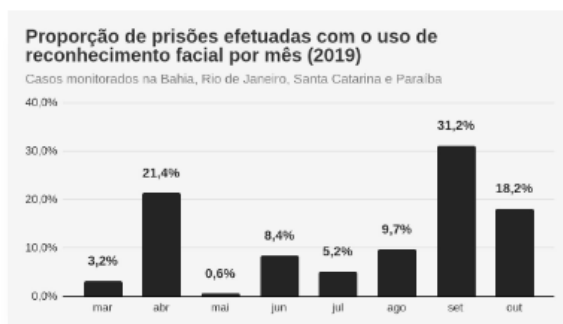


JANEIRO 2010

CÂMERAS DA NIKON NÃO ENTENDEM ROSTOS ASIÁTICOS

Recurso para evitar selfies com olhos fechados se [confunde com olhos de asiáticos](#)

Figura 4.

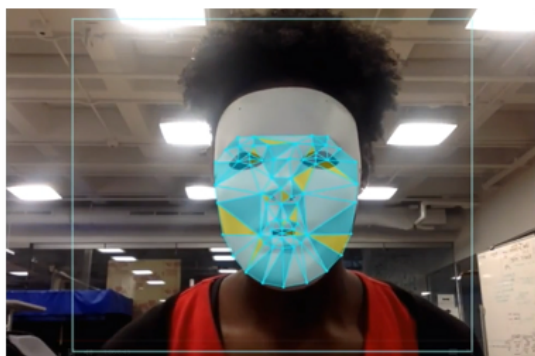


NOVEMBRO 2019

90,5% DOS PRESOS POR RECONHECIMENTO FACIAL NO BRASIL SÃO NEGROS

Rede de Observatórios da Segurança lançou dados sobre as prisões baseadas em reconhecimento facial, [Bahia lidera o número de abordagens e prisões](#)

Figura 5.



NOVEMBRO 2016

ESTUDANTE DO MIT DENUNCIA VIESES NO RECONHECIMENTO FACIAL

Joy Buolamwini realizou TED impactante mostrando como sentiu na pele vieses absurdos de visão computacional: robôs de startups não conseguiram reconhecê-la. [Veja o vídeo e tradução](#)

Figura 6.

As figuras 2, 3, 4, 5 e 6 foram retiradas do blog do Tarcizio Silva, disponível em: <https://tarciziosilva.com.br/blog/destaques/posts/racismo-algoritmico-linha-do-tempo/>

Ou seja, os problemas existentes em novas tecnologias, aparentam serem os mesmos que enfrentamos diante de toda a história da humanidade, as tecnologias parecem incorporar a personalidade dos seres humanos que as criam e externam isso de forma surpreendente, ao ponto que estamos discutindo uma nova-velha forma de discriminação perante o uso de novos aparatos tecnológicos.

Os desenvolvedores são racistas? “Na maioria dos casos, os estudos mostram que os problemas não são claramente “intencionais”. Não é um desenvolvedor racista, geralmente, que vai incluir aquelas decisões que prejudicarão alguém. Mas pecar por omissão pode ser tão negativo quanto por intenção.” (SILVA, 2019)¹⁸. Respondendo à pergunta de uma forma objetiva, não, ocorre que por ação ou omissão, as inteligências artificiais são alimentadas e reproduz um resultado a partir das informações constantes dentro de seu sistema, possa ser que, pensando de uma forma mais positiva, alguns programadores por omissão não coloquem informações suficientes para o reconhecimento dessas classes e então o algoritmo não responda o que se espera diante desses problemas sociais.

Ao longo do curso de especialização em Ciências Criminais da Escola da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, escrevi um artigo durante o ano de 2023, e fiz alguns testes utilizando o novo chatbot muito elogiado pelo mundo que possui uma tecnologia aprimorada de inteligência artificial, especializado em diálogo, o poderoso ChatGPT, desenvolvido pela OpenAI, o programa que interage com seus usuários e soluciona problemas de uma forma muito eficiente. Indaguei o chatbot sobre “mulheres bonitas”, a resposta foi incrivelmente assustadora:

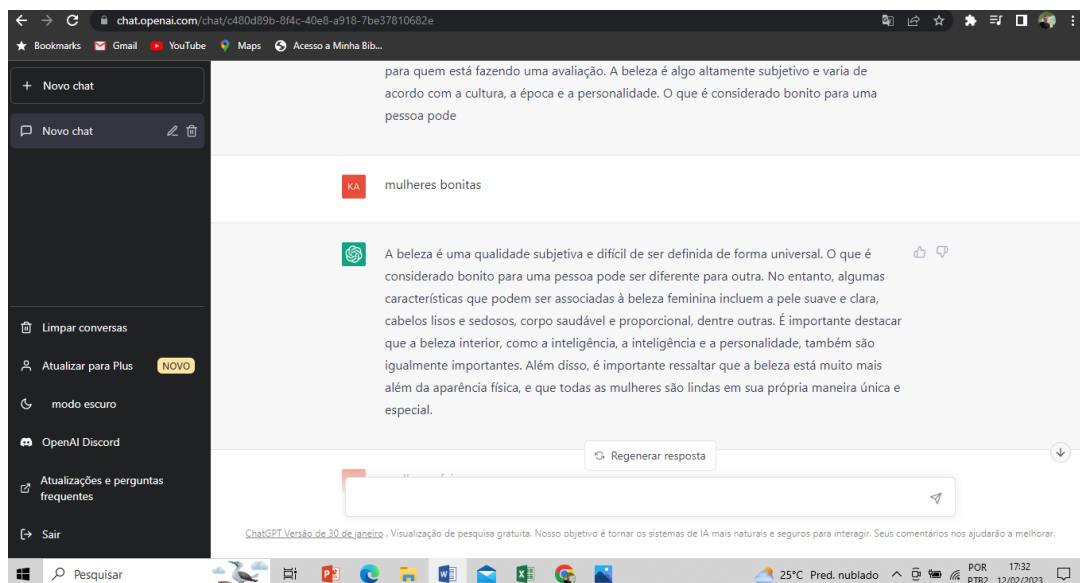


Figura 7: Arquivo pessoal, 2023.

-“ Indagação: mulheres bonitas”

- “Resposta ChatGPT: A beleza é uma qualidade subjetiva e difícil de ser definida de forma universal. O que é considerado bonito para uma pessoa pode ser diferente para outra. *No entanto, algumas características que podem ser associadas à beleza feminina incluem a pele suave e clara, cabelos lisos e sedosos, corpo saudável e proporcional, dentre outras.* É importante destacar que a beleza interior, como a inteligência, a inteligência e a personalidade, também são igualmente importantes. Além disso, é importante ressaltar que a beleza está muito mais além da aparência física, e que todas as mulheres são lindas em sua própria maneira única e especial.”

Percebemos que comparando a realidade em que vivemos, a inteligência artificial do ChatGPT, replica de forma massiva comportamentos extraídos da sociedade o que nos mostra a reprodução intensificada do racismo e até mesmo da gordofobia contra a mulher. Isso é uma forma de racismo algorítmico!

Outro ponto a ser questionado é a idade em que crianças tem acesso à internet e a esse tipo de conteúdo, apontando um exemplo para uma menina negra olhando para o fato explanado acima, o sentimento que isso traria a essa menina, todo o sofrimento de uma classe, sem pensar que novamente expondo, o tanto que esse instrumento utilizado massivamente pela população em geral, pode resultar em criação e manutenção de um pensamento preconceituoso.

Realmente, precisamos dialogar sobre assuntos como esse para ajudarmos a sociedade e trazer ao debate, as empresas detentoras dessas tecnologias, profissionais de forma multidisciplinar para que aprimore os programas.

Logo, devemos prevenir a forma com que esses instrumentos utilizados para o reconhecimento pessoal, poderão resultar em um problema maior, levando em consideração a demonstração de que as tecnologias não são imparciais.



Outras formas de reconhecimento e suas falhas

Reconhecimento fotográfico

Preliminarmente, há que destacar a diferença entre reconhecimento fotográfico e o álbum de fotografias.

Chamada também de identificação fotográfica, a prática do álbum de fotografias, acontece no âmbito pré-processual, ainda na fase da investigação policial, não sendo, portanto, considerada meio de prova. Já o reconhecimento fotográfico, constitui meio probatório, por mais que também possa ocorrer em sede policial. Conforme já demonstrado ao longo da pesquisa, o reconhecimento deverá ser ratificado em juízo, além de corroborado com outros tipos de prova para chegarmos a uma elucidação confiável do delito.

Tratando ainda das diferenças entre os procedimentos, quanto da utilização do álbum de fotografia, não existe um suspeito e não há indício de autoria para o delito apreciado, enquanto no reconhecimento fotográfico, há um suspeito, além de minimamente indícios de autoria.

Por mais que seja um dos instrumentos para impulsionar a investigação, O álbum de fotografias é muito criticado, porque o Estado preleciona um grupo de pessoas como sendo “suspeitas” de qualquer crime que eventualmente venha a ocorrer. (LOPES, 2023)

Adentrando ao tema do reconhecimento fotográfico especificamente, ressalta-se que é um importante assunto e que vem sendo discutido paulatinamente. Diante aos inúmeros erros perante o uso desse instrumento de reconhecimento, verificamos um estudo feito pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro (DPRJ) juntamente com o Colégio Nacional de Defensores Públicos Gerais (CONDEGE), avaliando prisões realizadas por reconhecimento fotográfico:

Dados de dois relatórios formulados pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro (DPRJ) juntamente com o Colégio Nacional de Defensores Públicos Gerais (CONDEGE) apontam a existência de falhas no reconhecimento fotográfico em delegacias do país. Segundo os documentos, de 2012 a 2020 foram realizadas ao menos 90 prisões injustas baseadas no método - sendo 73 no Rio de Janeiro. Desse total, 79 contam com informações conclusivas sobre a raça dos acusados, sendo 81% deles pessoas negras. Para defensores, os estudos revelam não só um racismo estrutural como também a necessidade de um olhar mais cuidadoso para os processos que se sustentam apenas no reconhecimento fotográfico da vítima como prova da prática do crime.(SANTANA, 2021)

Perceba que o estudo além de demonstrar falhas no uso do reconhecimento fotográfico, o presente documento nos apresenta o caso da seletividade penal que torna ainda mais preocupante o uso dessas ferramentas.

Adiante, após a análise da presente pesquisa supracitada, concluiu-se o que segue:

O que nós percebemos com esse estudo da Defensoria Pública do Rio de Janeiro juntamente ao CONDEGE é que, quando acontece o reconhecimento fotográfico, as autoridades que buscam a punição criminal de alguém já se satisfazem e não dão continuidade às investigações. Nós encontramos pessoas que estavam no exterior, monitoradas eletronicamente e até mesmo presos na data do fato e que não poderiam ter cometido o crime e mesmo assim foram reconhecidos por fotografia. Isso mostra que a investigação se baseia apenas



em uma prova, e a prova nesta fase precisa ser muito mais do que um reconhecimento fotográfico - ressaltou o Maurício. (SANTANA, 2021)

Diante de um tema que nos traz insegurança jurídica se não observarmos o procedimento correto de maneira rigorosa, o reconhecimento fotográfico vem sendo considerado válido pela jurisprudência que de maneira arbitrária, afirma que o procedimento não precisa atentar-se as formalidades tipificadas no art. 226 do Código de Processo Penal, desde que confirmado o reconhecimento em juízo.

Evidente que este posicionamento ofende o devido processo legal, conforme acima exposto. Quando realizado o reconhecimento fotográfico, por ser irritual, deve ser respeitado o procedimento análogo, ou seja, o reconhecimento presencial. (LOPES, 2023)

Portanto, evidente que muitas das vezes as investigações criminais, são pressionadas para uma rápida elucidação ou por qualquer outro fator que determine uma breve solução aos problemas criminais, acabam por afunilar a visão dos agentes públicos da seara criminal, o que ficou demonstrado que gera danos irreparáveis. Não devemos optar por maneiras arbitrárias e limitadas para o reconhecimento de um indivíduo que praticou um delito, evidente que isso ofende o devido processo legal, além do mais lidamos com a liberdade do indivíduo, tratado como direito fundamental pela Constituição Federal de 1988.

Reconhecimento facial

Antes de ingressar concretamente ao tema do reconhecimento facial, quero trazer novamente um subtítulo de extrema importância para o assunto, destaco a leitura do capítulo terceiro e o tema do racismo algorítmico. Lembre-se do que falei ao longo da pesquisa e faço um recorte ainda menor, perceba os problemas enfrentados em todos os tipos de procedimentos de reconhecimentos expostos no estudo.

Dito isso, a realidade hoje são as câmeras de reconhecimento facial para o combate da criminalidade. Porém, ficou claro todos os problemas enfrentados em nossa sociedade, o que poderá ser alastrado com o uso de novas tecnologias ao ser utilizadas sem o completo entendimento dos efeitos causados pelo mau uso dessas ferramentas.

O sistema analisa as características dos indivíduos, nariz, boca, distância entre os olhos, o formato da mandíbula. Essas informações são processadas e viram um número de identificação digital, um algoritmo. (Fantástico, 2024)¹⁹

Assunto de interesse internacional, a segurança pública vem demonstrando uma grande feição para o uso de câmeras de reconhecimento facial, instrumento esse que seria usado para o combate da criminalidade. Exibindo a Cidade de São Paulo como exemplo, em meados 2º semestre de 2022, ganharam as manchetes, possíveis movimentos políticos na cidade avaliando positivamente a utilização desses equipamentos principalmente dentro das estações e vagões do Metrô de São Paulo.



Constantemente com a evolução tecnológica, surgiram questionamentos imprescindíveis em relação ao reconhecimento facial. Por que começamos a nos questionar em relação a essa temática? Porque em países como a Argentina, por exemplo, foi verificada uma grande falha nos sistemas de reconhecimento facial, que foi utilizado para espionagem e até mesmo deixou os dados do presidente Alberto Fernández desprotegidos, tornando-se inconstitucional pela justiça argentina.

Além disso, há uma grande preocupação em relação a discriminação algorítmica ou racismo algorítmico, vez que esses sistemas são alimentados teoricamente com a experiência individual do programador, o que impacta em algumas dificuldades, uma delas é o reconhecimento do rosto negro.

Apresentando esse debate para a segurança pública, a maioria dos suspeitos representam a população negra, o que pode resultar em algum tipo de falha ao identificar possíveis suspeitos de ilícitos penais.

Algumas práticas corriqueiras em nossa sociedade poderão ser potencializadas com o uso do reconhecimento facial, conforme percebemos no subtítulo anterior, estudos apontam o erro nas prisões efetuadas por reconhecimento fotográfico, levando a insegurança de um povo determinado perante o sistema de justiça criminal. Ou seja, a segurança para uns de um lado da população pode ser a insegurança de outros. Trazendo a ambiguidade arguida no título do presente estudo, quero demonstrar que a (in)utilização do procedimento mandamental previsto no Código de Processo Penal trará insegurança para todos, principalmente para as classes sociais vulneráveis que diariamente sofrem com a repressão por parte do Estado e que muitas vezes pode custar a vida e a liberdade desse grupo.

Alguns estudos indicam a forma inconsistente frente ao uso do reconhecimento facial, conforme demonstrado pelo Instituto Nacional de Padrões e Tecnologia dos Estados Unidos o qual realiza análises sobre o tema desde 1994.

Algumas edições anteriores incluíram de forma inconsistente medição de variáveis demográficas como raça, gênero e idade, mas, em 2019, graças à pressão pública sobre o tema, foi publicado um detalhado relatório específico sobre efeitos demográficos em 189 algoritmos testados, provenientes de países como Estados Unidos e China. O estudo identificou que as taxas de erro relativas a “falsos positivos” são de dez a cem vezes maiores para fotos de pessoas negras, asiáticas ou de povos originários. No caso da população negra, os erros foram consistentemente mais acentuados nos sistemas usados para fins policiais. (SILVA, 2022, p. 119 E-book)

O programa Fantástico, televisionado pela Globo, mostrou no dia 21 de abril de 2024, uma matéria que contava a história de João Antônio Bastos de 23 anos e Taislaine Santos de 31 anos, ambos apreendidos após falhas no sistema de reconhecimento facial.

João, foi preso por engano ao assistir um jogo de futebol em um estádio de Sergipe, já Taislaine, foi a uma festa de carnaval na orla de Aracaju, infelizmente sendo identificada como foragida pelos sistemas de reconhecimento facial. Em suas palavras, Taislaine, disse que se sentiu “Humilhada, constrangida. O que eu passei, eu não desejo para ninguém, foi muito difícil”, além disso acrescentou “Eu senti medo. Foi uma humilhação imensa, né? Milhares de pessoas estavam ali me vendo passar pela aquela situação. Foi muito constrangedor”, por fim e não menos



importante, lamentou diretamente sobre o motivo disso ter ocorrido “Eu acho sim que minha cor de pele influenciou com certeza na abordagem. Na forma como eu fui tratada”.²⁰

Especialistas têm criticado a forma como esses programas estão sendo desenvolvidos. Uma pesquisa estadunidense constatou que algoritmos utilizados para o reconhecimento facial, erravam em até 34% ao identificar mulheres negras em comparação com homens brancos.

O cientista político e coordenador do Centro de Estudos de Segurança e Cidadania, Pablo Nunes, explicou: “O nível de erro para homens brancos era inferior a 1%, evidenciando como esses algoritmos são predominantemente treinados com imagens de rostos brancos. Isso faz com que o algoritmo identifique rostos brancos com maior facilidade do que rostos negros.”²¹

Diversos são os pontos de questionamento em relação ao uso de reconhecimento facial, levando em consideração a personalidade da sociedade que de certa forma passa a ser internalizada pela inteligência artificial utilizada nesses programas. Sem contar a isenção de responsabilidades das autoridades frente ao uso da tecnologia, a confiança de forma completa nesses instrumentos, traz uma desculpa vinculada, ou seja, as autoridades se utilizam desses sistemas e em qualquer problema que vier acontecer futuramente poderá se isentar dizendo que a tecnologia que proporcionou esse problema, gerando então uma forma de isenção em relação a possíveis erros da utilização do sistema de reconhecimento facial.

Os perigos não são desconhecidos, há no caso uma aceitação desses riscos e os governantes analisam e aceitam essa probabilidade o que já acarreta em responsabilidade pelos resultados percebidos, sem contar a questão da privacidade, pois o Estado estará fiscalizando, sem regulamentação, qualquer atividade de qualquer cidadão.

Conclusão

A princípio, o presente estudo demonstra que várias podem ser as formas utilizadas para a realização do procedimento de reconhecimento pessoal, previsto no Código de Processo Penal, como meio de obtenção de prova para elucidação de delitos. Mas, precisamos ter balizas para a utilização desses instrumentos. O Estado está se utilizando do combate à criminalidade para evoluir práticas altamente perigosas, como por exemplo, a vigilância do cidadão, congelando perpetuamente o direito à privacidade individual.

As consequências do uso dessa nova prática de vigilância, pode afetar significativamente a população em geral, mas deixará grupos vulneráveis ainda mais inseguros, caso utilize essas ferramentas tecnológica sem regulamentação e pesquisa, pois fora demonstrado que os aparatos tecnológicos vem para mudar a forma como se combate à criminalidade, porém, dependendo da forma que for manejada essa estrutura tecnológica, podemos obter uma forma de espelho da realidade, ou seja, a proliferação das desigualdades sociais e o encarceramento em massa das classes mais vulneráveis.

Devemo-nos esforçar para compreender que o reconhecimento pessoal, utilizado conforme prevê o CPP será vantajoso para a população em geral, primeiramente, nos trazendo um procedimento mais seguro e proporcional, após podemos imaginar um cenário ao qual se estimule pesquisas e a regulamentação adequada para o uso dessas novas ferramentas. Devendo



o Estado agir de forma transparente ao implementar, abrindo o espaço para pesquisadores realizar estatísticas e da melhor forma colaborar com o setor técnico das empresas que fornecem esses serviços para não apenas aprimorar e sim para erradicar as desigualdades, limitando o poder punitivo com base nos princípios basilares inseridos na Constituição Federal.

Paulatinamente, precisamos procurar formas de realizar auditoria nas empresas que fornecem esse tipo de programa. Priorizando o combate de causas e não apenas efeitos, buscando uma justiça imparcial e incansavelmente lutando para o combate de desigualdades sociais.

Referências

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **O que você precisa saber sobre o reconhecimento de pessoas**. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/08/cartilha-reconhecimento-de-pessoas-v14-2023-07-31.pdf>> Acesso em: 13/01/2024.

DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm> Acesso em 01/07/2024.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **Relatório consolidado sobre reconhecimento fotográfico em sede policial**. Disponível em: <<https://www.defensoria.rj.def.br/uploads/arquivos/92d976d0d7b44b338a660ec06af008fa.pdf>> Acesso em: 19/10/2023.

FANTÁSTICO – GLOBO/G1. **Sistemas de reconhecimento facial são confiáveis? Como falhas recentes reacendem o debate sobre riscos**. Disponível em: <https://g1.globo.com/fantastico/noticia/2024/04/22/sistemas-de-reconhecimento-facial-como-falhas-recentes-reascendem-o-debate-sobre-riscos.ghtml>> Acesso em: 19/07/2024.

FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA (UNICEF). **Racismo e Saúde Mental**. Disponível em: < <https://www.unicef.org/brazil/blog/racismo-e-saude-mental>> Acesso em: 17/07/2024.

LOPES, Mariângela Tomé. **Reconhecimento de Pessoas e Coisas**. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2023. E-book. Disponível em: <<https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/326842876/v1/page/RB-2.13>> Acesso em 13/01/2024.

MADEIRA, Guilherme; BADARÓ, Gustavo; SCHIETTI CRUZ, Rogerio (Coords.). **Código de Processo Penal: estudos comemorativos aos 80 anos de vigência: v. 2**. São Paulo: RT, 2022.

MATIDA, Janaína. **Considerações epistêmicas sobre o reconhecimento de pessoas: produção, valoração e (in)satisfação do standard probatório penal**. In: MADEIRA,



Guilherme; BADARÓ, Gustavo; SCHIETTI CRUZ, Rogerio (Coords.). Código de Processo Penal: estudos comemorativos aos 80 anos de vigência: v. 2. São Paulo: RT, 2022, RB-7.1-RB-7.7.

Relatórios Apontam Falhas em Prisões Após Reconhecimento Fotográfico. Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, 2021. Disponível em: <<https://defensoria.rj.def.br/noticia/detalhes/11088-Relatorios-apontam-falhas-em-prisoos-apos-reconhecimento-fotografico>> Acesso em: 09/02/2023.

SCHIETTI Cruz, Rogerio. **Investigação criminal, reconhecimento de pessoas e erros judiciais: considerações em torno da nova jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.** Revista Brasileira de Direito Processual Penal, vol. 8, n. 2, p. 567-600, mai./ago. 2022. Disponível em: <<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v8i2.717>> Acesso em 19/10/2023.

SHECAIRA, Sergio Salomão. **Criminologia.** 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

SILVA, Tarcízio. **Linha do Tempo do Racismo Algorítmico.** Blog do Tarcizio Silva, 2022. Disponível em: <<https://tarciziosilva.com.br/blog/destaques/posts/racismo-algoritmico-linha-do-tempo/>> Acesso em: 10/02/2023.

SILVA, Tarcízio. **Racismo algorítmico: Inteligência Artificial e Discriminação nas Redes Digitais.** Ebook — Edições Sesc São Paulo, 2022.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Pesquisa no STJ mostra ainda resistências à jurisprudência sobre reconhecimento de pessoas.** Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2024/17052024-Pesquisa-no-STJ-mostra-ainda-resistencia-a-jurisprudencia-sobre-reconhecimento-de-pessoas.aspx>> Acesso em: 01/07/2024.

¹ Artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988.

² MATIDA, Janaina. Considerações epistêmicas sobre o reconhecimento de pessoas: produção, valoração e (in)satisfação do standard probatório penal. In: MADEIRA, Guilherme; BADARÓ, Gustavo; SCHIETTI CRUZ, Rogerio (Coords.). Código de Processo Penal: estudos comemorativos aos 80 anos de vigência: v. 2. São Paulo: RT, 2022, pg. RB-7.1.

³ Artigo 226º do Código de Processo Penal.

⁴ Na jurisprudência: STJ, AgRg no AgRg no AREsp 728.455/SC, HC 346.058/SP, AgRg no REsp 1.434.538/AC, AgRg no AREsp 837.171/MA, AgRg no AREsp 642.866/SC, HC 198.846/DF.

⁵ Considera-se *standard* probatório, um padrão mínimo razoável para a elucidação de um fato.

⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2023. p. RB-10.74

⁷ Código de Processo Penal.

⁸ Art. 226, I do Código de Processo Penal.

⁹ Art. 226, II do Código de Processo Penal.

¹⁰ Art. 226, IV do Código de Processo Penal.



¹¹ STF, RHC 206.846/SP. 2ª T., rel. Min. Gilmar Mendes, j. 22.02.2022.

¹² CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. O que você precisa saber sobre o reconhecimento de pessoas. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/08/cartilha-reconhecimento-de-pessoas-v14-2023-07-31.pdf>> Acesso em: 13/01/2024. p. 13.

¹³ LOPES, Mariângela Tomé. Reconhecimento de Pessoas e Coisas. São Paulo: Thomson Reuters Revista dos Tribunais, 2023. E-book. Disponível em: <<https://next-proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/326842876/v1/page/RB-2.13>> Acesso em 13/01/2024.

¹⁴ Idem.

¹⁵ Idem.

¹⁶ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. O que você precisa saber sobre o reconhecimento de pessoas. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/08/cartilha-reconhecimento-de-pessoas-v14-2023-07-31.pdf>> Acesso em: 13/01/2024. p. 14.

¹⁷ O programa de voluntariado digital do UNICEF. São adolescentes e jovens de todo o Brasil que participam de formações sobre direitos de crianças e adolescentes, mudanças climáticas, saúde mental e combate às fake news e à desinformação.

¹⁸ <https://blogs.oglobo.globo.com/ancelmo/post/pesquisa-trancas-bonitas-e-trancas-feias-no-google-um-caso-de-racismo-algoritmico.html>

¹⁹ <https://g1.globo.com/fantastico/noticia/2024/04/22/sistemas-de-reconhecimento-facial-como-falhas-recentes-reascendem-o-debate-sobre-riscos.ghtml>

²⁰ <https://g1.globo.com/fantastico/noticia/2024/04/22/sistemas-de-reconhecimento-facial-como-falhas-recentes-reascendem-o-debate-sobre-riscos.ghtml>

²¹ Idem.



