

REDESENHANDO A  
EXECUÇÃO PENAL 2:  
POR UM DISCURSO  
EMANCIPATÓRIO DEMOCRÁTICO



## **DANIEL NICORY DO PRADO**

Defensor Público, Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia,  
Professor da Faculdade Baiana de Direito e dos cursos de Pós-Graduação em  
Ciências Criminais e Direito Público do JusPodivm, representante da Associação  
Nacional dos Defensores Públicos junto à Subcomissão de Crimes e Penas da  
Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados.

## **RAFSON SARAIVA XIMENES**

Defensor Público.

# **REDESENHANDO A EXECUÇÃO PENAL 2: POR UM DISCURSO EMANCIPATÓRIO DEMOCRÁTICO**

Salvador  
**2012**



---

**Editoração eletrônica:** Carla Piaggio | contato@carlapiaggio.com.br

**Capa:** Amanda da Silva Gonçalves

---

**Conselho Editorial:**

Fredie Didier Júnior,  
Gamil Föppel El Hireche,  
Valton Pessoa,  
Dirley da Cunha Júnior,

Cristiano Chaves de Farias,  
Nestor Távora,  
Rodolfo Pamplona Filho,  
Maria Auxiliadora Minahim.

---

Todos os direitos desta edição reservados à Faculdade Baiana de Direito.

**Copyright:** Faculdade Baiana de Direito.

É terminantemente proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio ou processo, sem a expressa autorização do autor e da Faculdade Baiana de Direito. A violação dos direitos autorais caracteriza crime descrito na legislação em vigor, sem prejuízo das sanções civis cabíveis.



Rua Visconde de Itaborahy 989,  
Amaralina, Salvador – Bahia  
(71) 3205-7700 / Fax: (71) 3240-3552  
contato@faculdadebaianadedireito.com.br  
www.faculdadebaianadedireito.com.br

## AGRADECIMENTOS

Agradecemos à Faculdade Baiana de Direito e à Editora Juspodivm pelo apoio ao projeto.

Agradecemos a Eugenio Raúl Zaffaroni e Alexandre Morais da Rosa, pelo constante apoio ao fortalecimento da Defensoria Pública e da reflexão crítica sobre a Execução Penal.

Agradecemos aos amigos e familiares que ajudaram, direta ou indiretamente, à realização do livro, discutindo, lendo, incentivando, ou proporcionando o bem-estar e a paz de espírito que permitiram conciliar o duro trabalho cotidiano, com o desafio de escrever.

Agradecemos, principalmente aos homens e às mulheres que cumprem pena, por chorar, sorrir, contar, mentir, reclamar, aplaudir, brigar e acudir, lembrando sempre a quem se permite olhar para eles, que são exatamente iguais àqueles que os ajudam, que os defendem, que os acusam, que os julgam, que os demonizam e que são indiferentes.



# SUMÁRIO

<b>PRÓLOGO</b> .....	13
<b>PREFÁCIO</b> .....	19
<b>INTRODUÇÃO</b> .....	29

## *Seção 1 – Fundamentação*

### **CAPÍTULO I**

<b>O MITO DA MODERNIDADE. A EXECUÇÃO PENAL BRASILEIRA E A CRIMINOLOGIA</b> .....	35
--	----

*Rafson Saraiva Ximenes*

1. Introdução .....	35
2. As faces da moeda. Caminho para o positivismo. ....	38
2.1. Iluminismo .....	38
2.2. Escola clássica .....	39
3. Cara de bandido. O positivismo .....	41
4. Fábricas de marginais. Escola de Chicago .....	46
5. Se eu não tivesse, não estaria aqui. Anomia. ....	50
6. Sociedades de esquina. Subculturas delinquentes .....	57
7. Meu nome não é Johnny. <i>Labeling Approach</i> .....	61
7.1. Status Desviante .....	62
7.2. Criação e Imposições de Regras .....	66
8. Execução penal brasileira .....	70
8.1. De Olhos Fechados. <i>Labeling Approach</i> e Execução Penal Brasileira .....	70
8.2. Sociedades de Cativos. Subculturas e Execução Penal Brasileira .....	75
8.3. Da Inovação ao Conformismo. Anomia e Execução Penal Brasileira .....	77
8.4. Pobreza, a Falta Grave. Escola de Chicago e Execução Penal Brasileira .....	81
8.5. É somente Requentar e Usar. Positivismo e Execução Penal Brasileira .....	82
9. Conclusão .....	89
10. Referências bibliográficas .....	90

### **CAPÍTULO II**

<b>SUJEITO ATIVO MULHER: REFLEXÕES SOBRE A CRIMINALIDADE FEMININA</b> .....	97
---	----

*Firmiane Venâncio*

1. Introdução .....	97
2. Sociologia da criminalidade e gênero: desvelando o paradigma criminológico da mulher .....	99
3. Violência e criminalidade feminina: uma correlação de poder .....	106
4. Refazendo tudo. Refazenda .....	109
5. Bibliografia .....	111

**CAPÍTULO III**

**A FAMÍLIA NA EXECUÇÃO PENAL: UM OLHAR SOBRE O AFETO, A CONVIVÊNCIA E A REINTEGRAÇÃO ..... 113**

*Cláudia Ferraz*

1. Introdução .....	113
2. Família .....	114
2.1. (Alguns) princípios dos direitos das famílias.....	116
2.1.1. Proteção integral a crianças e adolescentes .....	118
2.1.2. Convivência familiar .....	119
2.1.3. Afetividade .....	121
2.1.4. Dignidade da pessoa humana .....	122
3. Execução penal .....	123
3.1. Direitos dos presos: o direito de visita.....	128
3.1.1. Direito de visitar .....	129
3.1.2. Direito do preso de ser visitado: importância da convivência familiar para a execução penal .....	133
3.1.2.1. Autorizações de saída.....	141
3.1.2.2. A Inconstitucional Restrição Quantitativa das Saídas Temporárias.....	146
3.1.2.3. Breves considerações acerca da visita íntima.....	150
3.1.2.4. A Convivência Familiar e a transferência de presos para outras unidades federativas .....	152
4. Conclusões .....	154
5. Referências.....	155

**CAPÍTULO IV**

**MEDIDA DE SEGURANÇA: A PUNIÇÃO DA LOUCURA DOS MAIS VULNERÁVEIS..... 159**

*Vitória Beltrão Bandeira*

1. Introdução .....	159
2. Medida de segurança frente à lei antimanicomial.....	161
3. Vida de cadeia .....	163
4. Periculosidade social.....	166
5. Direito sanitário .....	168
6. Importância da interdisciplinaridade construtiva.....	170
7. Casos emblemáticos .....	172
8. Considerações finais.....	175
9. Referências bibliográficas .....	177

**CAPÍTULO V**

**MUITO ALÉM DOS MUROS DA PRISÃO: UMA CRÍTICA À PRIVATIZAÇÃO DO SISTEMA PRISIONAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO ..... 181**

*Andrea Tourinho Pacheco de Miranda*



## SUMÁRIO

1. Introdução .....	181
2. A gênese do sistema penitenciário .....	184
3. Do panóptico de Jeremy Bentham à superpopulação carcerária: um estudo sobre o sistema prisional à luz da criminologia da reação social .....	189
4. A fábrica de desempregados como consequência do sistema capitalista e o realismo marginal dos países periféricos .....	193
5. A privatização do sistema prisional como contramão ao abolicionismo penal .....	196
6. A experiência brasileira .....	200
7. Críticas e perspectivas do novo modelo falacioso de gestão prisional .....	203
8. Conclusão .....	206
9. Referências bibliográficas .....	208

### CAPÍTULO VI

<b>PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS AOS ADOLESCENTES QUE PRATIQUEM ATOS INFRACIONAIS E A EXECUÇÃO DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS .....</b>	<b>215</b>
--	------------

*Hélia Barbosa*

1. Introdução .....	215
2. Descobrimo a Infância pelo Sentimento de Justiça: Saindo da Indiferença! .....	220
2.1. O Direito da Criança e do Adolescente – <i>Paradigma da Incapacidade e do Discernimento</i> .....	225
2.2. O Princípio Constitucional da Proteção Integral – <i>Quebra do Paradigma da Incapacidade</i> . Inimputabilidade Penal com Responsabilidade .....	230
3. Adolescente – Sujeito de Direitos com GarantiAs Constitucionais. Inimputável ou com Responsabilidade Penal? .....	232
3.1. Responsabilização do Adolescente Infrator e a Garantia da Inimputabilidade Penal Constitucional .....	234
4. Natureza Jurídica do Ato Infracional .....	235
4.1. Medidas Socioeducativas – Caráter Socioeducativo e Sancionador? .....	240
4.2. Execução das Medidas Socioeducativas – <i>Implementação do SINASE</i> .....	242
5. Adolescentes e os Desvios Sociais – <i>Outsiders?</i> .....	246
6. Adolescentes São Seres Vulneráveis – 100 Regras de Brasília .....	248
7. Reflexões Finais .....	249
8. Bibliografia .....	251

### *Seção 2 – Fundamentação Dogmática*

---

### CAPÍTULO VII

<b>REINCIDÊNCIA PENAL: A FACE LEGAL DO DIREITO PENAL DO INIMIGO .....</b>	<b>257</b>
---	------------

*Bethânia Ferreira de Souza*

1. Introdução .....	257
---------------------	-----

2. Pena e reincidência .....	259
3. Culpabilidade, periculosidade ou temibilidade? .....	262
4. Reincidência no sistema penal brasileiro .....	266
5. Reincidência, controle social e política criminal .....	269
6. Direito penal do inimigo .....	272
7. Conclusão: direito penal do inimigo legalmente consolidado .....	274
8. Referências .....	277

### CAPÍTULO VIII

<b>A APLICAÇÃO DO ÓBVIO NO ENFRENTAMENTO DA REAÇÃO PARADOXAL: A RELEITURA DO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL .....</b>	<b>281</b>
--	------------

*Wagner de Almeida Pinto*

1. Introdução .....	281
2. Direitos e garantias individuais e princípios da pena .....	282
2.1. Máxima Efetividade das Normas Constitucionais .....	283
2.2. Dignidade da Pessoa Humana .....	283
2.3. Razoabilidade .....	284
2.4. Legalidade .....	285
2.5. Intranscendência .....	285
2.6. Individualidade .....	286
2.7. Inderrogabilidade .....	286
3. Finalidades da pena: reprovação não é retribuição .....	287
3.1. Efeito Rebote ou Reação Paradoxal da Pena .....	289
4. Presunção relativa de fixação de pena na sentença penal condenatória .....	290
4.1. Necessidade da pena .....	290
4.2. Suficiência da pena .....	291
4.3. Suficiência e Necessidade: breves considerações sobre diferenças e semelhanças .....	293
4.4. Teoria do limite dos limites .....	294
4.5. Paralelo Principlológico .....	296
5. Sistema trifásico – amplitude e profundidade da primeira fase .....	297
6. Princípio bagatelar impróprio – breves considerações .....	301
7. Considerações finais .....	302
8. Referências .....	303

### CAPÍTULO IX

<b>CARÁTER JUDICIAL DO PROCESSO E PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO NA EXECUÇÃO PENAL .....</b>	<b>307</b>
--	------------

*Alex Raposo*

1. Jurisdição .....	307
2. Natureza jurídica da execução penal .....	308
2.1. A execução penal .....	308
3. Processo – Princípios Constitucionais – O Contraditório .....	311
3.1. Direito à garantia do devido processo legal .....	311

## SUMÁRIO

3.2. Direito à garantia do contraditório e à ampla defesa .....	312
4. Aplicação de falta disciplinar .....	313
5. O defensor público como pacificador social .....	315
6. Conclusão .....	316
7. Referências .....	317

## CAPÍTULO X

### **NOTAS SOBRE O ESTATUTO PENITENCIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA.** 319

*Daniel Nicory do Prado*

1. Introdução .....	319
2. A competência dos entes federativos para legislar sobre direito penitenciário .....	320
2.1. Os limites da competência regulamentar .....	323
3. Hipóteses de remissão expressa da lei de execução penal à legislação local .....	325
4. O Estatuto Penitenciário do Estado da Bahia .....	326
4.1. Os estabelecimentos penais .....	328
4.2. Admissão e movimentação de presos .....	330
4.2.1. Admissão .....	331
4.2.2. Movimentação .....	333
4.3. Direitos do preso a prestações positivas do Estado .....	336
4.4. Faltas disciplinares leves e médias .....	338
4.5. Procedimento administrativo disciplinar .....	339
4.6. Extinção da punibilidade da infração disciplinar .....	341
4.7. Reabilitação e classificação da conduta carcerária .....	343
4.8. Recompensas administrativas .....	345
4.9. Visitas e revistas .....	346
4.9.1. Procedimento para as visitas .....	346
4.9.2. Procedimento das revistas .....	348
5. Conclusões .....	349
6. Referências .....	351

### *Seção 3 – Aplicação*

---

## CAPÍTULO XI

### **O QUE HÁ POR TRÁS DAS LENTES DA VIGILÂNCIA INDIRETA: UM ESTUDO CRÍTICO SOBRE O MONITORAMENTO ELETRÔNICO INSTITUÍDO PELA LEI 12.258/2010** ..... 357 |

*Alan Roque Souza de Araujo*

1. Introdução .....	357
2. A globalização e os reflexos no direito .....	358
2.1. A globalidade .....	358
2.2. O relacionamento da globalização com Direito Penal, Processual Penal e Execução Penal .....	361

3. Monitoramento eletrônico do preso a serviço do capital: execução penal em tempos neoliberais.....	364
4. Generalidades sobre o monitoramento eletrônico .....	371
4.1. História do monitoramento eletrônico .....	372
4.2. Experiências no direito alienígena .....	373
4.3. Primeiros ensaios no Brasil até o advento da Lei 12.258/2010 .....	375
4.4. Finalidades da monitoração eletrônica.....	378
4.5. Tecnologias de controle aplicáveis à monitoração eletrônica .....	379
5. Princiologia do sistema de vigilância indireta .....	383
6. Aplicação da vigilância indireta na lei de execução penal .....	388
6.1. Monitoramento eletrônico na saída temporária .....	388
6.2. Monitoramento eletrônico na prisão domiciliar.....	393
7. Monitoramento eletrônico e o respeito ao princípio da irretroatividade da lei.....	400
8. Monitoramento eletrônico e os reflexos no direito à imagem e intimidade.....	406
9. Considerações finais .....	414
10. Referências bibliográficas.....	416

## CAPÍTULO XII

<b>A ILEGALIDADE DO USO DE DELEGACIA COMO PRISÃO.....</b>	<b>421</b>
---	------------

*Soraia Ramos Lima*

1. Introdução .....	421
2. Da ilegalidade do uso das delegacias como prisões.....	426
3. Não aplicação da lei de execução penal aos presos em delegacias.....	432
4. Referências bibliográficas.....	436

## CAPÍTULO XIII

<b>A SAÍDA TEMPORÁRIA E A (IN)EXIGIBILIDADE DO REQUISITO OBJETIVO AO PRESO QUE INICIA O CUMPRIMENTO DA PENA NO REGIME SEMIABERTO.....</b>	<b>437</b>
---	------------

*André Maia de Carvalho Martins*

1. Considerações iniciais .....	437
2. Do instituto da saída temporária e seus requisitos legais.....	441
3. Dos princípios da isonomia, razoabilidade, proporcionalidade, individualização e humanização da pena.....	446
4. Da necessária interpretação restritiva da norma inserta no art. 123, Inc. II da LEP.....	453
5. A saída temporária e os crimes hediondos e a eles equiparados .....	460
6. Da jurisprudência .....	463
7. Conclusão.....	466
8. Referências bibliográficas.....	468

## PRÓLOGO

El derecho de ejecución penal comenzó a tratarse autónomamente mucho después del momento en que las penas privativas de libertad pasaron a constituir la columna vertebral de los sistemas de penas en casi todo el mundo, bajo la forma de *derecho penitenciario*, dedicado exclusivamente a la ejecución de ellas. Su escisión del derecho penal y del procesal penal permitía sostener que la interpretación de las normas legales -que eran su fuente de conocimiento- debía responder a principios propios, pero con ese pretexto se sostuvo que esta labor no debía adecuarse a las garantías de las ramas jurídicas de las cuales se lo arrancaba. Así llegó a afirmarse que en su ámbito es válida la integración analógica de la ley e incluso la retroactividad de ésta en función de una pretendida *lex aptior*.

Mala cosa parece ser una teorización autónoma que en el fondo sólo sirva para eludir garantías antes no discutidas y, por cierto que, si este fuese el resultado no dudaríamos en negarle cualquier independencia o singularidad. En definitiva, la acción penal no tiene por qué detenerse en la sentencia firme, sino que sigue vigente hasta el agotamiento de la última consecuencia jurídica del delito sobre un autor o partícipe. Por otra parte, los códigos penales de primera generación contenían disposiciones acerca de la ejecución de las penas.

Su autonomía, planteada como cuestión dogmática y en el marco de un estado de derecho, sólo vale la pena sostenerla en la medida en que sus principios se modifiquen para la mejor obtención de los resultados de la ejecución penal sobre la persona afectada y nunca en perjuicio de ella. Una atenta lectura de los trabajos que aquí se publican permite percibir que la cuestión de fondo siempre parece ser la vigencia de las garantías penales y procesales en la elaboración del derecho de ejecución penal, cuestión acerca de la que los autores toman decidido partido.

Cabe hacer notar que el desarrollo dogmático jurídico en el campo penal no sólo no llega a abarcar la ejecución penal, sino que incluso ni siquiera teoriza suficientemente la cuestión de la pena, pues todo lo relacionado con ésta padece un notorio raquitismo en comparación con el volumen alcanzado por la teoría del delito. Más aún, no es difícil reconocer que casi todas las sentencias condenatorias pronunciadas por nuestros tribunales son en realidad nulas, por defecto de fundamentación en cuanto a la cuantificación de la pena, no faltando tribunales que niegan a la cuantificación penal la posibilidad de revisión por arbitrariedad.

Ello se explica porque el principal defecto de la doctrina penal ha sido siempre la crónica fundamentación deficiente de la función de la pena. Prueba de ello es que, pasando por alto todas las mezclas imaginables, en definitiva sigue en

pie una corriente que pretende agotarla en la *retribución* y otra que postula la *prevención especial*, o sea, la secular disputa entre Binding y von Liszt.

Posteriores combinaciones alquímicas de antropologías filosóficas incompatibles dieron lugar a los sistemas llamados *binarios*, en particular en los proyectos de Stooss para Suiza y en los alemanes de entreguerras, incluso el de Radbruch.

Cuando el nazismo irrumpió en Alemania hubo una corriente muy numerosa de penalistas que sostuvieron que el derecho penal es una ciencia independiente de la forma del estado, o sea, que, sería una ciencia bastante despreciable, pues serviría tanto para elaborar el derecho penal de un estado de derecho o el de un estado genocida. De cualquier manera, se las arreglaron bastante bien para legitimar, desde el punto de vista retributivo tanto como del preventivo especial, a la legislación penal nazista no sólo previa a la guerra, sino incluso a la brutal del tiempo bélico. Ello demuestra suficientemente que estas tesis arrastran fuertes elementos autoritarios que son manipulables hasta esos extremos.

Hubo unos pocos autores claramente nazistas que –en esto con razón– postularon que el derecho penal anterior no podía utilizarse para elaborar el del nazismo, porque no es posible que, so pretexto de ciencia, un derecho penal elaborado para un estado de derecho pueda ser útil para un estado total. A éstos les fue muy fácil demoler todos los límites del derecho penal anterior demostrando la inconsistencia de su discurso, justamente por amalgamar elementos que no son jurídica ni filosóficamente compatibles (por decirlo más gráficamente, no es posible mezclar a Tomás de Aquino con Lombroso).

Hoy no hemos avanzado demasiado en esta materia. Los códigos continúan mezclando elementos incompatibles en tanto que los penalistas, al elaborar sus construcciones dogmáticas –que son proyectos de jurisprudencia–, prefieren quedarse en el campo del *deber ser* y, a partir de la afirmación de que la pena *debe* cumplir tal o cual función, la adoptan como viga maestra de sus construcciones y sobre ella las apoyan, sin preocuparse en lo más mínimo acerca de su posibilidad en las condiciones concretas en que operan e incluso en cualquiera. De este modo enuncian –porque en realidad no elaboran mucho, dado que desde hace casi dos siglos se mencionan las mismas *teorías de la pena*– un *deber ser* de ésta que nunca puede *llegar a ser*, pero que le bajan como proyecto a los jueces para que se sirvan de él para condenar a penas, que necesariamente se cumplen en el mundo del *ser*.

En nuestra realidad latinoamericana hasta la misma vigencia del derecho de ejecución penal es altamente problemática, porque la gran mayoría de nuestros presos no están condenados, en función de la máxima cuadratura del círculo que se haya concebido en nuestra materia, que es la prisión preventiva.

En el fondo, nos estamos valiendo de *medidas de seguridad* de carácter cautelar, basadas en la *seria presunción* o en la *semiplena prueba*, para imponer una privación de libertad que, dadas las condiciones de superpoblación y carencias de nuestras prisiones, en la práctica constituye una *pena de muerte por azar*. En algunos casos, ante la frecuencia de motines y la altísima tasa de mortalidad en relación con la de la faja etaria afectada, directamente podría hablarse de homicidios con dolo eventual.

Se hace necesario recuperar el derecho de ejecución penal y, ante todo, reducir la prisión preventiva a lo indispensable, pues de lo contrario todo lo que se diga es vano y abstracto en la gran mayoría de los casos. En definitiva estamos dividiendo los delitos en leves y graves: los primeros se penan con prisión preventiva en su casi totalidad; los segundos en parte y sólo para el resto de las penas por delitos graves rige el derecho de ejecución. Esta es la situación que debemos revertir.

Por otra parte, el fin mismo de la pena y el de la ejecución no pueden escindir-se, como artificialmente se pretende. La *retribución* no puede ser un fin, sino como máximo un criterio de medida, que es mucho mejor llamarlo *proporcionalidad*. Nada ganamos con finas sutilezas, cuando en la realidad invariable de muchísimos años verificamos que los objetivos señalados contradicen la *naturaleza de las cosas*. Es una pretensión absurda enseñarle a una persona a vivir en libertad privándolo de ella.

Todas las ideologías *re* (resocialización, repersonalización, reeducación, reinserción, etc.) son misiones imposibles si las entendemos como se lo hace tradicionalmente, o sea, como pretensiones de reparar un aparato defectuoso. El ser humano que llega a la prisión está deteriorado en su autopercepción y la institución carcelaria es estructuralmente una máquina de fijar roles desviados. Si los índices de reincidencia no son mayores es sólo porque no hay un sistema de matricería humana que funcione a la perfección. La marca estigmatizante que el sujeto carga viene desde muy atrás, desde la expulsión o negación de la escolaridad, desde el desprecio, la indiferencia y la violencia con que desde su infancia fue tratado. La regresión que condiciona la institución total no hace más que acentuarlo, confirmando los requerimientos de rol desviado del propio grupo que lo acoge en la prisión.

Sin pretensiones omnipotentes, ante la presencia de un grupo humano institucionalizado, no hay más remedio que elegir algún trato que depararle y la elección no puede ser absurda ni irrealizable. Las ideologías *re* en su sentido tradicional no son realizables y esto carga de frustración incluso al personal, que debe hacerse cargo de una tarea que sistemáticamente lo enfrenta a fracasos.

Lo único efectivamente posible es *ofrecer (no imponer)* la posibilidad de que la persona cambie su autopercepción, o sea, se recomponga con otro proyecto existencial.

Todo sistema penal es selectivo y recae predominantemente sobre estereotipados, que no sólo son portadores *externos* del correspondiente estereotipo, sino que por efecto de la interacción social y las pertinentes demandas de rol lo introyectan, lo internalizan, o sea, lo asumen y se comportan en consecuencia, para evitar las interrupciones conflictivas que genera la respuesta inadecuada al rol. Este proceso se inicia por lo regular en la infancia y se refuerza en la prisión, donde otros estereotipados acogen al nuevo huésped.

Si algo puede hacerse en la prisión es, justamente, tratar de llevar a la realidad del mundo a una suerte de actor que fue *comido* y quedó fijado por el papel que desde niño le asignaron instituciones y grupos hostiles, violentos o indiferentes. No se trata de un giro sobre cualquier teorización *re*, sino de un cambio profundo en el sentido de la posible acción penitenciaria.

En su mayor síntesis, no es lo mismo decirle a alguien que se halla sumergido en el fondo de la exclusión y la marginación social *debes ser bueno*, porque todos (incluso el destinatario del consejo u orden) saben que los *otros* que no están presos tampoco son tan buenos, sino en decirle *no seas tonto, no asumas el rol del malo, no te comportes conforme al rol negativo que te han destinado*.

Todos sabemos que una población penal es heterogénea y –sin duda– abarca a un cierto porcentaje de personas que responden a características patológicas, pero fuera de ese grupo, la gran mayoría, en particular el *carne de cárcel* que vuelve una y otra vez a la prisión, responde a errores de conducta que son institucionalmente condicionados y que en muchos casos son de tal gravedad que sus hechos violentos constituyen suicidios encubiertos.

También sabemos que en un alto número de casos los presos no están prisionizados por la gravedad de lo que han hecho, dado que hay otros que realizan conductas más antisociales y están sueltos por el mero hecho de pertenecer a segmentos sociales menos vulnerables, sino que los presos lo están porque *lo hacen mal*. Sus fechorías son burdas, groseras, fáciles de detectar, primitivas muchas veces, dado que su entrenamiento es rudimentario, lo que les impide realizar conductas antisociales más sofisticadas.

En síntesis: *la mayor parte de los presos están en la cárcel en razón de una vulnerabilidad socialmente condicionada*. Respecto de esta gran parte de la población penal, en que no subyace una base patológica previa reconocible, en que sus errores de conducta parecen sólo profundizar cierta tendencia autodestructiva, no puede reprimirse la sensación de que un cúmulo de coincidencias sociales



favorece en algunas personas la asunción del rol del *malo y peligroso* mediante comportamientos groseros que los exhiben fácilmente como tales.

Desde los tiempos de Quetelet en la primera mitad del siglo XIX se sabe que la delincuencia tiene una regularidad social considerable y, por tanto, de allí se deduce claramente que la propia sociedad reproduce su delincuencia. Luego los positivistas acuñaron la famosa frase *cada sociedad tiene los delincuentes que se merece*. Una ulterior vuelta de tuerca *foucaultiana* modificó el adagio positivista afirmando que *cada sociedad tiene los delincuentes que necesita para legitimar su aparato represivo controlador sobre los que estamos sueltos*.

Un malintencionado entendimiento de esta tesis, leída con premura periodística en el autobús, puede caer en la ridiculez de deducir que no hay responsabilidad individual por los actos propios y concluir que lo correcto sería acariciar al ladrón y decirle que como la sociedad *lo ha hecho* puede seguir robando tranquilamente. Semejante distorsión es la reacción del pensamiento determinista monista y reaccionario del siglo XIX.

Pero fuera de lecturas torcidas, la criminología actual nos revela que hay un mecanismo social, que nadie controla con una computadora, sino que se ha producido por acumulación de un alto número de funcionalidades que *se dejan andar* (precisamente por ser funcionales) y cuyo resultado final fomenta —no determina— asunciones y reforzamientos de roles negativos.

Cuando debemos encarar el trato a una masa humana que en buena parte se compone de personas con esos roles asumidos, se impone apelar precisamente a su *elección*, o sea, por decirlo claramente, a la parte no condicionada de su humanidad, para rescatarla del rol introyectado. En su máxima síntesis: *si esas personas son prisionizadas por su vulnerabilidad, se trata de estimular su invulnerabilidad al poder punitivo mediante la remoción de la introyección del estereotipo negativo*. Esto sería, ni más ni menos que un *tratamiento de su vulnerabilidad*.

No cualquiera asume un rol negativo, hay cierta fragilidad previa por supuesto, hay fuertes traumas muy anteriores, hay desviaciones primarias y las hay secundarias o condicionadas por las mismas intervenciones punitivas, todo eso refuerza la asunción del rol. Pero, por negativos que sean todos estos condicionamientos, en el ser humano siempre subyace un fondo de elección posible, sencillamente porque no somos máquinas mecánicas, o si lo fuésemos, por lo menos debemos aceptar que seríamos complejísimas máquinas electrónicas que nos permitirían vivenciar un fondo de libertad.

Lo que se puede ofrecer en la prisión es la expansión de ese fondo, llevando al individuo a concientizar el rol negativo que la sociedad le ha deparado y a mostrarle otras posibilidades de elección existencial.

En el plano jurídico, lo que debemos cuidar en el derecho de ejecución penal es que éste sea el marco legal para posibilitar esta función; que no se convierta en un absoluto disciplinante interno que favorezca la reproducción.

Todos los esfuerzos jurídicos por interpretar las normas ejecutivas en este sentido, como los que se desarrollan en estas páginas, sean bienvenidos. El derecho de ejecución penal debe asumir su condición de garantía del espacio institucional donde se pueda ofrecer esta *clínica de la vulnerabilidad*.

Buenos Aires, abril de 2012.

**E. Raúl Zaffaroni**

## PREFÁCIO

Perguntaram a um louco que havia perdido a sua chave na floresta, por que estava procurando sob a luz do poste da rua, no que ele respondeu: aqui tem mais luz. Procurar flexibilizar as garantias constitucionais na perspectiva de resolver os problemas de Segurança Pública é procurar, como o louco, a chave no mesmo lugar. Lugar caolho, a saber, dos neoliberais.

**Jacinto Nelson de Miranda Coutinho** há muito denuncia a maneira pela qual o discurso da eficiência, inclusive Princípio Constitucional (CR, art. 37), para os incautos de plantão, embrenhou-se pelo processo penal em busca da sumarização dos procedimentos, da redução do “direito de defesa”, dos recursos, enfim, ao preço da democracia (**Júlio Marcellino Jr**). A razão eficiente, no campo penal, busca a condenação “fast-food”, implicando, nos últimos anos, na verdadeira “McDonaldização” do Direito Processual Penal: sentenças que são prolatadas no estilo “peça pelo número”. A “standartização” da acusação, da instrução e da decisão. Tudo em nome de uma “McPena-Feliz”. Nada mais cínico e fácil de ser acolhido pelos atores jurídicos, de regra, “analfabetos funcionais.”

A primeira questão, com efeito, a ser enfrentada é a do “ator jurídico analfabeto funcional”, ou seja, ele sabe ler, escrever e fazer conta; vai até na feira sozinho, mas é incapaz de realizar uma leitura compreensiva. Defasado filosófica e hermeneuticamente, consegue ler os códigos, mas precisa que alguém – do lugar do Mestre – lhe indique o que é o certo. Sua biblioteca é composta, de regra, pela “Coleção de Resumos”, um livro ultrapassado de Introdução ao Estudo de Direito – os usados na maioria das graduações deste imenso país –, acompanhado de uma lamúria eterna de que o Direito é complexo, por isso lê **Paulo Coelho**. Quem sabe, com alguns comprimidos de “prozac” ou algo do gênero, para, imaginariamente, dar conta. Complementa o “kit nefelibata” – dos juristas que andam nas nuvens – com um CD de jurisprudência ou acesso aos “sites” de pesquisa jurisprudencial, negando-se compulsivamente a pensar. O resultado disto, por básico, é o que se vê: um deserto teórico no campo jurídico, em que cerca de 60% – sendo otimista – dos atores jurídicos são incapazes de compreender o que fazem. Para além da “opacidade do direito” (**Carcova**) e sua atmosférica mitológica (**Warat**), existe uma geléia de “atores jurídicos analfabetos funcionais”. Estes, por certo, não sabem compreender hermeneuticamente, porque para isso precisariam saber pelo menos do “giro linguístico” (**Habermas/Rorty**), isto é, deveriam superar a “Filosofia da Consciência” em favor da “Filosofia da Linguagem”. Seria pedir muito? Talvez. Mas é preciso entender que o sentido de

uma norma jurídica (norma: regra + princípio) demanda um círculo hermenêutico (**Heidegger** e **Gadamer**), incompatível com a procura de “essências” ainda ensinados na graduação: vontade da norma e vontade do legislador, tão bem criticados por **Lenio Streck**.

No campo Direito, Processo e Execução Penal, a situação é patológica. É que as gerações antecedentes, a saber, os atuais atores jurídicos (professor, juiz, promotor, procurador, advogado, delegado, etc), em grande parte, não sabem também compreender. São, na maioria, “juristas analfabetos funcionais” que pensam que pensam juridicamente e, não raro, ocupam as cátedras de ensino, incapazes de repassar uma cultura democrática porque não a dominam. Esses, portanto, muitos de boa-fé – reconheço –, acreditam que ensinam Direito, quando na verdade ensinam o estudante de Direito a fazer a “feira da jurisprudência”. Este processo de fazer a “feira da jurisprudência” significa encontrar uma decisão consolidada, remansosa – como gosta de dizer o “senso comum teórico dos juristas” (**Warat**). É facilitada atualmente pela adoção de posturas totalitárias, como a do Supremo Tribunal Federal ao editar no seu “site” a Constituição da República interpretada pelos Ministros! Aplaudida pelos incautos de sempre, este documento é fascista, porque, sob a fachada de informação, esconde interesses inconfessáveis de “normatização” de uma “Constituição do Conforto Hermenêutico”. Não foi à toa que a Emenda Constitucional nº 45 consagrou a Súmula Vinculante, no que tem o meu total desdém e resistência constitucional, como quer **Lenio Streck**, redundando no que aponta como a “baixa constitucionalização do Direito”.

Cabe destacar, também, no campo penal, que com a queda do Muro de Berlim e o fim da guerra fria, para justificação da opressão, precisou-se de um novo *inimigo*, não mais externo, mas interno. Neste contexto, o discurso de almanaque tornou, por razoável tempo, a droga o grande “bode expiatório” dos males mundiais, justificando, assim, a intervenção dos “Guardiães Mundiais”, os Estados Unidos da América – EUA – na preservação do “bem mundial” (**Rosa del Omo**). Entretanto, com os ataques de 11 de setembro, o foco modificou-se para os “terroristas” (**Walter Russel Mead**). Esta figura oculta, de difícil compreensão, desde uma intolerância ocidental, num mundo globalizado (**Beck**), autoriza, pela “necessidade”, a suspensão do Estado Democrático de Direito. O desconhecido, o estrangeiro (**Julia Kristeva**, com base na psicanálise, sabe que ele atua justamente em nós), o mito, o demônio com nova roupagem, materializado pelo “terrorista” que funciona como um estereótipo de tudo o que atrapalha a “paz” da nova “ordem mercadológica neoliberal mundial”.

**Agamben** aponta que o poder está na “exceção”, a saber, na possibilidade de que se exclua a regra de aplicação geral e se promova, para o caso, uma outra

decisão, apartada dos Princípios da Legalidade e da Igualdade. Este poder resta indicado pela estrutura, segundo a qual existe um lugar autorizado a escolher, que se encontra, ao mesmo tempo, dentro e fora de uma estrutura jurídica, conforme o pensamento de **Carl Schmitt**, na interseção entre o jurídico e político. Esta distinção, todavia, entre jurídico e político precisa ser problematizada, não se podendo colocar, em absoluto, incomunicáveis, apesar de ocuparem lugares diversos (**Zizek e Werneck Vianna**). Neste pensar, segundo **Agamben**, “*o estado de exceção apresenta-se como a forma legal daquilo que não pode ter forma legal.*” Desta maneira, rompendo com uma concepção platônica de “Verdade” e “Justiça”, bem assim de que a linguagem não é o meio de adequação da realidade (**Heidegger e Streck**), o processo ganha um lugar de limite (**Fazzalari e Catoni**). Um limite que cerca, mas não consegue segurar o “poder de exceção”, até porque, se mantido o discurso da salvação, em nome da “bondade dos bons” (**Agostinho Ramalho Marques Neto**), vale tudo.

Evidentemente que esta afirmação precisa ser adubada com muita empulhação ideológica – *Direito Penal do Inimigo* de **Günter Jakobs**, ou *Teoria das Janelas Quebradas* – importada do aplaudido primeiro mundo. Esta postura *Pangloss* (**Voltaire**) serve, muito bem, aos interesses ideológicos que manipulam os atores jurídicos. Com estes ingredientes, facilmente instaura-se o *processo penal de exceção*, cujo fundamento de conter as mazelas sociais e brindar os privilegiados consumidores com segurança encontra antecedente histórico no *nazismo*. Plenos poderes, apreensões de averiguação, prisão provisória de regra, tortura (psicológica, física e química), tudo passa a ser justificado em nome de um argumento cínico maior: o “bem comum”, consistente na segurança de todos, até de quem está sendo preso e, eventualmente, excluído. O Direito de Exceção, em nome do bem dos acusados, e antes da Sociedade, suspende as garantias processuais, previstas na Constituição da República e nos Tratados de Direitos Humanos, por entender que elas são um entrave à redenção moral do infrator e à Segurança Coletiva. Assim é que, seguindo **Agamben**, é necessário se buscar parar esta máquina, para que os acusados não se transformem – mais ainda – na figura do “musulmán” de *Auschwitz* retratada por **Agamben**. Embalados pela necessidade de conter a (criada) escalada de atos criminal, afinal, a estrutura cria a exclusão e depois sorri propondo a exclusão novamente, via sistema penal, e os excelentes funcionários públicos *nefelibatas* – tal qual **Eichmann** –, na melhor expressão *Kantiana*, cumprem suas funções, sem limites. Existe uma co-responsabilidade social (**Zafaroni-Pierangeli**), da qual somente se pode tangenciar – como de costume – cnicamente. Para estes, no interesse do acusado, a *necessidade* derruba qualquer barreira processual, pois, sabe-se com **Agamben**, que a *necessidade* não tem lei, isto é, não reconhece qualquer lei limitadora,

criando sua própria lei. A construção fomentada e artificial de um estado de risco, adubada pelo terrorismo (que mora ao lado?!), faz com o que o discurso autorize, em face das ditas necessidades, a suspender o Estado Democrático de Direito, promovendo uma incisão de emergência e total.

Em nome da “claridade” surge a explosão do controle total, lembrando **George Orwell**, em seu “1984”. Entretanto, a obscena pretensão de transparência total, em nome do (dito) interesse público, bem demonstrada na tese de doutorado de **Túlio Lima Vianna**, esconde interesses ideológicos obliterados da discussão manifesta. É no latente, no que marca o “sublime objeto da ideologia”, para usar uma expressão de **Zizek**, que se faz aparecer o que tocaia. Por isto que estas considerações procuram estabelecer um diálogo a partir da Economia. A eficiência do controle é compartilhada pela questão dos custos. A Análise Econômica do Direito Penal – “AEDP” – aplaudida por muitos, dentre eles **Posner**, inclusive uns que se alastram no Brasil, defende que o “crime” precisa, ainda e necessariamente, atender o critério de custos. O cárcere é caro, custa muito. O Regime Disciplinar Diferenciado – RDD – é simbolicamente importante para o discurso totalitário (e inconstitucional), mas não justifica sua universalização por aumentar despesa. Logo, a pretensão de muitos é o estabelecimento de controles em liberdade, de toda a sociedade, tornando-se esta um “panóptico digital”. Perceba-se que com isto se controla, via um simples GPS ou um fone NEXTEL, a localização, por rua, do assujeitado, ou mesmo via cartão de crédito e telefone celular, por suas antenas. Além disso, controla-se onde se esteve e se impede, pensam, as re-uniões criminosas. Daí é que em nome da eficiência do controle, invoca-se “Tim Maia” e “vale tudo”. O Direito que procura fazer obstáculo é tornado, em nome da segurança de todos, reflexivo. Puro embuste.