O punitivismo populista no Brasil: uma análise da aplicabilidade da Teoria da Penalidade Neoliberal

Punitive populism in Brazil: an analysis of the applicability of Neoliberal Penalty

Maria Eduarda Dacomo Coelho Borges

Especialista em Ciências Criminais pela Escola da Defensoria Pública. Graduada em Direito pela Universidade de São Paulo. Assistente Judiciária do Tribunal de Justiça de São Paulo.

medcb9@gmail.com

RESUMO

O objetivo deste texto é discutir a aplicabilidade da teoria da penalidade neoliberal no contexto brasileiro, assim como a forma pela qual a racionalidade punitiva se instituiu e está presente até hoje em nossos discursos, por meio do que se convencionou chamar de populismo penal. A partir da conclusão de que há uma relação simbiótica entre punição e o sistema capitalista, é possível observar que as transformações econômicas afetam os discursos criminológicos e as justificativas estatais para naturalizar o crime, a pena, o cárcere e tudo aquilo que se relaciona com a punição. Isso pode ser claramente verificado ao analisar as mudanças na lógica aplicada à prisão, nos Estados Unidos, durante o período que ficou conhecido como Estado de bem-estar, em comparação ao que ocorreu após a década de 1970, com o início da implementação de políticas neoliberais no país. Assim, investiga-se a teoria da penalidade neoliberal, desenvolvida fortemente por Loïc Wacquant, que defende que o neoliberalismo influenciou o aumento da população carcerária, o que foi essencial para o projeto neoliberal. Apesar dos argumentos trazidos por Wacquant de que o cenário estadunidense serviria como um laboratório que se expandiria para resto do mundo, questiona-se a aplicabilidade da referida teoria no Brasil, em razão de seu desenvolvimento econômico tardio e ampla desigualdade social. No mais, questiona-se como o discurso desenvolvido a partir da *virada punitiva* ocorrida na década de 1990 perpetua-se até os dias atuais, o que é feito a partir da análise dos conceitos de punitivismo e populismo penal.

Palavras-chave: penalidade neoliberal. Populismo penal. Virada punitiva.

ABSTRACT

This paper discusses the applicability of neoliberal penal theory in the Brazilian context, as well as the way in which punitive rationality has been established and is still present in our discourses today, through what is known as penal populism. Based on the conclusion that there is a symbiotic relationship between punishment and the capitalist system, it is possible to observe that economic transformations affect criminological discourses and state justifications for naturalizing crime, punishment, and imprisonment. This can be clearly seen by analyzing the changes in the logic applied to prison during the Welfare State in the United States, compared to what happened after the 1970s, when neoliberal policies began to be implemented in the country. Thus, we analyze the



theory of neoliberal penalty, strongly developed by Loïc Wacquant, who argues that neoliberalism has not only influenced the increase in the prison population, but that this increase is essential for the neoliberal project. Despite Wacquant's arguments that the United States' scenario would serve as a laboratory that would expand to the rest of the world, the applicability of neoliberal penal theory in Brazil is questioned, given the country's late economic development and wide social inequality. It is also debated how the discourse developed from the punitive turn that occurred in the 1990s is perpetuated to the present day, based on an analysis of the concepts of punitivism and penal populism.

Keywords: *neoliberal penalty. Penal populism. Punitive turn.*

INTRODUÇÃO

O discurso populista punitivista se reflete das mais diversas formas em nossa sociedade, seja através do sensacionalismo midiático, clamor popular ou até mesmo no Poder Legislativo e Judiciário, por meio da criação e implementação de leis que agravam as penas ou retiram direitos das pessoas privadas de liberdade, com base na falaciosa premissa de que o sistema de justiça criminal seria a forma adequada para lidar com os problemas advindos da criminalidade.

Importante pontuar que “punitivismo populista” diz respeito “ao aproveitamento, por parte dos políticos, da postura punitivista do povo frente a um crime para obter vantagem eleitoral. Assim, esta classe estaria no controle dos acontecimentos ao invés de simplesmente responder às demandas de ativistas da lei e da ordem”¹.

Ao se buscar a origem de tal fenômeno, isto é, onde teria se iniciado essa tendência punitivista populista no contexto brasileiro, grande parte dos estudiosos volta-se à década de 1990, início do processo de aprisionamento como resposta padrão do sistema de justiça criminal², o que posteriormente resultaria no encarceramento em massa, à luz do que ocorreu nos Estados Unidos na década de 1970.

Esse marco definido pelo grande aumento nas taxas de encarceramento e somado, ainda, à deterioração qualitativa da maior parte dos aspectos relativos ao cumprimento da pena foi o que se convencionou chamar, na criminologia, de virada punitiva.

Dentre as diversas teorias elaboradas por sociólogos e criminólogos para explicar, no âmbito global, a virada punitiva, destaca-se a teoria da penalidade neoliberal, segundo a qual o encarceramento em massa e as piores nas condições do cárcere estariam intimamente relacionadas com o desenvolvimento das políticas neoliberais.

Dessa forma, o presente texto tem como objetivo tratar sobre a aplicabilidade da teoria da penalidade neoliberal no contexto brasileiro a partir da década de 1990 e a forma como a racionalidade punitiva se instituiu nesse período e está presente até hoje em nossa realidade política e social.

Para isso, recorre-se, primeiramente, às ferramentas teóricas trazidas pela economia política da pena, corrente criminológica que trata sobre a relação entre o desenvolvimento do modo de produção vigente e as transformações do poder punitivo ao longo do tempo, conforme desenvolvido por Rusche e Kirchheimer em “Punição e Estrutura Social”³.



A partir da conclusão de que há uma relação simbiótica entre punição e o sistema capitalista, é possível observar que as transformações econômicas afetam os discursos criminológicos e as justificativas estatais para naturalizar o crime. Isso pode ser claramente verificado ao analisar as mudanças na lógica aplicada à pena durante o período que ficou conhecido, nos Estados Unidos, como Estado de bem-estar social, em que vigorava o objetivo ressocializador da punição, em comparação ao que ocorreu após a década de 1970, com a implementação de políticas neoliberais no país e início do que ficou posteriormente conhecido como “prisões-depósitos”.

Aqui se insere a teoria da penalidade neoliberal, desenvolvida fortemente por Loïc Wacquant, que defende que o neoliberalismo não apenas influenciou o incremento da população carcerária, mas que esse aumento é essencial para o projeto neoliberal. Nesse sentido, as políticas neoliberais e o aumento do estado penal não seriam somente conectados, mas sim projetos complementares e indissociáveis.

Apesar dos argumentos trazidos por Wacquant, de que o cenário estadunidense serviria como um laboratório que se expandiria para resto do mundo⁴, é certo que diversos autores questionam a aplicabilidade da teoria da penalidade neoliberal em outros países, principalmente em economias periféricas, como é o caso do Brasil, em razão de seu desenvolvimento econômico tardio e consequente ampla desigualdade social.

Tendo isso em vista, passa-se a questionar se as especificidades do contexto brasileiro, permitiriam chegar a mesma conclusão alcançada por Wacquant ao analisar outros países ocidentais.

No mais, indaga-se como o discurso desenvolvido a partir da *virada punitiva* ocorrida na década de 1990 perpetua-se até os dias atuais, o que é feito a partir da análise dos conceitos de punitivismo e populismo penal.

I – A economia política da pena

Para melhor compreender o atual discurso punitivo que circunda o contexto social e político brasileiro, torna-se necessário refletir sobre a relação entre o desenvolvimento do modo de produção vigente e as transformações do poder punitivo ao longo do tempo, o que nada mais é do que o estudo da economia política da pena.

Nesse sentido, pode-se definir economia política da pena como a corrente criminológica que se utiliza de uma perspectiva totalizante para “compreender historicamente o fenômeno punitivo em moldes materialistas”⁵.

As fundações desta tradição teórica são frequentemente atribuídas a Rusche e Kirchheimer, na medida em que os autores observaram que os sistemas punitivos historicamente sempre acompanharam o desenvolvimento do capitalismo. Há, na verdade, uma relação simbiótica entre punição e capital, tendo em vista que o surgimento e desenvolvimento do capitalismo depende da concentração do poder punitivo nas mãos do Estado. Nesse sentido⁶:

A pena como tal não existe: existem somente sistemas de punição concretos e práticas penais específicas. [...] A transformação em sistemas penais não pode



ser explicada somente pela mudança das demandas da luta contra o crime, embora esta luta faça parte do jogo. Todo sistema de produção tende a descobrir formas punitivas que correspondem às suas relações de produção [...]

Dessa forma, a consolidação da sociedade capitalista se retroalimenta pela lógica da punição, na medida em que precisa conter determinados grupos que subvertem a ordem social hegemônica ou violam direitos caros àqueles que ocupam posições de poder, tal como a propriedade privada. Assim, pode-se dizer que quanto mais complexa se torna a estrutura capitalista, também mais intrincado se torna o poder punitivo, cuja principal função é manter as bases que sustentam o capital.

A relação entre capitalismo e poder punitivo afeta os discursos criminológicos e as justificativas estatais para naturalizar o crime, a pena, o cárcere e tudo aquilo que se relaciona com a punição. Um exemplo disso pode ser encontrado exatamente na questão sobre populismo penal, que será posteriormente discutida.

Qualquer análise minimamente comprometida com a verdade consegue constatar que as tarefas que o poder punitivo se propõe a cumprir, tal como a redução da criminalidade, não tem amparo na realidade. Pelo contrário, cada vez temos mais crimes, mais pessoas presas e mais prisões sendo construídas.

Surge, assim, a necessidade de se pensar o poder punitivo e a política criminal de forma concreta, a partir de uma crítica à sua estrutura, o que deve ir além de reformas pontuais. Para isso, é necessário buscar, ainda dentro da economia política da pena, o contexto econômico e político que marca especificamente o período em que vivemos, possibilitando uma compreensão das particularidades do atual discurso punitivo.

Em primeiro lugar, é necessário ter em mente que “a história do sistema capitalista é marcada por períodos de crescimento e desenvolvimento de ferramentas de reprodução e acumulação do capital, seguidos de períodos de crises econômicas, experimentando sucessivos ciclos de expansão e retração”⁷.

Uma dessas crises ocorreu de forma drástica no início do século XX, com a queda da bolsa de Nova Iorque, em 1929, e início da recessão econômica mundial, a qual demonstrou a ineficácia da política econômica liberal clássica vigente, inaugurando um período de maior intervenção do Estado na economia.

Tratou-se, assim, da implementação do Estado de bem-estar, o qual não rompeu de forma drástica e profunda com as premissas liberais existentes até então, mas adotou uma perspectiva reformista que permitiu diversos avanços em direitos e políticas sociais, mas sem colocar em xeque os fundamentos do capitalismo. Assim seria possível “apaziguar os conflitos sociais que emergiam nesse cenário, mas sem atacar as raízes dos problemas, já que o enfrentamento das crises estruturais do capital resultaria na supressão do próprio sistema”⁸.

Em termos de punição, em um contexto global, isso significou uma mudança significativa na função atribuída às penas e ao direito penal naquele período. Se antes a pena tinha um papel de controle e contenção da massa de trabalhadores e pessoas miseráveis resultantes da forma de exploração capitalista, a partir do Estado de bem-estar será atribuída à pena uma função preventiva. Nesse sentido⁹:



Em síntese, a função do direito penal e das estruturas de controle social estatal passam da dissuasão da vagabundagem – prevenção geral do ócio, da prostituição da mendicância –, para o combate a situação de pobreza, a violação da propriedade e ao tratamento dos vícios das classes baixas – prevenção especial.

Todavia, em que pese o período de crescimento econômico experimentado durante o Estado social, uma nova crise mundial se instaurou na década de 1970, fazendo com que ganhassem força os críticos desse modelo econômico, e trazendo como consequência a implementações de novas políticas econômicas baseadas em uma racionalidade que hoje chamamos de neoliberal.

É importante, dessa forma, procurar definir o que seria o neoliberalismo. David Harvey, em sua obra “O Neoliberalismo: História e Implicações”¹⁰ entende neoliberalismo como uma teoria (e também um projeto político) pautado numa organização social individualista, baseada em um regime pleno de livre comércio, propriedade privada e desregulamentação da economia. Outra definição interessante é explicitada por Monteiro Garcia et al¹¹:

A ideologia neoliberal está pautada em uma concepção da natureza humana como sendo a priori competitiva, assim como uma concepção de sociedade enquanto o meio para os indivíduos realizarem seus propósitos privados. Deriva daí que a própria noção de desigualdade surge como efeito natural e necessário desta relação entre o indivíduo e a sociedade, onde a liberdade se constitui como sinônimo de liberdade de mercado. Não é sem razão que os preceitos neoliberais figuram como importante ferramenta de conformação social.

Chega-se, então, à discussão a respeito da punição no contexto neoliberal. Aqui abandona-se o ideário reabilitador presente no Estado de bem-estar e inicia-se uma nova racionalidade, baseada em um exacerbado individualismo, responsabilidade pessoal, meritocracia e fobia do Estado, o qual passa a ser atrelado à corrupção e burocracia. Com isso, há também o surgimento de uma ideologia baseada no fim da ideia de classes e construção de uma visão de pretensa igualdade entre as pessoas. Trata-se, portanto, de uma “nova forma de organização social que ultrapassa a mera organização econômica e política e reorganiza a totalidade social, conformando um outro projeto de sociabilidade marcado pela ideia de sujeito-empresa ou empreendedor de si mesmo”¹².

Importante ter em mente que, ao contrário do que poderia se pensar, o neoliberalismo não corresponde a um cenário de menor intervenção estatal em todo e qualquer âmbito, mas, principalmente, no que tange à redução de investimentos em políticas sociais. Afinal, a instituição de uma nova ordem neoliberal dependeu de um Estado interventor no sentido de garantir as condições necessárias para a construção e estabilização de um livre mercado, tanto no âmbito interno quanto internacional, proporcionando as condições para a concorrência de empresários e circulação de mercadorias entre consumidores.

Nesse contexto, a prisão volta a ser uma prioridade para os governantes. Nos Estados Unidos, por exemplo, os gastos públicos com o sistema penitenciário se expandem de forma vertiginosa na mesma medida em que são feitos cortes em benefícios assistenciais¹³.



É nesse contexto de desmonte de políticas sociais somado à necessidade de garantia do bom funcionamento do mercado que se molda e se expande o sistema criminal no período neoliberal.

II – A penalidade neoliberal

Como já mencionado, a racionalidade neoliberal marca o fim do ideário reabilitador da pena até então presente. A prisão deixa de ser um local voltado à reabilitação dos indivíduos, como supostamente ocorreria no período do Estado de bem-estar, e se torna uma prisão-depósito, cujo objetivo é confinamento e controle pessoas pelo menor custo possível. Os problemas sociais passam a ser encarados como questões penais, de modo que há o surgimento do que passou a ser chamado de Estado penal.

Há, dessa forma, uma significativa alteração na funcionalidade do cárcere, que passa a ser uma instituição voltada para o depósito da massa de trabalhadores excedente, mas agora em um novo contexto econômico, marcado pela produção em excesso e abundante mão de obra. Não há aqui, portanto, necessidade de recrutar ou disciplinar o sujeito para o trabalho na fábrica, mas sim de isolá-lo do convívio social, atribuindo-se à pena uma função de prevenção especial negativa.

Do ponto de vista quantitativo, foi a partir da década de 1970, nos Estados Unidos, que se iniciou o fenômeno que posteriormente viria a ser denominado por estudiosos como encarceramento em massa, tendência que foi seguida por diversos países em décadas posteriores. O número de condenados por mil habitantes na América do Norte subiu de 21 mil habitantes presos em 1975 para 75 mil habitantes em 1995 e, então, para 135 mil habitantes em 2005¹⁴. A consequência disso foi uma expansão do sistema criminal, em uma aparente contradição com os cortes orçamentários e Estado mínimo que se pregava.

A mudança na racionalidade criminal que se inaugurou a partir do neoliberalismo e o fenômeno do encarceramento em massa são marcos do que se convencionou chamar de *giro punitivo* ou *virada punitiva*. Conforme explica Fernando Antunes Soubhia¹⁵:

Em poucas palavras, o giro punitivo representa o abandono de uma política criminal supostamente baseada em evidências, que tratava exclusão social com soluções de bem-estar social e deixava o ideal de reabilitação guiar a imposição das penas. No lugar desse projeto civilizatório que imperou durante boa parte da segunda metade do século XX, surge um novo projeto, centrado em uma retórica de combate ao crime e respostas guiadas pela opinião popular. Nessa nova estrutura punitivo-populista, crime e castigo são centrais à governança e o ideal de reabilitação é substituído lógica de armazenamento e incapacitação como forma de contenção de riscos.

É necessário ter em mente que a *virada punitiva* não se resume apenas ao encarceramento em massa, mas também diz respeito às mudanças nas funções atribuídas à pena, no sentido da transição da perspectiva reabilitadora para a função incapacitante¹⁶, e na precarização do cárcere de forma geral. Vale notar, conforme aponta Dal Santo¹⁷ a redução no oferecimento de atividades “ressocializantes” ou “capacitantes” aos presos, como atividades de ensino e trabalho, que visam a reinserção social do detento.



Fala-se, aqui, na adoção do princípio da menor elegibilidade, segundo o qual as condições do cárcere devem necessariamente piores do que as condições de vida da classe trabalhadora em meio livre.

Dentre as correntes criminológicas que buscam explicar as causas do giro punitivo, destaca-se a teoria da penalidade neoliberal, conforme teorizada por Loïc Wacquant, referente à transformação do Estado social em Estado penal, envolvendo a alteração da gestão da miséria. Nas palavras do autor¹⁸:

O núcleo do modelo causal passa do econômico ao social para a política penal da seguinte forma: (i) a desregulamentação econômica gera insegurança social ao pé das classes e escadas espaciais, (ii) para empurrar o precário trabalho assalariada para as frações não qualificadas da classe trabalhadora, o Estado também reduz a proteção do bem-estar, o que só intensifica instabilidades e distúrbios urbanos, reais e percebidos, (iii) para conter essas desordens, bem como para encurtar o déficit de legitimidade que sofrem devido ao retrocesso das funções de proteção do Estado, elites governantes implementam o Estado penal.

Wacquant propõe que o contexto norte-americano serviria como uma espécie de laboratório a partir do qual o Estado penal também se expandiria ao redor do mundo. Nesse sentido, o autor argumenta que, na medida em que as políticas neoliberais foram sendo incorporadas em outros países, foi possível observar um significativo aumento nas taxas de encarceramento, como ocorreu nos Estados Unidos. Assim, destaca que¹⁹:

Similarly, societies of the Second world, such as Brazil, Argentina, and South Africa, which adopted super-punitive penal planks inspired by U.S. developments in the 1990s and saw their prison populations soar as a result, did so not because they had at long last reached the stage of “late modernity,” but because they have taken the route of market deregulation and state retrenchment.

Questiona-se, porém, se tal teoria, desenvolvida com base no cenário norte americano, é realmente adequada para explicar a realidade de outros países, principalmente nações periféricas, à margem do centro do capitalismo, com desenvolvimento econômico tardio e marcadas por ampla desigualdade social. Por isso, no próximo tópico, procurar-se-á analisar a adequação da teoria da penalidade neoliberal ao contexto brasileiro, buscando entender as possibilidades e críticas apresentadas quanto à sua importação.

III – O contexto brasileiro

Ao analisar o cenário brasileiro, deve-se ter em mente que estamos tratando de uma economia periférica, de modo que o desenvolvimento econômico do país se deu de forma diversa do que ocorreu nos centros capitalistas. Como exemplo, é possível pontuar que o Brasil nunca chegou a estruturar um Estado de bem-estar semelhante aos dos países do Norte global. Enquanto na década de 1940, nos Estados Unidos, iniciou-se a implementação do Estado de bem-estar, o Brasil passou pela Era Vargas (1930-1945) e, posteriormente, pela ditadura civil-militar (1964-1985). Em que pese ter se tratado de períodos marcados por grande intervenção estatal na



economia, é possível verificar que não se reverteram na garantia de direitos sociais básicos à população.

Foi apenas com a redemocratização e promulgação da Constituição de 1988, também conhecida como Constituição Cidadã, que foi estabelecido, além dos direitos sociais em espécie - tal como direito à saúde, educação, moradia, trabalho - que a construção de uma sociedade livre, justa e solidária se tornou um dos objetivos fundamentais da República, assim como a função social da propriedade foi definida como princípio fundamental a ser observado.

Percebe-se, assim, que, pelo menos do ponto de vista institucional, o país caminhava para a implementação de um Estado social. Na prática, porém, não foi isso que ocorreu.

Os governos que seguiram durante a década de 1990 não concretizaram os ditames constitucionais, mas, pelo contrário, reduziram gastos com políticas sociais e promoveram privatizações, implementando as políticas neoliberais já em voga ao redor do mundo. Uma das maiores consequências disso foi o aumento dos já alarmantes níveis de desigualdade existentes²⁰:

No Brasil, bem como em toda a América Latina e na periferia do sistema capitalista, onde não havia Estado de Bem-Estar Social, a implantação da doutrina neoliberal produziu resultados ainda mais perniciosos: os já escassos investimentos nos aparatos públicos de proteção social foram reduzidos drasticamente, prejudicando a quantidade e a qualidade de serviços e benefícios prestados pelo Estado e agravando o quadro de desigualdade [...]

Foi também na década de 1990 que se iniciou, segundo a maior parte dos estudiosos, o fenômeno do encarceramento em massa brasileiro. Isso, porque, “em números absolutos, a população carcerária brasileira apresenta uma expansão superior a 700% entre 1990 e 2016, passando de 90 mil a 726.700 presos.”²¹. Vale destacar, ainda, que, em 2001, a taxa de presos por 100 mil habitantes era de 135, cifra que subiu para 306 em pouco mais de uma década, o que representa um crescimento da ordem de 127%²².

Para os que adotam a teoria da penalidade neoliberal, a desregulamentação da economia e enfraquecimento do trabalho assalariado, em conjuntos com as demais políticas adotadas no período, explicariam o motivo pelo qual a população carcerária brasileira iniciou seu processo de crescimento de forma exponencial, na medida em que a pobreza passou a ser tratada não mais como uma questão social, mas sim como uma questão penal.

Todavia, como visto acima, diversas particularidades e contradições presentes no cenário brasileiro o diferem do que ocorreu nos Estados Unidos e outras nações ocidentais.

Diferentemente de outros países, não se observa no Brasil uma queda qualitativa nas condições da referentes à execução da pena *a partir* de 1990, após o aumento vertiginoso da população carcerária. As condições degradantes do cárcere – tal como a superlotação dos presídios e a falta de estruturas mínimas de higiene e saúde para atender a população aprisionada - já eram uma realidade no país muito antes do período em que teria ocorrido a chamada virada punitiva brasileira. Assim exemplifica Dal Santo²³:

Esse quadro de desumanidade, no entanto, não é nenhuma característica nova do sistema carcerário no Brasil. Considerada pela Corte Europeia de Direitos Humanos uma forma pura de tortura e pena desumana ou degradante (cf. ROIG, 2014: 513-517), e apontada no Relatório Final da CPI do Sistema Carcerário de 2008 como “talvez a mãe de todos os demais problemas do



sistema carcerário [...] [na medida em que] celas superlotadas ocasionam insalubridade, doenças, motins, rebeliões, mortes, degradações da pessoa humana” (BRASIL, 2009), a superlotação será utilizada como uma categoria exemplificativa deste histórico cenário de condições de vida desumanas. Uma revisão bibliográfica sobre os cárceres brasileiros indica a superlotação como uma de suas características intrínsecas em toda sua história, com relatos indicando tal situação, por exemplo, já no século XIX (KOERNER, 2008; AGUIRRE, 2009), ou, também, a partir da década de 1950 (ADORNO, 1991: 71; COELHO, 2005: 319-320).

Também não é possível dizer que ocorreu aqui o abandono da função especial positiva da pena e do ideário reabilitador, assim como nos Estados Unidos. Conforme demonstram os dados, entre 1963 e 1973, aproximadamente 23,5% dos presos condenados estavam trabalhando e/ou estudando, o que significa que, em termos práticos, mais da metade da população prisional estava ociosa²⁴.

No ano de 2023, com base no Relatório de Informações Penais (RELIPEN)²⁵, considerando a totalidade de pessoas presas em celas físicas (642.491), ou seja, que efetivamente ocupam vagas nos estabelecimentos prisionais, 33,66% dos presos definitivos (467.212) exercem algum tipo de trabalho.

Os grandes índices de pessoas ociosas, tanto antes da década de 1990 quanto agora, demonstram que a prisão-depósito não foi uma inovação trazida a partir da implementação de políticas neoliberais, mas sim uma realidade já posta no cenário nacional. Percebe-se, na verdade, um aumento, ainda que pequeno, no número de presos que definitivos que trabalham com o passar das décadas.

Pode-se dizer, portanto, que “as características centrais do sistema prisional brasileiro são mantidas e não criadas a partir do ou paralelamente ao encarceramento em massa, ainda que possam, sim, ter sido agravadas, o que, no entanto, carece ainda de demonstrações empíricas, e não de importações de modelos teóricos ‘globais’ pré-definidos”²⁶.

Vale ressaltar que foi na década 1980, apenas alguns anos antes da promulgação da Constituição, que foi editada a Lei de Execução Penal (Lei 7.210/1984), assim como a Parte Geral do Código de Direito Penal. Vigente até os dias atuais, as referidas legislações têm como base aquilo que David Garland chamou de previdenciarismo penal²⁷ e cuja finalidade é a ressocialização do preso através da pena, evitando que o indivíduo volte a delinquir. Como ilustra Mendes Paiva²⁸:

Assim, é possível identificar as leis que compuseram as Reformas de 1984 – Parte Geral do Código Penal e Lei de Execução Penal – como filiadas ao *modernismo penal*: incorporam as críticas ao caráter crimínogeno e improdutivo da pena de prisão e introduzem alternativas a ela, rompendo com a associação entre pena e cárcere [...].