De qualquer forma, isto é evidente, existe um inescandível condicionante econômico para que a realidade, entendida como os limites simbólicos, seja manipulada na ambivalência “medo-segurança”, que toca no mais íntimo e estranho do sujeito (**Freud**). *Monitorar, registrar e reconhecer*, diz **Túlio Vianna**, para o seu próprio bem, implica, necessariamente, uma versão de Estado Totalitário. A banalização ideológica, em nome do discurso único do capital, apresenta sob a flâmula sedutora da *Liberdade* toda sorte de justificativas para o fenecimento da solidariedade. Com o egoísmo, os meios, tudo passa a se justificar. As pretensões éticas (bem) e morais (bom) devem se adaptar às necessidades de um *Mercado* sem lei, sem limite, cujo muro se avizinha. Sem limite, por básico, não há desejo. A questão parece ser que a destruição da ficção *Estado* abre espaço para a *Liberdade* representada pelo *Mercado*. Nesta ironia de defender a *Liberdade* de todos mediante o agigantamento do controle, parece-me, num giro de linguagem, aplicável plenamente ao discurso neoliberal e suas teorias (Justiça, Direito Penal

do Inimigo, etc..). O Direito Penal, no projeto *Neoliberal*, possui um papel fundamental na manutenção do sistema, eis que mediante a (dita) legitimação do uso da coerção, impõe a *exclusão* do mundo da vida com sujeitos engajados no projeto social-jurídico naturalizado, sem que se dêem conta de seus verdadeiros papéis sociais. Acredita-se que se é um excepcional funcionário público, tal qual **Eichmann** (em Jerusalém), ou seja, um sujeito cuja normalidade indicava a “Normalpatia” apontada por **L.F. Barros**, isto é, no seu excesso patológico. Esta a submissão alienada é vivenciada dramaticamente pelos *metidos* no processo penal.

O discurso do ‘determinismo positivista’ é realimentado em face das condicionantes sociais, reeditando a necessidade de ‘tutelar’ os desviantes – consumidores falhos, “lixo humano”, como se refere **Bauman** – mediante *prevenção*, *repressão* e *terapia*. O Estado Intervencionista da ‘Nova Escola Penal’ está de volta na sua missão de defender os cidadãos ‘bons e sadios’ dos ‘maus e doentes’, desenterrando o discurso etiológico, perfeitamente conveniente para a mídia e para a classe dominante. Sob o mote de curar o *mal*, tendo a sociedade como um organismo vivo, na perspectiva de uma vida social sadia, a violência oficial mostra-se mais do que justificada: é necessária à sobrevivência social, ainda mais contra o “terrorista social”.

**Agamben** deixa evidenciado que o poder soberano se apropria do poder de dizer o direito, podendo o Princípio da Legalidade cercar, sem nunca segurar, por básico, o sentido que advém de um processo constante de compreensão. Entre texto (fato gráfico) e norma (produto da interpretação), diz **Cordero**, existem opções múltiplas que somente os iludidos de sempre conseguem acreditar, em sua fê inabalável, em sentidos unívocos, ou seja, em segurança jurídica. O Princípio da Legalidade e a Segurança Jurídica, assim, são dois presentes trazidos por “Papai Noel” aos felizes “atores jurídicos analfabetos funcionais” em Direito e que se esgueiram, todos os dias, nos foros deste imenso país. A sensação que tenho, cada vez que adentro na teia do processo penal, é a de que se vive numa fantasia paranóica, a saber, imaginária: uma farsa. Algo que escrevi em minha tese de doutorado (**Decisão Penal**: a bricolage de significantes. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2006) como sendo “Complexo de Truman”. Muitos acreditam que o processo é a realidade, perfeitamente construída para apaziguar a falta nossa de cada dia, graças a Deus. Uma fraude para manter os “atores jurídicos” artificialmente felizes. Não há mundo além do processo, do semblante construído por significantes. É a posição calhorda. No filme foi preciso arrombar a porta para se dar conta de que existe mais, enfim, que existe um mundo para além do construído artificialmente. Este é o desafio. **Zizek** e **Mellman** falam do homem sem gravidade, de baixas calorias, que vive por viver, vai – talvez embalado por uma destas teorias orientais da moda – sem eira nem beira. Mas existem vítimas!

Que se danem – dizem –, não sou eu. Esta lógica “do meu umbigo” move, de regra, os enleados no processo penal. Uma fraude encenada em que se mantém a pose de democrata, com muita maquilagem cínica e a vítima, o *Homo-Sacer* de **Agamben**, não tem pena, aplica-se pena.

As vidas que se escondem nos processos penais, na sua grande maioria, são irreais para os promotores, advogados e juízes, os quais assistem como se fosse mais um filme de mau-gosto, protagonizado por artistas que não merecem o papel. Deveriam ser retirados de cena. E são. É preciso retornar ao que **Zizek** aponta como o “Deserto do Real”, isto é, sair do semblante do universo processual artificial construído para que nos esqueçamos que existem pessoas morrendo. Gente. Como eu e você. Mas como não conseguimos ter a dimensão do que acontece, substituímos pelo semblante da ficção e suas verdades, para alguns Real. Este discernimento entre o real e o ficcional é o desafio num mundo sem perspectivas além do “Shopping Center”. As prisões não existem, no Real, para muitos...

Acrescente-se a isto tudo um vagaroso e eficaz processo de cooptação ideológica, na linha de **Gramsci**, dos “atores jurídicos”, pretensamente participantes da classe média e do consumo. Sedentos por segurança querem excluir, prender, matar simbolicamente, os de sempre: o diferente. A perspectiva de que querem acabar com a nossa paz social – nunca obtida ou mesmo existente – transforma um “furtador” – de xampu a carteiras – no “terrorista” responsável por nossa toda a infelicidade. Então, cadeia neles. Penas mais altas. Exclusão. Mas como não funciona, porque não dá conta, mesmo, surge a compulsão por mais condenações, prisões, execuções, ideias loucas de castração, coleiras, *Sex offender*, apitos... Acontece de a condenação se transformar em verdadeira adição, ou seja, um vício, no qual o sujeito sente-se compelido a consumir o vício de condenar o outro, quem sabe, uma projeção de si mesmo.

Esses dias, um amigo – o Zé –, pessoa do povo, perguntou-me por que quem é preso em flagrante não vai direto cumprir pena? Por que o processo? Respondi que estamos, ainda, numa democracia em que o processo como procedimento em contraditório (**Fazzalari**) é o mecanismo democrático para se apurar a responsabilidade de alguém. Ele me respondeu que não precisa. Entendi a posição dele, até porque se trata de um homem pragmático. No Brasil, esta posição de execução antecipada, embora vedada pela Constituição, continua sendo a prática. Basta perceber que se homologa flagrante formalmente em diversas comarcas, nega-se a soltura de meros acusados com as justificativas mais loucas, tudo em nome da paz da sociedade, como **Bush** fez para atacar o mundo, bem sabem os iraquianos. Isso bem demonstra a estrutura Inquisitória do Sistema Processual Penal brasileiro, que mantém a pose democrática, mas exerce a mais violenta



forma de sequestro preliminar da liberdade. Todavia, quem respira um pouco de oxigênio democrático sabe que somente o processo pode fazer ceder, via decisão transitada em julgado, a presunção constitucional da inocência, justamente porque é a Jurisdição a única que pode assim proceder. **Ferrajoli** bem sabe da impossibilidade de se extinguir as prisões cautelares (**Leandro Goernick**). Entretanto, mostra-se intolerável que as pessoas fiquem presas sem culpa, sem processo, presas pelo que são e não pelo que fizeram, em processos decorrentes de “furtos de moinhos de ventos”. O processo precisa de tempo, e tempo é dinheiro. No mundo da eficiência, todavia, quer-se condenações no melhor estilo dos “Tribunais Nazistas”. Imediatamente. Sem direito de defesa e transmitidas ao vivo, com patrocinadores a peso de ouro e muita audiência: plim-plim. A fórmula é a de sempre: **Juvenal** dizia: Pão e Circo. E quando acontecem prisões como a de **Paulo Maluf** a coisa fica pior, porque a “Esquerda Punitiva” é caolha, bem sabe **Maria Lúcia Karam**, não se dá conta de que relegitima o sistema penal, indica **Juarez Cirino dos Santos**. “*Agora até o Maluf vai preso*”. E se Ele vai preso, com mais razão o “ladrãozinho” de frango de Televisão de Cachorro também. Então, quando se fala, na EC/45, de prazo razoável para os processos, muitos aplaudem a novidade, não fosse ela já uma velha disposição Constitucional, aderida ao corpo dos direitos fundamentais por força do art. 5, § 2º, da CR/88. Para saber disso, contudo, seria preciso conhecer os Direitos Humanos, coisa que poucos conhecem. Daí que a barbárie se instaura e dá no que dá. Mediante um giro de sentido, os nazistas de plantão passaram a dizer que a Sociedade (e não o acusado) precisa de uma decisão num prazo razoável e por isso a sumarização do processo, com a restrição da defesa. As alquimias, como fala **Aury Lopes Jr**, começaram. Inverte-se a lógica em nome do Bem, do Justo, lugar sempre empulhador.

Demora-se muito para julgar porque a singularidade do caso não está previsto em protocolos. Claro que existe a esculhambação que são os Juizados Especiais Criminais, onde vale tudo e se dá um tratamento rápido e inconstitucional a questões sociais, a saber, dificilmente um Termo Circunstanciado é crime: pode ser briga entre parentes, vizinhos, xingamentos, latido de cachorro, direito de vizinhança Mas como não se tem acesso ao Judiciário no Cível, resta a “queixa” na Delegacia. Um programa de auditório de mau-gosto, onde os pobres entram com sua ficha de antecedentes e, até, com o corpo. No juízo comum, denuncia-se falta de pagamento de imposto, furto de sabonete, calcinha e coisas do gênero. Não sobra tempo, de fato, para o que importa numa sociedade em que o Direito Penal deveria ser mínimo (**Ferrajoli** e **Salo de Carvalho**). Se for mínimo, contudo, não faz o que é sua função oculta (**Baratta**): criminalizar a pobreza, os consumidores falhos, mantendo a “hi-society” nas suas coberturas sociais.

Alguma coisa anda fora da ordem, dizia **Caetano** há um tempo. Hoje as coisas já estão dentro da nova ordem neoliberal mundial, o processo penal, inclusive: sumário e eficiente. De outro lado, o Conselho Nacional da Justiça, órgão criado para ser o Grande Irmão de **Orwell**. Diretamente de 1984 para 2004, começa a fazer seus estragos, apesar de seu possível papel democrático. Um “denuncismo” sem precedentes, onde não raro surgem as vaidades afloradas, os narcisismos das pequenas diferenças, diria **Freud**. Números, eficiência, empulhação. Para que direito de defesa se tenho que baixar o meu mapa? Para que ouvida de testemunhas se o processo vai ficar no mapa? O Juiz Astrólogo: só quer saber de mapa. Ainda mais quando depende da produtividade para conseguir uma promoção! A pretensão de transparência e eficiência do Judiciário tornou a situação extremamente ambígua. Por outro lado, defende-se a formação permanente dos magistrados via Escolas da Magistratura que escondem o efeito de normatização dos juristas analfabetos funcionais. Eficiência, facilidade, cursos “rápidos de como fazer uma decisão” para aprender a posição dominante, controlar as ideias e o acesso à carreira, bem sabia **Lyra Filho**. Enfim, a docilização, normatização indicada por **Foucault**.

O *Processo Penal Democrático*, assim, parafraseando **Dworkin**, precisa ser levado a sério também na Execução Penal. Esse é o foco do livro que segue a tradição do volume 1. Não quer somente discutir uma dogmática crítica! Pretende dialogar sobre os fundamentos dos fundamentos, no que o grupo de Defensores Públicos estão cobertos de acerto. O problema fundamental reside no fato de que a justificativa para a exceção encontra-se encoberta ideologicamente. Acredita-se, muito de boa-fé, a maioria, de que se está realizando um bem. Salvando a Sociedade de um “Terrorista Social”. Esqueceu-se de que para o uso do poder existem pelo menos dois limites: o processo e o ético (**Dussel**). Exercer uma parcela do poder em face dos acusados é muito mais tranquilo para os *kantianos* de sempre, fiéis cumpridores das normas jurídicas, sejam elas quais forem. Os “acusados-terroristas-sociais” passam a ser uma das faces da vida nua, isto é, “*homo sacer*”, a que é matável, mas não sacrificável. Assim, os rostos do poder encontram-se maleáveis, mutantes, em torno de um lugar pensado para não pensar, mas para cumprir acriticamente. Os soldados juizes estão aí para aplicar a regra, numa Filosofia de “Cruz Vermelha” (**Cyro Marcos da Silva**), rumo à salvação eficiente das almas destes pobres de espírito. Até quando viverão felizes para sempre? Rever e compreender a mirada é o desafio, sempre. A tarefa, percebe-se, não é singela, mormente porque é necessário abjurar o que se acreditou com tanta fé, além de se expor à crítica virulenta dos iludidos de sempre, cujo véu moral cega qualquer pretensão democrática, já que acreditam – o *Imaginário* deslizando – estar comprando um lugar no céu, na *Ilha dos Abençoados*.

## PREFÁCIO

Não podemos ter medo de resistir. É preciso resgatar a Constituição Originária, na linha de **Paulo Bonavides**, exercitar o controle de constitucionalidade difuso e deixar de fazer como todo mundo faz. Porque assistir de camarote o que se passa com as vítimas do sistema penal não exclui nossa responsabilidade ética com as mortes: somos co-autores, do nosso lugar, por omissão. Por isto que ao se defender garantias constitucionais, hoje, o sujeito pode ser preso em flagrante, sem liberdade provisória diante dos “maus antecedentes”...

Quando **Georg Lukács** foi preso, o policial perguntou se estava armado, tendo aquele lhe entregue calmamente a caneta. É preciso que as canetas pesem democraticamente, mediante um processo penal garantista (**Ferrajoli**), para que se possa dar um basta. Claro que quando o sujeito só acredita em aniquilar os inimigos, a vida chegou ao patamar do nada. Temos que correr riscos sempre, porque é preferível perecer pelas extremos do que pelas extremidades (**Baudrillard**) de um maniqueísmo ingênuo e totalitário, próprio do discurso do inimigo. Quem não for preso, verá!

Florianópolis, verão de 2012.

**Alexandre Morais da Rosa**

Doutor em Direito (UFPR). Mestre (UFSC).  
Professor Adjunto UFSC e da UNIVALI-SC. Juiz de Direito (SC).  
Membro da AJD. E-mail: alexandremoraisdarosa@gmail.com



## INTRODUÇÃO

Quando um grupo de Defensores Públicos baianos se reuniu pela primeira vez, no fim do ano de 2008, para especular sobre a produção de uma obra coletiva tratando de um conjunto de temas muito presentes na atuação prática de cada um, os pilares do projeto foram assentados com muita clareza: democracia e emancipação, não só nos problemas enfrentados nos textos, mas nos próprios procedimentos do grupo.

Democracia como contribuição para diversificar um discurso aparentemente monolítico sobre a Execução Penal, que, em verdade, já vinha sendo rompido por outras importantes iniciativas críticas por todo o Brasil, mas que ainda não foi capaz de transformar o discurso predominante nos manuais. Democracia, também, na divisão dos temas e na distribuição das tarefas, na fixação de prazos e procedimentos, em que o papel da coordenação sempre foi cobrar e ser cobrada dos integrantes em função das decisões tomadas anteriormente pelo coletivo.

Emancipação dos sujeitos afetados pela Execução Penal como norte axiológico dos trabalhos, sem abrir mão da seriedade científica, adotando, ao contrário, o autoconhecimento da ideologia como instrumento de autocontrole metodológico. Emancipação, também, dos autores e dos próprios coordenadores, na construção de uma coesão interna e de um caminho editorial independente de determinações institucionais, afirmando a condição de cada um como sujeito da pesquisa e do conhecimento, ciente das responsabilidades inerentes à produção e publicação de qualquer tipo de criação intelectual.

Mas a publicação do segundo volume desta obra coletiva transmite uma nova mensagem e firma um novo tipo de compromisso: constituímos um grupo de reflexão permanente sobre um dos maiores problemas da prática jurídica no Brasil, com implicações gigantescas, e nem sempre estudadas adequadamente, sobre as vidas de milhões de pessoas; não temos a pretensão de deixar um testemunho definitivo ou de encontrar uma solução teórica completa para os problemas da Execução Penal; ao contrário, pretendemos continuar discutindo, sempre e mais, com novas produções, as questões mais difíceis, recentes ou permanentes, contribuindo para o debate e aprendendo com as críticas.

Esse grupo, que é predominantemente o mesmo desde o início, embora tenha sofrido baixas importantes, foi reforçado por novos participantes e por colegas que já integravam a iniciativa, mas acabaram não publicando trabalhos no

primeiro volume. Por ser um grupo permanente, que durará enquanto houver afinidade intelectual suficiente entre os membros, ele está aberto não só a novas adesões, mas, também, ao retorno de quem nunca deixou de integrar a equipe, mas, circunstancialmente, não pôde publicar na obra atual.

Tratando do conteúdo em si do livro, a distribuição dos textos é semelhante à do primeiro: no início, os textos mais gerais e de fundamentação filosófica ou dogmática bastante abrangente; na sequência, os textos mais específicos e de aplicação prática.

Os temas se repetem e se renovam: a família, a função da pena, a fundamentação filosófica das leis brasileiras, a posição do condenado enquanto sujeito e não como objeto da execução, além de problemas específicos de aplicação dos diplomas normativos, sempre contextualizados no quadro geral de enfrentamento entre a democracia e o autoritarismo, presente mesmo sob o manto das sociedades e instituições mais livres.

Dar continuidade às discussões do primeiro volume foi, além disso, uma demonstração de respeito e apreço dos autores pela boa repercussão local e nacional da obra inaugural. Tornar-se um lugar de fala, um ponto de referência baiano para a discussão, não só entre os defensores públicos, mas entre todos os juristas, dos problemas prementes da Execução Penal, foi um dever que assumimos quando o “Redesenhando a Execução Penal” foi lançado, num seminário com grande público em Salvador e, logo em seguida, no IX Congresso Nacional de Defensores Públicos em Campo Grande, no Mato Grosso do Sul.

Sustentar um discurso contra-hegemônico a respeito da Execução Penal pode parecer fácil num ambiente em que as esquerdas dominam não só o governo, mas também a universidade e uma parte importante dos espaços culturais. No entanto, os traços autoritários de gestão do sistema penal estão presentes independentemente da ideologia política dominante e dos discursos humanitários que circulam com tanta força nos espaços acadêmicos.

O autoritarismo do sistema penal pode surgir, até mesmo, em algumas manifestações inconscientes das lideranças políticas e intelectuais mais engajadas na luta pela democracia e pela afirmação da dignidade humana. Diante disso, nós mesmos estamos sujeitos aos mesmos vícios, às mesmas fraquezas, e é o pertencimento a um grupo ideologicamente afinado, mas metodologicamente consciente, que nós permite controlar o traço autoritário que há em cada um e expandir o discurso democrático e as práticas emancipatórias.

Mas essa ponte não se completa sem que o leitor crítico, a quem esperamos com alegria, tenha contato com o nosso trabalho, o analise da forma mais

## INTRODUÇÃO

rigorosa possível, e julgue, por si, as nossas considerações. E é em razão de todas as respostas – entusiasmadas, cétricas, elogiosas, mordazes, sensatas, desmedidas, críticas, laudatórias – que recebemos ao primeiro volume, que o Redesenhando a Execução Penal 2 é, agora, apresentado ao público.

**Daniel Nicory do Prado e Rafson Saraiva Ximenes**





## ***Fundamentação***

---

*Rafson Saraiva Ximenes*  
*Firmiane Venâncio*  
*Cláudia Ferraz*  
*Vitória Beltrão Bandeira*  
*Andrea Tourinho Pacheco de Miranda*  
*Hélia Barbosa*



# CAPÍTULO I

## O MITO DA MODERNIDADE. A EXECUÇÃO PENAL BRASILEIRA E A CRIMINOLOGIA

Rafson Saraiva Ximenes<sup>1</sup>

**SUMÁRIO:** 1. Introdução — 2. As Faces da Moeda. Caminho para o Positivismo: 2.1. Iluminismo; 2.2. Escola Clássica — 3. Cara de Bandido. O Positivismo — 4. Fábricas de Marginais. Escola de Chicago — 5. Se não Tivesse, não Estaria Aqui. Anomia — 6. Sociedades de Esquina. Subculturas Delinquentes — 7. Meu Nome não é Johnny. *Labeling Approach*: 7.1. Status Desviante; 7.2. Criação e Imposições de Regras — 8. Execução Penal Brasileira: 8.1. De Olhos Fechados. *Labeling Approach* e Execução Penal Brasileira; 8.2. Sociedades de Cativos. Subculturas e Execução Penal Brasileira; 8.3. Da Inovação ao Conformismo. Anomia e Execução Penal Brasileira; 8.4. Pobreza, a Falta Grave. Escola de Chicago e Execução Penal Brasileira; 8.5. É somente Requentar e Usar. Positivismo e Execução Penal Brasileira — 9. Conclusão — 10. Referências bibliográficas.

### 1. INTRODUÇÃO

Alfredo Homsí, defensor público cearense, proferiu palestra em Salvador sobre o sistema prisional. Inteligente, bem preparado e bem humorado, utilizava uma música, tema de novela, para acompanhar a sua fala. Como uma declaração de amor para a Lei de Execução Penal, a letra gritava, na voz rasgada e sofrida do cantor:

Você não vale nada,  
Mas eu gosto de você!  
Você não vale nada,  
Mas eu gosto de você!  
Tudo que eu queria  
era saber Porquê?!?  
Tudo que eu queria  
era saber Porquê.<sup>2</sup>

Referia-se à opinião de que a nossa legislação era excelente, porém nunca cumprida. Suas normas são desprezadas. Ela parece não valer nada. Mas, o conferencista gostava dela, pois acreditava que a sua aplicação representaria um grande avanço e, talvez, pusesse fim à tragédia dos nossos estabelecimentos penais.

---

1. Defensor Público.

2. DANTAS, Dorgival. Solteirões do Forró. **Você não vale nada.**

Não é um pensamento isolado. Na verdade, existe consenso em torno desta ideia, como demonstra pequena e rápida pesquisa na *internet*. No congresso nacional, o Deputado Domingos Dutra, do partido governista, afirmou que a LEP é “muito boa”<sup>3</sup>. Já o seu colega opositorista João Campos pensa que ela é avançada, mas não levada a termo pelo poder executivo.<sup>4</sup>

O juiz Alexandre Nunes enxerga nela uma lei boa, mas não materializada<sup>5</sup>. A promotora Grecianny Cordeiro acredita que ela é moderna, mas não serve para nada se tivermos as piores prisões do Brasil<sup>6</sup>. O Coronel da Polícia Militar Franklin de Paula Silveira afirma que é uma boa lei, mas não é executada.<sup>7</sup>

Pessoas que não exercem cargos públicos também pensam da mesma forma. Douglas, de Jacos-PI, comentando um texto, diz que a lei é boa e humana.<sup>8</sup> Já

- 
3. BRASIL. Câmara dos Deputados. 23 DE MARÇO DE 2011. **Notas taquigráficas. Domingos Dutra, Deputado Federal (PT-MA)**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/internet/sitaqweb/TextoHTML.asp?etapa=3&nuSessao=047.1.54.O&nuQuarto=41&nuOrador=1&nuInsercao=0&dtHorarioQuarto=18:20&sgFaseSessao=OD%20%20%20%20%20%20%20%20&Data=23/03/2011&txApelido=DELEGADO%20WALDIR>>. Acesso em: 27 nov. 2011.  
 “Este País tem boas leis. A Lei de Execução Penal é muito boa, assim como a Constituição. É importante aprovarmos o projeto, mas temos de manter a vigilância para obrigar os Estados e a União a empregarem encarcerados em obras públicas, garantindo emprego e educação como forma de diminuir a criminalidade.”
  4. BRASIL. Câmara dos Deputados. **Notas Taquigráficas. 07 de maio de 2009. Deputado Federal João Campos (PSDB-BA)**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/internet/sitaqweb/TextoHTML.asp?etapa=3&nuSessao=096.3.53.O%20%20%20%20%20&nuQuarto=29&nuOrador=1&nuInsercao=0&dtHorarioQuarto=09:56&sgFaseSessao=BC%20%20%20%20%20%20%20%20&Data=07/05/2009&txApelido=JO%C3%83O%20CAMPOS&txFaseSessao=Breves%20Comunicac%C3%A7%C3%B5es%20%20%20%20%20%20%20%20%20%20%20%20%20%20&dtHoraQuarto=09:56&txEtapa=Com%20redac%C3%A7%C3%A3o%20final>>. Acesso em: 27 de novembro de 2011. “Temos uma lei avançada quanto à execução penal, mas o Poder Executivo, em todas as suas esferas, não a leva a termo, não cria estruturas para que ela possa cumprir seus objetivos. E às vezes, quando o Executivo não faz o seu papel, avocamos a nós mesmos a culpa, infelizmente, como se o problema fosse das leis.”
  5. Alexandre Nunes, Juiz da Vara de Execuções Penais de MS, em 2004. Disponível em: <<http://www.midiamax.com.br/impressao.php?id=96842>>. Acesso em: 27 nov. 2011. “No Brasil, nós temos uma grande capacidade de fazer leis boas, a nossa Lei de Execução Penal é boa. O que nós temos dificuldade é de materializar, embora o atual governo venha fazendo muito, principalmente no regime fechado.”
  6. Grecianny Cordeiro, Promotora de Justiça e escritora, Fortaleza/Ce. Comentários a A TORTO & A DIREITO N. 145 (B) Disponível em: <<http://www.direitoce.com.br/colunistas/4/coluna/49242/ler.html>>. Acesso em: 27 nov. 2011. “O que adianta ter uma legislação moderna como a Lei de Execução Penal e ter um dos piores sistemas prisionais do país?”
  7. Cel. Franklin de Paula Silveira. Polícia Militar de Minas Gerais. Disponível em: <<http://www.minaseditora.net.br/index.php/noticias/detalhes/8/11>>. Acesso em: 27 nov. 2011. “O sistema judiciário brasileiro deveria ser ajustado em relação ao cumprimento da execução penal. É uma boa lei, mas não é executada.”
  8. DOUGLAS DE JACOS-PI. Disponível em: <<http://www.noticiei.com/mural/index.php?PageNo=42>>. Acesso em: 27 nov. 2011.  
 “Investir em políticas públicas de prevenção contra a criminalidade, como educação, cursos profissionalizantes, programas de conscientização e inclusão do cidadão na construção do país, ajudaria muito.”

Antonio Carlos, colunista do *Jornal Pequeno* garante que se a lei de execução penal fosse aplicada, não teríamos o forte horror que assola as prisões brasileiras<sup>9</sup>.

Ninguém esclarece, entretanto, qual o critério utilizado por defensores públicos, promotores, juízes, policiais, políticos de direita, políticos de esquerda, leitores de *blog* e colunistas de jornais, para afirmar que nossas normas infra-constitucionais são boas, humanas, modernas e avançadas. Por que uma lei de execução penal seria boa ou ruim, avançada ou atrasada?

Na busca por uma resposta, pensamos que um caminho provável é a análise dos seus dispositivos, relacionando-os aos saberes produzidos pela criminologia, ao longo da história. Assim, seria possível compreender para que objetivos e para quais ideologias, a LEP seria tão interessante.

Propomos então um estudo de cinco escolas criminológicas (positivismo, escola de Chicago, Anomia, Subculturas e Interacionismo), que no momento de promulgação da LEP já eram maduras e conhecidas a ponto de ser exigível que os legisladores as levassem em conta. A seguir, compararemos os seus pilares com a nossa legislação.

Partimos da premissa de que as teorias analisadas não se sucederam regularmente. Todas conviveram e continuam convivendo, influenciando tanto os nossos pensadores, quanto as nossas leis, até hoje. Ao final, pretende-se responder se a LEP realmente não vale nada e se nós podemos gostar dela. Ou melhor, para que ela vale e o que significa gostar dela. Acreditamos que a resposta pode surpreender alguns dos seus entusiastas.

---

A nossa Lei de Execução Penal n° 7.210/84, muito humana em seus espírito de reabilitação e ressocialização dos presos, em seus vários dispositivos vislumbra como objetivo orientar o retorno à convivência em sociedade, e mais ainda busca promover a assistência, material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa. Na assistência educacional buscará a instrução escolar, e a formação profissional do preso e do internado; o ensino de primeiro grau será obrigatório; o ensino profissional será ministrado em nível de iniciação ou de aperfeiçoamento técnico; a mulher condenada terá ensino profissional adequado a sua condição. Não somos nenhum modelo, ainda, de instituição e reabilitação prisional, mas estamos no caminho, já temos boas leis, só falta colocá-las em prática, mas temos certeza que soltar metade dos presidiários e construir mais presídios não é a solução.”

9. Carlos, Antonio. **Justiça Penal**. Disponível em: <<http://www.jornalpequeno.com.br/2009/8/31/Pagina120749.htm>>. Acesso em: 27 nov. 2011.

“O Brasil poderia ser um país melhor e mais justo se as leis fossem aplicadas em sua plenitude. A Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84) é um forte exemplo de que não bastam boas leis para mudar uma realidade vergonhosa que teima em persistir no país desde o Brasil Colônia.

Embora seja considerada uma das melhores e mais modernas do mundo, a Lei de Execução Penal não conseguiu alterar a situação caótica do sistema penitenciário brasileiro.

(...) É lamentável que a Lei de Execução Penal – que já previa garantias que posteriormente viriam a ser incorporadas na Constituição de 1988 – não venha sendo aplicada plenamente. Se fosse aplicada, não teríamos o horror que hoje encontramos no sistema penitenciário.”

## 2. AS FACES DA MOEDA. CAMINHO PARA O POSITIVISMO.

“Há um tempo atrás se falava em bandidos. Há um tempo atrás se falava em solução. Há um tempo atrás se falava em progresso. Há um tempo atrás, eu vi na televisão”<sup>10</sup>.

### 2.1. Iluminismo

Em distintos períodos históricos, a humanidade valorizou mais ou menos a razão, em detrimento da fé, das tradições e da crença na existência de seres elevados e inferiores. A depender de circunstâncias geográficas, políticas, econômicas ou pessoais, a “razão” questionou ou até mesmo rompeu com a ordem estabelecida. Em outros momentos, o racionalismo foi utilizado para restabelecer aquela velha ordem derrubada, com o mesmo misticismo ou a mesma crença em pessoas naturalmente melhores ou piores.

A história de Henrique VIII é bastante ilustrativa deste fenômeno. Cansado da sua esposa, que não seria apta à procriação, o monarca inglês tenta se divorciar. Seu desejo, todavia, é negado pela igreja católica. Ele pondera que não faz sentido viver atrelado a dogmas e tradições que o desagradam e que não escolheu. Insatisfeito com a irracionalidade de ter que se manter casado com alguém que não quer, rompe com o clero.

O resultado, porém, não é um Estado laico. O chefe da nação mais poderosa do planeta cria uma nova religião, a Anglicana. Eliminada a crença que não controlava, Henrique VIII adotava outra que possuía uma grande virtude: era chefiada por ele mesmo. O problema, portanto, não era de fé ou lógica, mas de domínio político.

O nascimento da criminologia surgiu da demanda por racionalidade nas normas penais e nas punições. Era o período da revolução iluminista<sup>11</sup>. A burguesia conquistava o poder econômico, embora o poder político ainda fosse da nobreza e do clero. Normas baseadas na afirmação da autoridade real, ou da vontade divina não eram satisfatórias para ela.

A ampla liberdade dos nobres (incluindo os juízes) e da igreja para definir o que é crime, como deve ser o processo e qual deve ser a punição desagradava aos burgueses. O crime precisava de uma resposta racional. A resposta devia atender finalidades lógicas e, para alcançar estas finalidades, impunha-se um método

10. SCIENCE, Chico. Nação Zumbi. **Banditismo por uma questão de classe**.

11. YOUNG, Jock. **A sociedade excludente**: Exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente. Tradução: Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p.58.

específico e direcionado. Houve consenso quanto à finalidade: a defesa social, ou seja, a ideia de proteger os cidadãos do crime, evitando que este aconteça.

Houve divisão, porém, que marca a disputa pelo pioneirismo da criminologia, na busca das bases do pensamento que apontaria o caminho ideal para a defesa social. Para uns, era necessário seguir a linha da filosofia e assim surgia a Escola Clássica. Para outros, o correto era se apoiar nos métodos empíricos das ciências naturais e assim surgia o positivismo.

Seja qual for a tese aceita, um fato é certo: tanto a escola clássica quanto as escolas positivistas realizam um modelo no qual a ciência jurídica e a concepção geral do homem e da sociedade estão estreitamente ligadas. Ainda que suas respectivas concepções de homens e da sociedade sejam profundamente diferentes, em ambos os casos nos encontramos, salvo exceções, em presença da afirmação de uma ideologia de defesa social, como nó teórico e político fundamental do sistema científico.<sup>12</sup>

Se tanto a(s) Escola(s) Clássica(s), quanto a(s) Escola(s) Positivista(s) são frutos do Iluminismo<sup>13</sup> e possuem a finalidade comum da realização da ideologia de defesa social, seus conceitos e métodos levam a efeitos opostos. Enquanto os clássicos tendem a limitar de algum modo o poder punitivo, os positivistas permitem a sua expansão com contornos inimagináveis.

No projeto dos clássicos, foi possível visualizar a circunscrição do terreno de incidência do controle penal, estabelecendo, pois, importantes limites formais às violências dos aparelhos repressivos do Estado, mas a construção criminológico-positivista fomentaria a expansão ilimitada destes mecanismos punitivos, pulverizando o controle com o objetivo de reforçá-lo.

Não se trataria, portanto, apenas de opção ou requinte metodológico, como constantemente defendem os seguidores de modelos científicos puros e verdadeiros, mas da assunção ideológica de projetos com finalidades díspares, as quais redundam invariavelmente na minimização ou potencialização da(s) violência(s) programada(s).<sup>14</sup>

## 2.2. Escola Clássica

No século XVIII, a burguesia, classe em ascensão, era considerada parte do povo. Especialmente após a revolução industrial e a criação dos bancos, seu

---

12. BARATTA, Alessandro **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia/Revan, 2002.

13. SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 2. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2008, p.84. Clássicos e positivistas, na realidade, são distintas faces da moeda iluministas, tese e antítese que não podem superar esta relação dialética de oposição senão quando produzem a síntese.

14. CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.144.

poder crescia gradativamente. A nobreza e o clero, porém, detinham o controle absoluto sobre os julgamentos. A classe detentora dos recursos econômicos e dona do discurso intelectual e as classes que teriam a possibilidade de utilizar critérios obscuros para definir infrações e reprimendas eram diferentes.

Neste contexto, a Escola Clássica, cujo expoente máximo foi o Marquês de Beccaria, conquistou mais adeptos entre os burgueses que o positivismo. Sua principal obra, *Dos Delitos e das Penas*, mais do que apresentar ideias originais, sintetizava as preocupações do grupo. “É que, para não ser um ato de violência contra o cidadão, a pena deve ser, de modo essencial, pública, pronta, necessária, a menor das penas aplicáveis nas circunstâncias dadas, proporcionada ao delito e determinada pela lei”.<sup>15</sup>

Sentindo-se potencial alvo da persecução penal, os burgueses desejavam uma pena certa, determinada previamente por lei e não fixada pelo desejo despótico do rei<sup>16</sup>. Queriam ainda, para controlar os legisladores e os julgadores, que as punições fossem racionalmente proporcionais aos delitos<sup>17</sup>.

As justificativas filosóficas assentavam, principalmente, sobre o contrato social, em que se fundariam todas as relações da sociedade. As pessoas se agrupariam em torno do Estado, abdicando de parte da sua liberdade, por saber que, do contrário, a coexistência selvagem levaria a que umas destruíssem as outras. No entanto, como em qualquer negócio, o objetivo comum é o mínimo de prejuízo possível.

Desse modo, somente a necessidade obriga os homens a ceder uma parcela de sua liberdade; disso advém que cada qual apenas concorda em pôr no depósito comum a menor porção possível dela, quer dizer, exatamente o que era necessário para empenhar os outros e mantê-la na posse do restante.<sup>18</sup>

Ao contrário da doutrina inquisitória medieval que a antecedeu, a Escola Clássica não buscava a punição dos pensamentos criminosos (ou pecaminosos).

15. BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. São Paulo: Martin Claret, 2002, p.107.

16. BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. São Paulo: Martin Claret, 2002, p.22.

“O Juiz deve fazer um silogismo perfeito. A maior deve ser a lei geral; a menor, a ação conforme ou não à lei; a consequência, a liberdade ou a pena. Se o juiz for obrigado a elaborar um raciocínio a mais, ou se o fizer por sua conta, tudo se torna incerto e obscuro”.

17. CASTRO, Lola Anyar de. *Criminologia da Libertação*. Tradução: Sylvia Moretzohn. Rio de Janeiro: Revan, 2005. p.44.

“A legitimação do poder se produz, então, apenas pelo formal e ritual cumprimento das estruturas jurídicas, habilmente elaboradas para garantir os interesses da classe que historicamente emergiu após o feudalismo, isto é, a burguesia”.

18. BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. São Paulo: Martin Claret, 2002, p.19.



Apenas os atos concretos poderiam ser motivos de sanção. “Se a intenção fosse punida, seria necessário ter não apenas um Código particular para cada cidadão, mas uma nova lei penal, para cada crime.”<sup>19</sup>

Pressupunha que as pessoas eram iguais e racionais, movidas pelo seu livre arbítrio. As penas serviriam para prevenir delitos futuros. Para tanto, bastaria que o mal causado por ela fosse superior aos bens que adviriam do crime, além de que houvesse a certeza da punição. Não havia nada para tratar no apenado. Ele e a sociedade aprenderiam com cada castigo que “o crime não compensa”.

Por fim, a pena certa, proporcional, determinável de uma maneira quase matemática precisaria atingir um bem universalmente precioso. A liberdade era o denominador comum. O numerador, por sua vez, também seria valioso para todos: o tempo<sup>20</sup>. De outro lado, a expansão do mercado industrial e a necessidade de mão de obra desaconselhavam que os castigos incapacitassem as pessoas para o trabalho. Ao contrário, deveriam ser usados para produzir riquezas<sup>21</sup>. Assim, abandonavam-se as penas, então, consideradas cruéis e degradantes e consolidava-se como pena por excelência a, hoje, sabidamente cruel e degradante, prisão.

### 3. CARA DE BANDIDO. O POSITIVISMO.

Enquanto aquele papagaio curupaca implica  
E com o carimbo positivo da ciência  
Que aprova e classifica.<sup>22</sup>

Desde o princípio, a Escola Clássica sofria oposição de estudiosos que não acreditavam na igualdade entre as pessoas e que achavam seus métodos dedutivos, por demais abstratos. Para eles, não era o crime que deveria ser estudado, mas sim o criminoso. A pena devia sim proteger a sociedade, mas agindo no criminoso, neutralizando-lhe e, principalmente, transformando-lhe, extirpando um mal interno.