A implementação de uma legislação de viés previdenciarista, com a atribuição da prevenção especial positiva à pena em um momento em que a prisão supostamente estaria se tornando um local voltado à neutralização dos indivíduos é mais um elemento que demonstra a inadequação teoria da penalidade neoliberal ao contexto brasileiro.

O que se pontua, dessa forma, é a necessidade de analisar o contexto histórico brasileiro à luz de suas próprias especificidades, considerando as mazelas do sistema prisional existentes



anteriormente ao grande encarceramento e quais teriam sido ocasionadas pelo referido fenômeno. Nesse sentido²⁹:

Conforme indicado por Adorno (1991: 71), em 1988, 88.041 pessoas estavam presas no sistema prisional brasileiro, cuja estrutura dispunha de 43.345 vagas. Nesse caso, **o quadro nacional de superlotação dos presídios em 1988 – novamente um período anterior ao efetivo encarceramento em massa – era superior ao quadro atual.** A taxa de ocupação do sistema prisional brasileiro, equivalente a 197,8% em 2016 (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2017), correspondia a 203,1% em 1988. [...] De modo geral, não obstante a população carcerária tenha aumentado de 232.800 presos, em 2000, para 622.000, em 2014, a taxa de ocupação dos presídios se manteve muito próxima, variando de 171,5% a 167,3% no mesmo período. Grifo nosso.

Não há como se negar, todavia, que “as últimas décadas evidenciam que a filosofia garantista e reabilitadora da pena que norteou as reformas penais de 1984 foi completamente abandonada pelos programas político-criminais que se seguiram à reabertura democrática”³⁰. Tal constatação pode ser verificada pelas mudanças legislativas que ocorreram no final da década de 90 e início dos anos 2000, a que muitos estudiosos também atribuem o aumento da população prisional, tal como a promulgação da Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/90) e da Lei de Drogas (Lei 11.343/06).

Assim, ainda que tardiamente e de forma fragmentada, é possível verificar, principalmente no âmbito da política criminal legislativa, a incorporação de elementos presentes no penalismo neoliberal, tal como a expansão desenfreada do direito penal, o aumento da repressão, o endurecimento do sistema de execução penal, mitigação de garantias processuais e forte apelo midiático³¹.

Esses elementos podem ser notados, principalmente, no discurso populista adotado atualmente ao se tratar de aspectos relacionados à pena e ao cárcere, seja no âmbito discussões políticas ou jurídicas.

Nesse ponto, para tratar sobre o desenvolvimento da política criminal brasileira no século XXI, torna-se necessária a análise dos conceitos de punitivismo e populismo penal.

IV- Discurso punitivo e populismo penal

Pode-se dizer que o populismo penal é um dos mais importantes produtos da virada punitiva³², na medida em que sintetiza as mudanças operadas no sistema de justiça criminal das democracias industriais ocidentais a partir de 1970 e, no caso do Brasil, a partir da década de 1990.

Em primeiro lugar, cumpre ressaltar que o conceito de populismo penal foi modificando-se ao longo dos anos. Conforme explica Maximo Sozzo³³, o termo foi empregado pelo criminólogo inglês Anthony Bottoms, em 1995, para identificar determinada tendência de política criminal dos países anglo-saxões. A partir disso, diversos autores passaram a desenvolver o tema, tal como Garland em “A Cultura do Controle” (2001) e John Pratt em “Populismo Penal” (2007).

Nesse sentido, Pratt³⁴ irá definir populismo penal como a desilusão sentida pela sociedade em relação ao sistema de justiça criminal, tendo em vista a forma como criminosos e presos seriam



favorecidos em comparação com as vítimas e os cidadãos em geral. Trata-se de uma perspectiva baseada muito mais em um sentimento do que em dados concretos referentes à criminalidade, sendo fortemente influenciado pela atuação midiática.

De forma mais clara, pode-se dizer que populismo penal é o termo utilizado para “descrever o processo político de estabelecer, defender ou propor medidas de justiça criminal em que a popularidade ganha precedência em relação a outras considerações de política criminal, como a garantia de direitos humanos, a promoção da justiça ou a redução do crime”³⁵.

Ao trazer o conceito para uma perspectiva latino-americana, Sozzo³⁶ destaca o aumento da punição e a busca deliberada pelo aumento das penas como moedas de troca utilizadas pelos políticos na busca de consenso e legitimidade como fatores importantes para contextualizar o fenômeno.

Jackson Leal et al, ao citar Pratt e Miao, explica que “o populismo penal surgiu das tensões e dinâmicas criadas pela reorganização da sociedade neoliberal a partir da década de 80”³⁷ e possui como causas básicas: i) a diminuição das diferenças sociais, ii) a diminuição da confiança nos políticos e nos processos democráticos existentes, iii) o aumento da insegurança e ansiedade global, iv) a influência dos meios de comunicação e v) a importância simbólica das vítimas dos crimes.

Ao analisar a questão do aumento da insegurança e ansiedade global, cumpre ressaltar que a percepção da população quanto ao aumento da violência urbana não corresponde à efetiva elevação dos índices de criminalidade. O aumento da insegurança, portanto, diz respeito muito mais a uma sensação trazida pela exposição constante a notícias sobre crimes e não à uma resposta racional da sociedade, o que nos leva a tratar sobre a relação da mídia com o populismo penal.

Nas palavras de André Lozano Andrade³⁸, “a exploração sensacionalista da criminalidade leva à crença de que o mundo é um lugar muito mais perigoso do que realmente é e que o sistema penal não está sendo suficiente para conter a violência”.

Outra causa do populismo penal que deve ser destacada diz respeito à importância dada ao papel da vítima no discurso populista, de modo a contrapor o suposto destaque e importância dado ao criminoso. É possível notar que diversas leis são nomeadas em homenagem às vítimas de trágicos crimes, o que simbolizaria de alguma forma a proteção oferecida pela legislação. Como exemplo, pode-se citar a recentemente promulgada Lei 14.843/2024, responsável por alterar a Lei de Execução Penal de modo a prever expressamente a necessidade da realização de exame criminológico para progressão de regime e proibir o direito à saída temporária para presos condenados por crimes hediondos ou com violência ou grave ameaça contra pessoa. A referida legislação foi denominada “Lei Sargento PM Dias”, em homenagem a policial militar de Minas Gerais morto em serviço por indivíduo *beneficiário* da saída temporária.

Aqui também é significativo o papel dos veículos de comunicação, na medida em que são responsáveis por colocar a vítima no centro de discussão, de forma a ocupar um “papel que também passou a ser identificado com a proteção da sociedade contra a corrupção, que desvia recursos da educação, da saúde, e é responsável pela precariedade dos serviços públicos estatais”³⁹.



É certo, portanto, que a mídia e populismo penal são temas correlatos, na medida em que os meios de comunicação se utilizam das pautas criminais tanto para lucrar quanto para difundir determinados ideais, o que pode ser claramente observado no contexto brasileiro.

Conforme já ressaltado, nas últimas três décadas o Brasil, assim como outros países latino-americanos, tem experimentado um período de expansão punitiva, marcado pela aprovação de legislações que aumentam as penas privativas de liberdade e restringem direitos e garantias dos acusados durante o processo penal e execução da pena, baseando-se na premissa de que o direito penal e o cárcere seriam a solução para todos os problemas relacionados à violência.

Tais afirmações podem ser facilmente constatadas analisando as alterações legislativas mais recentes. Ao estudar as modificações realizadas pelo Congresso Nacional no Código Penal brasileiro entre os anos de 2003 e 2015, conforme apontado por Jackson Leal et al⁴⁰ constatou-se que, das dezenove leis aprovadas, cinco tinham como objetivo a criação de novos tipos penais. Três dessas leis tiveram como objetivo dificultar a extinção da punibilidade, enquanto as restantes tiveram como fim a classificação de determinado delito como hediondo, criação de nova falta grave no âmbito da execução penal, aumento de pena e a revogação de delitos seguida da criação de novo tipo penal no mesmo diploma legal. Assim, nenhuma das leis aprovadas nesse período teve como objetivo a criação de uma norma penal mais benéfica.

O referido estudo conclui que a tendência de atuação do Congresso Nacional no período de 2003 a 2015 foi tão somente a edição de normais penais mais rigorosas. Ademais, com base nas justificativas apresentadas aos projetos de lei, foi possível verificar que a influência da opinião pública e a suposta necessidade de repressão da criminalidade foram fatores que tiveram significativa ingerência na atividade legislativa.

É relevante, ainda, o apontamento de Jackson Leal et al, ao citar Sozzo, e mencionar a evolução da população carcerária no espaço temporal em questão, a qual deve ser interpretada como resultado de um processo legislativo mais amplo, levando em conta as já citadas Lei de Drogas e Lei dos Crimes Hediondos⁴¹:

Em números absolutos, considerando o período de 2000 a 2013, percebe-se que, depois de um período de estabilidade no início dos anos 2000, em que a população carcerária girava em torno de 230 mil presos, desde então, e com exceção do ano de 2005, o crescimento foi significativo e constante, em torno de 8% ao ano, chegando a um total de 574 mil presos em julho de 2013.

Assim, em que pese não ser o populismo penal a causa do encarceramento em massa no país, visto que se trata de um fenômeno complexo e multifatorial, não é possível negar sua influência na deterioração do sistema criminal como um todo, tanto no que tange à degradação das condições de vida do cárcere quanto no que diz respeito às garantias legais e processuais penais, na medida em que a perpetuação do discurso populista permite legitimar o controle penal como resposta para todos os problemas sociais.



CONCLUSÃO

O presente texto teve como objetivo tratar sobre a aplicabilidade da teoria da penalidade neoliberal no contexto brasileiro a partir da década de 1990 e a forma como a racionalidade punitiva se instituiu nesse período e está presente até hoje em nossa realidade política e social.

Antes mesmo de tratar da teoria da penalidade neoliberal, fez-se necessário apresentar breves apontamentos sobre a economia política da pena, de modo a evidenciar a relação entre os sistemas punitivos e o desenvolvimento econômico capitalista. Ainda nesse âmbito, procurou-se demonstrar as grandes mudanças ocasionadas a partir da implementação das políticas neoliberais, com o fim do Estado de bem-estar social e abandono da ideologia penal reabilitadora prevalecente até então.

Dado esse cenário, passou-se a uma análise sobre a teoria da penalidade neoliberal, desenvolvida por Loïc Wacquant, de modo a elencar os principais elementos da chamada virada punitiva, tal como o encarceramento em massa e a alteração na funcionalidade do cárcere, cujo objetivo deixa de ser a reabilitação para se tornar o confinamento e controle pessoas pelo menor custo possível.

Após, chega-se à questão da aplicabilidade da referida teoria para o cenário brasileiro, tendo em vista que foi desenvolvida com base no contexto histórico norte americano, o qual Wacquant propõe que serviria como uma espécie de laboratório para o resto do mundo.

Ao analisar o contexto brasileiro, principalmente a partir da redemocratização do país, foi possível perceber algumas particularidades que o diferem do cenário norte americano e de outros países ocidentais. Dentre eles, pode-se citar a inexistência da real implementação de um Estado de bem-estar, em desacordo com o texto constitucional que havia sido recentemente promulgado.

Soma-se a isso com o fato de que foi na década 1980, apenas alguns anos antes da promulgação da Constituição de 1988, que se deu a edição da Lei de Execução Penal (Lei 7.210/1984), assim como da Parte Geral do Código de Direito Penal, legislações com nítido viés previdenciário e reabilitador, a partir do qual a pena teria uma finalidade ressocializadora.

Em aparente contradição, foi na década de 1990 que se iniciou o fenômeno do encarceramento em massa brasileiro, com a expansão da população carcerária superior a 700% entre 1990 e 2016, passando de 90 mil a 726.700 presos⁴².

Também a partir desse período, foram implementadas diversas mudanças legislativas que apresentam elementos do penalismo neoliberal, tal como a Lei de Drogas e Lei dos Crimes Hediondos, as quais refletem a expansão desenfreada do direito penal, endurecimento do sistema de execução penal e mitigação de garantias processuais.

Assim, apesar de, por um lado, ter se observado na década de 1980 a incorporação de princípios e garantias individuais liberais de direito penal e processual, logo em seguida viu-se “emergir a demanda por mais controle penal efetivo dos conflitos, abrindo caminho para o estilo antimoderno de elaboração de leis retaliadoras, voltadas para mitigar a insatisfação popular e restaurar a credibilidade do sistema”⁴³.

Tal demanda por maior atuação do direito penal demonstrou-se principalmente a partir do discurso populista, tema que também foi abordado neste texto, na medida em que ilustra como



o sistema de justiça criminal e, mais especificamente, a pena, se tornou a solução primeira para a maior parte dos problemas sociais.

Assim, procurou-se definir o conceito de populismo penal e demonstrar sua presença no atual contexto brasileiro, tendo em vista recentes alterações legislativas no Código Penal nas últimas décadas. Foi possível observar que as leis aprovadas tinham como objetivo a expansão do controle penal, sempre utilizando como justificativa a suposta necessidade de repressão da criminalidade.

As considerações acima expostas permitem concluir que a teoria da penalidade neoliberal não é suficiente para explicar o encarceramento em massa brasileiro, o que torna necessário refletir sobre a importação acrítica de teorias criminológicas que muitas vezes não explicam com precisão a realidade de países latino-americanos, dado que suas especificidades históricas e econômicas muito os diferem dos Estados Unidos e outros países ocidentais.

No mais, também é possível concluir que a compreensão do que seria a virada punitiva brasileira perpassa não apenas pela noção do abandono do ideal reabilitador da pena, mas também do reconhecimento de que tal ideal nunca foi efetivamente implementado no país. Nas palavras de Mendes Paiva⁴⁴, “[...] ao pretender a extensão de direitos de cidadania à população presa e compartilhar a responsabilidade pelo crime por seus aspectos sociais e econômicos, os legisladores de 1984 ultrapassaram um limite que nossa sociedade não estava disposta a abrir mão”.

Por fim, pode-se dizer que o discurso punitivista desenvolvido mais fortemente a partir da virada punitiva perpetua-se até os dias atuais, sem perspectiva de mudança, na medida em que o direito penal continua sendo utilizado como a primeira e mais rápida solução para lidar com a violência existente no país. A modificação de tal cenário populista necessariamente significa a superação desse artificial consenso criado em torno das questões criminais, assim como a compreensão de que fenômenos tão complexos como o criminal demandam a busca por propostas igualmente complexas.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, André Lozano. *Populismo Penal: o uso do medo para recrudescimento penal*. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (Mestrado), São Paulo, 2019.

ANDRADE, Vera Pereira Regina de. Horizonte de projeção do controle penal no capitalismo globalizado neoliberal. Capítulo criminológico: revista de las disciplinas del Control Social, ISSN 0798-9598, Vol. 37, N°. 3, 2009, págs. 33-52.

BRASIL, Secretaria Nacional de Políticas Criminais. Relatório Preliminar Informações Penais – 2º Semestre de 2023. Disponível em: < <https://www.gov.br/senappen/pt-br/assuntos/noticias/senappen-divulga-relipen-do-segundo-semester-de-2023/relipen-relatorio-preliminar-de-informacoes-penais-2o-semester-2023.pdf> > . Último acesso em 14/07/2024.

CACICEDO, Patrick. *Ideologia e direito penal*. 1ª.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2022.



CACICEDO, Patrick. *Pena e Funcionalismo Sistêmico: uma análise crítica da prevenção geral positiva*. Universidade de São Paulo (Dissertação Mestrado), 2014.

DAL SANTO, Luiz Phelipe. *Cumprindo pena no Brasil: encarceramento em massa, Prisão-depósito e os limites das teorias sobre giro punitivo na realidade periférica*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Volume 151/2019.

DAL SANTO, Luiz Phelipe. *Economia política da pena: contribuições, dilemas e desafios*. Rio de Janeiro, Vol. 13, N. 3, 2022, p. 1684-1705.

HARVEY, David. *O Neoliberalismo: História e Implicações*. São Paulo; Editora Loyola; 2008.

FERREIRA, Lucas Aquino. *A incorporação da teoria da penalidade neoliberal na criminologia brasileira: uma leitura a partir dos artigos publicados nos periódicos Discursos Sediciosos e Revista Brasileira de Ciências Criminais entre 2002 e 2016*. Dissertação (mestrado) - Fundação Getúlio Vargas, Escola de Direito de São Paulo. São Paulo, 2020.

GARCIA, Monteiro R. et al. *Neoliberalismo e política criminal: análises sobre a gestão dos indesejáveis na realidade brasileira*. Universidade de Chile: Rev. Est. De Políticas Públicas, 2022.

GÓMES, Andrés. PROAÑO, Fernanda. Entrevista a Máximo Sozzo “Qué es el populismo penal?”, Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad, N.º 11, Março, 2022.

LEAL, Jackson Silva. et al. *Criminologia e neoliberalismo: gênero, religião e punitivismo nas reformas legislativas brasileiras*. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2019.

MASCARO, Alysson Leandro. *Filosofia do Direito*. 4ª.ed. São Paulo: Atlas, 2014 na realidade brasileira. Rev. Est. de Políticas Públicas. Edición web: 0719-6296. Julho/novembro de 2022. Disponível em: < <http://dx.doi.org/10.5354/0719-6296.2022.68040>>. Último acesso em 14/07/2024.

NUNES, Plínio Leite. *Os Rumos da Política Criminal Pós-Neoliberal*. Boletim IBCCRIM n.º 331, 2020.

PAIVA, Luiz Guilherme Mendes de. *Populismo penal no Brasil: do modernismo ao antimodernismo penal, 1984 – 1990*. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014.

PRATT, John. *Penal Populism*. New York, Routledge, 2007.

RUSCHE, George; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e Estrutura Social*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SILVESTRE, Giane; MELO, Felipe Athayde Lins de. *Encarceramento em massa e a tragédia prisional brasileira*. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Boletim 293, Abril, 2017.

SOUBHIA, Fernando Antunes. *Indicadores demográficos se correlacionam com índices prisionais?*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-dez-22/indicadores-demograficos-correlacionam>>



indicesprisionais/#:~:text=Mas%20o%20que%20%C3%A9%20o,guiar%20a%20imposi%C3%A7%C3%A3o%20das%20penas>. Último acesso em 14/07/2024.

WACQUANT, Loïc. A penalidade neoliberal em ação: uma resposta aos meus críticos. *Sistema Penal & Violência*, Porto Alegre, v. 5. jul./dez. 2013.

WACQUANT, Loïc. Castigar a los pobres: El gobierno neoliberal de la inseguridad social. Barcelona-Mexico-Santiago-Buenos Aires: Gedisa, 2010.

WACQUANT, Loïc. Crafting the Neoliberal State: Workfare, Prisonfare, and Social Insecurity. *Sociological Forum*, Vol. 25, No. 2, June 2010.

WACQUANT, Loïc. Marginalidade, etnicidade e penalidade na cidade neoliberal: uma cartografia analítica. *Tempo Social*, revista de sociologia da USP, v. 26, n. 2, novembro/2014.

WACQUANT, Loïc. Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003.

WACQUANT, Loïc. Toward a dictatorship over the poor? Notes on the penalization of poverty in Brazil. *Punishment & Society*, Vol 5(2): 197–205. London, Thousand Oaks, CA and New Delhi, 2003.



- ¹ LEAL, Jackson Silva. et al. *Criminologia e neoliberalismo: gênero, religião e punitivismo nas reformas legislativas brasileiras*. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2019. p. 62.
- ² PAIVA, Luiz Guilherme Mendes de. *Populismo penal no Brasil: do modernismo ao antimodernismo penal, 1984 – 1990*. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014. p. 19
- ³ RUSCHE, George; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e Estrutura Social*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.
- ⁴ WACQUANT, Loïc. *Crafting the Neoliberal State: Workfare, Prisonfare, and Social Insecurity*. Sociological Forum, Vol. 25, No. 2, June 2010.
- ⁵ CACICEDO, Patrick. *Ideologia e direito penal*. 1ª.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2022. p. 189.
- ⁶ RUSCHE, George; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e Estrutura Social*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004. p. 19/20.
- ⁷ GARCIA, Monteiro R. et al. *Neoliberalismo e política criminal: análises sobre a gestão dos indesejáveis na realidade brasileira*. Universidade de Chile: Rev. Est. De Políticas Públicas, 2022. p. 148.
- ⁸ Ibidem, p.149.
- ⁹ LEAL, Jackson Silva. et al. *Criminologia e neoliberalismo: gênero, religião e punitivismo nas reformas legislativas brasileiras*. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2019. p. 37.
- ¹⁰ HARVEY, David. *O Neoliberalismo: História e Implicações*. São Paulo; Editora Loyola, 2008.
- ¹¹ GARCIA, Monteiro R. et al. *Neoliberalismo e política criminal: análises sobre a gestão dos indesejáveis na realidade brasileira*. Universidade de Chile: Rev. Est. De Políticas Públicas, 2022. p. 147.
- ¹² LEAL, Jackson Silva. et al. *Criminologia e neoliberalismo: gênero, religião e punitivismo nas reformas legislativas brasileiras*. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2019. p. 38.
- ¹³ WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003. p. 80.
- ¹⁴ WACQUANT, Loïc. *Castigar a los pobres: El gobierno neoliberal de la inseguridad social*. Barcelona-Mexico-Santiago-Buenos Aires: Gedisa, 2010. p. 128.
- ¹⁵ SOUBHIA, Fernando Antunes. *Indicadores demográficos se correlacionam com índices prisionais?*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-dez-22/indicadores-demograficos-correlacionam-indices-prisionais/#:~:text=Mas%20o%20que%20%C3%A9%20o,guiar%20a%20imposi%C3%A7%C3%A3o%20das%20penas>. Último acesso em 14/07/2024.
- ¹⁶ PAIVA, Luiz Guilherme Mendes de. *Populismo penal no Brasil: do modernismo ao antimodernismo penal, 1984 – 1990*. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014. p. 38.
- ¹⁷ DAL SANTO, Luiz Phelipe. *Cumprindo pena no brasil: encarceramento em massa, Prisão-depósito e os limites das teorias sobre giro punitivo na realidade periférica*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Volume 151/2019. p. 07.
- ¹⁸ WACQUANT, Loïc. *A penalidade neoliberal em ação: uma resposta aos meus críticos*. Sistema Penal & Violência, Porto Alegre, v. 5. jul./dez. 2013. p. 269.
- ¹⁹ WACQUANT, Loïc. *Crafting the Neoliberal State: Workfare, Prisonfare, and Social Insecurity*. Sociological Forum, Vol. 25, No. 2, June 2010. p. 16.
- ²⁰ GARCIA, Monteiro R. et al. *Neoliberalismo e política criminal: análises sobre a gestão dos indesejáveis na realidade brasileira*. Universidade de Chile: Rev. Est. De Políticas Públicas, 2022. p. 151.
- ²¹ DAL SANTO, Luiz Phelipe. *Cumprindo pena no brasil: encarceramento em massa, Prisão-depósito e os limites das teorias sobre giro punitivo na realidade periférica*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Volume 151/2019. p. 05.
- ²² SILVESTRE, Giane; MELO, Felipe Athayde Lins de. *Encarceramento em massa e a tragédia prisional brasileira*. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Boletim 293, Abril, 2017.



- ²³ DAL SANTO, Luiz Phelipe. Cumprindo pena no brasil: encarceramento em massa, Prisão-depósito e os limites das teorias sobre giro punitivo na realidade periférica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Volume 151/2019. p. 09.
- ²⁴ DAL SANTO, Luiz Phelipe. Cumprindo pena no brasil: encarceramento em massa, Prisão-depósito e os limites das teorias sobre giro punitivo na realidade periférica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Volume 151/2019. p. 08.
- ²⁵ BRASIL, Secretaria Nacional de Políticas Criminais. Relatório Preliminar Informações Penais – 2º Semestre de 2023. Disponível em: < <https://www.gov.br/senappen/pt-br/assuntos/noticias/senappen-divulga-relipen-do-segundo-semester-de-2023/relipen-relatorio-preliminar-de-informacoes-penais-2o-semester-2023.pdf>>. Último acesso em 14/07/2024.
- ²⁶ DAL SANTO, Luiz Phelipe. Cumprindo pena no brasil: encarceramento em massa, Prisão-depósito e os limites das teorias sobre giro punitivo na realidade periférica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Volume 151/2019. p. 11.
- ²⁷ CACICEDO, Patrick. Pena e Funcionalismo Sistêmico: uma análise crítica da prevenção geral positiva. Universidade de São Paulo (Dissertação Mestrado), 2014. p. 30.
- ²⁸ PAIVA, Luiz Guilherme Mendes de. Populismo penal no Brasil: do modernismo ao antimodernismo penal, 1984 – 1990. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014. p. 149.
- ²⁹ DAL SANTO, Luiz Phelipe. Cumprindo pena no brasil: encarceramento em massa, Prisão-depósito e os limites das teorias sobre giro punitivo na realidade periférica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Volume 151/2019. p. 10.
- ³⁰ NUNES, Plínio Leite. Os Rumos da Política Criminal Pós-Neoliberal. *Boletim IBCCRIM* n.º 331, 2020. P. 38.
- ³¹ Idem.
- ³² PAIVA, Luiz Guilherme Mendes de. Populismo penal no Brasil: do modernismo ao antimodernismo penal, 1984 – 1990. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014. p. 51.
- ³³ GÓMES, Andrés. PROAÑO, Fernanda. Entrevista a Máximo Sozzo “Qué es el populismo penal?”, *Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad*, N.º 11, Março, 2022. p. 117.
- ³⁴ PRATT, John. *Penal Populism*, New York, Routledge, 2007, p. 12.
- ³⁵ PAIVA, Luiz Guilherme Mendes de. Populismo penal no Brasil: do modernismo ao antimodernismo penal, 1984 – 1990. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014. p. 46.
- ³⁶ GÓMES, Andrés. PROAÑO, Fernanda. Entrevista a Máximo Sozzo “Qué es el populismo penal?”, *Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad*, N.º 11, Março, 2022. p. 119.
- ³⁷ LEAL, Jackson Silva. et al. *Criminologia e neoliberalismo: gênero, religião e punitivismo nas reformas legislativas brasileiras*. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2019. p. 62.
- ³⁸ ANDRADE, André Lozano. *Populismo Penal: o uso do medo para recrudescimento penal*. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (Mestrado), São Paulo, 2019. p. 94.
- ³⁹ Idem.
- ⁴⁰ LEAL, Jackson Silva. et al. *Criminologia e neoliberalismo: gênero, religião e punitivismo nas reformas legislativas brasileiras*. Belo Horizonte: Letramento; Casa do Direito, 2019. p. 93.
- ⁴¹ Ibidem, p. 108.
- ⁴² DAL SANTO, Luiz Phelipe. Cumprindo pena no brasil: encarceramento em massa, Prisão-depósito e os limites das teorias sobre giro punitivo na realidade periférica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Volume 151/2019. P 05.
- ⁴³ PAIVA, Luiz Guilherme Mendes de. Populismo penal no Brasil: do modernismo ao antimodernismo penal, 1984 – 1990. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2014. P. 152.
- ⁴⁴ Ibidem, p. 151.