Na metade do século XIX, o contexto histórico havia mudado. As monarquias caíam ou eram amplamente dominadas pela burguesia. Não havia mais discrepância entre os detentores do poder político e do poder econômico. Não

19. BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: Martin Claret, 2002, p.71.

20. FOUCAULT Michel. **Vigiar e Punir**. Tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis-RJ: Vozes, 2009, p.104.

21. RUSCHE, Georg e KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e Estrutura Social**. 2. ed.. Tradução: Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p.103.

“De todas as motivações da nova ênfase no encarceramento como método de punição, a mais importante era o lucro, tanto no sentido estrito de fazer produtiva a própria instituição, quanto no sentido amplo de tornar todo o sistema penal parte do programa mercantilista do Estado.”

22. SEIXAS, Raul. **Todo mundo explica**.

eram mais eles que precisavam temer a arbitrariedade de terceiros com o poder de acusar, julgar e punir. Princípios protetivos dos réus, como legalidade e proporcionalidade não permaneciam tão importantes<sup>23</sup>. Ao contrário, pareciam obstáculos para a perseguição dos novos adversários. Henrique VIII não precisava destruir a religião, mas apenas dominá-la.

Era preciso evitar o surgimento da classe operária como força revolucionária. Se esta obtivesse a solidariedade internacional, os governantes também se organizariam internacionalmente para contra-atacá-la. O controle social internacional destes ‘resistentes’ (que seriam qualificados como delinquentes) tinha de ser organizado e um caminho para isso eram os congressos internacionais.<sup>24</sup>

Capitaneados pelo médico Cesare Lombroso, os positivistas se tornavam hegemônicos. Para eles, o método de estudo da criminologia deveria ser o empírico. A origem do delito seria biológica, embora não fossem descartadas as influências sociais. Deste modo, não haveria, ou seria muito reduzido, o espaço para o livre arbítrio. Pessoas cometeriam crimes porque não eram evoluídas. Elas não tinham escolhas, a sua natureza as impelia para o delito.

Nas pessoas sãs é livre a vontade, como diz a metafísica, mas são determinados por motivos que contrastam com o bem-estar social. Quando surgem, são mais ou menos freados por outros motivos, como o prazer do louvor, o temor da sanção, da infâmia, da Igreja, ou da hereditariedade, ou de prudentes hábitos impostos por uma ginástica mental continuada, motivos que não valem mais nos dementes morais ou nos delinquentes natos, que logo caem na reincidência.<sup>25</sup>

Lombroso e seus seguidores realizavam pesquisas dentro das prisões, para descobrir as características físicas, anatômicas, intelectuais, psicológicas e morais, entre os criminosos. Descobrir-se-ia, assim, o perfil do infrator, que poderia ser facilmente identificável. Seria possível, por meio de estudos clínicos medir o grau de periculosidade de cada um. Logo, independentemente de fatos concretos

23. MARTÍN, Luis Gracia. **Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do direito penal e para a crítica do discurso de resistência**. Tradução: Érika Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005. p.127.

“No discurso liberal, as garantias penais, ademais da função discursiva formal e estratégica de encobrir os efeitos materiais reais causados a partir dos dispositivos da face oculta do discurso, têm dimensão múltipla. Para a classe poderosa, são garantias em sentido formal, e materialmente também funcionam como garantias”.

24. OLMO, Rosa del. **A América Latina e sua criminologia**. Tradução: Francisco Eduardo Pizzolante e Sylvania Moretzsohn. Rio de Janeiro: Revan, 2004. p.78.

25. LOMBROSO, Cesare. **O homem delinqüente**. I. reimpressão. Tradução: Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 2010. p.223.

a serem imputados, os perigosos precisariam ser afastados provisória ou definitivamente das pessoas normais.

Criticavam a prisão, porque seria incapaz de diminuir a reincidência. A pena não deveria ser castigo, mas sim, tratamento. A sua duração não devia ser simplesmente proporcional ao delito, mas medida pelas respostas às técnicas aplicadas. Especialistas precisariam comprovar a regeneração. Na base de tudo, sempre estava a consideração do criminoso como o anormal a ser normalizado, o selvagem a ser civilizado e, finalmente, o anti-social a ser ressocializado<sup>26</sup>.

Hoje, são evidentes fragilidades nas ideias positivistas. Em relação a características físicas, Lombroso apontou marcas curiosas. Uma delas era o canhotismo<sup>27</sup>, que seria mais frequente entre os criminosos. Além de considerar canhotos como Charles Chaplin, Jimmie Hendrix, Paul McCartney, Lula, Machado de Assis e Bill Gates pessoas atávicas, desconsiderou que as famílias ricas educavam seus filhos a serem destros, porque o uso da mão esquerda era “coisa do diabo”. Outros sinais de selvageria seriam exatamente as habilidades úteis à espécie de delito cometido e que, por isto são treinadas e desenvolvidas para a sua prática, como a maior agilidade dos assaltantes<sup>28</sup>.

Quando aborda características morais, aponta traços que obviamente não são menos comuns nas pessoas não perseguidas penalmente, como ciúmes<sup>29</sup>, mentiras<sup>30</sup> e vaidade.

Em lugar dos afetos familiares e sociais, que se encontram apagados ou desligados nos delinquentes, as outras paixões restantes dominam com tenacidade. Primeiro entre todos, o orgulho, ou melhor, a consideração da própria pessoa, que notamos crescer no vulgo, na razão inversa do mérito. (...)

---

26. CASTRO, Lola Anyar de. **Criminologia da Libertação**. Tradução: Sylvia Moretzohn. Rio de Janeiro: Revan, 2005. p. 48.

“Por seu turno, a reabilitação (ou ressocialização, reeducação, reinserção, readaptação, etc., são centenas os qualificativos similares) constitui o mais refinado instrumento ideológico de dominação. Através desses conceitos, que têm como pressuposto básico a inquestionabilidade dos valores representados no código, ou, ao menos, a presunção de um consenso em torno dos indivíduos de conduta dissonante (delinquentes) serão forçados a aceitar de novo os valores rejeitados. Forçado no seu nível mais íntimo – e portanto – mais refinadamente violento – o do convencimento, o da aceitação profunda do sistema.”

27. LOMBROSO, Cesare. **O homem delinqüente**. 1. reimpressão. Tradução: Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 2010. p.51.

28. LOMBROSO, Cesare. **O homem delinqüente**. 1. reimpressão. Tradução: Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 2010. p.51.

29. LOMBROSO, Cesare. **O homem delinqüente**. 1. reimpressão. Tradução: Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 2010. p.61.

30. LOMBROSO, Cesare. **O homem delinqüente**. 1. reimpressão. Tradução: Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 2010. p.62.

A vaidade dos delinquentes supera à dos artistas, dos literatos e das mulheres galantes.<sup>31</sup>

Além de atingir em cheio pessoas que usam paletós e togas e exigem serem tratadas por doutor ou excelência, estas definições demonstram que a categorização não se sustenta, sem que haja a crença em um grupo de homens e mulheres ímpolutos, quase que como sacerdotes (no discurso dos sacerdotes) ou heróis românticos, encontrados atualmente apenas em novelas e desenhos animados.

Mas, o erro central de Lombroso, que seria reproduzido por quase todos os seus sucessores e opositores, foi buscar raízes universais na prática de crimes, quando a própria definição dos delitos varia no tempo e no espaço. Por outro lado, ele também não refletia que nem todos os que cometiam delitos eram presos. O seu objeto de estudo poderia, em tese, refletir o perfil das pessoas que são encarceradas, mas não o das criminosas<sup>32</sup>. Em locais onde a maioria dos perseguidos pela polícia é negra, a “cara de bandido” será negra. A conveniência deste equívoco para a justificação das desigualdades sociais, porém, é intensa.

Apesar das fortes resistências, particularmente dos penalistas, a escola positivista se impôs e teve as repercussões internacionais por todos conhecidas. Correspondia ao momento que se estava vivendo e às necessidades e transformações da ideologia liberal. Existiam desigualdades sociais, mas elas se justificavam porque existiam desigualdades humanas. Os pobres eram pobres porque biologicamente inferiores e o delinquentes era assim porque pertencia a uma linhagem humana distinta e inferior.<sup>33</sup>

Conseguindo se impor nos países centrais, onde a pobreza era exceção, as teorias logo chegaram, e com muito mais força, nos países periféricos. Na América Latina, cujo desenvolvimento se baseou no genocídio da população nativa e na escravidão dos africanos, dominados pela minoria de europeus e seus descendentes brancos, o positivismo não apenas se consolidou, como foi fundamental para o nosso modelo de acumulação de capital.

O panóptico benthaniano poderia ser o modelo de controle social programado ideologicamente como instrumento disciplinador durante a acumulação originária de capital na região central, mas o verdadeiro *modelo ideológico para o controle social periférico ou marginal* não foi o de Bentham mas o de Cesare Lombroso. Este modelo

- 
31. LOMBROSO, Cesare. **O homem delinquentes**. 1. reimpressão. Tradução: Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 2010. p. 113-114.
  32. BARATTA, Alessandro **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. Tradução: Juarez Cirino. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p.40.
  33. OLMO, Rosa del. **A América Latina e sua criminologia**. Tradução: Francisco Eduardo Pizzolante e Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: Revan, 2004. p.89.

partia da idéia de inferioridade biológica tanto dos delinquentes centrais como da totalidade das populações colonizadas, considerando, de modo análogo, biologicamente inferiores, tanto os moradores das instituições de seqüestro centrais (cárceres, manicômios), como os habitantes originários das imensas instituições de seqüestro coloniais (sociedades incorporadas ao processo de atualização histórica).<sup>34</sup>

Atualmente, falar em Lombroso gera o mesmo tipo de reação que falar na inquisição. Em ambos os casos, é difícil encontrar quem manifeste qualquer simpatia. Fala-se, com alívio e terror de coisas que ficaram em um passado distante. Entretanto, assim como nossos processos penais são permeados de práticas inquisitoriais, nossa forma de pensar políticas penais, de noticiar delitos, de investigar crimes<sup>35</sup>, de abordar suspeitos<sup>36</sup>, de formular acusações, de legitimar ou deslegitimar falas e de executar penas, deixa muito claro que Lombroso está bem vivo. Apesar dos equívocos fundamentais, são inúmeras as marcas positivistas, sintetizadas pela retumbante aceitação entre juristas<sup>37</sup>, jornalistas<sup>38</sup>, políticos<sup>39</sup> e a população em geral, do paradigma etiológico.

- 
34. ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas: A perda de legitimidade do sistema penal.** Tradução: Vânia Romano Pedrosa e Almir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991. p.77.
35. PRADO, Daniel Nicory. **Autos da Barca do Inferno: O discurso narrativo dos participantes da prisão em flagrante.** Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2010, p.88-89.  
 “Há uma particularidade nas perguntas quanto à pessoa do conduzido, ausente do depoimento das outras personagens: é a questão a respeito dos antecedentes criminais e do consumo de substâncias entorpecentes. (...) Fica claro que o objetivo é aproximá-lo do estereótipo do criminoso, do indivíduo desviante, marginal, que merece a resposta penal não só pelo ato supostamente ilícito pelo qual foi capturado, como, em tese, deveria ocorrer num Estado Democrático, em que vige o Direito Penal do Fato, mas pelo seu modo de vida, numa injustificável, porém ainda presente, reminiscência de uma ideologia fascista de punição do ‘ser’.”
36. BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis Ganhos Fáceis.** Drogas e Juventude Pobre no Rio de Janeiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p.102-103.  
 “O artifício da *atitude suspeita* faz parte do universo dessas medidas. Se estas medidas apontam para a contenção de uma periculosidade difusa, a atitude suspeita aponta para uma seletividade nas práticas da implementação dessas medidas. (...) Analisando a fala dos policiais o que se vê é que a ‘atitude suspeita’ não se relaciona a nenhum ato suspeito, não é o atributo do ‘fazer algo suspeito’ mas sim de ser, pertencer a um determinado grupo social; é isso que desperta suspeitas automáticas. 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”.
37. JAKOBS, Günter. **Direito Penal do Inimigo.** 2. ed. Organização e Introdução Luiz Moreira e Eugênio Pacelli de Oliveira. Tradução: Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p.11-12.  
 “As outras inúmeras regulações do Direito Penal permitem deduzir que, quando a expectativa de comportamento pessoal é frustrada de modo duradouro, desvanece a disposição para tratar o criminoso como pessoa.”
38. ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas: A perda de legitimidade do sistema penal.** Tradução: Vânia Romano Pedrosa e Almir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991. p.129.  
 “Em nível de conjunturas nacionais, os meios de comunicação de massa têm a função de gerar a ilusão de eficácia do sistema, fazendo com que apenas a ameaça de morte violenta por ladrões ou de violação por quadrilhas integradas por jovens expulsos da produção industrial pela recessão sejam vistos como perigo.”
39. “O presidente Luiz Inácio Lula da Silva disse nesta quinta-feira (8) que os representantes de cartéis não têm cara de bandido nem de malandro. “O cidadão que pratica cartel não tem cara de bandido. Você pensa que está diante do maior defensor do livre comércio e de processos abrangentes de licitação. Mas,

No tópico anterior, Salo de Carvalho esclareceu que na discussão sobre o nascedouro da criminologia, a oposição entre Escola Clássica e Positivismo tem claros matizes ideológicos. O predomínio quase absoluto da corrente que aponta Lombroso como o fundador da criminologia<sup>40</sup> é, assim, bastante revelador da sua contemporaneidade.

#### 4. FÁBRICAS DE MARGINAIS. ESCOLA DE CHICAGO.

Quando, seu moço  
 Nasceu meu rebento  
 Não era o momento  
 Dele rebentar  
 Já foi nascendo  
 Com cara de fome  
 E eu não tinha nem nome  
 Pra lhe dar.<sup>41</sup>

A industrialização, a expansão populacional e o crescimento das grandes cidades apresentaram consequências. Os contatos interpessoais se espalharam no espaço e, por conseguinte, as alternativas de conduta também. Ao mesmo tempo, a sensação de anonimato aumentava. As instâncias de controle informal, como família, religião e comunidade perderam força.

Nesse contexto, a cidade de Chicago do início do século XX era paradigmática, pelo potencial fabril e por ser polo atrativo de imigrantes das mais variadas nacionalidades. Lá, consolidou-se um núcleo de pesquisas, batizado de escola de Chicago, ou Ecologia Criminal, que visava contraditar as explicações positivistas acerca das origens do delito em aspectos pessoais.

Para tanto, usaram como base a teoria das zonas concêntricas de Park e Burgess. Eles notaram que Chicago, assim como a maioria das cidades norte-americanas, tinha um formato radial, onde no centro (loop) estavam as fábricas e o comércio. A segunda zona, (Slum) era sempre invadida pelo loop e, por isto, bastante degradada. Tratava-se da única opção de moradia para os mais pobres

---

não está. Alguns eu tive a oportunidade de ver. Eles nunca têm cara de bandido nem de malandro”, disse Lula, durante solenidade de comemoração do Dia Nacional do Combate a Cartéis, no Ministério da Justiça.”. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/economia/conteudo.phtml?id=932164>>. Acesso em: 28 out. 2011.

40. CASTRO, Lola Anyar de. **Criminologia da Libertação**. Tradução: Sylvia Moretzohn. Rio de Janeiro: Revan, 2005. p.42.

“A criminologia não nasce, como se quis afirmar repetidamente, com a escola positivista. Ao ser controle social – algo que trataremos de demonstrar aqui – devemos reconhecê-la na chamada escola clássica do direito penal, que fez a maior sistematização controladora da ordem de que se tem memória no campo repressivo.”

41. HOLANDA, Chico Buarque de. **O meu Guri**.

e os imigrantes recém-chegados. A partir daí, quanto mais se afastava do centro, mais organizada era a região e mais ricos os seus habitantes.<sup>42</sup>

Partindo da hipótese de que a distribuição da criminalidade era desigual, os cânones da Escola de Chicago, Clifford Shaw e Henry McKay verificaram os documentos da polícia, de 1900 a 1940, em mais de 60.000 casos individuais.<sup>43</sup> Era exatamente naquela segunda zona que se concentrava quase a totalidade dos delitos conhecidos pelo Estado.

As áreas de delinquência eram as mais fisicamente degradadas. As ruas eram mais sujas, as casas menores e feias, as condições sanitárias piores, o acesso à saúde precário, as escolas com pior estrutura e qualidade. A população, porém, era rotativa, seguindo as ondas migratórias. Um grupo chegava e lá permanecia até conseguir progredir financeiramente e mudar para as zonas melhores. Assim, chineses, negros e europeus se alternavam como seus habitantes.

As taxas de criminalidade mantinham-se estáveis, independente dos ocupantes de cada momento. Se considerarmos que as pessoas (e suas heranças genéticas) variavam, é fácil concluir que os desvios, constantes, só poderiam ser fruto da outra constante: a degradação. Era (ou deveria ser) uma ferida de morte nas teorias lombrosianas.

Escapava à Escola de Chicago, entretanto, o fato de que as estatísticas oficiais, em que basearam a suas pesquisas não refletiam a realidade. Desconhecia-se, na época, o conceito de cifras ocultas. Também não se falava sobre a abordagem diferenciada da polícia em cada região, concentrando seus esforços em umas e imunizando outras.

Apesar de radicalmente opostos ao determinismo biológico dos positivistas, os estudiosos da Escola de Chicago criaram outra espécie de determinismo, o ecológico. Associaram o crime, genérico, à pobreza, à falta de educação e à ausência das famílias, por exemplo, quando alguns delitos exigem riqueza e boa instrução (como os tributários) ou ocorrem, não raramente, dentro das famílias (como os delitos sexuais e os homicídios).

---

42. A estrutura espacial das grandes cidades brasileiras, atualmente, é bastante diferente. Nem sempre a estrutura é radial. Muitas vezes, bairros ricos e pobres se alternam e as periferias costumam ser os locais mais degradados. O importante da pesquisa, porém, é delimitar espaços notadamente distintos, onde há maior ou menor degradação e as diferenças na distribuição da criminalidade entre eles. Podemos perfeitamente transpor a descrição do Slum, para zona leste de São Paulo, os morros cariocas, as favelas das capitais nordestinas, onde se concentram os imigrantes e pobres em geral.

43. DIAS, Jorge Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa Andrade. **Criminologia: O Homem Delinqüente e a Sociedade Criminógena**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p.276.

Como consequência, ao pregar o combate à pobreza, o seu discurso serviria de baliza para ações violentas contra as próprias populações marginalizadas. Assim como para os positivistas a intervenção no criminoso se justificava para curá-lo de um problema individual cujas consequências ele não poderia evitar, a intervenção contra pessoas pobres é justificada para curar a comunidade em si de um mal, cujas consequências elas não poderiam evitar.

Nos Estados Unidos surgiria, e depois se espalharia pelo mundo, a política de Tolerância Zero. Baseava-se em parte da teoria das janelas quebradas<sup>44</sup>, com forte inspiração na Escola de Chicago, segundo a qual as pequenas desordens, como uma janela quebrada, ou uma pichação estimulariam as grandes desordens e os crimes violentos.

Segundo, no nível comunitário, desordem e crime são intrinsecamente ligados, em um tipo de sequência de desenvolvimento. Psicólogos sociais e policiais tendem a concordar que se uma janela em um prédio for quebrada e deixada sem concerto, todas as outras janelas logo serão quebradas<sup>45</sup>.

Seria necessária uma dura e inafastável repressão às pequenas desordens praticadas pelas populações carentes e que, muitas vezes, eram a sua única fonte de sobrevivência, como a prostituição, o comércio informal e, principalmente, a venda e o uso de drogas.

Essa política é profundamente discriminatória, visto que se assenta numa equivalência entre se comportar fora da norma e ser um forada-lei, e tem como alvo os bairros e populações suspeitos de antemão, se não considerados culpados por princípio, por deficiências morais, bem como por infrações legais.<sup>46</sup>

44. YOUNG, Jock. **A sociedade excludente** – Exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente. Tradução: Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p.188.

“Não quero fazer aqui uma crítica desta filosofia; estou dizendo que isto não é um programa de tolerância zero contra todo o tipo de crimes, que acredita que a polícia é o ator chave na criação de uma sociedade ordeira e que acha que a ‘limpeza nas ruas’ vai produzir resultados miraculosos e imediatos. Trata-se de uma teoria mais sutil, que prevê um papel mais marginal para a polícia e situa a fonte da ordem social em partes mais fundamentais da estrutura social.”

45. WILSON, James Q.; KELLING, George L. **Broken Windows**. Tradução livre. Disponível em: <[http://www.forestry.gov.uk/website/pdf.nsf/b591cb1aa3d9d9ac802570ec004f557d/7e15282335cea36b802575e4004c96b7/\\$FILE/BrokenWindowTheory.pdf](http://www.forestry.gov.uk/website/pdf.nsf/b591cb1aa3d9d9ac802570ec004f557d/7e15282335cea36b802575e4004c96b7/$FILE/BrokenWindowTheory.pdf)>. Acesso em: 28 out. 2011. Original publicado no jornal The Atlantic, em março de 1982. Texto original:

*Second, at the community level, disorder and crime are usually inextricably linked, in a kind of developmental sequence. Social psychologists and police officers tend to agree that if a window in a building is broken and is left unrepaired, all the rest of the windows will soon be broken.*

46. WACQUANT, Loic. **Punir os Pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos** [A onda punitiva]. 3.ed. Tradução: Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p.442.



Mais recentemente, no Brasil, nova política claramente inspirada na Escola de Chicago e também na teoria das janelas quebradas, originária as Unidades de Polícia Pacificadora, no Rio de Janeiro e suas cópias, em outros Estados. O projeto original foi implantado pelo governador que chamou uma favela carioca de fábrica de marginais.

Você pega o número de filhos por mãe na Lagoa Rodrigo de Freitas, Tijuca, Méier e Copacabana, é padrão sueco. Agora, pega na Rocinha. É padrão Zâmbia, Gabão. Isso é uma fábrica de produzir marginal. Estado não dá conta.<sup>47</sup>

Trata-se, em resumo, da ocupação militar de regiões consideradas violentas (e, não por acaso, próximas de redutos turísticos<sup>48</sup>, como o Copacabana, no Rio de Janeiro, ou a Barra, em Salvador), associada à oferta de infra-estrutura até então inexistente.

Uma engenhosa arquitetura publicitária se esforça para omitir o fato de que a entrada da PM, e não raro do exército, obviamente é violenta e pouco controlada pela lei. São instaladas bases policiais cujos agentes intervêm em todos os detalhes do cotidiano e atacam, como na tolerância zero, os meios de sobrevivência dos marginalizados.

Tudo isso nos leva ao ponto final do que eu chamo de gestão policial da vida, imposta aos pobres em seu cotidiano, comprovando aquelas teses, como a de Loic Wacquant, que apontam o deslocamento da atenção social do Estado para uma gestão penal da pobreza. Nunca a expressão de Edson Passetti se adequou tanto à realidade dos bairros pobres e favelas: o controle a céu aberto, naquela perspectiva do estado de exceção de Agamben. A idéia de “campo”, área de controle penal total sobre o cotidiano de seus moradores, agora tutelados em todos os aspectos diretamente pela polícia. Tendo a pacificação do Alemão como ato simbólico de um projeto de cidade, a mídia carioca investiu arduamente na polificação da vida em seus mínimos detalhes, tendo o BOPE como o grande timoneiro.

(...)

Nesses anos todos de reflexão sobre a questão criminal eu já tinha me dado conta da necessidade de manter um inimigo à mão na passagem da ditadura para essa democracia formal em que vivemos. Constatei também a importância do medo para o disciplinamento

47. Disponível em: <<http://g1.globo.com/Noticias/Politica/0,,MUL155710-5601,00-CABRAL+DEFENDE+ABORTO+CONTRA+VIOLENCIA+NO+RIO+DE+JANEIRO.html>>. Acesso em: 22 nov. 2011.

48. CASAGRANDE, Ferdinando. **O Mapa da Batalha entre polícia e traficantes pelo controle da favela**. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/infograficos/batalha-no-rio/>>. Acesso em: 29 out. 2011.

dos pobres no capitalismo de barbárie. Falei anteriormente do deslocamento de uma naturalização da truculência policial para o seu elogio; isso é o mais assustador dos tempos em que vivemos.<sup>49</sup>

A associação de crime e pobreza, sem questionamentos de ordem política e econômica, leva a uma política não de auxílio, mas de guerra aos pobres, como demonstra o papel central dos militares, a utilização do exército e o uso de expressões bélicas. Ademais, a condição de marginalidade passa a servir como indício de culpa no processo penal e, ironicamente, para uma teoria que tentou refutar o positivismo, como sinal de periculosidade, na execução da pena.

## 5. SE EU NÃO TIVESSE, NÃO ESTARIA AQUI. ANOMIA.

Se eu fosse aquele cara que se humilha no sinal, por menos de um real, minha chance era pouca. Mas se eu fosse aquele moleque de touca, que engatilha e enfia o cano dentro da sua boca, “de quebrada”, sem roupa, você e sua mina.  
Um, dois! Nem me viu! Já sumi na neblina!<sup>50</sup>

A Escola Clássica, o Positivismo e a Escola de Chicago apontam o crime como elemento disfuncional da sociedade. Seria um problema a ser extirpado, através da prevenção geral, do tratamento, ou da organização das zonas degradadas, respectivamente. É o princípio de bem e do mal, da defesa social. A teoria da Anomia rompe esta barreira, contestando tanto o delito como contrário ao interesse social, quanto a possibilidade ou necessidade de extirpá-lo.

O grande prócere desta escola foi Durkheim. Em primeiro lugar, ele constatou que jamais existiu sociedade sem crimes. Considerar, então, que delito seria sintoma de uma doença é considerar que todos os agrupamentos humanos, desde o começo da história até hoje, foram e são enfermos. Sendo assim, a própria sociedade seria, intrinsecamente e de modo inevitável, doente.

Para o sociólogo, o crime seria ainda um fenômeno que traz importantes benefícios à organização social. Em primeiro lugar, porque provocaria reação do grupo, reforçando os laços de solidariedade, mantendo vivo o sentimento coletivo. Neste sentido, é significativa a reação americana ao atentado de 11 de setembro de 2001.

Em Washington, durante “Um Concerto pela Esperança”, último evento que marcou o décimo aniversário dos ataques, Barack Obama voltou a exaltar a “união” do país. “Hoje vale a pena lembrar

49. BATISTA, Vera Malaguti. **O Alemão é mais complexo**. Disponível em: <<http://www.fazendomedia.com/o-alemao-e-mais-complexo/>>. Acesso em: 29 out. 2011.

50. RACIONAIS MC's. **Capítulo 4, versículo 3**.

o que não mudou. Nosso caráter como nação não mudou, nossa fé em Deus e uns nos outros, isso não mudou. Nossa crença na América”, afirmou. Obama destacou a palavra “unidos”, de Estados Unidos da América, e pediu que os americanos se dediquem “aos ideais que nos definem como nação”.

Na véspera do aniversário dos ataques, Obama pediu união nacional e um olhar para um futuro compartilhado. “É claro para todo o mundo ver – os terroristas que nos atacaram naquela manhã de setembro não são páreo para o caráter de nosso povo, a resiliência de nossa nação ou a força de nossos valores”, afirmou. “Ao olhar para o futuro, seguiremos demonstrando que os terroristas que nos atacaram são impotentes frente à coragem e resistência do povo americano”, afirmou.<sup>51</sup>

Em segundo lugar, ao mesmo tempo em que consolidam valores, os crimes têm a o condão de antecipar transformações morais e tecnológicas. São exemplos as histórias de Jesus Cristo, Sócrates, Galileu, de Zumbi, de Malcom X, das bruxas, dos abolicionistas, dos hippies, dos comunistas, dos roqueiros e de todos os revolucionários. A existência dos delitos favorece atividades culturais e empresariais<sup>52</sup>, além de movimentar diretamente ou indiretamente a economia. O comércio global de cocaína chegou a gerar 165 bilhões de dólares, em 1995<sup>53</sup>.

Durkheim afirmou ainda que as sociedades primitivas eram mecânicas, enquanto as modernas eram orgânicas. Isto significa que nestas há enfraquecimento das reações coletivas e maior margem para interpretação individual dos imperativos sociais. Assim, quanto mais complexa a comunidade, maior a possibilidade de que alguns de seus membros vejam como legítimas atitudes consideradas ilícitas ou ilegais por outros.

---

51. **Estados Unidos lembram os 10 anos do 11 de setembro.** Disponível em: <<http://ultimosegundo.ig.com.br/11desetembro/eua-lembram-os-dez-anos-do-11-de-setembro/n1597204602196.html>>. Acesso em: 29 out. 2011.

52. SILVA, Denival Francisco da. **O que seriam das emissoras de televisão e dos epítáfios sem o crime?** Disponível em: <<http://sedicoes.wordpress.com/category/serie-o-que-seria-do-crime-de-a-a-z/page/3/>>. Acesso em: 29 out. 2011.

**“O que seriam das emissoras de televisão sem o crime?”**

Teriam uma programação insossa aos seus produtores e para maioria dos telespectadores. Não haveriam interesses comerciais e por isso sem necessidade de intervalo comercial. Os filmes revelariam a vida e a arte; as telenovelas seriam educativas; os desenhos animados desanimariam seus criadores, porque sem *merchandising* para seus personagens e falsos heróis. E ninguém teria como justificar que sua conduta apenas imitou a arte.”

53. ONU. **World Drug Report 2011.** Disponível em: <[http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/WDR2011/World\\_Drug\\_Report\\_2011\\_ebook.pdf](http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/WDR2011/World_Drug_Report_2011_ebook.pdf)>. Acesso em: 30 out. 2011.

“The value of the global cocaine market is most certainly lower than it was in the mid-1990s, when prices were much higher and the US market was strong. In 1995, the global market was worth some US\$165 billion, which had been reduced to just over half of this by 2009 (US\$85 billion; range: US\$75-US\$100 bn).”

O sociólogo, em seu estudo sobre o suicídio concluiu também que eles aumentam em épocas de grande crise e também de grande expansão econômica. A razão é que em períodos de mudança, haveria desequilíbrio entre os fins e modelos de comportamento adequados a ele. Anomia é justamente o estado de coisas em um sistema social em que são rompidos os padrões que comandam os comportamentos.

Coube a Robert K. Merton sistematizar e direcionar os conceitos vislumbrados por Durkheim, criando uma teoria a respeito da criminalidade. Cada sociedade estabelece as suas metas para o sucesso, que podem ser ou não internalizados por todos os seus membros. São os objetivos culturais, que podem ser materiais (riqueza, carros, casas), imateriais (poder, respeito, fama), físicos (força, beleza), etc. De outra face, a organização comunitária define e disponibiliza meios legítimos, para alcançá-los. A distribuição dos meios nem sempre é igualitária, sendo muitas vezes impossível, em determinadas condições, o sucesso através deles.

Segundo Merton, existem cinco formas lógicas diferentes de se portar diante dos fins culturais e dos meios legítimos:

- a) **Conformismo.** Nesta hipótese, há aceitação tanto dos objetivos culturais, quanto dos meios legítimos para atingi-los. É a reação mais comum e implica no contentamento com um êxito limitado.
- b) **Ritualismo.** Aqui, não se compartilham os objetivos, mas são aceitos os meios, como fins em si mesmos. Deste modo, cumpre-se a regra pela regra, embora não se almeje nada. O exemplo de Merton são os burocratas.
- c) **Evasão.** Tanto objetivos quanto meios são rejeitados. As pessoas que reagem desta maneira vivem como verdadeiros alienígenas<sup>54</sup>. Não se identificam com a sociedade, não se importam com seus valores e nem procuram estabelecer outros. Os exemplos apontados são os mendigos e loucos.
- d) **Rebelião.** Os objetivos e os meios não são aceitos, mas são substituídos por outros. Pensa-se, portanto, em uma sociedade diferente, em que o sucesso é medido de outro modo e os meios para alcançá-los também são outros. Exemplificam-se por movimentos revolucionários, cujo mais recente exemplo é o *Occupy Wall Street*, em que milhares de pessoas se reúnem no centro financeiro da economia capitalista, com o intuito de criar uma nova organização social.

---

54. MERTON, Robert K. **Social Structure and Anomie**. Disponível em: <<http://chss2.montclair.edu/klaj-mang/Courses/SOCH100/COURSE%20DOCUMENTS/Merton%20Social%20Structure%20and%20Anomie.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2011.

*Occupy Wall Street* é um movimento de resistência sem líderes, com pessoas de variadas cores, gêneros e preferências políticas. A única coisa que nós temos em comum é que nós somos 99%, que não irão mais tolerar a ganância e a corrupção de 1%. Nós estamos usando a revolucionária tática da primavera árabe para alcançar nossas finalidades e encorajar o uso da não violência para maximizar a segurança dos participantes.

Este movimento #ows empodera pessoas reais para criarem mudanças reais de baixo para cima. Nós queremos ver uma assembleia geral em cada quintal, em cada esquina, porque nós não precisamos de *Wall Street* e não precisamos de políticos para construir uma sociedade melhor.<sup>55</sup>

- e) **Inovação.** Aceitam-se os objetivos culturais expostos, mas não os meios considerados como legítimos. Embora seja comum que as respostas de evasão e rebelião sejam enfrentadas penalmente, é a inovação que caracterizaria o típico comportamento criminoso.

Analisando com mais cuidado, porém, percebemos que a ruptura com os meios legítimos estabelecidos para alcançar de modo mais célere e intenso um objetivo cultural, representa o eixo comum entre os mais bem sucedidos e idolatrados em todas as carreiras. Isto acontece seja porque é preciso criar novos métodos e técnicas, para se sobressair, seja porque o uso de práticas proibidas fornece vantagens, na disputa com concorrentes.

Para ilustrar, note-se o que acontece no judiciário. De acordo com uma Ministra do Superior Tribunal de Justiça e Corregedora do Conselho Nacional de Justiça, o único meio de alçar os cargos mais importantes é possuir padrinhos políticos. Assim, segundo a magistrada, todos os seus ocupantes, inclusive ela, devem favores escusos a poderosos.

**A senhora quer dizer que a ascensão funcional na magistratura depende dessa troca de favores?**

O ideal seria que as promoções acontecessem por mérito. Hoje é a política que define o preenchimento de vagas nos tribunais superiores, por exemplo. Os piores magistrados terminam sendo os

---

55. Disponível em: <<http://occupywallst.org/>>. Acesso em: 30 out. 2011. Tradução livre. Texto original: *Occupy Wall Street* is leaderless resistance movement with people of many colors, genders and political persuasions. The one thing we all have in common is that We Are The 99% that will no longer tolerate the greed and corruption of the 1%. We are using the revolutionary Arab Spring tactic to achieve our ends and encourage the use of nonviolence to maximize the safety of all participants. This #ows movement empowers real people to create real change from the bottom up. We want to see a general assembly in every backyard, on every street corner because we don't need Wall Street and we don't need politicians to build a better society.

mais louvados. O ignorante, o despreparado, não cria problema com ninguém porque sabe que num embate ele levará a pior. Esse chegará ao topo do Judiciário. (...)

**Existe essa relação de subserviência da Justiça ao mundo da política?**

Para ascender na carreira, o juiz precisa dos políticos. Nos tribunais superiores, o critério é única e exclusivamente político.

**Mas a senhora, como todos os demais ministros, chegou ao STJ por meio desse mecanismo.**

Certa vez me perguntaram se eu tinha padrinhos políticos. Eu disse: “Claro, se não tivesse, não estaria aqui”. Eu sou fruto de um sistema. Para entrar num tribunal como o STJ, seu nome tem de primeiro passar pelo crivo dos ministros, depois do presidente da República e ainda do Senado. O ministro escolhido sai devendo a todo mundo.<sup>56</sup>

Na política, exemplo interessante é o consenso, entre governistas ou não, no Brasil, de que a prática ilícita do “caixa dois” em eleições é normal e feita por todos eles. Veja-se primeiramente a entrevista de um senador e líder da bancada do PSDB, principal partido de oposição:

**Senador, com toda a sua bagagem, própria e familiar na política, com tanto tempo de janela, o senhor sabe o que eu sei e o que sabe qualquer jornalista minimamente informado: todo o mundo na grande política, ou quase todo o mundo – ressalvo para não ser injusto – faz campanha usando caixa dois. Como os senhores podem se dizer espantados e surpresos com o caixa dois?**

Antes de mais nada é preciso distinguir uma coisa que é muito diferente e não é caixa dois...

**Ok, o senhor irá distinguir logo em seguida, mas antes voltamos ao caixa dois. Todo mundo, quase todo mundo faz, ou não?**

Bem... o caixa dois é uma prática corriqueira na política brasileira, prática que tem que ser banida...

**...mas que não foi banida...**

...será com o aperfeiçoamento da democracia. As prestações de contas de campanhas só surgem no pós-Collor, até então não se tinha uma cultura de eleições no país, era uma cultura maniqueísta,

---

56. SETTI, Ricardo. **Entrevista direta no figado: esta ministra deveria ser cogitada para ir ao Supremo.** Infelizmente, não está. Mas vejam sua franqueza e coragem. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/blog/ricardo-setti/politica-cia/se-voce-nao-leu-precisa-ler-essa-entrevista-incrivelmente-franca-da-nova-corregedora-do-conselho-nacional-de-justica/>>. Acesso em: 30 out. 2011.

do bem contra o mal, sendo que o mal era a ditadura e o bem eram todos os outros...<sup>57</sup>

Agora, reportagem sobre o Presidente da República na época e presidente de honra do partido governista.

(...) o presidente Luiz Inácio Lula da Silva disse que o PT tem a obrigação de fornecer à sociedade explicações convincentes para a avalanche de denúncias que tem envolvido o partido nas últimas semanas – agravadas pela admissão pública do ex-tesoureiro Delúbio Soares de que a legenda usou dinheiro não declarado à Justiça Eleitoral para financiar campanhas. Segundo Lula, “o que o PT fez, do ponto de vista eleitoral, é o que é feito no Brasil sistematicamente”.<sup>58</sup>

As competições esportivas são também uma boa fotografia, porque há identificação entre espectadores e os atletas por quem se sentem representados. Em um programa televisivo argentino, o ex-jogador Diego Maradona contou, rindo, que durante partida da Copa do Mundo de 1990, sua equipe, premeditadamente, forneceu água com calmantes a jogadores do time adversário, prejudicando o seu desempenho. Os entrevistadores não pareciam chocados. Achavam tanta graça da trapaça, quanto *el pibe*<sup>59</sup>.

Plateia e imprensa demonstram tolerância e mesmo admiração quando um jogador, desde que do seu lado, consegue quebrar as regras ludibriando a arbitragem e **vence**. Verifica-se a aceitação, não só pelo esportista, de que para obter o fim cultural (vencer), talvez seja permitido desprezar os meios legítimos (as regras, a honestidade).

Neymar tem direito de cavar faltas. As simulações, se úteis ao Peixe<sup>60</sup> e à seleção, são normais. Seriam erradas caso o atleta trocasse oportunidades de fazer gols pelo cai cai, levasse cartões amarelos ou usasse a artimanha para fugir das dívidas.

Ludibriar a arbitragem faz parte da malandragem do jogo.<sup>61</sup>

57. “Caixa dois é prática corriqueira no Brasil”. Entrevista a Bob Fernandes. Disponível em: <<http://terramagazine.terra.com.br/interna/0,,O1975955-EI6578,00.html>>. Acesso em: 30 out. 2011.

58. **Lula diz que Caixa 2 é prática comum**. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/brasil/crisenogoverno/interna/0,,O1594936-EI5297,00-Lula+diz+que+caixa+eleitoral+e+pratica+comum.html>>. Acesso em: 30 out. 2011.