A (IR)RACIONALIDADE DA LEI 14.843/2024

The (Ir)rationality of the Law 14.843/2024

Mariara Silva da Cruz

Especialista em Ciências Criminais - EDEPE

mariarasacruz@gmail.com

RESUMO

Este trabalho examina as irracionalidades do processo legislativo penal no Brasil, com ênfase na Lei 14.843/2024, conhecida como "lei da saidinha". Adotando a perspectiva de políticas públicas, o estudo critica a expansão do Direito Penal, destacando a falta de fundamentos racionais e empíricos. Utilizando a teoria de Díez Ripollés, aborda o distanciamento da lei em relação à realidade social e jurídica que visa intervir. A referida lei viola princípios constitucionais e aumenta o encarceramento em massa, sem enfrentar efetivamente problemas concretos de violência. O trabalho também problematiza a irracionalidade orçamentária, especialmente a obrigatoriedade do exame criminológico, que carece de comprovação científica. Defende-se a construção de uma política criminal racional, atenta aos problemas sociais e comprometida com a defesa de mais direitos sociais e menos políticas penais.

Palavras-chave: Política Criminal, Processo Legislativo Penal, Racionalidade Legislativa.

ABSTRACT

This work examines the irrationalities of the penal legislative process in Brazil, with an emphasis on Law 14.843/2024, known as the "leave law." Adopting a public policy perspective, the study criticizes the expansion of Criminal Law, highlighting the lack of rational and empirical foundations. Using Díez Ripollés' theory, it addresses the law's detachment from the social and legal reality it aims to intervene in. The mentioned law violates constitutional principles and increases mass incarceration without effectively addressing concrete violence problems. The work also questions the budgetary irrationality, especially the mandatory criminological examination, which lacks scientific evidence. It advocates for the construction of a rational criminal policy, attentive to social problems and committed to defending more social rights and fewer penal policies.

Keywords: Criminal Policy, Penal Legislative Process, Legislative Rationality.



Introdução

A pesquisa realizada busca destacar pontos do PL 2.253/2022 que carecem de fundamentação racional, com base nas definições de racionalidades apontadas por Diéz Ripollés. Esse diálogo é feito com uma política criminal atenta aos problemas sociais e que não vê sua atuação apenas através do sistema penal, mas também através de políticas públicas.

Parte-se de algumas premissas neste trabalho. Primeiramente, a expansão do Direito Penal não se relaciona com a diminuição dos índices de violência. Além disso, as funções da pena não são demonstradas na realidade, especialmente em um momento de crise que o país enfrenta com o avanço de políticas neoliberais que retiram do Estado o papel de garantidor dos direitos sociais. Ao se eximir da responsabilidade sobre as vulnerabilidades sociais, o Estado apresenta como solução para esses problemas apenas seu aparato repressor. Quanto a lógica operada nas casas legislativas, na análise das tramitações, em nenhum momento foi desconsiderado o “jogo do poder” e a forma como os acordos são realizados entre os partidos, tampouco pretende-se defender uma matéria que defina estritamente pela burocratização no modo de criação de políticas penais, pelo contrário, busca-se demonstrar que o direito precisa estar atrelado à política de modo que seus elementos formais façam parte do processo legislativo, mas, sobretudo que integre a discussão política na formação da agenda e da racionalidade de operacionalização.

A Lei 14.843/2024 que ficou conhecida como “lei da saidinha” após um longo período de tramitação, por meio de diversos projetos de lei, trouxe no seu bojo alterações que modificam drasticamente a execução penal, por isso, faz-se necessário abordar matérias correlatas ao cumprimento da pena nas prisões brasileiras. Assim como, demonstrar que a sua matéria fere princípios constitucionais e da Lei 7.280/1984, Lei de Execução Penal (conhecida como LEP), à medida que visa suprimir direitos da população carcerária.

Dentre as alterações, verifica-se o fim da saída temporária das pessoas privadas de liberdade em regime semiaberto e a obrigatoriedade do exame criminológico para a progressão de regime. Essas medidas não possuem embasamento em estudos empíricos e também vão ocasionar resultados catastróficos ao sistema penal. O relatório do Conselho Nacional de Justiça - CNJ - concluiu que a Lei 14.843/2024 “impactará de forma exponencial e proporcionará ainda mais gravames ao sistema prisional brasileiro”.

Uma das irracionalidades relevantes que será abordada (em sentido estrito da palavra) será a orçamentária, tendo em vista a ausência do debate em relação ao custo do exame criminológico em todo o processo legislativo, causando um prejuízo enorme aos cofres públicos e se consagrando como uma das políticas penais mais caras do país. Do mesmo modo, toda a problemática da sua realização, já que o instrumento não possui respaldo científico.

O trabalho será abordado pela lente das políticas públicas, já que cumpre à política criminal ser pensada e elaborada em marcha com os direitos sociais e menos com o sistema repressivo. Deste modo, a fim de justificar o enlace entre as matérias, vale abordar a definição de Maria Paula Dallari Bucci:

(...) a política pública é definida como um programa ou quadro de ação governamental, porque consiste num conjunto de medidas articuladas



(coordenadas), cujo escopo é dar impulso, isto é, movimentar a máquina do governo, no sentido de realizar algum objetivo de ordem pública ou, na ótica dos juristas, concretizar um direito (BUCCI, 2006, pg 14).

Assim, será discutida a política criminal, com ênfase na política criminal legislativa, considerando as especificidades da tramitação da Lei 14.843/2024 e seus elementos constitutivos. Esta análise será realizada no contexto da política penal, fundamentada em dados empíricos e na doutrina, com o objetivo de apresentar argumentos críticos e embasar este texto.

1. Irracionalidade Político-Criminal

1.1 Irracionalidade na Criminalização Primária das Leis Penais

O processo de criação de leis penais responde a diversas demandas, sejam elas sociais, midiáticas ou mesmo direcionadas objetivamente ao aumento do controle social. Assim, se por um lado é possível elencar suas motivações de forma crítica, por outro, é dever protestar contra as suas carências. Exemplos como a Lei 14.843 de 2024 demonstram que a regra na produção legislativa penal é a falta de sintonia com a realidade, não coadunando uma racionalidade legislativa penal.

Diéz Ripollés disserta a respeito da necessidade da formulação de leis penais serem sustentadas em um cenário de racionalidade com base em acordos sociais que reflitam a realidade da sociedade sobre a qual essas leis serão aplicadas. Nestes termos, o envolvimento a partir das condições e necessidades específicas da população são fundamentais, a fim de garantir que as legislações sejam fundamentadas em dados e contextos reais (2016, pg. 87).

Diéz Ripollés traz o conceito de racionalidade teleológica com vistas a ampliar o debate com a sociedade, com diversos valores e interesses defendidos e, principalmente, com ampla participação a fim de gerar soluções de compromisso com a nova legislação. Enquanto a racionalidade pragmática define a condição de cumprimento daquela lei, ou seja, sua eficiência e eficácia, na implementação dos objetivos definidos pela racionalidade teleológica (2016, pg. 93-94).

Um dos elementos abordados por Marcelo Buttelli - em seu livro (2024, pg. 196) que traduz a teoria de Ripollés - a respeito da (ir)racionalidade penal contemporânea, são as novas leis que surgem a partir da mobilização de setores organizados da sociedade que passam a reivindicar a tutela do direito penal como forma de empoderamento, isto é, a partir da criminalização de determinada conduta cria-se uma falsa dicotomia, elevando a expansão do direito penal como resolução de problemas identitários.

Esta tratativa de conflitos desconsidera a insuficiência e alcance do direito penal no que tange a resolução de problemas reais, onde a questão de raça e gênero são fatores de incidência, por exemplo, mas não são - isoladamente - determinantes. Deste modo, temos mais um “grupo organizado para somar com os moralistas de fachada em prol da defesa - objetivamente - do encarceramento” (RAMOS, 2024, pg. 196).



Na etapa de redação das leis, o legislador também não deveria limitar-se apenas ao resultado pretendido, tendo em vista que os meios precisam ser cuidadosamente elaborados com base em informações fidedignas, sem desconsiderar a possibilidade de subversão por ideias maliciosas (LEAL, 1997, p. 19- 20).

Com efeito, por meio de dados, seria possível identificar os problemas reais e, por conseguinte, elaborar propostas capazes de enfrentá-los. Entretanto, a prioridade dos debates gira em torno de resultados idealizados, sem lastro em políticas efetivas. Isso inclui o impacto na opinião pública e na dinâmica do poder entre as instituições, que, por vezes, valem mais do que os impactos da lei (DÍEZ RIPOLLÉS, 2016, pg. 76-77).

Por isso, a política criminal precisa ganhar espaço, a fim de convencer a necessidade de lidar com os conflitos a partir da realidade concreta, problemas sociais não podem receber respostas de ordem do poder punitivo, já que a suposta solução converte-se em uma resposta repressora e simbólica (BARATTA, 1997, p. 65).

Assim como, a racionalidade da lei ao tratar sua ação como objeto de permanente estudo e sob a ótica da política pública, traz a possibilidade de criarmos mecanismos exigidos pelas políticas públicas, com parâmetros de eficácia e efetividade, já que o efeito de novas leis penais no Brasil tem sido o encarceramento em massa sem impactos significativos na redução da violência (BRASIL, 2015, p. 6).

Nos termos de Carolina Costa Ferreira:

É necessário apresentar os caminhos possíveis para a contenção ou a expansão do poder punitivo; assim, é importante que sejam definidos os movimentos político-criminais à disposição daqueles que devem manejar a política criminal como política pública. (FERREIRA, 2016, pg. 37)

Ademais, vale pontuar que a racionalidade pragmática e teleológica devem ser questionadas, considerando a pretensão de influenciar a realidade social. Assim, técnicas de monitoramento de reformas legais podem identificar a irracionalidade das leis, especialmente quando se observa que a alteração legislativa não gerou mudanças no comportamento humano ou produziu comportamentos não previstos (AZEVEDO, 2008, pg. 116).

Binder alerta sobre a necessidade de a política criminal não ser idealizada, mas sim algo concreto, considerando as milhares de pessoas encarceradas, as manifestações ilegais ou delitivas fundadas em prol da segurança nacional ou da ordem e, sobretudo, as políticas contrárias aos Direitos Humanos, que acabam se manifestando com respaldo nos termos da lei.(Cf. BINDER, 2015. p. 1-2).

Nesta perspectiva, observa-se a necessidade do estabelecimento de critérios que devem ser seguidos rigorosamente, superando, ao menos em parte (para não ser utópica), os impasses da prática legislativa, de modo que se construa uma política criminal legislativa com bases fincadas na racionalidade.



Rafael Strano (2023) em seu estudo a respeito da política criminal ser definida uma política pública e, portanto, fundamental para a construção de uma política penal legislativa, aponta:

A política criminal formulada sem base em evidências e implementada sem previsão de análise dos respectivos efeitos em relação ao conflito que se pretende coibir, torna-se uma política pública que contraria a essência do termo, pois aprofunda desenfreadamente as desigualdades sociais sem que seja acompanhada de qualquer mecanismo limitador em relação a esta consequência. Neste sentido, revela-se uma política pública ilegal ou delitiva (na expressão de Binder) ou, no caso brasileiro, inconstitucional, por expressa contrariedade ao art. 3º da Constituição Federal. (STRANO, 2023, pg. 238)

Além dos motivos político-criminais mencionados anteriormente, que se referem a necessidade de uma racionalidade no processo de elaboração das leis penais, é importante ressaltar, de forma sucinta, a lesividade da Lei 14.843/24 às categorias fundamentais expressas e implícitas no texto constitucional, bem como a violação dos princípios da execução penal (JUNQUEIRA, 2024, p. 41), corroborando a importância da racionalidade jurídico formal, ou seja, a lei precisa ser coerente com o ordenamento jurídico.

Deste modo, também torna-se imperativo a declaração de inconstitucionalidade da Lei 14.843/24, conforme requerido pela Associação Nacional das Defensoras e Defensores Públicos (ANADep) na ADI 7672, tendo em vista violação a princípios constitucionais como a individualização e humanidade das penas, dentre outros argumentos apresentados por Junqueira (2024, pg. 45-46).

1.2 Pânico Moral e Populismo Penal

A escalada de leis penais que ampliam a quantidade de crimes e o tempo de permanência nas unidades prisionais faz parte de um projeto de encarceramento em massa, que obedece aos ditames do populismo penal. Segundo o Instituto Igarapé, em estudo denominado “Populismo Penal na América Latina”, há evidências de uma aceitação do discurso punitivista pela maior parte da população que é atrelada a “decepção com processos democráticos e com políticas econômicas neoliberais” (VILALTA e FONDEVILA, 2019, pg. 8).

Ao passo que, sustentados nessas questões, consideram resultados idealizados como a saída de problemas complexos, desconsiderando sua aplicação e efetividade, assim, alimentam a ilusão do direito penal como estratégia (inquestionável). Esse fenômeno tem lastro tanto na ideologia dominante quanto no sistema econômico neoliberal.

Em apoio a esse debate, a fim de buscar compreender como o populismo penal ganha força e o pânico moral espaço, Nilson Araújo nos ensina que:

O chamado neoliberalismo não é uma teoria científica. Nem muito menos uma corrente de pensamento científico. Não chega também a ser uma doutrina. É uma ideologia - mais propriamente, é o elemento central da ideologia da



oligarquia financeira que domina o mundo, na atual etapa do capitalismo. Toda sociedade necessita de uma ideologia como elemento de coesão social. E a ideologia dominante em qualquer sociedade é a ideologia da classe dominante, que, por sua vez, é um reflexo, ainda que deformado, das condições socioeconômicas vigentes. (SOUZA, 1995, pg. 9)

A ideologia reflete o idealismo, sendo seu modo de manifestação o pensamento que considera a verdade como uma expressão da racionalidade. Além de retratar o histórico como algo natural, a ideologia também se caracteriza por apresentar o que é específico como se fosse universal (Marx e Engels, 2007, pg.275).

Deste modo, Cacicedo (2022, pg. 2010), ao dissertar a respeito da ideologia no direito penal, afirma que os fundamentos das ideias centrais do direito penal “são tidos como verdades imanes, resultado da racionalidade no pensamento e expressão de uma ordem intrínseca à natureza das coisas”. Por isso, assentou-se a ideia de tornar esses fundamentos uma expressão ideológica, pois ao serem aceitos sem questionamento, refletem uma visão idealista que não se preocupa com sua aplicação prática e impacto na vida social.

Ademais, os discursos com base no populismo penal são reproduzidos no Congresso Nacional e ecoam na sociedade e vice-versa¹. Deste modo, esses elementos abordados referendam os fins da pena como algo exclusivamente positivo, por meio de uma exposição totalmente idealista, desconsiderando seus reais efeitos, restando evidente o teor ideológico (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro*, cit., pg. 88).

A doutrina tradicional, ao tratar da prevenção geral, além de não elucidar os fatores que determinam como positivos, também esquece dos efeitos que são observados na sociabilidade, como o poder de vigilância exercido pelas agências policiais à população mais vulnerável. Assim, a partir dessa convenção disfuncional, onde a pretensa solução não gera efeitos visíveis na prevenção dos crimes, finda em se tornar fundamento do discurso para elevar as punições (CACICEDO, 2023, pg. 215).

Nesse ponto, além da supervalorização dos conteúdos legitimadores do Direito Penal, também não se atende a racionalidade pragmática. Deste modo, temos um ciclo que elucida o aumento do discurso sustentado no poder dissuasório:

1 – publica-se uma lei penal prometendo prender os desobedientes; 2 – a desobediência acontece; 3 – alguns desobedientes não são presos; 4 – o poder prisional discursa afirmando que a criminalidade se aperfeiçoou e está ainda mais perigosa e menos intimidada; 5 – o pânico moral é instalado; 6 – para evitar atropelos, transfere-se a responsabilidade da ineficiência daquela lei para o público, alegando-se que ele lhe outorgou pouco poder; 7 – diante disso exige-se mais capacidade de reação; 8 – autorizada essa capacidade, o poder punitivo aproveita para criar novos crimes, aumentar as penas existentes, exigir mais energia repressiva, etc.; 9 – novas desobediências acontecem, fechando-se o círculo (GENELHÚ, SCHEERER, 2017, p. 153-154).

Evidente o descompasso entre a técnica e a política, por um lado não se segue um rito na criação de políticas públicas penais sustentado na racionalidade, por outro a política se curva a um discurso populista, que tem fácil adesão e nenhum compromisso social.



No curso desse conflito, em atenção ao fortalecimento da democracia - nos limites do nosso estágio - as opções políticas devem estar evidentes, com risco de serem suprimidas ou nem se tornarem opções, prevalecendo o debate eleitoral imaturo, aumentando o poder do populismo penal, “um tipo de populismo que reúne o pior da demagogia, sem o menor indício de sabedoria, e dedicado ao poder mais forte e perigoso de que dispõe o Estado. Trata-se, pois, de uma combinação explosiva para um sistema de valores democráticos” (BINDER, 2015. p. 30. Trad. nossa.).

Situações de crise econômica, aumento da violência, eventos tristes, podem gerar pânico moral, exigindo respostas rápidas, muitas vezes elaboradas no calor do momento e, portanto, consubstanciadas em estereótipos, raiva e na emoção e, assim, deixando de lado direitos estabelecidos. Evidências e análises racionais não são levadas em consideração nesses casos, pois, aproveita-se a oportunidade de inserção de políticas públicas penais alinhadas à ideologia predominante (STRANO, 2023, pg. 142).

“Em regra, pânicos morais são utilizados pelo populismo penal para produzir políticas criminais simplistas e baseadas na repressão.” (STRANO, 2023, pg. 147), com vistas à manutenção da ordem política em seus exatos termos, sem nenhuma transformação social que redesenhe os problemas originários da situação de crise, pelo contrário, aprofunda-se a desigualdade por meio dessas políticas.

Portanto, as instituições públicas não conseguem formular uma política criminal que resolva a criminalidade e a pobreza, fortalecendo o discurso do populismo penal, que continua tomando força e perpetuando políticas punitivas que têm a parcela mais vulnerável da população como seu alvo. Assim, a desilusão com a democracia também é fator determinante para o discurso “linha-dura” receber apoiadores, tal como o aumento da desigualdade ocasionado pelas políticas neoliberais (BECKETT e GODOY 2008); (HATHAZY, 2013); (VILALTA E FONDEVILA, 2019).

E é nesse contexto que a Lei 14.834/2024 ganha espaço na agenda político-criminal, no Senado o PL 2.253/2022 foi aprovado por quase unanimidade, uma demonstração clara da hegemonia do populismo penal, onde se adere à violação dos direitos de pessoas presas, atropelando a constituição e princípios da execução da pena (AZEVEDO, pg. 3, 2024).

1.3 Construção da Agenda Político-Criminal

Em atenção a realização de demandas integrantes da ordem pública, frequentemente motivadas por questões específicas, a máquina do governo é posta em movimento. Sendo assim, elaboram-se políticas públicas visando a busca de direitos – em termos formais – que são medidas articuladas (coordenadas) e podem ser definidas como um programa contendo início, meio e fim, ou propriamente como uma ação governamental (BUCCI, pg. 13). Em termos de elaboração da agenda político-criminal utiliza-se como instrumentalização a lei penal, sua elaboração, discussão e aprovação a partir de um cenário favorável ao direito tutelado, ao passo que, o rompimento deste processo gera fissuras nas quais o Estado não alcança posteriormente.



Contudo, a agenda político-criminal pode ser observada também de modo mais amplo, ou seja, não será definida exclusivamente pela máquina do governo, podendo receber outras contribuições, bem como ocupar espaços nos planos técnicos, estatutos partidários, dentre outros, (SECCHI, 2013, p. 46) que são fundamentais para a implementação de determinada política por um governo, tendo em vista a correlação de força.

A questão criminal passou a ocupar maior espaço no debate político, sustentada no imaginário social, as discussões a respeito do crime e de respostas estatais tornam-se desdobramentos do populismo penal (GLOECKNER; RAMOS, 2017, PG. 248). Assim como, as interfaces entre violência e sensação de insegurança apontam quem descumpra a Lei Penal como único responsável de toda uma situação de conflitos sociais:

Tendo o sentimento indeterminado de insegurança encontrado seu objeto, torna-se fácil comprar lealdade política com a promessa de agir com mais rigor contra os pretensos verdadeiros culpados. O conflito sistêmico é assim individualizado e personalizado. Um indivíduo desempenha a função de bode expiatório de uma estrutura social injusta (GUNTHER, 2007, pg. 145).

No mesmo sentido, Ripollés (2007, p. 77-82) aponta que nos países da América Latina em virtude do populismo penal, os parlamentares demonstram defesa das vítimas em seus discursos e posições no legislativo. Entretanto, há uma inversão nessa lógica operacional, pois, em nome de supostamente estarem ao lado das pessoas afetadas pelo crime, defendem a expansão do direito penal — os fins justificam os meios — sem preocupação alguma com a eficácia da medida adotada e, principalmente, com a violação de direitos fundamentais dessa população, negando o Estado Democrático (STRANO, 2023, p. 228).

Na prática, a formação da agenda a partir das raízes dos problemas não acontece, resultando no impulsionamento do controle social e expansão do Direito Penal. Considerando essa desvirtuação, Strano afirma que a ausência de evidências transmuta a formação da agenda político-criminal, movendo o Estado na direção contrária, já que “o populismo punitivo é simultaneamente uma pseudo-política pública, uma política pública simbólica e uma política pública de moralidade.” (2023, pg. 125)

Ripollés (2016, p. 122) aponta que em prol do perigo de lesão de bens, as tomadas de decisões giram em torno do controle social penal, pois, há uma intervenção social “sobre pessoas responsáveis ou suscetíveis de serem responsáveis por esses danos ou riscos; a decisão irrenunciável de lograr a neutralizar essas condutas socialmente perturbadoras”.

No caso da legislação objeto deste trabalho, observa-se que um dos Projetos de Leis (PL nº 2213/2021) foi impulsionado pela repercussão midiática em torno do caso de Lázaro Barbosa de Souza que estava evadido de uma saída temporária, cuja perseguição policial durou mais de vinte dias e culminou em sua morte (os fatos foram noticiados em tempo real na mídia). A lei, portanto, surge como uma resposta casuística ao clamor público e à pressão midiática, ignorando a complexidade do sistema penal e a qualquer outra racionalidade, transformando um caso isolado em um espetáculo e lamentavelmente em uma norma geral.



Nesse sentido, Strano resgata a ideia de Pratt “políticas decorrentes do populismo penal, por se contraporem ao liberalismo em matéria punitiva, eleito como inimigo da vontade popular, são inevitavelmente reacionárias.” (STRANO, 2021, p.124). Portanto, a formulação de uma agenda focada na resolução de conflitos em detrimento das liberdades individuais ignora as nuances e contradições inerentes à sociedade neoliberal.

1.4 Política Criminal Legislativa

Enquanto a política criminal legislativa não se tornar objeto de estudo das faculdades de direito no Brasil, não ocorrerá, sequer, a chance de transformação no processo de elaboração legislativa. Tendo em vista que constantemente são aprovadas leis desproporcionais e ineficazes com lastro apenas em discursos que atendem o populismo penal ou aplica-se o “enfoque psicossocial de diagnóstico e remediação” (FERREIRA, 2016, pg. 45), porém, apenas a letra da lei não confere a atuação seletiva do sistema penal, isto é, o processo de criminalização primária não será suficiente para um processo penal menos seletivo e desigual. Entretanto precisa, ao menos, ser racional.

FALAVIGNO e BUTTELLI (2024, pg. 18) destacam a interdisciplinaridade intrínseca da legística², a saber, política, sociologia, economia e demais aspectos culturais integrantes do objeto no qual o direito deseja tutelar, bem como também trazem a importância da pesquisa com dados empíricos - citada algumas vezes nesse trabalho - desses diversos campos do saber. E complementam:

Dizemos isso porque não se trata apenas de olhar para a fase legislativa propriamente dita, que vai da propositura à promulgação da lei, mas também do estudo de fenômenos mais específicos, como as táticas regimentais de aceleração ou desaceleração do processo legislativo (e.g., decretação de regimes de urgência, realização de obstruções (filibuster) visando o adiamento de votação de matérias polêmicas, previsão de emendas “jabuti” em proposições de interesse do governo ou da oposição com o fito de ampliar [e pulverizar] o número de discussões etc.). Além disso, esse emergente campo de estudos abrange também as chamadas fases pré e pós-legislativas, cenários em que fatores e atores não tipicamente jurídicos adquirem importância – como a mídia, os grupos de pressão (especializados ou não) e os agentes e organismos internacionais. (FALAVIGNO e BUTTELLI, 2024, p.18)

A falta de articulação com um dos campos essenciais ao diálogo jurídico, a segurança pública, gera preocupações e promove leis com resultados insatisfatórios e inconsistentes. Por isso, o processo de articulação deve estar presente na criminalização primária, a fim de que o governo deixe de ignorar os resultados de reformas penais a longo prazo (CIFALI, 2016, pg. 285).

Por conseguinte, faz-se necessário analisar alguns dos discursos proferidos durante a tramitação dos projetos de leis que versavam a respeito das delimitações da progressão de regime da pena corpórea, que resultaram no PL nº 2.253/2022. A matéria dessa proposta legislativa findou na revogação da saída temporária aos presos do regime semiaberto e a obrigatoriedade do exame criminológico à progressão de regime, tornando-se a Lei 14.843/24.