59. Disponível em: <[http://www.youtube.com/watch?v=Oui\\_AqwA50Y](http://www.youtube.com/watch?v=Oui_AqwA50Y)>.

60. Quando fala Peixe, refere-se ao Santos Futebol Clube, agremiação pela qual joga o atleta citado.

61. BIRNER, Vitor. **Ceni e Neymar x Hipocrisia**. Disponível em: <<http://blogdobirner.virgula.uol.com.br/2011/09/21/ceni-e-neymar-x-hipocrisia/>>. Acesso em: 06 nov. 2011.

Há inúmeros outros bons exemplos como a forma que os Argentinos tratam o gol de mão de Maradona, na Copa do Mundo de Futebol, em 1986, ou como o filme “Pelé Eterno” fala com ternura de uma cotovelada aplicada por Pelé em um adversário, após a qual o árbitro marcou falta no brasileiro.

Com sua teoria, Merton conseguiu demonstrar que o criminoso não era uma pessoa diferente daqueles considerados cidadãos honestos. Muito menos, seria alguém pernicioso à sociedade. Ao contrário, seria alguém com potencial para alcançar posições de destaque, mas levado, pela falta de acesso a meios legítimos ao delito.

Vender droga é um negócio como qualquer outro. O fornecedor entrega o peso e, no cafofo, é feita a endolação. O trabalho de endolação é a linha de montagem do tráfico. Tão chato quanto apertar parafuso. (...)

O tráfico tem até plano de carreira! Os garotos menores começam a trabalhar como aviãozinho. Recebem uma boa grana, pra levar e trazer refrigerante, mandar recado, esse tipo de coisa. Depois, eles passam pra olheiro. Quando a polícia aparece, a pipa desce do céu e todo mundo sai saindo.

De olheiro, o cara passa pra vapor, vendendo a droga na favela. Pintou sujeira, o vapor tem que evaporar rapidinho. Soldado é um cargo mais responsa. Ele fica na contenção. Se o cara for esperto e bom de conta, pode virar gerente de boca. O gerente é o braço direito do patrão. (...)

Chovia viciado na Cidade de Deus. E dinheiro na mão do Zé Pequeno. Se o tráfico fosse legal, o Pequeno ia ser o homem do ano.<sup>62</sup>

Obviamente, a ausência de recursos está relacionada com a pobreza, mas ela por si só não seria suficiente para a escalada das infrações.

É somente quando a configuração completa é considerada, pobreza, oportunidades limitadas e um sistema compartilhado de símbolos de sucesso, que nós podemos explicar a associação entre pobreza e crime na nossa sociedade ser maior do que em outras onde a rígida estrutura de classes está associada com diferentes símbolos de realização por classe.<sup>63</sup>

A principal crítica feita à teoria de Merton é a de que ela seria incapaz de explicar a criminalidade de colarinho branco, quando, em tese, as pessoas teriam

62. CIDADE DE DEUS. Direção: Fernando Meirelles. Produção: Andréa Barata Ribeiro e Maurício Andrade Ramos. Roteiro: Bráulio Montovani. Intérpretes: Mtheus Nachtergaele, Leandro Firmino da Hora, Alexandre Rodrigues, Jonathan Haagensen, Phelipe Haagensen, Douglas Silva, Daniel Zettel e Seu Jorge. 1 DVD (130 min) O2 Filmes e Videofilmes, 2001.

63. MERTON, Robert K. **Social Structure and Anomie**. Disponível em: <<http://chss2.montclair.edu/klajmang/Courses/SOC1100/COURSE%20DOCUMENTS/Merton%20Social%20Structure%20and%20Anomie.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2011. Tradução livre. Texto original: "It is only when the full configuration is considered, poverty, limited opportunity and a commonly shared system of success symbols, that we can explain the higher association between poverty and crime in our society than in others where rigidified class structure is coupled with differential class symbols of achievement".



acesso aos meios legítimos de obtenção dos fins culturais<sup>64</sup>. Por outro lado, assim como a Escola de Chicago, a Anomia acaba por colocar sob suspeita toda a população pobre, privada de quase todos os meios legítimos.

## 6. SOCIEDADES DE ESQUINA. SUBCULTURAS DELINQUENTES

O morro é pobre e a pobreza não é vista com franqueza  
nos olhos desse pessoal intelectual.

Mas, quando alguém se inclina com vontade  
em prol da comunidade,  
jamais será marginal.

Buscando um jeito de ajudar o pobre,  
quem quiser cobrar que cobre,  
pra mim isto é muito legal.

Eu vi todo juramento, triste e chorando de dor.  
Se o sr. presenciasse chorava também, doutor...<sup>65</sup>

Conjugando as teorias da Escola de Chicago e da Anomia, entendemos que há grupos de pessoas, para os quais o êxito na busca pelas finalidades culturais é praticamente impossível. O quadro causa perplexidade e angústia, especialmente, quando existe a ideia disseminada de que vivemos em democracias, nas quais a estrutura social é flexível e o critério de ascensão é o mérito.

Retomemos a metáfora da meritocracia como pista de corridas. Idealmente, todos têm acesso livre à corrida e cada indivíduo corre na pista em competição com outros, e sua recompensa é proporcional ao esforço e habilidade. Contudo, trata-se de uma pista curiosa, pois alguns parecem começar a somente um metro da chegada enquanto outros começam bem no início da pista, aos cem metros regulamentares de distância. Certas pessoas só têm permissão para disputar uma parte da corrida – as áreas de alta performance estão fora do seu alcance; algumas pessoas – em geral as mulheres – chegam à pista de corridas cansadas depois do seu duro dia de trabalho, passando assim somente uma parte das suas vidas na pista, em vez de a vida toda. Algumas pessoas são simplesmente excluídas da pista; outras, por outro lado, não correm pois sua tarefa é entregar prêmios. Outras ainda são proprietárias da pista. Entretanto, todo mundo pode ser espectador, assistir à distribuição dos cintilantes prêmios da nossa rica sociedade.<sup>66</sup>

64. BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. Tradução: Juarez Cirino. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p.66.

65. SILVA, Bezerra. **Meu bom juiz**.

66. YOUNG, Jock. **A sociedade excludente** – Exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente. Tradução: Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p.219-220.

Diante da desigual distribuição das oportunidades que praticamente os condenam à derrota, os marginalizados teriam, segundo Merton, poucas opções: admitirem como natural a inferioridade (conformismo); romper completamente com a sociedade se isolando (rejeição) ou tentando mudá-la (rebelião); ou simplesmente buscar por meios ilícitos compensar as limitações que lhes foram impostas (inovação).

A teoria da subcultura, desenvolvida por Albert K. Cohen, na década de 1950, abre uma nova perspectiva. É possível que grupos menores, sem desprezar e pretender substituir os fins culturais aceitos por todos, criem novos objetivos, que admitam novos meios. Assim, na metáfora da corrida de J. Young, ainda que se deseje vencer o Grande Prêmio, podem surgir novas disputas internas, como quem consegue empurrar mais carros para fora da pista, quem consegue impedir o acesso a uma faixa, ou quem consegue estourar mais pneus. Para conquistar estes intentos, seria legítimo provocar batidas, bloquear vias ou jogar pregos no chão. Os troféus poderiam ser desprezíveis para alguém fora do grupo, mas importantíssimos para os seus membros.

Assim se explicariam condutas juvenis, aparentemente sem sentido, como o vandalismo e as agressões. Quando garotos, para se divertir, atearam fogo a um índio, que veio a falecer, em Brasília<sup>67</sup>, justificaram o ato por achar que se tratava de um mendigo. É um exemplo de prática caracterizada por não se voltar a fins racionais (não utilitarismo), buscar o embaraço da vítima (malvadeza) e em que se acredita não fazer nada errado (negativismo).

Cultura, para Cohen, são conhecimentos, crenças, valores, preconceitos e gostos que são tradicionais em grupos sociais e adquiridos pela participação nesses grupos. As subculturas, por sua vez, aceitam aspectos da cultura dominante, mas também expressam sentimentos e crenças exclusivos do grupo. Há outros objetivos e outros meios legítimos.

A diferença fundamental para a simples inovação é que os novos meios não são considerados reprováveis por seus praticantes<sup>68</sup>. Ao contrário, estão de

67. “Os jovens colocaram fogo em Santos quando ele dormia em um ponto de ônibus depois de uma festa do Dia do Índio. Quatro dos rapazes estão presos: Max Rogério Alves, Antonio Novely Cardoso de Vilanova, Tomás Oliveira de Almeida e Eron Chaves de Oliveira. Um adolescente, G.N.A., de 16 anos está na Delegacia do Adolescente. Eles alegaram não saber que se tratava de um índio mas de um mendigo.”

Folha online. **Morre índio atacado por adolescentes**. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fol/geral/ge21041.htm>>. Acesso em: 31 out. 2011.

68. BARATTA, Alessandro **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. Tradução: Juarez Cirino. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p.74.

“Só aparentemente está a disposição do sujeito escolher o sistema de valores ao qual adere. Em realidade, condições sociais, estruturas emecanismos de comunicação e aprendizagem determinam a pertença de

acordo com os valores aceitos. Não se trata da ausência de laços sociais, mas sim de uma estrutura social diferente e também complexa. O estudo de Whyte<sup>69</sup> sobre os rapazes da esquina do distrito de North End, Boston (chamado de Cornerville, na obra), com os quais viveu durante a pesquisa, aponta para estas conclusões.

A história de Cornerville é contada aqui em termos de sua organização, pois assim parece o lugar para as pessoas que lá vivem e atuam. Eles concebem a sociedade como uma organização hierárquica de partes intimamente entremeadas, na qual são definidas e reconhecidas as posições das pessoas e suas obrigações mútuas.<sup>70</sup>

(...)

O problema das áreas pobres e degradadas, dizem alguns, é que são comunidades extremamente desorganizadas. No caso de Cornerville, esse diagnóstico é completamente equivocado. É claro que há conflitos no distrito. Os rapazes da esquina e os rapazes formados têm diferentes padrões de comportamento e não se entendem. Há um choque entre as gerações. Com o suceder das gerações, a sociedade encontra-se em estado de fluxo – mas até esse fluxo é organizado.

O problema de Cornerville não é a falta de organização, mas o fracasso na sua própria organização social em se interconectar com a estrutura da sociedade à sua volta.

(...)

De fato, a sociedade mais abrangente premia a deslealdade a Cornerville e penaliza os que estão mais bem ajustados à vida do distrito. Ao mesmo tempo, a sociedade oferece recompensas atrativas em termos de dinheiro e posses materiais, ao homem “de sucesso”. Para a maior parte das pessoas de Cornerville, essas recompensas só estão disponíveis por meio de progressos no mundo dos gangsters e da política.<sup>71</sup>

Deste modo, é possível entender que não é nenhuma característica interior, como a maldade ou mesmo uma propensão à quebra de regras que faria com que pessoas optassem por determinados desvios. A razão pela qual as pessoas

---

indivíduos a subgrupos ou subculturas, e a transmissão aos indivíduos de valores, normas, modelos de comportamento e técnicas, mesmo ilegítimos.”

69. William Foote Whyte é, por muitos estudiosos, classificado como integrante da Escola de Chicago. De fato, ele estudou lá. Para nós, porém, suas conclusões estão muito mais próximas das subculturas delinquentes. De todo modo, a referência a ele serve como exemplo de como não há uma transição linear entre as diferentes teorias. Todas se misturam e convivem mutuamente.

70. WHITE, Willian Foote. **Sociedade de Esquina**. Tradução: Maria Lúcia de Oliveira. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005. p.273.

71. WHITE, Willian Foote. **Sociedade de Esquina**. Tradução: Maria Lúcia de Oliveira. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005. p. 276-277.

ingressam no tráfico de drogas não é a vontade de afrontar os padrões, mas sim a adequação a eles. Trata-se da mesma busca por status e respeito que move qualquer um.

Posteriormente, Cloward acrescentou às ideias de Cohen a noção de que não só os meios legítimos, mas também os ilegítimos eram distribuídos diferencialmente. As teorias das subculturas não se direcionaram apenas aos pobres. Pela primeira vez, orientaram os estudos para os crimes de colarinho branco. Edwin H. Sutherland criou a **teoria das associações diferenciais**, para explicá-los através da aprendizagem. Criticou todas as teorias baseadas em condições econômicas, psicopatológicas ou sociopatológicas, principalmente porque se baseavam sobre falsa amostra da realidade, os dados oficiais. Para ele, o delito é aprendido.

Assim, o habitante de um morro carioca teria mais oportunidades para trabalhar no varejo do tráfico de drogas que alguém de classe média. Do mesmo modo que um bacharel em direito terá mais oportunidades de subornar juízes e funcionários de cartórios, com dinheiro ou pequenos presentes, que um pedreiro ou um carpinteiro.

A criação de uma subcultura não é restrita aos considerados desviantes, mas é usual também entre os que agem para reprimi-los. Tome-se o maior fenômeno de bilheteria do cinema brasileiro, o filme *Tropa de Elite*, que aborda a política de segurança pública do Rio de Janeiro. Capitão Nascimento, personagem protagonista e narrador, descreve uma série de violências, como torturas e execuções sumárias, praticadas pelo Batalhão de Operações Especiais da Polícia Militar do Rio de Janeiro (BOPE) e não disfarça o orgulho.

Eu não sou um policial convencional. Eu sou do BOPE, da Tropa de Elite da Polícia Militar. Na teoria, a gente faz parte da Polícia Militar. Na prática, o BOPE é outra polícia. Nosso símbolo mostra o que acontece quando a gente entra na favela [o símbolo é a figura de uma caveira, cortada verticalmente por uma faca, à frente de dois revólveres cruzados em diagonal]. A nossa farda não é azul, parceiro. É preta!

(...)

Um homem com farda preta entra na favela pra matar. Nunca pra morrer.<sup>72</sup>

72. TROPA DE ELITE – Missão dada é missão cumprida. Direção: José Padilha. Produção: Marcos Prado e José Padilha. Roteiro: José Padilha, Rodrigo Pimentel e Bráulio Montovani. Intérpretes: Wagner Moura, André Ramiro, Caio Junqueira, Milhem Cortaz, Fernanda Machado, Maria Ribeiro e Fábio Lago. 1 DVD (116min) Universal Studio, 2008.

A tranquilidade com que descreve as violências que pratica mostra que é aprendido dentro do batalhão um modelo de comportamento segundo o qual matar e torturar suspeitos é aceitável e mesmo louvável. Aprende-se ainda, pelas constantes referências às favelas, que as suas armas devem ser apontadas em uma direção específica bem determinada.

Ressalte-se, todavia, que a recepção do filme pelo público põe em dúvida a caracterização da ideologia do Bope como subcultura. A magistral direção de José Padilha e a excelente interpretação do Capitão Nascimento por Wagner Moura não levaram a um questionamento sobre os abusos policiais. Ao contrário, o personagem é idolatrado e os bordões se espalharam assustadoramente. Assim, as concepções contrárias à lei, genocidas contra os pobres, talvez sejam parte disfarçada, mas pulsante, da própria cultura da sociedade brasileira.

## 7. MEU NOME NÃO É JOHNNY. *LABELING APPROACH*.

É que na profissão de ladrão  
Injustiça e preconceito  
Dá chuva pra inundação  
Para alguns fama e respeito  
Pra outros a maldição  
Pois o tamanho do roubo  
Faz a honra do ladrão.<sup>73</sup>

Há algo compartilhado entre todas as teorias apresentadas até aqui. Elas concentram as suas lentes nas pessoas caracterizadas como delinquentes. Observam os seus genes, as suas casas, os seus meios de subsistência ou os seus valores culturais. Em nenhum momento se prestou atenção nas reações aos delitos, ou mesmo na definição do que é crime. Este é o giro proposto pelo *Labeling Approach*<sup>74</sup>, cujo marco mais reconhecido é a obra *Outsiders*, de Howard S. Becker.

Os interacionistas<sup>75</sup> notam que a definição das condutas desviantes varia no tempo e no espaço. O que foi lícito ontem não é lícito hoje e vice-versa. Uma mesma prática, ainda que violenta, é tida por legítima pela sociedade em determinadas circunstâncias e ilegítima em outras. Não haveria, portanto, como buscar uma característica comum entre os desviantes, pelo fato de praticar determinadas

73. ZÉ, Tom. **Profissão de Ladrão**.

74. Também chamado de Interacionismo, ou Teoria da Rotulação Social.

75. Para simplificar, e sem disfarçar a ironia, etiquetaremos de interacionistas todos os teóricos do *Labeling Approach*, interacionismo ou Rotulação Social.

condutas. João Ubaldo Ribeiro descreveu com maestria a perplexidade pela transição das qualificações das condutas, ao longo do tempo.

Mas a sabedoria dessas questões do Bem e do Mal foi posta em evidência e sobejamente provada quando tudo começou a acontecer conforme o previsto na doutrina. Antes da Redução, a aldeia era composta de gente muito ignorante, que nem sequer tinha uma lista pequena para o Bem e para o Mal e, na realidade, nem dispunha de palavras para designar essas duas coisas tão importantes. Depois da redução, viu-se que alguns eram maus e outros eram bons, apenas antes não se sabia. Mulher má não quer ir à doutrina, quer andar nua, não quer que o padre pegue na cabeça do filho e lhe besunta a testa de banha esverdeada, dizendo palavras mágicas que podem para sempre endoidecer a criança. Feio, feio, mulher má.<sup>76</sup>

### 7.1. Status Desviante

Há casos em que, dentro da mesma sociedade, pessoas cometem determinados delitos e não são apanhadas, enquanto algumas praticam os mesmos atos e o são. (cifras ocultas ou cifras negras). Por vezes, pessoas capturadas pelo mesmo delito possuem destinos completamente distintos. Uma são condenadas e demonizadas. Outras não são nem mesmo acusadas, são absolvidas, ou recebem sanções brandas. Existem ainda situações em que alguém é acusado injustamente e já recebe o ódio da sociedade, mesmo antes do fim do processo. O que une, portanto, as pessoas consideradas criminosas não é o que fizeram ou deixaram de fazer, mas o rótulo que receberam.

Quero dizer, isto sim, que *grupos sociais criam o desvio ao fazer as regras cuja infração constitui desvio*, e ao aplicar essas regras a pessoas particulares e rotulá-las como outsiders. Desse ponto de vista, o desvio não é uma qualidade do ato que a pessoa comete, mas a consequência da aplicação por outros de regras e sanções a um “infrator”. O desviante é alguém a quem esse rótulo foi aplicado com sucesso; o comportamento desviante é aquele que as pessoas rotulam como tal.<sup>77</sup>

As teorias etiológicas (que são todas as anteriores) buscam as causas predominantes para os delitos. Procuram a fórmula para prever a prática de crimes isolando as variáveis escolhidas, seja a pobreza ou a predisposição genética. Os interacionistas sugerem que não há como isolar nenhum fator. É uma sequência

76. RIBEIRO, João Ubaldo. **Viva o Povo Brasileiro**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2007. p.37.

77. BECKER, Howard, Saul. **Outsiders: estudos de sociologia do desvio**. Tradução: Maria Luiza X. de Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008, p.21-22.

de fatos e atos que levam uma pessoa a se comportar (ou não) de forma desviante, a repetir este comportamento ou a deixar de repeti-lo.

O modelo sequencial leva ao conceito de carreira (o trânsito de uma posição a outra, dentro de um sistema) e da sua contingência (fatores que influem ou condicionam este deslocamento)<sup>78</sup>. O modo de ingressar na carreira desviante é a realização dos desvios, de modo intencional ou não.

Várias razões podem levar à estabilização da carreira, mas a principal seria o aprendizado social dos motivos e interesses desviantes<sup>79</sup>. O passo mais decisivo para estimular este passo é ser rotulado, por ser apanhado, ou por auto-definição. Assim, há a assunção de uma nova auto-imagem e uma nova identidade pública.