Por um lado, os defensores desse projeto retrógrado trazem argumentos superficiais, a exemplo da justificativa do PL nº 6579/2013 (primeira proposta legislativa que versou objetivamente acerca da limitação da saída temporária) apresentado no Senado Federal pela senadora Ana Amélia Lemos, PP-RS à época:

Todos os anos observamos uma lamentável ocorrência, que é a **elevação do número de delitos praticados durante “saidão” dos presos, como se costuma chamar coloquialmente o benefício da saída temporária previsto nos arts. 122 a 125 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal**. Não bastasse o imediato incremento da criminalidade nos períodos de Natal, Ano Novo e Páscoa, muitos detentos não retornam aos presídios para dar continuidade ao cumprimento de pena e, mais dia menos dia, voltam a delinquir. Diante desse quadro, surge justificado temor da sociedade; as pessoas ficam aflitas com a possibilidade de serem vítimas de crime. É imprescindível, portanto, restringir as possibilidades de concessão desse benefício. **Neste projeto, propomos que a primariedade de preso seja requisito para a saída temporária**. O preso que reincide já deu provas suficientes de que não está preparado para gozar desse benefício, pois quando posto em liberdade tornou a cometer crime. **Além disso, propomos também que a saída temporária seja concedida apenas uma vez ao ano, pois quanto maior for a frequência maior será a probabilidade de os presos fazerem contato com comparsas e com integrantes de organizações criminosas**. Cremos que a modificação legislativa ora proposta contribuirá para o aperfeiçoamento do sistema jurídico-penal brasileiro e representará efetivo aumento do grau de segurança da sociedade. Por essas razões, conclamamos as Senhoras e os Senhores Senadores a aprovarem a presente proposição.³ (grifo meu)

Enquanto uma minoria de parlamentares, haja vista a votação do referido PL nas casas legislativas⁴, trouxe à tona argumentos substanciais, em corroboração a nota conjunta das entidades⁵ contra o PL 2253/2022, bem como denunciou a “esquizofrenia” legislativa dos projetos de leis apensados no que concerne ao tema discutido:

O meu projeto original não previa a extinção da saidinha, a extinção do mecanismo da ressocialização. E por que aconteceu essa desfiguração? Porque em 2022 — e eu também não estava nesta Casa — esta Casa votou pela extinção completa do benefício. Daí o projeto foi ao Senado, e o Senado o flexibilizou, incluindo a permissão para saída para trabalho e para estudo. (...) Nós temos, neste País, segundo o último dado do sistema de segurança penitenciária, 640 mil presos. Desses, 118 mil estão em regime semiaberto. **Desses, segundo os dados da saída de Natal, 55 mil tiveram direito à saída temporária de Natal. Desse número, 5% não voltaram no prazo, o que não quer dizer que não voltaram. Podem ter voltado depois, mas perderam o prazo de retorno e, com isso perderam o direito à saidinha, porque é isso que a LEP determina. E nós estamos dizendo o seguinte: por conta desses 5% que saíram, por exemplo, sem a monitoração eletrônica, que era o que previa o meu projeto, que poderia reduzir a zero esse não retorno, nós vamos acabar com o direito de todos aqueles 55 mil que começaram um processo de ressocialização.**⁶(grifo meu)



Contudo, o espaço de diálogo dos representantes eleitos ignora por completo as estatísticas, de modo que a racionalidade legislativa sucumbe à demagogia, conforme coaduna o Deputado Federal Orlando Silva ao afirmar na tribuna⁷ que a Câmara dos Deputados comete um erro histórico “atendendo ao populismo penal, ao punitivismo penal que está ancorado mais no ódio, na vingança e na demagogia do que em caminhos para efetivamente se enfrentar a violência”.

“Não à toa, argumenta-se que o processo primário de criminalização vem sendo relegado ao oportunismo político” (DÍEZ RIPOLLÉS, 2002. p. 291-330) e, conseqüentemente, a partir desta ausência, o poder judiciário tem assumido o papel de vincular suas decisões aos valores e princípios da sociedade, ultrapassando, muitas vezes, os limites da lei. E, em resposta a essa problemática, os penalistas procuram soluções na dogmática e discutem sobre a teoria do delito, sem considerar a ausência de uma ciência prévia que trate exclusivamente da elaboração legislativa (RAMOS, 2024, pg. 197).

2. Irracionalidade Orçamentária

2.1 Responsabilidade Político Criminal

Em 2008, Salo de Carvalho dissertava em defesa da lei de responsabilidade político-criminal, fundada na vinculação de propostas de leis que versem a respeito de matéria penal com um Estudo Prévio de Impacto Político -Criminal, a fim de exigir dotação orçamentária para a sua implementação. A propositura consiste em examinar o aumento de gastos em propostas que sejam sobre novos tipos penais, aumentar a pena cominada ou tornar mais rigorosa a execução da pena, considerando seus impactos, como o aumento no número de processos, no número de vagas em unidades prisionais, dentre outros.

Trata-se do referido estudo demonstrar na Exposição de Motivos o investimento (volume e fonte) no que concerne à execução de determinada lei. “Se a opção político criminal dos Poderes Públicos é o aumento das penas e o recrudescimento das formas de execução, que esta escolha imponha deveres e implique responsabilidades” (CARVALHO, 2008, pg.1).

Carolina Ferreira também sugere a implementação de uma análise às propostas de novas legislações, chamado de Estudo de Impacto Legislativo (EIL), nesse sentido, a ideia consiste em:

Trazer o EIL ao cotidiano do processo legislativo, como forma de contribuição para a qualificação dos discursos legislativos, a partir de dados, de informações oficiais, a fim de que a avaliação das opções – pela criminalização ou descriminalização, pelo encarceramento em massa ou por propostas de descarcerização – seja consciente e fundada em informações acessíveis a toda a sociedade, e não a valores ou a suposições, sem a devida discussão (2016, pg. 121)

Buttelli (2024, p. 408), ao analisar as justificativas das propostas de criminalização de condutas entre a 48ª e 55ª legislaturas, concluiu sobre a necessidade de estabelecer requisitos para as comissões parlamentares. A ideia consiste em realizar chamadas públicas para a formação de



estudos de viabilidade legislativa, com o objetivo de democratizar e qualificar o processo legislativo.

Os autores partem do propósito de buscar racionalidade às ações, uma vez que - minimamente - aparenta contraditório ocorrer todo o processo de aprovação de uma nova política criminal, apenas para que esta seja implementada superficialmente ou em partes devido à falta de recursos financeiros, isto é, sem nenhum nível de eficácia, em contradição à Constituição Federal, art. 74, inciso II. Por isso, esse estágio deve anteceder as tramitações, sendo um requisito legítimo.

Ao passo que, cumpre não desprezar articulações feitas entre partidos e bancadas, ou o jogo entre situação e oposição do governo, ao pensar na formatação da inserção de estudos como parte integrante do processo legislativo (FERREIRA, 2016, pg. 116), pois, corre-se o risco deste tipo de proposta acabar sendo burocrática e ingênua.

Em 2016 foi apresentado o PL 4373/2016 com o intuito de prever responsabilidade político criminal, como chamou Salo de Carvalho, ao processo legislativo. Em seus exatos termos, está previsto no art. 1º a seguinte determinação: “A proposta legislativa que tratar da criação de novos tipos penais, aumentar a pena cominada ou tornar mais rigorosa a execução da pena deverá ser submetida à análise prévia de impacto social e orçamentário.” (BRASIL, 2016, pg. 1). Deste modo, a matéria em tramitação busca inserir luz à necessidade de alterações em matéria penal estarem atreladas à possibilidade estrutural do Estado.

O texto acompanha uma justificativa fundamentada nas estatísticas do cárcere à época, fomentando o direito penal como *ultima ratio*, assim como, centraliza a questão orçamentária como fator determinante na possibilidade de expansão do direito penal “o custo para construção de novas vagas em estabelecimentos penais é alto, bem como o de manutenção dos presos, o que torna praticamente inviável, diante da realidade atual, adequar nossos estabelecimentos à sanha punitiva legislativa, sem privar a pessoa presa de seus direitos fundamentais.” (BRASIL, 2016, pg. 5). Carolina Ferreira ao analisar esta proposta defende, alternativamente, a implementação do EIL por meio de um órgão já existente “pode-se sugerir a alteração do art. 64 da LEP, a fim de incluir o Estudo de Impacto Legislativo como atribuição do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP).” (2016, pg.124)

Por fim, observa-se que, não houve nenhum estudo dos impactos orçamentários em toda tramitação do PL 2253/2022, a respeito da sua matéria, uma vez que foi aprovado em requerimento de urgência e, portanto, a proposta não passou pela Comissão de Tributação e Finanças de nenhuma das casas do Congresso Nacional, tampouco o tema foi considerado um entrave nos debates realizados no parlamento. Ademais, a questão torna-se mais problemática, pois o projeto para ser implementado implica no aumento significativo de exames criminológicos e de tornozeleiras eletrônicas, medidas de alto custo ao Estado, sem contar o aumento da população carcerária em decorrência dos entraves da progressão de regime.

2.2 O Preço da Irrracionalidade na “lei da saidinha”

Em decorrência da aprovação do PL 2253/2022 - Lei 14.843/2024 - e da alteração ao artigo 112 da Lei de Execução Penal (LEP), que torna obrigatório o exame criminológico à



progressão de regime, bem como a ausência de um instrumento eficiente para mensurar as despesas financeiras dessa alteração, a nova previsão é objeto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 7663, 7672, 7678. Por isso, o relator das ADIs, Ministro Edson Fachin, solicitou ao Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e de Execução de Medidas Socioeducativas do Conselho Nacional de Justiça (DMF/CNJ) relatórios e informações sobre o cenário atual dos presídios (CNJ, 2024, pg.14).

Esse estudo toma como base os 29.364 exames criminológicos realizados em 2023 (desconsiderando os estados de SP, PI e RR), a partir da base de dados do Sistema Eletrônico de Execução Unificado - SEEU, em decorrência da análise de comportamento para progressão de regime. Assim como, considera que o exame só pode ser realizado pela equipe de tratamento penal (equipe multidisciplinar), que está prevista nos artigos 5º e 7º da LEP. Porém, hoje o sistema prisional conta com apenas 149 psiquiatras, 704 psicólogos e 944 assistentes sociais aptos a realizarem os exames criminológicos⁸ (CNJ, 2024, pg. 16).

Nesse sentido, o DMF/CNJ projetou dois cenários, sendo um com a equipe multidisciplinar completa, qual seja, 1 psiquiatra, 1 psicólogo e 1 assistente social, e outra com uma equipe multidisciplinar mínima: 1 psiquiatra e 1 psicólogo ou 1 assistente social. Nos dois contextos cada equipe multidisciplinar realizará dois laudos por dia, considerando a entrevista com a pessoa em situação de cárcere e o relatório final. Os custos da equipe considerados foram: R\$7.400 aos médicos (20h), R\$4.500 aos psicólogos e assistentes sociais (30h), ambos com aplicação de 32,82% de encargo nos valores do salário e previsão de férias (equipes substitutivas). Ademais, o número de exames por estado foi calculado em consonância com os dados de 2023, por projeção, a partir da nova exigência legal (CNJ, 2024, pg. 16-17).

Na primeira hipótese, estima-se que o custo por mês de uma equipe multidisciplinar completa seja de R\$ 13.000.000,00 (treze milhões de reais), isso significa um custo de R\$ 170.000.000,00 (cento e setenta milhões de reais) por ano. Na segunda simulação, considerando uma equipe incompleta, com 1 médico psiquiatra e apenas 1 psicólogo ou 1 assistente social, o valor por mês gira em torno de R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais), ou, ainda, R\$ 138.000.000,00 (cento e trinta e oito milhões de reais) ao ano (CNJ, 2024, pg. 17-19).

Em um cenário mais devastador, o DMF/CNJ focalizou nas atuais equipes das unidades prisionais como as responsáveis por atenderem o novo dispositivo. Assim, foi necessário considerar os problemas atuais (desconsiderando sua própria razão de existir) envolvidos na elaboração do exame criminológico, em decorrência da demanda e da capacidade de entrega que acarretam atraso na progressão de regime, gerando a manutenção das pessoas em privação de liberdade e ocasionando mais gastos⁹. O sistema prisional brasileiro hoje tem a capacidade de produzir apenas 5.960 laudos por mês, assim, 238 mil pessoas que cumpriram o requisito objetivo - lapso temporal - vão deixar de progredir de regime por ano, ficando em média 197 dias a mais na prisão. Logo, esse acúmulo “projetará um custo anual de R\$ 6 bilhões de reais adicionais, para manter todas essas pessoas no sistema prisional, enquanto a decisão esteja condicionada à chegada dessas avaliações.” (CNJ, 2024, pg. 20-21).

Diante desses dados negativos, resta demonstrado de maneira explícita a irracionalidade orçamentária na qual essa matéria foi aprovada, sobretudo em comparação ao custo atual com as



despesas totais das unidades prisionais em 2023, segundo o Sisdepen: R\$ 7.131.152.306,06 (sete bilhões, cento e trinta e um milhões, cento e cinquenta e dois mil, trezentos e seis reais com seis centavos), os valores são quase equivalentes, ou seja, os gastos com presídios no Brasil precisam dobrar para atender a matéria recentemente aprovada. Por fim, diante das contradições apresentadas, cumpre resgatar os ensinamentos de Zaffaroni “um Estado de Direito não deve ter mais presos do que suas despesas lhe permitem em condições de mínima dignidade e segurança” (2007. pg. 99. Trad. Nossa).

2.3 Tomada de Decisões

A política criminal legislativa não se resume ao ato de promulgação de leis que criam novos tipos penais. Ela integra a política criminal e, portanto, possui a incumbência, enquanto disciplina, de oferecer ao poder público “opções científicas concretas mais adequadas para o controle do crime” (SHECAIRA, 2009, pg. 53). O Estado segue em movimento após a tramitação legislativa - ou deveria - e sem orçamento não há de se falar em eficiência das ações propostas ou racionalidade teleológica. Neste sentido, se faz necessário pensar que a política criminal legislativa deve ter o mesmo tratamento das demais políticas públicas e, portanto, seu custo precisa ser assegurado, já que seus impactos passam pelos recursos públicos (STRANO, 2023, pg. 153-154).

Cumprido destacar que as prioridades da política aplicada no sistema penal são definidas pelo Estado, ou seja, por decisões políticas. Como define Sant’iago Mir Puig, “todo Direito Penal corresponde a uma determinada política criminal, e toda política criminal depende da política geral própria do Estado a que corresponde” (PUIG, 2007, pg. 4). Portanto, tratam-se de escolhas, visto que a divisão orçamentária dos gastos públicos é definida por um governo com vistas a solucionar seus problemas, assim como, os setores a receberem investimento.

Em estudo exploratório nos estados brasileiros, ficou demonstrado que a falta de prioridade de investimentos em políticas de garantias de direitos sociais está diretamente relacionada com as altas taxas de encarceramento, destinando-se, assim, grande parte do orçamento à repressão. (JESUS FILHO; FONSECA, v.10, pg. 108).

Contudo, como foi demonstrado, no PL 2253/2022 a questão orçamentária só passou a ser fator de interesse após sua promulgação, diante uma provocação ao Judiciário. Assim dizendo, a política criminal talvez seja a única política pública que os seus custos não são considerados para a sua aprovação, bem como sequer integram o debate de constituição (STRANO, 2023, pg. 148).

Em termos racionais, a partir da identificação do conflito no qual se deseja intervir e de sua inserção na agenda, um leque de opções deveria ser aberto, a fim de ser feita a melhor escolha. Entretanto os problemas acabam sempre sendo atrelados à falta de punição no Brasil (a mídia exerce forte papel nessa situação), por isso, Strano conclui:

Ora, se a alternativa já havia sido escolhida antes da formação da agenda, basta ao empreendedor do populismo penal (ou seu representante) aderir à solução e se apresentar como aquele que mobilizará o fluxo da classe política para



corrigir o problema, isto é, o alinhamento final dos fluxos para a abertura das janelas de oportunidade só depende dele. (STRANO, 2023, pg. 148-149)

Assim, mais uma vez, nos deparamos com a única alternativa escolhida pela política criminal legislativa: a elaboração de minutas de lei que optam pela ampliação do direito penal, em detrimento de outras políticas públicas, além de seus impactos orçamentários serem velados, já que em nenhum momento do seu trâmite foi sustentado que o gasto com o sistema prisional brasileiro precisaria dobrar.

Díez Ripollés também nos ensina que nesses casos a configuração do controle penal em um determinado país é, em grande medida, o resultado de decisões políticas prévias que determinam a forma como esse controle deve ser exercido e, por conseguinte, incluem a definição de quais condutas serão criminalizadas, a severidade das penas aplicáveis, os recursos destinados ao sistema penal, e as prioridades de atuação das forças de segurança pública e do judiciário (DÍEZ RIPOLLÉS, 2012. p. 31-54. pg. 38. Trad. nossa.).

Nesse sentido, cumpre destacar que as sanções sociais operadas pela Polícia, pela Justiça, pelo Exército, pelo Ministério Público, pela Administração Penitenciária e demais conseqüências destas agências, são respostas para satisfazer o controle social (SHECAIRA, 2009, pg. 66). Assim como, os responsáveis pelo controle social reafirmam as desigualdades socioeconômicas, quando suas perseguições por “criminosos” definem como alvo as classes mais pobres e vulneráveis, selecionando-as como indivíduos considerados marginais, independentemente de estarem em desacordo com a lei (SOARES e RIBEIRO, 2018, pg. 99) na ordem de um sistema que se retroalimenta.

Apesar da legitimação ideológica dominante, as instituições de controle social não visam simplesmente governar ou suprimir o crime; em vez disso, ao reforçar a ordem social existente e suas estruturas subjacentes de dominação, elas contribuem ativamente para ocultar as contradições estruturais inerentes às sociedades capitalistas. Todos os sistemas penais são, em última instância, a expressão de configurações específicas de poder de classe e raça, uma vez que estão encarregados da tarefa de preservar a ordem social existente contra qualquer forma de resistência a ela (DI GIORGI, 2018, pg. 4 Trad. nossa.).

Nesse sentido, para a formulação de políticas criminais, se faz necessário que os responsáveis por essas decisões avaliem não apenas os impactos imediatos, mas também os custos abrangentes que tais políticas resultam. É fundamental considerar que os custos não incluem só os aspectos econômicos da criminalização, como também as despesas operacionais e administrativas associadas à manutenção do sistema punitivo, os impactos sociais e as conseqüências a longo prazo para a sociedade (TONRY, 2009. pg. 18. Trad. nossa.).

Em suma, esse debate deve ser levantado, pois, geralmente o debate político criminal legislativo não vem acompanhado de uma problematização relacionada ao seu financiamento e impactos sociais, de modo intencional, já que assim torna-se “funcional para a manutenção de um sistema punitivo irracional e que se retroalimenta do pânico moral. Uma vez que os custos financeiros de uma política criminal são ignorados, ela se torna uma política pública desvinculada do ônus das escolhas trágicas” (STRANO, pg. 154).



Todavia, quando uma política pública social é pactuada o seu custo vem acoplado até mesmo ao discurso, de modo que se apresente de uma forma indivisível em todos os planos. Com efeito, o Estado possui obrigação de fazer uma previsão orçamentária no que tange a prestação de serviço para as garantias de direitos sociais, ao passo que sua ação está atrelada à disponibilidade econômica (BUCCI, 2006, pg. 2). Entretanto, como é o Estado quem determina a alocação de seus recursos, não constitui razão suficiente a invocação da reserva do possível¹⁰ como justificativa para deixar de cumprir sua obrigação prestacional.

No âmbito da garantia de direitos sociais, o que se observa é o discurso ancorado num suposto déficit orçamentário e na falência do Estado como garantidor desses direitos com vistas a legitimar uma política de austeridade. Deste modo, toma-se diversas medidas para restringir o gasto orçamentário com direitos sociais, enquanto as medidas adotadas para o sistema penal são tratadas ignorando seus custos, a partir de uma suposta infinidade de recursos, existente apenas quando se fala em punição. Como exemplificação máxima desta lógica, temos a imposição de uma mudança constitucional que se propõe a fixar um teto para investimentos em políticas sociais, com a criação da Emenda Constitucional 95/2016, com o intuito de destinar o orçamento a local diferente (juros e amortizações) que não as políticas públicas sociais. Assim, mais um obstáculo econômico é gerado com uma medida de ajuste fiscal que atende à lógica imposta pelo consenso neoliberal, cujo resultado resta claro, aprofundamento das desigualdades a partir de uma recessão econômica (MARIANO, 2017, pg. 267) e maior taxa de encarceramento.

A ação dos governantes deve ser racional, planejada, e direcionada por meio da elaboração e implementação de políticas públicas (DUARTE, 2013, pg. 17), sendo essas diretamente relacionadas ao sistema de justiça, ou para assegurar a garantia de direitos sociais, que também vão influenciar na política criminal do Estado. Pois, como alertou Baratta, o atual modelo baseado no expansionismo penal, apenas tem apresentado como produto o aumento da criminalização da parcela socialmente mais vulnerável, ao passo que aumenta a impunidade da parcela mais abastada, tendo em vista que o sistema de justiça criminal opera de maneira seletiva. (BARATTA, 1998, p. 182).

3. Lei 14.843 de 11 de abril de 2024

3.1 Exame Criminológico

A recente alteração na Lei de Execução Penal em seu § 1º do art. 112 e inciso II do Art. 114 trouxe como obrigatória a realização de exame criminológico para fins de progressão de regime a todas as pessoas em situação de cárcere. Dentre os argumentos apresentados no PL nº 2213/2021 e confirmadas, posteriormente, pelo PL nº 2.253/2022 observa-se a seguinte linha de (não) raciocínio:

Os condenados que não estejam aptos ao convívio social não podem usufruir dos dois benefícios, porque a sociedade não deve ser submetida à aferição da capacidade de presos perigosos retornarem ao convívio social. Nesse sentido, torna-se fundamental a realização do exame criminológico a fim de avaliar a personalidade do apenado, se houve arrependimento em relação ao crime que cometeu e eventual possibilidade de reincidir na prática de delitos. (BRASIL, 2021, pg. 2-3)



A partir dessa afirmação, é possível abordar inicialmente que o mérito da proposta ignora o sistema de progressão de regime, propaga a pena perpétua e referenda um artifício negado pela ciência. Além disso, a justificativa coaduna com o debate levantado por Ripollés acerca dos vetores ordenadores dos fundamentos do Direito Penal, em relacionar o ponto de partida da proposta legislativa aos fins da pena (2016, pg. 114).

A crença em um sistema penal ressocializador que aplica a ordem disciplinar às pessoas privadas de liberdade resulta em um sistema progressivo cheio de impasses, tratando direitos como benefícios¹¹. Não por acaso, a obrigatoriedade do exame criminológico soma-se aos critérios para impor limites ao alcance do direito de progressão de pena (CACICEDO, 2023, pg. 9) sustentada em elementos comportamentais que supostamente compõem a personalidade do encarcerado.

Essa toada tem lastro na criminologia positivista (século XIX e início do século XX) na qual por meio de características biológicas e psicológicas, buscava-se fazer uma diferenciação e classificação entre “indivíduos normais” e “criminosos”, assim, tornando um sujeito com determinadas características um destinado ao crime de modo a patologizar sua conduta (BARATA, 2002, pg. 29).

Na entrevista, os sentenciados precisam responder quesitos atrelados ao seu passado e ao futuro (o presente não faz parte da análise), onde precisam demonstrar arrependimento da conduta e, portanto, estarem sujeitos a uma (re)confissão, bem como demonstrarem que seus planos passam longe do fato delituoso que o encarcerou (SILVA, 2018, pg. 52). As respostas esperadas das entrevistas - descritas por Silva - além de não afastarem a reincidência, também não são segredos no cárcere.

Deste modo, a falta de embasamento científico torna impossível o resultado almejado, de modo que se “persiste uma aposta em premissas demonstradas equivocadas secularmente e que somente poderiam culminar em um impossível exercício de futurologia na suposta medição da periculosidade” (CACICEDO, 2022, pg. 26)

Os técnicos responsáveis pela aplicação deste exame são psicólogos, assistentes sociais e médicos psiquiatras, conforme abordado no Capítulo 2.2. Contudo, alguns órgãos de classe dessas profissões já se manifestaram contra sua aplicação, devido a ausência de método científico. O Conselho Federal de Psicologia elaborou normativa com a vedação da realização de exame criminológico em sua Resolução nº 009/2010, Art. 4º, alínea “a” para fins de progressão e, posteriormente a Resolução nº 12/2011 com a vedação aos prognósticos de reincidência (SILVA, 2019, p. 46-48), porém, a autonomia dos profissionais psi não foi respeitada pelo Poder Judiciário, e ambas vedações ético-normativas foram suspensas. O Conselho Federal de Serviço Social (CFESS) manifestou-se diretamente contrário ao PL 2253/2022, denunciando a ação como forma de inibir o alcance ao direito à progressão, bem como discorreu que as condutas só podem ser avaliadas em seus contextos e mediadas uma relação de classe, raça/etnia e gênero, no exercício da formação em Serviço Social.¹²

Embora essas sejam as posições dos representantes legítimos da Psicologia e do Serviço Social, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu a Súmula Vinculante 26 e o Superior Tribunal



de Justiça a Súmula 439 - antes da aprovação do PL 2273/2022 - trazendo a possibilidade de realização do exame de forma motivada, com isso garantindo a vontade dos magistrados de solicitar o laudo produzido pelos técnicos.

Em estudo produzido pelo Núcleo de Pesquisa e Extensão da Pena e da Execução Penal (NPEPEP) da Universidade de São Paulo, a fim de analisar agravos de execução penal frente à necessidade de compreensão da aplicação do exame criminológico no processo de execução criminal, observa-se como esse instrumento é superestimado e adotado como meio necessário à progressão de regime. Na pesquisa, o grupo utilizou 381 (trezentos e oitenta e um) acórdãos prolatados entre 04/10/2023 e 11/04/2024¹³, no que tange ao resultado das decisões: 309 acórdãos do Tribunal de Justiça de São Paulo mantiveram a aplicação do exame como condição à progressão de regime, representando 81,1%. Ao passo que destes 381 processos analisados, 303 continham o Atestado de Conduta Carcerária com a conduta carcerária classificada como boa (NPEPEP, 2024, pg. 3,7,8) isto é, 79,5% dos sentenciados preenchiam o requisito subjetivo para a progressão de regime, porém foram submetidos a uma análise pseudo-científica, como classificou o CFP na Nota Técnica.

Assim, com a previsão legal estabelecida na Lei 14.843/24, esse cenário que referenda o positivismo criminológico seguirá presente nos Tribunais de Justiça, bem como o negacionismo científico que passou por outro poder de Estado recentemente (CACICEDO, 2022, pg. 27), mas segue vivo e nesse caso travestido de segurança pública.

Por fim, cumpre ponderar a morosidade na realização dos exames criminológicos, antes da aprovação da nova norma jurídica, somada a lentidão costumeira das varas de execução criminais, resultando em um aumento exponencial das pessoas privadas de liberdade, assim, contribuindo - por mais uma frente - para o encarceramento em massa e a manutenção de um sistema de extermínio.

3.2 Fim das Saídas Temporárias

Conforme abordado, a Lei 14.843/24 trouxe novo texto ao art. 122 da LEP à medida que revogou seus incisos para suprimir as possibilidades das saídas temporárias. Restou apenas a possibilidade de entrar em contato com o ambiente externo para frequentar curso supletivo, profissionalizante, 2º grau ou superior, nos termos do inciso II do referido artigo. Contudo, até mesmo essa previsão sofreu limites, pois, não terão a esse direito os presos por crimes hediondos ou com violência contra a pessoa, assim como, quem gozar da saída para os estudos terá seu tempo restrito. Nesse sentido, é possível observar a justificativa apresentada pelo senador Sérgio Moro em sua emenda ao PL nº 2253/2022, com o intuito de criar presos de segunda categoria:

Para evitar que criminosos perigosos, mesmo no semiaberto, possam deixar o estabelecimento a pretexto de estudar ou trabalhar, propomos também a ampliação da vedação prevista no §2º do art. 122 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Pela redação atual, a vedação impede apenas a saída temporária do condenado por crime hediondo com resultado morte. Nossa proposta veda a saída para estudo ou trabalho externo do condenado por crime hediondo ou por crime praticado com violência ou grave ameaça à pessoa. Essa medida



busca reduzir a concessão do benefício a indivíduos que representam um risco para a sociedade¹⁴.

Igualmente, identifica-se nesse tipo de defesa um oportunismo decorrente do espaço conquistado pelo populismo penal. Assim, "torna-se fácil comprar lealdade política com a promessa de agir com mais rigor contra os pretensos verdadeiros culpados"(GUNTHER, 2007, pg. 145) de modo a violar seus direitos e afetar princípios constitutivos dos motivos que integram a execução penal no Brasil, vide o item 127 da Exposição de Motivos da LEP que traz a necessidade da saída temporária como fator de rigor para atenuar o cumprimento de pena corpórea.

Nas defesas de emendas, pareceres e discursos em plenário utilizaram como recurso retórico casos extremos, a exemplo de Suzane Von Richthofen condenada pelo homicídio dos pais que gozou de saída temporária em datas comemorativas como dia dos pais e dia das mães, ou ainda razões fundadas em supostas estatísticas a respeito do aumento da criminalidade nessas datas de “saidões” ou “saidinhas” (a depender do referencial), bem como a evasão dos presos após estas saídas. O texto da lei também condicionou a critério do juiz o uso de tornozeleira eletrônica no regime aberto, em novo texto do art. 115 da LEP, tal medida rotula os egressos e os condenam a mais um período de pena, criando dificuldades na reinserção social.

Contudo, as alegações não encontram lastro na atual conjuntura, pois trata-se de uma contradição no comparativo com as evidências empíricas. Em estudo divulgado pelo CNJ com dados do Sisdepen, nota-se que nos últimos três anos a taxa de não retorno das saídas temporárias oscilam entre 3,9% e 4,2%, de modo que mais de 95% das pessoas retornam após suas saídas, assim como, a análise não encontrou diferença significativa nas estatísticas em torno dos dados de ocorrências criminais durante o período de exercício do direito (CNJ, 2024, p. 29-31).

Apesar da aprovação do dispositivo legal de supressão da integração social, ainda, verifica-se imperativo demonstrar a importância das saídas temporárias como meio de acolhimento social, considerando que o fortalecimento de laços com familiares fora do cárcere é essencial para a criação de perspectivas da vida em liberdade (ROIG, 2021, pg. 393). Assim como, a defesa de garantias do indivíduo em face do poder de punir do Estado torna-se uma questão humanitária, visto que o sistema penal no Brasil precisa de limites em sua ordem instituída, principalmente no sistema carcerário (CACICEDO, 2023, pg. 10).

Por isso, a defesa permanente dos direitos fundamentais é questão de ordem, uma vez que o princípio da não marginalização - fundamental na execução criminal - que delimita o poder do Estado em restringir apenas a liberdade, das pessoas presas (ROIG, 2021, pg.58), tal como a LEP deve ser interpretada à luz da Constituição Federal e nesse ponto cabe um recorte de gênero, já que “as restrições a direitos não atingidos pela sentença ou pela lei são muito maiores para as mulheres do que para os homens.” (CASTILHO, p. 42, 2007).

Quando privada de liberdade é imposto à mulher uma ruptura das relações parentais, visto que na maior parte do seu cumprimento de pena são abandonadas e enfrentam a solidão em virtude de uma idealização do papel da mulher na sociedade. Nesse sentido, as saídas temporárias



cumprem um papel dobrado na aproximação com seus filhos e com sua família, sendo um dos poucos mecanismos de humanização na reclusão.

Deste modo, restringir a progressão do convívio social das pessoas privadas de liberdade equivale a extinguir materialmente a existência do regime semiaberto (NOTA TÉCNICA CONJUNTA Nº 1, 2024, pg. 4) e infringe uma série de princípios da LEP, tal como o princípio constitucional da individualização da pena (art. 5º, XLVI), tendo em vista que em sua reprimenda o preso deveria - ao menos - ser observado como indivíduo e ter suas necessidades como sujeito de direito atendidas na esteira do dever jurídico-constitucional de minimização de danos e nunca em seu prejuízo. Logo, impedir o retorno gradual à sociabilidade das ruas e promover o sofrimento carcerário comumente presente nesse ambiente de forma geral, afronta diretamente o princípio da individualização da pena (ROIG, 2021, pg. 393) em prol de um problema social que não consegue sequer ser vislumbrado nas estatísticas.

3.3 Símbolo da Irracionalidade Penal

As duas alterações principais que a Lei 14.843/24 trouxe e que foram abordadas neste capítulo remete apenas para uma direção: aumentar o encarceramento. Ao passo que a lei demonstra-se completamente irracional, não seguindo os ditames da racionalidade teleológica, pragmática, e jurídico-formal - no mínimo.

Se a política criminal legislativa fosse tratada com rigor, no processo de criação do PL 2.253/2022 (fase pré-legislativa), observar-se-ia de imediato que não há uma inquietação genuína com uma disfunção social, isto é, a Lei 14.843/24 foi alicerçada sem um problema a ser resolvido.

Resumidamente, o Projeto de Lei 2.253/2022 demonstra explicitamente as falhas e contradições do processo legislativo apresentadas até aqui: (i) um ato violento é explorado e ocasiona o pânico moral; (ii) falta de estudos empíricos da realidade social e limites na resposta estatal; (iii) decisões legislativas influenciadas por demandas punitivistas, levando parlamentares a criar leis desconectadas com as reais necessidades sociais; (iv) agenda política criminal formada em atenção a reações que atendam o populismo penal, de modo a elevar exceções ao lugar retórico de regra.

De tal modo, os fatos que foram trazidos do específico para o geral, a fim de evitar situações estatisticamente irrelevantes resultarão em um aumento expressivo de estatísticas reconhecidamente elevadas. Segundo dados do Sisdepen¹⁵ a população prisional no Brasil em 2023 girava em torno de 644.833¹⁶ pessoas, a partir deste dado o CNJ fez uma simulação que demonstra um aumento para os próximos quatro anos em decorrência do atraso na progressão de regime, em virtude do tempo de espera dos exames criminológicos. Na amostra, foi considerado que 238 mil presos deixaram de progredir em 12 meses, ocasionando um déficit de 176% no número de vagas e elevando a população carcerária para 919.964 pessoas (CNJ, 2024, pg. 22).

Com efeito, em outubro de 2023 ocorreu o julgamento da - Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF nº 347 que reconheceu a violação de uma série de direitos fundamentais no sistema prisional brasileiro e a omissão dos poderes políticos em face desta situação pelo Supremo Tribunal Federal (STF), dentre eles a superlotação dos presídios e a



permanência em regime mais severo ou por tempo superior ao da pena. Assim, foi elaborado um Plano Nacional de Enfrentamento a estes problemas e em resposta à superlotação carcerária, verifica-se o seguinte:

Para enfrentar este problema, indica-se como possíveis ações mitigadoras: a necessidade de qualificar e recalculas as vagas do sistema prisional, obedecendo a ocupação máxima taxativa e adequando aos regimes de cumprimento de pena e a regularização das situações processuais penais. (PLANO JUSTA CAUSA, 2024, pg. 24)

Ora, enquanto existe em curso um debate para transformar o quadro de violação sistemática de direitos nas unidades prisionais no Brasil, aprova-se uma lei que transfigura o sistema de progressão de regime, ao passo que aumenta a população carcerária. Evidente a falta de racionalidade jurídico-formal.

A inflação das normas penais oferecida pelo Estado de modo irracional corresponde a um remédio penal para problemas sociais, conforme dispõe Rodrigo de Azevedo:

(...) em face das demandas de segurança e penalização da sociedade, expressadas pela mídia, sem relação direta com a verificação de sua eficácia instrumental como meio de prevenção ao delito. O direito penal converte-se em recurso público de gestão de condutas utilizado contingencialmente, e não mais como instrumento subsidiário de proteção de interesses ou bens jurídicos. (AZEVEDO, 2004, p. 40).

Deve-se, portanto, instituir que a política criminal seja centrada em ações instrumentalizadas pelo Estado e que assegurem direitos sociais. De modo que a ação dos governantes ocorra de forma racional com direcionamento da elaboração e implementação de políticas públicas (DUARTE, 2013, pg. 17) em diálogo permanente com as pautas sociais.

Enquanto isso, o encarceramento em massa ganha proporções alarmantes e o discurso do populismo penal toma impulso, por isso, é indispensável construir caminhos “na trincheira de resistência à barbárie”, (BATISTA, 2011, p. 29) pois, também, conforme Salo de Carvalho afirma “o projeto político da Modernidade, no qual se insere o discurso das ciências criminais, tem como objetivo a busca da felicidade através da negação da barbárie e da afirmação da civilização.” (CARVALHO, 2022, pg. 20)

Por fim, é necessário resgatar que o Estado deve operar de forma coordenada com uma articulação entre os seus poderes, a fim de construir uma política criminal capaz de enfrentar os problemas a partir da realidade concreta, pois problemas sociais não podem receber respostas de ordem do poder punitivo, já que a solução converte-se em uma resposta repressora e simbólica, (BARATTA, 1997, p. 65) expandindo o sistema prisional e aplicando uma política criminal que aprofunda o extermínio da população mais vulnerável.



Conclusão

Este trabalho buscou abordar as contradições do processo de elaboração das leis penais, mais especificamente da Lei 14.832/2024, principalmente ao atrelar sua tramitação a conceitos da racionalidade legislativa, à medida que serve como exemplo didático à problemática inserida na política legislativa penal no Brasil, assim como, demonstra a importância de colocarmos luz na matéria da política criminal como substância e instrumento de transformação.

Os dados empíricos em face dos argumentos utilizados como justificativas das propostas legislativas, que foram apensadas no decorrer do processo, causam espanto, já que revelam as falácias utilizadas pelos parlamentares. Na prática, aproveitam-se do populismo penal para empoderar pautas reacionárias.

Como se demonstrou, o PL 2253/2022 surgiu em atenção a uma pauta casuística, já que os demais projetos de lei estavam em andamento há alguns anos, bem como surge sem lastro em um problema real ao passo que seu texto implica em uma disfunção ao sistema carcerário, aumentando o já reconhecido encarceramento em massa. Além disso, a Lei 14.832/2024 vai ao encontro do Plano Nacional para o Enfrentamento do Estado de Coisas Inconstitucional nas Prisões Brasileiras – ADPF 347, ou seja, um contrassenso em sua integralidade.

O relatório elaborado pelo CNJ, a pedido do STF, confirmou a tese inicial deste trabalho no que tange à discrepância orçamentária necessária para atender as supracitadas alterações. Causa espanto que o custo dos exames criminológicos não tenha sido objeto de debate no Congresso Nacional, ao mesmo tempo no qual se confirma o sistema de prioridades no neoliberalismo. Enquanto a centralidade no debate à aprovação de mecanismos para a garantia de direitos sociais é o orçamento, a expansão do poder punitivo possui a seu serviço um financiamento supostamente infinito.

Muitas foram as contradições despertadas, ao longo da pesquisa. Inclusive pelo demonstrativo de levantamentos juntados na elaboração final do trabalho e que merecem um grau maior de análise, por isso, não tenho a pretensão de esgotar o tema. Da mesma forma, as irracionalidades e contradições do tema são extensas e podem ser exploradas individualmente.

Os debates em plenário, pareceres das comissões técnicas, emendas, justificativas e notas taquigráficas foram analisados, mas a partir do método utilizado, optou-se por não serem abordados em sua íntegra, pois não acrescentariam conteúdo ao trabalho, por isso, apenas alguns trechos foram trazidos ao trabalho.

Por fim, o trabalho buscou ressaltar a importância da presença do direito penal legislativo no processo de criminalização primária, com fulcro nas ideias do espanhol Diéz Ripollés, sem limitar-se ao campo técnico jurídico, tal como sustentou a política criminal e, portanto, a política criminal legislativa como sendo uma política pública. Ademais, ao percorrer os temas buscou-se abordar de forma crítica o modo no qual a lógica da política criminal opera, principalmente no campo do financiamento, onde resta claro a ordem material das escolhas políticas que ocasiona uma violação profunda de direitos e princípios da execução criminal, em prol da manutenção de uma ordem de desigualdade social. E embora o presente trabalho não tenha como tema principal a inconstitucionalidade da Lei 14.843/2024, a sua declaração pelo STF em resposta às Ações



Diretas de Inconstitucionalidade é medida de rigor, também, por todos os elementos expostos que atingem a Constituição Federal.

Referências

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. O fim da saída temporária e o espírito da época. *Múltiplas Vozes* - Edição nº 221. Rio Grande do Sul. (2024)

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Sistema penal e violência de gênero: análise sociojurídica da Lei 11.340/06. *Sociedade e Estado*, Brasília, v. 23, n. 1, p. 113-135, jan./abr. 2008.

BARATTA, Defesa dos direitos humanos e política criminal. *Discursos sediciosos*. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, 1997, ano 2, n. 3, p. 57-69.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p.29.

BRASIL. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Brasília: Ministério da Justiça, 2015b. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/cnpecp-1/imagens-cnpecp/planonacional-de-politica-criminal-e-penitenciaria-2015.pdf> Acesso em 16 de junho de 2024.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Impactos da lei 14.843 de 2024. Brasília. 2024.

BINDER, Alberto. *Análisis político criminal: bases metodológicas para uma política criminal minimalista y democrática*. Buenos Aires: Astrea, 2015.

CACICEDO, P. (2016). Desafios para a educação nas prisões na era do grande encarceramento. *ARACÊ— Direitos Humanos em Revista*.3(4),122-138. Disponível em: <https://www.semanticscholar.org/paper/Desafios-para-a-educacao-nas-prisoesna-era-do-Cacicedo/404007cffbfc4b6fc9c621c3d51f5552eda89837>

CACICEDO, P. (2018). O controle judicial da execução penal no Brasil: ambiguidades e contradições de uma relação perversa. *Revista Brasileira De Direito Processual Penal*, 4(1), 413-432. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i1.111>

CACICEDO, P. *Ideologia e direito penal*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2022.

CACICEDO, P. (2023). O sistema progressivo brasileiro e suas contradições: para uma leitura crítica do direito de execução penal. *Boletim IBCCRIM*, 31(367). Recuperado de https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/boletim_1993/article/view/528

CARVALHO, Salo de. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro: fundamentos e aplicação judicial*. São Paulo: Saraiva, 2015.

CASTILHOLI, Carolina Assis. O processo decisório das políticas de segurança pública e o hiperencarceramento. *Revista Interdisciplinar do Pensamento Científico*. ISSN: 2446-6778 No



4, volume 5, artigo no 22, Julho/Dezembro 2019 D.O.I: <http://dx.doi.org/10.20951/2446-6778/v5n4a22> Edição Especial.

CIFALI, Ana Cláudia. A política criminal brasileira no governo Lula (2003-2010): diretrizes, reformas legais e impacto carcerário. São Paulo: Ibccrim, 2016. p. 285).

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. Regulamenta a atuação do psicólogo no sistema prisional. Resolução CFP nº 009/2010, de 30 de junho de 2010.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. Nota técnica sobre a suspensão da resolução CFP 012/2011 - atuação da(o) psicóloga(o) no âmbito do sistema prisional. Nota Técnica CFP, de 10 de julho de 2019.

CONSELHO FEDERAL DE SERVIÇO SOCIAL. Repúdio ao PL 2253/2022, que extingue saídas temporárias de apenados (as) no regime semi-aberto. Nota CFESS. 19 de Março de 2024.

DE GIORGI, Alessandro. Punishment, Marxism, and Political Economy. Oxford Research Encyclopedia of Criminology. Criminological Theory, Critical Criminology Online Publication Date: Oct 2018.DOI: 10.1093/acrefore/9780190264079.013.358

DAL SANTO, Luiz Phelipe. Populismo Penal: o que nós temos a ver com isso? In. Revista Brasileira de Ciências Criminais. v. 168, 2020, p. 225-252, jun. 2020.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. Un modelo dinámico de legislación penal. In: DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis (Coord.). La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo: homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir. [S. l.]: Tecnos, 2002. p. 291-330, esp. p. 292.

DÍEZ RIPOLLÉS. A racionalidade das leis penais: teoria e prática. Trad. por Luiz Regis Prado. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

FALAVIGNO, Chiavelli; BUTTELLI, Marcelo. Política legislativa penal: um campo de estudos em construção no Brasil. Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 203. ano 32. p. 17-21. São Paulo: Ed. RT, jul./ago. 2024.

FERREIRA, Carolina Costa. A política criminal no processo legislativo - Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

FERREIRA, Carolina Costa. O estudo de impacto legislativo como possível estratégia de contenção do encarceramento em massa no Brasil. Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 129. ano 25. p. 137-180. São Paulo: Ed. RT, março 2017.

FERREIRA, Carolina Costa. O estudo de impacto legislativo como estratégia de enfrentamento a discursos punitivos na execução penal. Tese (doutorado) - Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2016.

GENELHÚ, R.; SCHEERER, S. Manifesto para abolir as prisões. Rio de Janeiro: Revan, 2017.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; RAMOS, Marcelo Butelli. Os sentidos do populismo penal: uma análise para além da condenação ética. In. Delictae Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito, v. 2, n. 3, p. 248, dec. 2017. p. 267



GUNTHER, Klaus. CRÍTICA DA PENA II, trad: Flavia Portella Püschel. Revista Direito GV 5, V. 3 N. 1, P. 137 - 150, JAN-JUN 2007. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/revdireitogv/article/view/35202/34004> Acesso em: 13/02/2024. p. 145.

MARX, Karl; ENGEL, Friedrich. A ideologia alemã: crítica da mais recente filosofia alemã em seus representantes Feuerbach, B. Bauer e Stirner, e do socialismo alemão em seus diferentes profetas (1845-1846) / Karl Marx, Friedrich Engels ; supervisão editorial, Leandro Konder ; tradução, Rubens Enderle, Nélio Schneider, Luciano Cavini Martorano. - São Paulo : Boitempo, 2007.

JESUS FILHO, José de; FONSECA, Francisco César Pinto da. Taxa de encarceramento: análise comparativa entre os estados brasileiros. In. Revista Brasileira de Administração Política, v. 10(1). p. 99-132. p. 108)

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz; GARCIA, Daniel Avilla Vega. A Lei 14.834/24 (PL 2253/22) e a Saída Temporária à Luz da Constituição. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal v. 1 (ago./set.2004) - Porto Alegre: Magister, 2004-Bimestral. Coordenação: Carlos Eduardo Adriano Japiassú, Oswaldo Henrique Duek Marques e Regina Helena Fonseca Fortes-Furtado.v. 119 (abr./maio 2024)

LEAL, Victor Nunes. Problemas de direito público e outros problemas. Brasília: Ministério da Justiça, 1997. v. 2.

MARIANO, C. M.. (2017). Emenda constitucional 95/2016 e o teto dos gastos públicos: Brasil de volta ao estado de exceção econômico e ao capitalismo do desastre. Revista De Investigações Constitucionais, 4(1), 259–281. <https://doi.org/10.5380/rinc.v4i1.50289>

McElhone M., Kemp T., Lamble S., Moore J. M. (2023). Defund – not defend – the police: A response to Fleetwood and Lea. *The Howard Journal of Crime and Justice*, 62(2), 277–282. Crossref

PRATT, John. Penal Populism. Londres: Routledge, 2007.

PUIG, Santiago Mir. Constitución, Derecho Penal y Globalización. In: PUIG, Santiago Mir; BIDASOLO, Mirentxu Corcoy. Política criminal y reforma penal. Buenos Aires: Euros Editores, 2007, p. 3-54

RAMOS, Marcelo Butteli. Política legislativa penal: fundamentos e limites juspolíticos para a criminalização de condutas. São Paulo: Marcial Pons, 2024.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Execução penal [livro eletrônico] : teoria e prática / Rodrigo Duque Estrada Roig. - 5. ed.- São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde. In. Revista Brasileira De Direitos Fundamentais & Justiça, 1(1), p. 171-213, 2007. p. 188

SECCHI, Leonardo. Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos. 2 ed. São Paulo: Cengage, 2013. p. 46.



SILVA, Rodrigo Augusto Tadeu Martins Leal da. Exame Criminológico: Estratégias, Resistências E O Curto-circuito Do Conservadorismo. (Dissertação de Mestrado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2019.

SOARES, Flávia Cristina; RIBEIRO, Ludmila Mendonça Lopes. (2018). ROTULAÇÃO E SELETIVIDADE POLICIAL: ÓBICES À INSTITUCIONALIZAÇÃO DA DEMOCRACIA NO BRASIL. Estudos Históricos (Rio de Janeiro), 31(63), 89–108. <https://doi.org/10.1590/S2178-14942018000100006>

SOUZA, Nilson Araújo de. Neoliberalismo ou pseudoliberalismo: O Colapso do neoliberalismo – São Paulo: Global, 1995.

STRANO, Rafael Polador. Política criminal e política pública. Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação em Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2021.

TONRY, Michael. Crime and Public Policy. In. TONRY, Michael (ed) The Oxford Handbook of Crime and Public Policy. Nova Iorque: Oxford University Press, 2009. p. 18. Trad. nossa.)

ZAFFARONI, Eugénio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Direito Penal Brasileiro I. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Naturaleza y necesidad de los consejos de política criminal. In. CARRANZA, Elías (Coord.) Justicia penal y sobrepoblación penitenciária – respuestas posibles. Cidade do México: Siglo Veintiuno, 2007. p. 99. Trad. Nossa)

¹ Não entrarei no debate a respeito das causas do populismo penal, seja sua origem de “baixo para cima” ou “de cima para baixo”. Sendo relevante ao tema apenas os aspectos motivacionais da criação de novas leis penais que estão presentes no decorrer do texto.

² Ramo da Ciência da Legislação que estuda os métodos e as técnicas que se destinam a assegurar a qualidade formal e substancial dos atos legislativos, conforme BLANCO DE MORAIS, 2007, p. 209.

³ Justificativa do PL nº 7/2012, publicado no DSF em 08/02/2012. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4180421&ts=1673870130711&disposition=inline&_gl=1*ymkgff*_ga*MTMyMjE4NDM4Ni4xNzA3NDM0Nzgz*_ga_CW3ZH25XMK*MTcwNzc2NjgxMy4zLjEuMTcwNzc3MzU3NC4wLjAuMA. Acesso em: 01-07-2024. pg. 2.

⁴ Câmara dos Deputados: 311 votos a favor e 98 contrários; Senado Federal: 62 votos a favor e 2 contra.

⁵ Nota Técnica Conjunta Nº 1/2024 - PL 2253/2022 assinada por mais de 100 entidades.

⁶ Discurso do Deputado Federal Pedro Paulo (PSD-RJ) pela Liderança do Governo em 20/03/2024. Disponível em: <https://escriba.camara.leg.br/escriba-servicosweb/html/72167>. Acesso em: 01-07-2024.

⁷ Em discurso proferido na data de 20/03/2024.

⁸ O DMF/CNJ consultou no SEEU todos os profissionais (psiquiatras, psicólogos e assistentes sociais) que integram o sistema prisional, por conseguinte, descontou os profissionais integrantes das equipes de atenção



primária prisional (EAPs), tendo em vista que esses profissionais são responsáveis pela assistência à saúde das pessoas privadas de liberdade e não tem por finalidade a realização de exames criminológicos.

⁹ O custo médio (mensal) do preso é de R\$3.364,65, segundo a Secretaria Nacional de Políticas Penais (Sisdepen).

¹⁰ a “reserva do possível” segundo Ingo Sarlet: passou a traduzir a ideia de que os direitos sociais a prestações materiais dependem da real disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado, disponibilidade esta que estaria localizada no campo discricionário das decisões governamentais e parlamentares, sintetizadas no orçamento público.

¹¹ Patrick Lemos Cacicedo (2023, pg. 8 e 9) afirma que “O termo benefício remete à ideia de uma benesse, vantagem ou privilégio que se concede a alguém por um ato de bondade ou clemência. Tal concepção é fruto de uma visão autoritária que ignora a natureza penal das normas que regem a fase executória e seu consequente papel de proteção do indivíduo contra o arbítrio do poder punitivo estatal.”

¹² A nota está disponível no site oficial do CFESS <https://www.cfess.org.br/visualizar/noticia/cod/2090> Acesso em: 09/07/2023

¹³ Data do julgamento da ADPF 347; que declarou a existência de um estado inconstitucional de coisas no sistema carcerário e da promulgação da Lei 14.843/24, respectivamente.

¹⁴ Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9540191&ts=1720041371576&disposition=inline>. Acesso em: 10 de junho de 2024.

¹⁵ Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios/relipen/relipen-1- semestre-de-2023.pdf> Acessado em: 12 de julho de 2024.

¹⁶ Segundo o Anuário de Segurança Pública do Fórum de Segurança Pública a população carcerária corresponde a 852.010 pessoas, contudo o número utilizado pelo CNJ como referência foi o de 644.833 pessoas do Sisdepen.



Análise do instituto da investigação defensiva como garantia fundamental

Analysis of the defensive investigation institute as a fundamental guarantee

Raphaella Costa do Nascimento

Escrevente judiciária do Tribunal de Justiça de São Paulo. Pós-graduada em Ciências Criminais pela Escola da Defensoria Pública do Estado de São Paulo.

Raphaellyta@gmail.com

Resumo

O presente estudo realiza a análise da investigação defensiva como fase preliminar, cuja atividade é realizada pelo advogado que possui função social, segundo os preceitos constitucionais. A partir do contexto histórico apresentado, será revelada a importância desse instrumento como forma de assegurar os direitos e as garantias fundamentais, posto que deverão ser observados os princípios que informam o devido processo legal. O enfoque foi discorrer sobre o objeto, o procedimento, a natureza jurídica e a finalidade da investigação defensiva apresentando, preliminarmente, o conceito da investigação preliminar e a sua influência na ação penal. Ao final, foram abordadas questões do papel da prova no processo penal e a possibilidade da inversão do ônus da prova, bem como os obstáculos que poderão ser encontrados com essas questões diante da investigação defensiva.

Palavras-chave: Investigação defensiva. Atuação da defesa. Garantias fundamentais;

Abstract

The present study analyzes the defensive investigation as a preliminary phase, whose activity is carried out by the lawyer who has a social function, according to constitutional precepts. From the historical context presented, the importance of this instrument as a way of ensuring fundamental rights and guarantees will be revealed, as the principles that inform due legal process must be observed. The focus was to discuss the object, procedure, legal nature and purpose of defensive investigation, presenting, preliminarily, the concept of preliminary investigation and its influence on criminal action. In the end, issues of the role of evidence in the criminal process and the possibility of reversing the burden of proof were addressed, as well as the obstacles that may be encountered with these issues in the face of defensive investigation.

Keywords: *defensive investigation. Criminal proceedings. Guarantees.*



Introdução

Depreende-se que o instituto de investigação defensiva, segundo definição do professor Édson Luís Baldan, consubstancia o complexo de atividades de natureza investigatória desenvolvido, em qualquer etapa da persecução penal – incluindo a preliminar – pelo defensor técnico, que pode, para essa finalidade, ser assistido por outros profissionais, como peritos especialistas, tendo em vista a coleta de elementos objetivos, subjetivos e documentais de convicção, no escopo de construção de acervo probatório lícito de interesse da defesa.

Assim, no primeiro capítulo procurou-se traçar um breve panorama sobre o que é o sistema processual penal e seus modelos a fim de compreender a importância de uma investigação preliminar realizada sob o crivo do contraditório, ainda que mitigado. Apresentou-se, inclusive, o contexto histórico da investigação preliminar e como ocorria diante das remotas legislações e, posteriormente, quais instrumentos utilizados na legislação penal brasileira para a realização desta investigação prévia com enfoque no inquérito policial.

No segundo capítulo, buscou-se compreender a origem da investigação defensiva e a legislação vigente que passou a regulamentar o instituto, cujo estudo foi o Provimento n.º 188/2018 do Conselho Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil. Ademais, foram estudados os limites encontrados pelo advogado na realização da investigação defensiva.

Por fim, o terceiro capítulo demonstrou uma síntese acerca da importância das provas na persecução penal e o conceito do que seria “standard” probatório cuja ideia é a quantidade de provas necessárias para condenar um indivíduo. Já, ao final, de forma mais crítica, ocorreu o estudo da possibilidade de inversão do ônus da prova diante da investigação defensiva e quais as problemáticas em torno dessa questão.

O trabalho é finalizado com o estudo da investigação defensiva como sendo uma garantia *plus* ao acusado que poderá se valer dos meios necessários para comprovar a sua inocência, contudo, sem haver uma inversão do ônus da prova e deixando toda a carga probatória para a defesa.

1. Investigação preliminar

1.1 Seu papel no sistema processual penal

Os sistemas processuais penais consistem em um tema debatido por grande parte da doutrina. São três os sistemas que são apresentados pela doutrina: o inquisitório, acusatório e o misto. Esses sistemas são importantes, posto que estruturam o processo penal de um país funcionando como um termômetro dos elementos democráticos ou autoritários de sua Constituição (GOLDSCHMIT, 2010, p. 778).

Explica o professor Salah H. Khaled Jr.:

Adentrar a questão da definição acusatória, inquisitória ou mista dos sistemas processuais conduz ao enfrentamento de uma das temáticas mais polêmicas do processo penal, sobretudo pela discórdia quanto ao elemento que propriamente caracteriza um sistema concreto dentro de uma das espécies referidas (2015, p. 342)



O sistema processual penal brasileiro é, na sua essência, inquisitório, porque regido pelo princípio inquisitivo, já que a gestão da prova está, primordialmente, nas mãos do juiz (COUTINHO, 2001, p. 29.). O sistema inquisitório é um modelo histórico, ou seja, predominou até o século XII e tinha como característica a confusão dos papéis em um processo, pois se concentrava em uma única pessoa a função de investigar, acusar e, conseqüentemente, condenar. Nesse sistema não havia os princípios do contraditório e da ampla defesa, era um sistema pelo qual vigorava as arbitrariedades do Estado dando margem para um grande ativismo judicial.

Às luzes dos ensinamentos de Aury Lopes Jr.:

É da essência do sistema inquisitório a aglutinação de funções na mão do juiz e atribuição de poderes instrutórios ao julgador, senhor soberano do processo. Portanto, não há uma estrutura dialética e tampouco contraditória. Não existe imparcialidade, pois uma mesma pessoa (juiz-ator) busca a prova (iniciativa e gestão) e decide a partir da prova que ela mesma produziu (2024, p. 38).

Ao lado desse sistema, ter-se-á o sistema acusatório pelo qual há separação das funções de acusar e julgar, o reconhecimento de direitos ao acusado, a paridade de armas, vigorando, assim, a publicidade e o contraditório. Parte da doutrina defende que esse é o sistema adotado pelo Brasil, como bem pontua o professor Guilherme Madeira Dezem:

[...] de nossa parte, acompanhamos o posicionamento do STF e de autores como Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes, Fauzi Hassan Choukr, Geraldo Prado e entendemos que o sistema processual efetivado por meio da Constituição Federal e dos tratados internacionais que o Brasil se obrigou a respeitar é o sistema acusatório” (2016, p. 19)

Salienta-se que o principal princípio informador desse sistema é o da presunção de inocência consagrado na Declaração Universal dos Direitos do Homem e previsto no art. 5º, LVII, da Constituição Federal. Não significa que os demais princípios não merecem ser observados, sendo assim, os princípios da ampla defesa, do contraditório, da publicidade, da imparcialidade do julgador e seu dever de motivar as decisões também repercutem nesse sistema dotado de garantias processuais penais.

Por fim, há o sistema misto composto por duas fases: a primeira, na instrução preliminar, há elementos do sistema inquisitório; na segunda, no momento do julgamento, fase contraditória e judicial, ter-se-á a predominância do sistema acusatório que ocorre quando as partes antagônicas se enfrentam e o juiz passa a julgar os fatos em um procedimento público e oral.

Pontua Gilberto Lozzi (2017, p. 05) que inexistente um processo acusatório puro ou um processo inquisitório puro. Só há um processo misto pelo qual predominará o sistema acusatório ou o inquisitivo.

Embora haja controvérsias acerca do tema¹, a maioria dos doutrinadores sustenta que no Brasil é adotado o sistema misto, levando em consideração que na Constituição Federal há uma gama de garantias processuais penais. Em contrapartida, no Código de Processo Penal, existem regras processuais que integram o sistema inquisitório, principalmente, quando o tema é a investigação preliminar.



1.2 Breve contexto histórico

Ao longo da história, a investigação criminal assumiu diversas formas de como seria realizada, com diferentes poderes e deveres ao imputado e com características próprias, de acordo com cada sistema processual. Pontua André Augusto Mendes Machado que no Brasil, sempre existiu um procedimento prévio à fase judicial voltado à reunião de dados sobre possível prática criminosa e aferição da viabilidade de eventual juízo acusatório (2010, p.59).

Complementa o autor:

Na época do Brasil colonial, durante a vigência das Ordenações, existiam duas formas de investigação criminal: a devassa e a querela. A primeira era uma inquirição ordinária, sem preliminar indicação de autoria ou de indícios; a segunda era uma inquirição sumária, com indicação prévia de autoria ou de indícios. (2010, p. 34)

Os costumes portugueses guiaram a investigação criminal no Brasil até a sua independência, motivo pelo qual foram instituídos os Juizados de Paz pela Constituição de 1824² e, posteriormente, houve a publicação da lei de outubro de 1827³ que regulamentou as atividades do juiz de paz e suplentes trazendo, dentre outras atribuições, a de conciliação entre as partes e, inclusive, o julgamento de pequenas demandas e a aplicação da pena conferindo um caráter preventivo e repressivo.

Essa organização judiciária descentralizadora, em virtude da extensão dos poderes conferidos aos juízes de paz, deu margem às agitações políticas e movimentos revolucionários (KISS, 2021, p. 15) ensejando a promulgação da Lei n.º 261 de 03 de dezembro de 1841 pelo qual dispõe sobre a reforma o Código de Processo Criminal.

Posteriormente, foi criado o Regulamento n.º 120/1842 que regulamentou a execução da parte policial e criminal da Lei n.º 261/1841 responsável pela restauração dos cargos de Delegado de Polícia no Brasil, cuja legislação se constitui o marco oficial da criação dos cargos de Delegado de Polícia distinguindo as funções de polícia administrativa e de polícia judiciária. Assim, a instrução preliminar passou ser da competência dos chefes de polícia retirando essa atribuição dos juízes de paz.

Com o advento da reforma de 1871, o Código de Processo introduziu ao sistema o instrumento do inquérito policial que serviria para apuração do fato criminoso mediante diligências a serem realizadas pela autoridade policial, tais como a realização de auto de corpo de delito, indicação de testemunhas, a juntada de documentos pertinentes e a realização do interrogatório.

Pontua Vanessa Morais Kiss:

Em 24 de fevereiro de 1891, é promulgada a primeira Constituição da República brasileira que, ao prever a competência do Congresso Nacional para legislar sobre o direito processual da justiça federal, autorizou, implicitamente, que os estados-membros elaborassem suas próprias legislações sobre a matéria. [...] Em que pesem alguns Estados terem se valido do permissivo constitucional, aprovando códigos próprios, a Lei 2.033/1871 permaneceria em vigor até a promulgação, em nível federal, do Código de Processo Penal de 1941 (2021, p. 17-18)

Após a descentralização dos diplomas legais, a Constituição de 1934 conferiu à União a competência privativa para legislar sobre a matéria processual penal⁴, motivo pelo qual foi



elaborado o Código de Processo Penal atualmente vigente, por meio do Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941 que manteve a investigação preliminar por meio de inquérito policial.

Desde então, houve muitas reformas, bem como a inclusão de direitos e garantias processuais penais ao ordenamento jurídico brasileiro. Ressalta-se que em 2008, a legislação processual penal foi alvo de uma extensa reforma. As Leis n.º 11.689/2008, 11.690/2008 e 11.719/2008 operaram sensíveis alterações no sistema sem modificar significativamente a disciplina do inquérito policial (KISS, 2021, p. 20).

1.3 Instrumentos

A investigação preliminar ocorre antes da ação penal, sendo um conjunto de atividades desenvolvidas de maneira concatenada por órgãos do Estado, a partir da comunicação de um crime (LOPES, 2024, p. 56), assim, os elementos dessa investigação prévia irão permitir que haja a instauração da ação penal.

Fato é que a investigação preliminar é de suma importância para o sistema democrático, visto que irá buscar a autoria e a materialidade do crime a fim de justificar a acusação ou eventual arquivamento. Funciona como um filtro processual para evitar acusações sem fundamento e, também, possui uma função simbólica no sentido de afastar a impunidade.

Explica Claus Roxin (2007, p. 152) que a instrução preliminar deve estruturar-se de forma a possibilitar não somente a comprovação de culpabilidade do imputado, mas também a exoneração do inocente.

Um dos instrumentos utilizados para a realização da investigação preliminar no sistema processual brasileiro é o inquérito policial pelo qual consiste em um procedimento preparatório da ação penal, de caráter administrativo, conduzido pela polícia judiciária e voltado à colheita preliminar de provas para apurar a prática de uma infração penal e sua autoria (NUCCI, 2008, p. 128).

Conforme o art. 4º do Código de Processo Penal e o art. 144, §4º da Constituição Federal, quem presidirá o inquérito policial é a polícia judiciária exercida por meio da polícia civil, ressalvada a competência da União, para a apuração de infrações penais.

Não obstante essa determinação legal, a própria lei dispõe que a competência da polícia não exclui a de outras autoridades administrativas que tenham a competência para investigar, como, por exemplo, as sindicâncias, os processos administrativos disciplinares, as comissões parlamentares de inquérito, o procedimento de investigação criminal (PIC) e entre outros instrumentos que permitem a investigação por outras autoridades.

O escopo do presente estudo é o inquérito policial, cuja natureza jurídica é de procedimento administrativo, conforme sustenta grande parte da doutrina, em razão da ausência do contraditório que é prévio e preparatório para a propositura de uma futura ação penal.

Para os autores Rubens R. R. Casara e Antonio Pedro Melchior, o inquérito policial consiste em um mero procedimento de natureza administrativa:

[...] esse procedimento inquisitorial existe e se desenvolve direcionado à apuração de fatos concretos, não para provar a culpa ou inocência do imputado. Como não há decisão no inquérito policial, não há que se falar em processo administrativo, mas em mero procedimento de natureza administrativa. (2013, p. 295).



O objeto do inquérito policial será o fato que configurou a prática delitiva, contudo, embora haja certa importância para a averiguação dos fatos, o inquérito é facultativo. Dessa maneira, o Ministério Público pode oferecer uma denúncia sem os elementos informativos desse procedimento administrativo.

No tocante ao seu valor probatório, o art. 155 do Código de Processo Penal expressa que o juiz não pode formar sua convicção apenas com base nos elementos informativos colhidos na investigação, pois a decisão deverá ser fundamentada em provas pelas quais houve o contraditório.

Como bem pontua Guilherme de Souza Nucci:

O propósito legislativo foi evitar que o magistrado levasse em conta, como fundamento para sua decisão, a prova colhida na fase investigatória (normalmente, a fase do inquérito policial), pois não há o contraditório, nem a ampla defesa. O correto seria, então, concentrar a análise e avaliação das provas produzidas em contraditório judicial. A única ressalva concentrar-se-ia nas provas cautelares, não repetíveis e antecipadas, como os laudos periciais produzidos de imediato para que o objeto não se perca (ex.: exame cadavérico). (NUCCI, 2024, p. 416)

Não obstante haja essa proibição legal, depreende-se que o inquérito policial ainda continua influenciando as decisões judiciais, já que este fica apensando aos autos permitindo a livre consulta pelo juiz da fase de conhecimento.

O professor Ricardo Jacobsen Gloeckner pontua:

A partir do momento em que tais informações entram no processo elas são aptas a influir (consciente ou inconscientemente) na formação da convicção do magistrado. Além dos atos praticados na fase de investigação permanecerem no processo, eles podem fundar a decisão, pois o art. 155 não veda a sua utilização, desde que cotejada com outras provas. Assim, basta algumas palavras, extraídas de um depoimento judicial, que sirvam como meio de ratificação dos indícios colhidos no inquérito e, num passe de mágica, a sentença se faz legítima (2017, p. 423-424)

Importante mencionar a criação pela Lei n.º 13.964/2019 do juiz de garantias, tema este enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal que concluiu que esse instituto é constitucional, cuja atuação será apenas na fase do inquérito policial, sendo responsável pelo controle de legalidade da investigação a fim de assegurar os direitos e garantias individuais.

Nesse sentido, o chamado juiz-garante da investigação preliminar seria aquele que atua na instrução preliminar para decidir acerca das providências que lhe são inerentes, não atuando, porém, na fase processual, a fim de que seja resguardada sua imparcialidade. (KISS, 2021, p. 21)

Outro instrumento bastante utilizado para a realização da investigação preliminar é o Procedimento de Investigação Criminal (PIC) disciplinado pela Resolução nº 181, de 07.08.2017, com a redação dada pela Resolução nº 183, de 24.01.2018, do Conselho Nacional do Ministério Público, cuja competência é do Ministério Público.

Explica o promotor Fernando Pascoal Lupo:

À semelhança do inquérito policial ou do termo circunstanciado presidido pela autoridade policial civil (estadual ou federal) ou militar – que realiza diligências de Polícia Judiciária –, cabe ao Ministério Público promover investigação criminal, como o faz quando investiga no inquérito civil na defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, ou na tutela de



interesses meramente individuais, diante de sua indisponibilidade, por força da Lei da Ação Civil Pública (nº 7.347/85). (2020, p. 01).

Em que pese haja a possibilidade de investigação conduzida pelo Ministério Público, remanesce discussão a respeito de quais matérias poderão ser investigadas e de que modo o serão (procedimento), tendo em vista que toda a disciplina prevista pelo Código de Processo Penal volta-se à atividade policial disciplinada por meio de Resoluções e instruções normativas administrativas (PEREIRA, 2019, p. 44).

2. A investigação defensiva

2.1 Origem no Brasil

O Código de Processo Penal introduzido pelo Decreto-lei n.º 3.689 em 1941, de inspiração fascista, entrou em vigor durante o Estado Novo de Getúlio Vargas pelo qual vigorava a Constituição de 1937 cuja inspiração foi a Constituição da Polônia.

Desde então, três constituições foram promulgadas até a atual Constituição Federal, que surgiu de um processo de redemocratização assegurando uma gama de direitos e deveriam impactar no Código de Processo Penal. Fato é que diversas reformas foram realizadas e, consequentemente, artigos foram revogados.

Embora o Código tenha sofrido alterações importantes, conservava as características iniciais, de conteúdo marcadamente inquisitivo, apresentando diversas falhas e incoerências na sistemática processual penal em relação ao sistema acusatório e as garantias do acusado (FERNANDES, 2011; p. 10).

Assim, ao longo dos anos, ocorreram reformas a fim de adequar o sistema processual penal, com a sistemática constitucional que reforçam as garantias processuais penais previstas em tratados internacionais, para que haja a aplicação da lei penal de forma justa e que seja garantido o princípio universal da dignidade humana que está disposto como fundamento da República Federativa do Brasil.

Em termos de investigação, observam-se alterações nas bases legais e dogmáticas, como a ampliação do rol de sujeitos que podem investigar com três momentos: em 2015, no Recurso Extraordinário 593.727 foi discutido a constitucionalidade ou não da realização de procedimento investigatório de natureza penal pelo Ministério Público.

No acórdão que julgou o tema, são debatidos os artigos 5º, incisos LIV e LV, 129, incisos III e VIII, e 144, inciso IV, § 4º, da Constituição Federal, visto que esses artigos não tornam a investigação criminal exclusividade da polícia, nem afastam os poderes de investigação do Ministério Público. Assim, qualquer titular do direito de ação possui a faculdade de colher por si só, dentro dos parâmetros legais e éticos, os elementos de provas hábeis para defesa de seus interesses.

Outro marco importante é a publicação da lei n.º 13.432/2017 que dispõe sobre o exercício da profissão de detetive particular, permitindo a colaboração com a investigação policial em curso, desde que expressamente autorizado pelo contratante.

Contudo, é necessário pontuar que a investigação privada difere da investigação defensiva, pois a primeira é realizada por um detetive para fins securitários, conjugais ou na busca



de pessoas desaparecidas, já a segunda, conforme será apresentado adiante, é realizada por um advogado que desempenha uma função social, segundo a Constituição Federal e o Estatuto da Ordem dos Advogados, cujo intuito é colher as provas necessárias para inocentar o investigado.

Em 2008, diante de várias alterações legislativas em matéria penal e processual penal, a Lei n.º 11.690/2008 instituiu a perícia privada realizada por meio de um assistente técnico indicado pelas partes⁵.

Houve, ainda, a expansão dos direitos do investigado que não seria mais um mero objeto da investigação, tal ideia pode ser identificada na redação dos incisos LIV e LV do art. 5º da Constituição Federal, posto que o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa devem ser observados não só em ações judiciais, como, também, em processo administrativo.

Neste ponto, ocorreu uma discussão acerca dessas garantias serem aplicáveis ou não ao inquérito policial, cuja conclusão foi que há um contraditório mitigado no inquérito. Inclusive, a edição da súmula vinculante n.º 14 concedeu o direito ao advogado de ter acesso amplo aos meios de provas documentados em procedimento investigatório.

Todavia, critica o professor Edson Luís Baldan:

Nada obstante as cristalinas disposições da Lei nº 8.906/1994, ampliadas pela Lei nº 13.245/2016, bem como o entendimento sumulado do Supremo Tribunal Federal, em sua 14ª Súmula Vinculante. Verdade é que o Advogado, vem sendo reiterada e crescentemente, obstaculizado em seu exercício profissional, vilipendiado em suas prerrogativas funcionais, esbulhado em seus direitos de defesa, aviltado na desconstrução de seu nobre papel social, seja durante a fase da investigação preliminar, quer em etapa subsequente quando, nos átrios forenses, sobrepairam autoproclamados semideuses. (2019, p. 02)

Certo é que a ideologia da investigação é a busca da reconstrução do fato criminoso, por isso, o inquérito policial consiste em uma peça meramente administrativa que se destina a formação da *opinio delicti* do acusador.

A exposição de motivos do Código de Processo Penal de 1941 manteve o inquérito policial como processo preliminar ou preparatório da ação penal, guardadas as suas características atuais, prevê o seguinte:

Não raro, é preciso voltar atrás, refazer tudo, para que a investigação se oriente no rumo certo, até então despercebido. Por que, então, abolir-se o inquérito preliminar ou instrução provisória, expondo-se a justiça criminal aos azares do detetivismo, às marchas e contramarchas de uma instrução imediata e única? Pode ser mais expedito o sistema de unidade de instrução, mas o nosso sistema tradicional, com o inquérito preparatório, assegura uma justiça menos aleatória, mais prudente e serena.

Pontua o professor Aury Lopes Jr. (2013, p. 23) que o processo penal sem a investigação preliminar é um processo irracional, uma figura inconcebível segundo a razão e os postulados da instrumentalidade garantista, já que a Constituição de 1988 permitiu enxergar essa dupla instrumentalidade em que o interesse coletivo não é superior ao interesse individual no processo penal, diferentemente dos outros campos do direito.

O processo não é um fim em si é, em verdade, um instrumento de aplicação da lei penal na busca de sempre tutelar os direitos do imputado.

Assim, a investigação preliminar possui duas finalidades: preservadora, por exigir justa causa para a ação penal de acordo com a exposição de motivos do Código de Processo Penal e,



preparatória por realizar as diligências necessárias que se converterão em provas na fase de conhecimento.

Embora não haja produção de provas, quer a exclusão de acusação aventurada, porque o processo traz um ônus ao imputado que não é somente jurídico e, sim, psicológico, moral e financeiro. A pena transcende o processo trazendo consequências para a vida do investigado.

Ademais, é de suma importância que esse conteúdo trazido pela investigação preliminar demonstre a justa causa para a instauração da ação penal, isto é, se a denúncia ou queixa crime não é inepta. Nesse sentido, o art. 395 do Código de Processo Penal elenca as hipóteses de rejeição da peça acusatória, pois não existe o recebimento automático da denúncia no ordenamento jurídico brasileiro.

2.2 Provimento n.º 188/2018

O provimento n.º 188/2018 do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil regulamenta o instituto trazendo, inclusive, a sua definição: compreende-se por investigação defensiva o complexo de atividades de natureza investigatória desenvolvido pelo advogado, com ou sem assistência de consultor técnico ou outros profissionais legalmente habilitados, em qualquer fase da persecução penal, procedimento ou grau de jurisdição, visando à obtenção de elementos de prova destinados à constituição de acervo probatório lícito, para a tutela de direitos de seu constituinte.

O professor Edson Luís Baldan conceitua da seguinte forma:

Investigação defensiva é o complexo de atividades de natureza investigatória desenvolvido, em qualquer fase da persecução criminal, inclusive na antejudicial, pelo defensor, com ou sem assistência de consultor técnico, tendente à coleta de elementos objetivos, subjetivos e documentais de convicção, no escopo de construção de acervo probatório lícito que, no gozo da parcialidade constitucional deferida, empregará para pleno exercício da ampla defesa do imputado em contraponto à investigação ou acusação oficial. (BALDAN, 2007, p. 253-273)

Assim, o inquérito defensivo, que será realizado pelo advogado, servirá para colher os elementos de convicção e colaborar com a produção de provas, podendo ser realizado tanto na etapa de investigação quanto nas etapas de instrução, recursal, execução penal e na revisão criminal.

O provimento é expresso ao definir quais são as suas finalidades, devendo observar que não se trata de um rol taxativo, posto que o próprio artigo 3º menciona “sem prejuízo de outras finalidades”, sendo elas: a) pedido de instauração ou trancamento de inquérito; b) rejeição ou recebimento de denúncia ou queixa; c) resposta a acusação; d) pedido de medidas cautelares; e) - defesa em ação penal pública ou privada; f) razões de recurso; g) revisão criminal; h) habeas corpus; i) proposta de acordo de colaboração premiada; j) proposta de acordo de leniência; k) outras medidas destinadas a assegurar os direitos individuais em procedimentos de natureza criminal.

Anota-se que dentre essas finalidades, a mais importante para um Estado Democrático de Direito é a garantias dos direitos fundamentais do investigado, já que a investigação defensiva se apoia em três fundamentos constitucionais, sendo o princípio da igualdade



(artigo 5º, caput, CF); b) o devido processo legal (artigo 5º, LIV, CF) e o contraditório e a ampla defesa (artigo 5º, LV, CF).

Para Joaquim Canuto Mendes De Almeida:

A instrução preliminar é uma ‘instituição indispensável à justiça penal’. Seu primeiro benefício é ‘proteger o inculpaado’. Dá à defesa a faculdade de dissipar as suspeitas, de combater os indícios, de explicar os fatos e de destruir a prevenção no nascedouro; propicia-lhe meios de desvendar prontamente a mentira e de evitar a escandalosa publicidade do julgamento. Todas as pesquisas, investigações, testemunhos e diligências são submetidas a sério exame para, de antemão, se rejeitar tudo o que não gera graves presunções. E assim se forma o processo preparatório, como base do juízo de primeiro grau. (1973, p. 11)

Inclusive, a investigação defensiva não se presta apenas para o investigado, mas, também em favor da vítima, explica Franklyn Roger Alves Silva:

A investigação criminal defensiva, ou também, para a defesa de interesses pode ocorrer por meio de um inquérito defensivo, instrumento destinado à coleta de informações em favor de suspeitos, indiciados, acusados e condenados ou por meio de um inquérito auxiliar, quando realizado pelo querelante, vítima ou assistente de acusação. Isso quer dizer que a investigação criminal defensiva se desdobra: 1 – no inquérito defensivo quando o seu interessado ocupa posição de sujeito ativo de determinada conduta criminosa; 2 – no inquérito auxiliar quando o interessado ocupa a posição de sujeito passivo de determinada infração penal. (SILVA, 2020, p.73)

Na condução da investigação defensiva, o advogado poderá promover diretamente todas as diligências investigatórias necessárias ao esclarecimento dos fatos, isto é, colher depoimentos, pesquisar dados junto aos órgãos públicos ou privados, determinar a elaboração de provas periciais. Todavia, deve-se respeitar as hipóteses em que há reserva de jurisdição.

O advogado atuará sozinho ou, se desejar, poderá atuar em conjunto com detetives, peritos e auxiliares.

Não obstante essa investigação seja realizada fora do âmbito policial, a preservação do sigilo das informações colhidas pelo advogado é de suma importância, respeitando-se a dignidade, privacidade, intimidade e demais direitos e garantias individuais das pessoas envolvidas. Obviamente o advogado, ao ter acesso a dados sensíveis, inclusive de terceiros, tem o dever de preservação do sigilo (LOPES, 2024, p. 88).

Por fim, destaca-se que as atividades previstas no Provimento são privativas da advocacia não podendo sofrer qualquer tipo de censura, posto que a regulamentação da investigação defensiva vem para proteger as prerrogativas e a própria figura do advogado, evitando a criminalização da atividade investigatória/probatória legitimamente produzida (LOPES, 2024, p. 88).

2.3 Os limites da investigação defensiva

A figura do advogado é indispensável à administração da justiça, cujos atos e manifestações no exercício de sua profissão são invioláveis exercendo, então, função essencial à justiça, conforme estabelece o art. 133 da Constituição Federal. Assim, o advogado atuará respeitando os direitos fundamentais garantidos nos tratados internacionais e na Constituição Federal, bem como de acordo com os parâmetros legais, nesse sentido pontua Gabriel Bulhões:



Isso porque se trata de uma atividade privada – ainda que essencial à justiça e detentora de um *múnus público* – de modo que, mesmo na ausência de regulamentação minuciosa, pode o advogado se valer de todas as ferramentas legais disponíveis para a captação e documentação de informações consideradas relevantes (DIAS, 2019, p. 87)

A atuação investigativa deverá estar pautada no princípio da legalidade, posto que os limites constitucionais, legais e administrativos deverão ser observados.

Os limites constitucionais são aqueles que protegem os direitos e garantias fundamentais quando há necessidade de quebra de sigilos bancário, telefônico, telemático, fiscal, de correspondência e a inviolabilidade domiciliar, inclusive, o art. 4º do Provimento n.º 188/2018 do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, permite que o advogado realize todas as diligências necessárias ressalvadas as hipóteses de reserva de jurisdição.

Neste viés, o art. 5º, XII, da Constituição Federal permite apenas a quebra dos sigilos supramencionados por ordem judicial e nas hipóteses que a lei estabelecer para fins de investigação criminal.

Já os limites legais são aqueles previstos na Lei Federal n.º 8.906/1994 pelo qual dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) regulamentando a atuação privativa do advogado, os direitos, as incompatibilidades, os impedimentos e entre outras questões inerentes à função.

No entanto, há um complexo vazio normativo quanto à deontologia da investigação defensiva, segundo explica Gabriel Bulhões:

[...] tendo em vista que o Estatuto da Advocacia e da OAB, bem como o seu respectivo Regulamento Geral, e ainda os Provimentos (até então) e outros atos normativos do CFOAB jamais se ocuparam do tema. Neste ponto, estamos com Diogo Malan quando afirma que “os estatutos deontológicos da advocacia brasileira são omissos quanto a essa questão”. Há, conforme exhaustivamente tratado ao longo deste texto, o Provimento n.º 188/2018-CFOAB, que introduz essa normatização no país, mas que é apenas um ponto de partida que somente se sedimentará com alterações legislativas específicas. (2019, p. 94-95).

Os limites administrativos seriam aqueles previstos no Código de Ética e Disciplina da OAB, já que a conduta do advogado deverá ser compatível com os preceitos do Código, do Estatuto, do Regulamento Geral, dos Provimentos e com os demais princípios da moral individual, social e profissional.

O professor André Augusto Mendes Machado defende que:

[...] em homenagem ao princípio da paridade de armas, o defensor deve possuir poderes investigatórios equivalentes aos dos órgãos públicos. No entanto, sobre ele também devem incidir os limites que recaem sobre a investigação pública, especialmente no que diz respeito à exigência de prévia autorização judicial para a adoção de medidas restritivas de direitos fundamentais. Além destas, a investigação defensiva estaria sujeita às restrições decorrentes da ausência de poder de polícia de que gozam os órgãos oficiais, de modo que certas diligências só poderiam ser levadas a cabo com o consentimento do titular do direito. Em síntese, para o autor, no bojo da investigação defensiva, “deve ser permitida ao defensor a prática de qualquer atividade investigatória típica ou atípica, desde que não viole preceitos constitucionais e legais e exista a concordância do titular do direito” (2010, p. 63).

Por outro lado, o autor Gabriel Bulhões divide os limites em normativos, cognitivos e materiais. Os normativos referem-se às leis e disposições aplicáveis ao tema. Os limites cognitivos



possuem relação com a sagacidade que o profissional deverá ter para aplicação dos instrumentos, mecanismos, diligências e profissionais assessores, e ainda para sua própria atuação (2019, p. 95).

Isso porque, essa investigação requererá do advogado um amplo conhecimento de tecnologias, cadeia de custódia, procedimentos e um gerenciamento da prova, nesse sentido, o autor Gabriel Bulhões apresenta em sua obra o seguinte exemplo:

Imagine-se, por exemplo, uma demanda de assessoramento às vítimas de uma gestão fraudulenta feita por um sócio que desviou milhões, no lapso temporal de vários anos, a partir de complexas operações financeiras e bancárias de camuflagem dos balanços contábeis a partir da simulação de saídas e entradas de mercadorias em diversos estoques espalhados em uma determinada área geográfica, utilizando-se para isso de uma rede de sociedades empresárias constituídas apenas para auxiliar esta fraude. Percebe a complexidade? (2019, p. 96)

No tocante às limitações materiais ter-se-á os custos econômicos inerentes às diligências necessárias, sendo certo que existirão informações menos custosas que podem ser buscadas facilmente na internet e outras ferramentas tecnológicas mais avançadas, que podem ser demandas a depender do caso concreto, e que possuem um alto custo de utilização (BULHÕES, 2019, p. 97).

3. Aspectos controversos em relação à investigação defensiva

3.1 A importância das provas para a persecução penal

Tendo em vista que a investigação defensiva possui como escopo a coleta de elementos objetivos, subjetivos e documentais de convicção para a construção de acervo probatório, verifica-se o quanto a investigação trazida pelo defensor será de suma importância para a demonstração da “verdade”, embora o termo “verdade” seja passível de muitas discussões.

Fato é que essa “verdade” é utilizada para fins processuais, mas não pode ser sinônimo de conhecimento pleno e, sim, de um conhecimento obtido pelo julgador após análise das provas, fazendo com que ele obtenha o mínimo da verdade.

Nesse viés, a exposição de motivos do Código de Processo Penal de 1941 menciona a ideia de verdade declarando que o juiz ficará adstrito às provas constantes dos autos a fim de se apurar a *verdade material*, devendo o julgador ficar livre de preconceitos legais na aferição das provas.

Segundo o professor Renato Brasileiro de Lima, a prova possui três acepções:

- 1) Prova como atividade probatória: consiste no conjunto de atividades de verificação e demonstração, mediante as quais se procura chegar à verdade dos fatos relevantes para o julgamento. [...]
- 2) Prova como resultado: caracteriza-se pela formação da convicção do órgão julgador no curso do processo quanto à existência (ou não) de determinada situação fática. [...]
- 3) Prova como meio: são os instrumentos idôneos à formação da convicção do órgão julgador acerca da existência (ou não) de determinada situação fática. (2022, p. 571-572).

Assim, a prova, sob a ótica desses três aspectos, servirá para formação da convicção do julgador que, após realizada toda a instrução probatória nos autos, irá efetuar a reconstrução dos



fatos em busca da maior coincidência possível com os fatos narrados, isto é, em busca da “verdade”.

O mesmo autor pontua:

[...] Jamais será possível se atingir com absoluta precisão a verdade histórica dos fatos em questão. Daí se dizer que a busca é da verdade processual, ou seja, daquela verdade que pode ser atingida através da atividade probatória desenvolvida durante o processo. Essa verdade processual pode (ou não) corresponder à realidade histórica, sendo certo que é com base nela que o juiz deve proferir sua decisão (LIMA, 2022, p. 574).

Já o objeto da prova será determinado pelas proposições representativas do fato juridicamente relevantes, e colocadas pelas partes como base da acusação e da defesa, ou mesmo como fundamento de eventual pesquisa judicial (GOMES FILHO, 2005, p. 317).

É importante pontuar que o art. 156 do Código de Processo Penal expressa que a prova da alegação incumbirá a quem a fizer, embora haja uma discussão na doutrina promovendo duas correntes: a primeira, dominante na doutrina, defende que deve haver a distribuição do ônus da prova entre a acusação e a defesa; já a segunda corrente, minoritária, entende que apenas a acusação possui o ônus da prova.

O professor Aury Lopes critica:

A carga do acusador é de provar o alegado; logo, demonstrar que alguém (autoria) praticou um crime (fato típico, ilícito e culpável). Isso significa que incumbe ao acusador provar a presença de todos os elementos que integram a tipicidade, a ilicitude e a culpabilidade e, logicamente, a inexistência das causas de justificação. (2024, p. 177).

Ademais, ainda que o entendimento majoritário defenda a distribuição do ônus da prova entre a defesa e a acusação, o art. 157 do Código de Processo Penal estabelece a regra de que não serão admissíveis as provas ilícitas que são aquelas obtidas mediante violação de normas constitucionais ou legais. Essa regra vale para ambos os lados, embora haja discussões acerca da possibilidade de utilização da prova ilícita se ela favorecer a defesa.

Logo, o defensor possui como missão de comprovar a inocência do investigado ou, ao menos, gerar dúvida acerca da autoria do crime, posto que conforme o princípio *in dubio pro reo* presente no art. 386, IV do CPP, o juiz, na dúvida, deverá absolver o acusado.

Desse modo, o ordenamento jurídico brasileiro exige um lastro probatório suficiente para a condenação (*standard* probatório) que consistem em parâmetros a serem seguidos pelo Poder Judiciário para se chegar a uma condenação ou absolvição do réu. O *Standard* probatório seria o grau de confiança que a sociedade crê que o juiz deveria ter ao decidir. Os *Standards* são, portanto, os graus de “aval”, confiabilidade, credibilidade, confiança (sempre subjetivo, portanto). Esses graus de “aval” não são probabilidades matemáticas (HAACK, 2014) e possui relação com a quantidade de provas necessárias para condenar alguém.

Dado a isso, para que um *standard* seja completo, deve exigir provas que suportem todos os fatos pela acusação e que sejam penal e processualmente relevantes (BADARÓ, 2019).

É muito importante que haja critérios definidos que demonstrem que aquela prova é suficiente para que não haja dúvidas razoáveis acerca daquele fato que está sendo imputado contra um indivíduo (GASCÓN ABELLÁN, 2005). Um *standard* confiável é aquele que tenha um mínimo de carga probatória que torne aquele acontecimento provado aos olhos da sociedade (KIRCHER, 2018).



3.2 A possibilidade da inversão do ônus da prova

A grande questão que paira sobre a investigação defensiva é equalizar os poderes conferidos aos órgãos que possuem funções típicas de investigar aos advogados, havendo, portanto, uma inversão do ônus probatório.

Considerando a possibilidade da defesa caminhar diretamente em busca dos elementos de informação que julga relevantes, há quem possa alegar que a autoridade não mais precisaria atender aos requerimentos formulados pela defesa (PEREIRA, 2019, p. 88).

Essa situação poderia causar mais problemas ao Judiciário brasileiro, já que o art. 156 do Código de Processo Penal dispõe que a prova da alegação incumbirá a quem a dizer. Neste ponto, o professor Aury Lopes faz a seguinte crítica:

O art. 156 é um monumento à cultura inquisitória que se quer ver abandonada e deveria ter sido declarado substancialmente inconstitucional após a CF/1988, mas infelizmente não o foi. Todo o oposto. Sobreviveu, inclusive, e isso é lamentável, à reforma de 2008, quando foi alterado, mas mantido na sua essência inquisitória (e, posteriormente, salvo pelo STF no julgamento das ADI's do Pacote anticrime). (2024, p. 172)

A redação do artigo desconsidera a presunção de inocência e prevê a possibilidade de inversão do ônus da prova no processo penal sem respeitar os princípios regentes do Estado Democrático de Direito que visa assegurar os direitos fundamentais do indivíduo. A prova da alegação é inteiramente do acusador, não incumbindo a defesa nenhuma carga probatória (nem mesmo dos elementos de descargo, pois ainda atribuíveis ao acusador) (LOPES JR., 172, 2024).

Ademais, grande parte do sistema processual penal é formado por pessoas pobres que não possuem condições financeiras para arcar com os custos de um advogado particular, respaldando a ideia de um direito penal do inimigo⁶ e do autor com a criação de um estereótipo social do indivíduo que será alvo do Estado Penal.

Por tratar-se de pessoas desvalorizadas, é possível associar-lhes todas as cargas negativas existentes na sociedade sob forma de preconceitos, o que resulta em fixar uma imagem pública do delinquente com componentes de classe social, étnicos, etários, de gênero e estéticos. (Zaffaroni et al, 2016, p. 46)

Outro ponto a ser levantado é sobre a possibilidade de as Defensorias Públicas possuírem a estrutura necessária para realizar a investigação defensiva. Tendo em vista que é um órgão instituída para a promoção de direitos humanos e de assistência jurídica aos necessitados, deverá o Estado fornecer meios necessários para que realize a atividade probatória. Já sugeria o professor Franklyn Roger Alves Silva:

De maneira agregadora, deve a defesa pública ser estruturada para assumir esse papel e proporcionar um equilíbrio na atividade investigativa. Quando o particular que encontra dificuldades financeiras para suportar essa atividade probatória precisar de apoio investigativo, pode ele contar com os préstimos do Estado, por meio da utilização dos órgãos correspondentes que possam auxiliá-lo em determinado campo do conhecimento na realização de diligência.

O indiciado não pode se ver obrigado a custear sua defesa técnica e, ao mesmo tempo, se ver obstado do exercício de determinada atividade probatória por não ter condições econômicas para assim agir. É necessário encontrar outra solução. (p. 26, 2020).



A partir das problemáticas apresentadas, não se pode ignorar que a investigação defensiva é uma verdadeira obrigação ética do advogado, Diogo Malan sustenta que a investigação defensiva não constitui uma mera possibilidade ou faculdade da defesa, que pode utilizá-la ou não de modo discricionário, mas, inclusive para a superação dos graves problemas identificados no processo penal brasileiro e a necessidade de efetivação das garantias individuais, haveria um “verdadeiro poder-dever”, no qual se deve insistir, para que se crie um caldo cultural semelhante ao norte americano, no sentido de construir um dever ético de investigar a ser imposto ao defensor técnico⁷.

Conclusão

A investigação defensiva revela uma verdadeira evolução do sistema processual penal brasileiro, posto que a história revela que a investigação era realizada pelo mesmo órgão acusador sem a garantia de direitos essenciais para a defesa do acusado.

Anota-se que os resquícios inquisitórios ainda remanescem no processo penal, tendo em vista que o Código de Processo Penal introduzido pelo Decreto-lei n.º 3.689 em 1941 é de inspiração fascista conservando, mesmo diante de diversas reformas, as características iniciais, de conteúdo marcadamente inquisitivo, apresentando diversas falhas e incoerências em relação ao sistema acusatório e as garantias do acusado.

A investigação defensiva surge, justamente, da ideia de que, assim como no inquérito policial, haja uma investigação preliminar realizada pelo advogado a fim de que este possa buscar o maior número de provas possíveis para inocentar o seu cliente.

Isso porque é da própria natureza do ordenamento jurídico evitar acusações aventuradas, pois o processo traz um ônus ao imputado que não é somente jurídico e, sim, psicológico, moral e financeiro.

O ponto de partida é que, considerando que o advogado possui função social, possa haver uma paridade de armas consagrando a ideia de ampliação do contraditório e ampla defesa desde o início das investigações.

A investigação defensiva possui dentre suas finalidades, a mais importante para um Estado Democrático de Direito, a garantia dos direitos fundamentais do investigado, já que a investigação defensiva se apoia em três fundamentos constitucionais, sendo o princípio da igualdade (artigo 5º, caput, CF); b) o devido processo legal (artigo 5º, LIV, CF) e o contraditório e a ampla defesa (artigo 5º, LV, CF).

Todavia, deve-se afastar qualquer pensamento de incumbir à defesa toda a carga probatória, pois, a prova da alegação deve ser inteiramente do acusador. O princípio da presunção de inocência e do devido processo legal deverão estar sempre presentes em qualquer persecução penal.



Referências

- BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia Judiciária e Prova Penal*. São Paulo: RT, 2019.
- BALDAN, Édson Luís. *Investigação defensiva como estratégia articuladora do sistema acusatório no Brasil*, in SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da; PAULA, Leonardo Costa de (orgs). *Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil, escritos em homenagem ao Prof Dr Jacinto Nelson de Miranda Coutinho*, vol. 5. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória: 2019.
- BALUTA, J. J. e CUNHA, J. S. F. (1997). *O processo penal à luz do Pacto de São José da Costa Rica: a vigência e a supremacia sobre o direito brasileiro, decreto 678/92*. Curitiba (PR): Juruá.
- CARDONA, E. B. C. (2009). *El sistema procesal penal acusatorio, el justo proceso, estructura y funcionamiento*. Peru: Ara.
- CARNELUTTI, F. (2002). *Lecciones sobre el proceso penal*. Vol. I. Buenos Aires: El Foro.
- CASARA, Rubens R. R.; MELCHIOR, Antonio Pedro. *Teoria do processo penal brasileiro*. v.1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. "Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro". In: *Revista de estudos criminais* n.1. Porto Alegre: Notadez Editora, 2001.
- DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de Processo Penal*. 2ª ed. em e-book. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega. *Manual prático de investigação defensiva: um novo paradigma na advocacia criminal brasileira*. 1. ed. Florianópolis: Emais, 2019.
- FERNANDES, Antônio S.; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de. *Provas no processo penal: estudo comparado*. [Digite o Local da Editora]: Editora Saraiva, 2011. *E-book*. ISBN 9788502133273. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502133273/>. Acesso em: 17 abr. 2024.
- GASCÓN, ABELLÁN, Marina. *Sobre a Possibilidade de Formular Standars Probatórios Objetivos*. Espanha: Doxa: Cuadernos de Filosofia del Derecho, 2005.
- GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Nulidades no processo penal brasileiro*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.



GOLDSCHMIDT, James. "Problemas jurídicos y políticos del proceso penal." In: GOLDSCHMIDT, James. Derecho, derecho penal y proceso I: problemas fundamentales del derecho. Madrid: Marcial Pons, 2010.

HAACK, Susan. As Evidências importam: Ciência, Prova e a Verdade da Lei. Inglaterra: Cambridge University Press, 2014.

JR., AURY L. *Direito processual penal*. Disponível em: Minha Biblioteca, (21st edição). SRV Editora LTDA, 2024.

KHALED JR., SALAH H. A Ambição de Verdade e a Permanência do Autoritarismo Processual Penal. R. EMERJ, Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, 2024.

KIRCHER, L. F. S. . O Convencimento Judicial e os Parâmetros de Controle Sobre o Juízo de Fato: Visão Geral, Direito Comparado e o Tribunal Penal Internacional. Duc in Altum Cadernos de Direito , v. 10, p. 179, 2018.

KISS, Vanessa Moraes. A investigação defensiva no direito processual penal brasileiro. São Paulo: [s.n.], 2021.

LIMA, R. B. D. Manual de Direito Processual Penal. 4ª Edição. ed. Salvador - BA: JusPODVM, v. Único, 2022.

LOPES JR, A. GLOECKNER, R. J. Investigação Preliminar no Processo Penal. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES JUNIOR, Aury. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES, F. M. (2009). Os direitos de informação e de defesa na investigação criminal. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

LOZZI, Gilberto. Lezioni di procedura penale. Editora: Giappichelli, 2017.

LUPO, Fernando Pascoal. PIC - Procedimento Investigatório Criminal: indiciamento e registro criminal. 2020.

MACHADO, André Augusto Mendes. Investigação criminal defensiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010

MALAN, Diogo. Investigação defensiva no processo penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v.20, n.96, p.279-309, 2012.

MENDES DE ALMEIDA, Joaquim Canuto. *Princípios Fundamentais do Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.



NUCCI, Guilherme de S. Curso de Direito Processual Penal. [Digite o Local da Editora]: Grupo GEN, 2024. E-book. ISBN 9786559649280. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559649280/>. Acesso em: 13 mai. 2024.

PEREIRA, Gustavo Alberine. Investigação Defensiva No Brasil: Limites E Possibilidades No Processo Penal Brasileiro. Porto Alegre, 2019.

PRESTES, Jose Italo Santos. OLIVEIRA, João Arthur Anastacio De. Valoração Das Provas: O Standard Probatório no Direito Processual Penal Brasileiro Contemporâneo. 11 mar 2024, disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/58139/valorao-das-provas-o-standard-probatrio-no-direito-processual-penal-brasileiro-contemporaneo>.

ROXIN, Claus. Pasado, Presente y Futuro del Derecho Procesal Penal. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2007.

ZAFFARONI, E. Raúl et al. Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal. 4. ed., 2ª reimpressão. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

ZAFFARONI, E. Raúl. O inimigo no direito penal. Tradução de Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. (Coleção Pensamento Criminológico).



¹Explica Aury Lopes Jr: É lugar-comum na doutrina processual penal a classificação de “sistemas mistos”, com a afirmação de que os sistemas puros seriam modelos históricos sem correspondência com os atuais. Ademais, a divisão do processo penal em duas fases (pré-processual e processual propriamente dita) possibilitaria o predomínio, em geral, da forma inquisitiva na fase preparatória e acusatória na fase processual, desenhando assim o caráter “misto”. Ademais, muitos ainda estão atrelados à reducionista concepção histórica de que bastaria a mera “separação inicial” das “funções de acusar e julgar” para caracterizar o processo acusatório. (2017, p. 40).

² No capítulo único “Dos Juizes, e Trubunaes de Justiça” dispõe o seguinte: [...] Art. 158. Para julgar as Causas em segunda, e ultima instancia haverá nas Províncias do Imperio as Relações, que forem necessarias para commodidade dos Povos. Art. 159. Nas Causas crimes a Inquirição das Testemunhas, e todos os mais actos do Processo, depois da pronuncia, serão publicos desde já. Art. 160. Nas civeis, e nas penaes civilmente intentadas, poderão as Partes nomear Juizes Arbitros. Suas Sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas Partes. Art. 161. Sem se fazer constar, que se tem intentado o meio da reconciliação, não se começará Processo algum. Art. 162. Para este fim haverá juizes de Paz, os quaes serão electivos pelo mesmo tempo, e maneira, por que se elegem os Vereadores das Camaras. Suas attribuições, e Districtos serão regulados por Lei.

³ BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Lei de 15 de outubro de 1827. 1827. Crêa em cada uma das freguezias e das capellas curadas um Juiz de Paz e supplente.. Disponível em: https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/1824-1899/lei-38396-15-outubro-1827-566688-publicacaooriginal-90219-pl.html . Acesso em: 18 fev. 2024.

⁴ Art.34 - Compete privativamente ao Congresso Nacional: [...] 22. legislar sobre o direito civil, commercial e criminal da Republica e o processual da justiça federal; (Incluído pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926) – Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm > Acesso 02.05.2024.

⁵ “Art. 159. O exame de corpo de delito e outras perícias serão realizados por perito oficial, portador de diploma de curso superior.

§ 1º Na falta de perito oficial, o exame será realizado por 2 (duas) pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior preferencialmente na área específica, dentre as que tiverem habilitação técnica relacionada com a natureza do exame.

§ 2º Os peritos não oficiais prestarão o compromisso de bem e fielmente desempenhar o encargo.

§ 3º Serão facultadas ao Ministério Público, ao assistente de acusação, ao ofendido, ao querelante e ao acusado a formulação de quesitos e indicação de assistente técnico.

⁶ Dissertou Zaffaroni sobre o conceito de inimigo: A essência do tratamento diferenciado que se atribui ao inimigo consiste em que o direito lhe nega sua condição de pessoa. Ele é considerado sob o aspecto de ente daninho ou perigoso [...] estabelece-se a distinção entre cidadãos (pessoas) e inimigos (não pessoas), faz-se referência a certos seres humanos que são privados de certos direitos individuais. (2007, p.18)

⁷ MALAN, Diogo. Investigação defensiva no processo penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v.20, n.96, p.279-309, 2012.