A partir da rotulação, a história de uma pessoa passa a ser a história do rótulo. Sua vida é interpretada retrospectivamente e o seu futuro projetado a partir deste ato. É assim que os outros a vêem. É assim que ela se vê. Perde-se a característica de jovem ou velho, de alegre ou triste, de pobre ou rico. Desaparece a criança e fica apenas o ladrão, o capitão da areia.

Mas os dois desabaram pela rua Chile, porque o guarda já estava quase junto a eles. O homem olhava meio sem compreender quando ouviu a voz do guarda.

– Lhe roubaram alguma coisa, senhor?

– Não. Por quê?

– Porque como aqueles malandrins estavam aqui junto do senhor...

– Eram duas crianças... Por sinal que uma com maravilhosa inclinação para a pintura.

– São ladrões – retrucou o guarda. – São dos Capitães da Areia.

(...)

Como não achou coisa melhor com que limpar, fez do cartão do homem um palito e o enfiou na piteira. Quando terminou, jogou o cartão na rua. Pedro Bala perguntou:

– Por que tu não guarda?

– Pra que quero? – e o Professor riu, Pedro Bala riu também e por um momento suas gargalhadas encheram a rua. Riam assim sem motivo, pelo prazer de rir.

78. BECKER, Howard, Saul. **Outsiders**: estudos de sociologia do desvio. Tradução: Maria Luiza X. de Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008, p.35.

79. BECKER, Howard, Saul. **Outsiders**: estudos de sociologia do desvio. Tradução: Maria Luiza X. de Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008, p.41.

– O homem parece que era bem capaz de ajudar a tu ser um pintor... – apanhou o cartão e leu o nome do homem. – Tu devia guardar. Quem sabe?

Professor baixou a cabeça:

– Deixa de ser besta, Bala. Tu bem sabe que do meio da gente só pode sair ladrão... Quem é que quer saber da gente? Quem? Só ladrão, só ladrão... – e sua voz se elevava, agora gritava com ódio.<sup>80</sup>

Existem, entretanto, diferentes status, com características principais e auxiliares<sup>81</sup>, que acompanham os rótulos. Isto quer dizer que cada posição social é acompanhada de traços não diretamente relacionados com ela, mas que compõem o seu estereótipo. O universitário é quem estuda em uma universidade (status principal), mas espera-se que seja branco, rico e educado (status auxiliares). O traficante de drogas é quem vende drogas ilícitas (status principal), mas espera-se que seja negro, pobre e violento (status auxiliares). Por um lado, o status principal, faz presumir a existência dos seus auxiliares. Por outro, é mais fácil ser estigmatizado com sucesso quando mais traços secundários se apresentam.

Além disto, é preciso entender que alguns status tendem a predominar sobre outros. A cor da pele, mais especificamente a preta, é um caso. Um branco, quando atinge cargos altos na política é lembrado por suas ideologias, ou suas práticas. Um negro é lembrado como o presidente negro. Um jurista branco é chamado de jurista. Um jurista negro é chamado de jurista negro, ou de moreno escuro<sup>82</sup>. Deste modo, características que, em determinadas situações, são auxiliares, em outras se tornam principais.

80. AMADO, Jorge. **Capitães da Arcia**. São Paulo: Companhia das Letras, 2008. p.141-142.

81. BECKER, Howard, Saul. **Outsiders: estudos de sociologia do desvio**. Tradução: Maria Luiza X. de Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008, p.42.

82. Neste ponto, vale lembrar a declaração de um Deputado brasileiro sobre o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Joaquim Barbosa:

“O ex-governador de Mato Grosso e deputado federal Júlio Campos (DEM-MT), em reunião da bancada do partido na Câmara, referiu-se ao ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), Joaquim Barbosa, como “moreno escuro”. Ao criticar a eficácia do foro privilegiado destinado às autoridades no país e defender a manutenção de prisão especial para autoridades, o deputado fez menção ao ministro. – Todo mundo sabe que essa história de foro privilegiado não dá em nada. O nosso amigo Ronaldo Cunha Lima precisou ter a coragem de renunciar ao cargo para não sair daqui algemado. E depois, meus amigos, você cai [sic] nas mãos daquele moreno escuro lá no Supremo, ai já viu – disse o deputado em reunião da bancada. Questionado sobre o assunto, o deputado disse ter esquecido o nome do ministro e citou-o como moreno escuro, porém sem nenhuma maldade.”

**Deputado Júlio Campos chama Ministro do STF de ‘moreno escuro’**. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/pais/mat/2011/03/22/deputado-julio-campos-chama-ministro-do-stf-de-moreno-escuro-924066964.asp>>. Acesso em: 02 nov. 2011.



A identificação como criminoso não é somente influenciada pela acusação do delito. Muitas vezes, os traços auxiliares é que são determinantes<sup>83</sup>. A análise conjunta dos filmes “Meu nome não é Johnny”, baseado na vida de João Guilherme Estrela, “Cidade de Deus”<sup>84</sup>, baseado na história de uma favela carioca, dominada pelo traficante Zé Pequeno e “Tropa de Elite”<sup>85</sup> e, principalmente as reações dos espectadores aos seus dramas, ilustram bem este fato.

João Estrela, Zé Pequeno e muitos dos inúmeros mortos e torturados pelo Capitão Nascimento, em Tropa de Elite, vendiam drogas. O primeiro era branco e de família rica. Os demais negros e pobres. João vendia drogas com a meta de “torrar um milhão de dólares” e viajava para Europa de primeira classe. Zé Pequeno e os “aviõezinhos” viviam em barracos miseráveis e usavam o comércio ilícito como meio de sobrevivência. Enquanto o público aplaudia e ria com as execuções sumárias dos “vapores” e “soldados” do morro, comovia-se e chorava com o drama da prisão de João Estrela. No seu julgamento, o homem branco e de família rica sensibiliza e consterna a juíza, considerada “mão de ferro”, ao dizer:

Aí eu abri o jornal, tinha lá minha foto. Estava escrito lá: Bandido Johnny preso. Meu nome não é Johnny. Meu nome é João. Eu não sou bandido. Não sou nenhum Pablo Escobar. (...) Não queria que minha mãe tivesse aqui ouvindo isto. Eu uso droga desde moleque e nos tempos antes de ser preso, eu estava cheirando muito. Desculpa, mãe. Eu só queria falar pra senhora o que eu estou sentindo agora. Todo mundo tem sonhos na vida. Eu também tenho meus sonhos.<sup>86</sup>

Certamente, os negros moradores das favelas têm motivos mais fortes para participar de qualquer das atividades relacionadas ao uso de cocaína, que “torrar um milhão de dólares”. Seguramente, eles também possuem mães e sonhos. No

83. YOUNG, Jock. **A sociedade excludente**: Exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente. Tradução: Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p.74.

“Mas é talvez a seletividade ou “amostragem” aumentada em relação a clientes prospectivos que se torna mais interessante. No tocante à suspeita, a polícia deixou de suspeitar de indivíduos e passou a suspeitar de categorias sociais. Por exemplo, quanto a parar e revistar: é mais efetivo suspeitar das categorias mais propensas a cometer infrações (e.g. Negros, irlandeses, homens jovens da classe operária) do que suspeitar de indivíduos.”

84. CIDADE DE DEUS. Direção: Fernando Meirelles. Produção: Andréa Barata Ribeiro e Maurício Andrade Ramos. Roteiro: Bráulio Montovani. Intérpretes: Mtheus Nachtergaele, Leandro Firmino da Hora, Alexandre Rodrigues, Jonathan Haagensen, Phelipe Haagensen, Douglas Silva, Daniel Zettel e Seu Jorge. 1 DVD (130 min) O2 Filmes e Videofilmes, 2001.

85. TROPA DE ELITE – Missão dada é missão cumprida. Direção: José Padilha. Produção: Marcos Prado e José Padilha. Roteiro: José Padilha, Rodrigo Pimentel e Bráulio Montovani. Intérpretes: Wagner Moura, André Ramiro, Caio Junqueira, Milhem Cortaz, Fernanda Machado, Maria Ribeiro e Fábio Lago. 1 DVD (116min) Universal Studio, 2008.

86. MEU NOME NÃO É JOHNNY. Direção: Mauro Lima. Produção: Mariza Leão. Roteiro: Mariza Leão e Mauro Lima. Intérpretes: Selton Mello, Cléo Pires, Júlia Lemmertz, Cássia Kiss. 1 DVD (MIN). Atitude Produções, 2008.

entanto, público e os juízes vêem neles todos os traços auxiliares do status de traficante. É por isto que a violência em Tropa de Elite e Cidade de Deus não é dramática. É por esta razão que Johnny tem mais chances de êxito ao negar o apelido relacionado ao tráfico e dizer que não é bandido. Ele consegue deixar de ser traficante e volta a ser João Estrela. Zé Pequeno pode até deixar de ser Dadinho, como era chamado antes de se tornar traficante, mas dificilmente deixaria de ser Zé Pequeno.

Quando a rotulação é eficaz, acaba por impelir os resultados que prevê. Trata-se de uma profecia auto-realizadora. “Ela põe em movimento vários mecanismos que conspiram para moldar a pessoa segundo a imagem que os outros possuem dela”<sup>87</sup>. Se alguém é identificado como criminoso, espera-se que seja ocioso, que viva entre criminosos e que volte a praticar delitos. As oportunidades de empregos lícitos e aceitação em grupos não estigmatizados são, em consequência, duramente dificultadas. Sem empregos lícitos e companhias “recomendadas”, o rotulado vive ociosamente entre criminosos e, para sobreviver, volta a delinqüir.

A consolidação da carreira desviante ocorre, segundo o interacionismo, com o ingresso em um grupo desviante. Por um lado, há a identificação e solidariedade em relação ao desvio praticado e ao tratamento recebido dos não desviantes. Facilita-se, então, que se racionalize e justifique a prática, bem como que se elejam inimigos comuns, a serem responsabilizados pelo sofrimento do grupo. Por outro lado, a troca de experiências conduz ao aprendizado de como realizar o desvio com mais perfeição, potencializando os resultados favoráveis e diminuindo os riscos.

Assim, o jovem ladrão encontra-se com ladrões mais velhos, mais experientes, que lhe explicam como se livrar da mercadoria roubada sem correr o risco de ser apanhado. Cada grupo desviante tem um grande repertório de conhecimentos desse tipo, e o novo recruta aprende rapidamente.

Assim, o desviante que ingressa num grupo desviante organizado e institucionalizado tem mais probabilidade que nunca de continuar nesse caminho. Ele aprendeu, por um lado, como evitar problemas; por outro, assimilou uma fundamentação para continuar.<sup>88</sup>

## 7.2. Criação e Imposições de Regras

Além de investigar o impacto da rotulação, os interacionistas procuram explicar como e quando as regras são feitas e impostas. Em primeiro lugar, é

87. BECKER, Howard, Saul. **Outsiders**: estudos de sociologia do desvio. Tradução: Maria Luiza X. de Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008, p.44.

88. BECKER, Howard, Saul. **Outsiders**: estudos de sociologia do desvio. Tradução: Maria Luiza X. de Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008, p.49.

preciso existir um valor, um conceito ambíguo, genérico, compartilhado por determinada parcela da sociedade. Por exemplo, a saúde. Alguém precisa convencer os demais de que existe uma situação problemática, que põe em risco aquele valor, como por exemplo, os acidentes de trânsito.

Deste valor, necessariamente amplo, podem ser extraídas regras específicas, completamente distintas, para enfrentar as situações adversas. Da necessidade de proteção à saúde, enfrentando o problema do trânsito, pode-se inferir uma regra criminalizando o ato de dirigir após o consumo de álcool, ou outra proibindo a produção de veículos com capacidade para atingir determinada velocidade. O conflito entre os incontáveis valores e as diversas regras que podem ser extraídas deles é resolvido por complexas disputas de poder entre os grupos variados.

Conformada a regra específica, ela precisa ser imposta. A aplicação de uma regra, assim como a criação, é um empreendimento<sup>89</sup> feito por pessoas e não decorrência natural de uma infração. Alguém precisa descobrir o desvio e entender que a sua apuração não será desvantajosa para si ou para a sociedade. Ainda no mesmo exemplo, existindo uma regra reprimindo a combinação de bebida e direção, pode parecer ao Estado que em determinado período do ano, a sua aplicação causará danos à economia, inibindo festas e o turismo. Diante disto, a tolerância a infrações pode ser intensificada ou reduzida, temporariamente, ou em determinado local.

Os criadores e os impositores de regras são os tipos de empreendedores morais<sup>90</sup>. Os primeiros são pessoas para quem as regras existentes são perturbadoramente insatisfatórias, no enfrentamento de determinado problema. A modificação é essencial para a salvação da coletividade e das próprias pessoas. A premissa básica é a de que eles sabem o melhor para os outros, ainda que os outros discordem. Qualquer semelhança com o discurso da prisão como tratamento não é mera coincidência.

Quando a cruzada pela nova regra é vencedora, ela é institucionalizada e surgem os impositores (polícia, promotores, juizes, diretores de unidades prisionais). Para os impositores, há dois interesses fundamentais na aplicação da regra. Primeiro, justificar a existência do seu trabalho e, segundo, manter o respeito dos outros envolvidos.

---

89. BECKER, Howard, Saul. **Outsiders**: estudos de sociologia do desvio. Tradução: Maria Luiza X. de Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008, p.129.

90. BECKER, Howard, Saul. **Outsiders**: estudos de sociologia do desvio. Tradução: Maria Luiza X. de Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008, p.153.

Para demonstrar a importância do seu ofício, o impositor precisa convencer a sociedade de que tem conseguido bons resultados, porém, por circunstâncias novas, o problema tende a se agravar, a menos que obtenha mais recursos. O discurso sobre o crime, em qualquer época da história da humanidade é exatamente igual: clamor por leis mais duras, mais punições e reforço do policiamento, sob o argumento de que a sociedade estaria se deteriorando. Não há qualquer diferença substancial entre a carta de um leitor a um jornal carioca, publicada há mais de quarenta anos, transcrita abaixo, e o senso comum dos dias de hoje.

Um fato que vem merecendo cada vez mais a atenção dos nossos governantes é o combate aos tóxicos, daí as sucessivas campanhas. Pena que isto só acontece quando ocorrem suicídios, crimes ou mortes suspeitas. O que me admira é as autoridades não terem, ainda, partido para medidas mais objetivas que poderiam reduzir em muito o consumo de drogas, principalmente entre os jovens de nossa tão deteriorada sociedade, os quais serão, um dia, dirigentes da nação.

(...)

Claro que, para o sucesso da operação dela teriam que fazer parte o abominável período de incomunicabilidade, após a prisão e o enquadramento dos culpados na Lei de Segurança Nacional, com penas bem rigorosas, já que a proliferação dos tóxicos poderá, amanhã, atentar contra ela<sup>91</sup>.

A busca pelo respeito, muitas vezes, condiciona a própria repressão mais que o próprio delito. O impositor pretende manter a superioridade dele em relação ao desviante. Qualquer tipo de contestação ou menosprezo à sua autoridade, aos seus ritos, ou à própria norma que ele impõe pode ser o fato decisivo para a seleção do rotulado, ou para a medida da reação contra ele. Desta maneira, o músico Lobão descreve o seu próprio julgamento, onde não chorou, ou falou da família, ao contrário de João Estrela.

O Meritíssimo convoca a primeira testemunha, o Ricardo, que atuou de acordo com o combinado pela estratégia de defesa: declarou ao juiz o meu suposto arrependimento. Na hora que ele começou a falar, não agüentei, foi mais forte que eu: levantei o dedo pedindo a palavra para contestar aquela afirmação: afirmei que, de forma alguma, não estava arrependido, muito pelo contrário, e não poderia admitir o Estado me tutelar. Logo de cara, percebi que o juiz não nutria muita simpatia pela minha pessoa.

(...)

E o nosso querido juiz levanta a voz e pergunta: ‘O réu está a rir de quê?’ ‘Nada, Excelência, estou muito cansado, estava meio

---

91. Jornal do Brasil, 10 de junho de 1979. Carta do leitor Sérgio Rocha, do Rio de Janeiro.

sonolento e acabei dormitando; devia estar sonhando com alguma coisa engraçada.’ E, sem transição, nosso emérito magistrado sapeca pro escrivão: ‘Corrige aí: o réu não tem má personalidade, o réu tem péssima personalidade!’ Não me contive e retruquei: ‘Puxa, pensava que isso aqui fosse um julgamento, e não um consultório psicanalítico.’ E novamente, sem transição, nosso impávido juiz dispara batendo o martelo: ‘O réu está condenado a um ano de prisão, sem direito a *sursis*.’<sup>92</sup>

A escassez de recursos e a impossibilidade de cobrir todas as infrações a todas as regras específicas levam os impositores a estabelecer prioridades entre as regras a fiscalizar. Além disto, há que se escolher o momento de agir ou de se omitir e as pessoas contra quem agir ou se omitir. São criados critérios próprios, que, às vezes, estão aquém, mas às vezes vão além dos estabelecidos.

A polícia elege o que investigar, o promotor o que acusar e o juiz o que julgar e condenar. Na escolha, entram fatores como a possibilidade de êxito nas investigações ou acusações. Esta possibilidade é influenciada pela facilidade na colheita das provas, pelas chances de as falhas probatórias serem convenientemente toleradas pelos julgadores e pela possibilidade de reação do alvo. Entram em cena os estereótipos, caracterizados pela adesão ou não dos status principais e auxiliares dos criminosos. Também são moedas do jogo o poderio econômico e político, além do acesso formal e informal aos julgadores.

Quando fui fazer a sentença, veio à cabeça uma dúvida não aventada pelas partes: se a moto foi subtraída com a intenção de apenas garantir a fuga, já que ela foi encontrada intacta e devolvida logo depois, seria justo condená-lo por isso? Não seria essa segunda pretensa subtração caso de *post factum* impunível e que não foi levantada pela defesa em razão do despreparo técnico do defensor dativo? Ou seria arrependimento eficaz?

Ainda inexperiente e inseguro, faltou coragem para rechaçar a pretensão do Ministério Público naquele momento, pois temia um possível apelo e a reforma da sentença pelo tribunal, que tinha uma linha muito dura nesses casos. Aí se deu meu erro: fui me aconselhar sobre a existência do *post factum* impunível logo com quem? Com o amigo e combativo promotor de justiça, que também chamamos de Parquet. Obviamente, como era parte na causa ele reiterou sua tese e procurou rechaçar as teses de crime continuado e de *post factum* impunível. Destacou que o acusado era reincidente e que também respondia por um furto cujo interrogatório já estava aprazado.

---

92. LOBÃO e TOGNOLLI, Cláudio. **50 anos a mil**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2010. p.313-315.

Informalmente, e sem perceber, aquele diálogo com o Parquet terminou sendo mais importante para a formação de um juízo sobre o destino da causa do que a leitura fria das razões das partes.<sup>93</sup>

Um fato que costuma gerar atrito entre os cruzados morais<sup>94</sup> criadores das regras e os impositores é quando aqueles descobrem as interferências e a seletividade destes. Nesse momento, a inércia da polícia, da justiça ou do governo é apontada como causa para a persistência do problema. Então, finalmente, florescem as teses de que temos ótimas leis, mas elas não são aplicadas.

## 8. EXECUÇÃO PENAL BRASILEIRA

Quando a lei de execuções penais (LEP)<sup>95</sup>, o elemento infraconstitucional mais importante sobre o tema, no Brasil, foi promulgada, a academia discutia outras teorias. Falava-se sobre o nascimento da nova criminologia, que abarcaria a criminologia crítica, a criminologia radical<sup>96</sup> e a criminologia cultural e estudaria, de maneira mais profunda as relações econômicas, as relações de poder<sup>97</sup> e a perspectiva do estigmatizado sobre as normas e a sua violação<sup>98</sup>.

Nenhuma daquelas escolas, relativamente recentes na época, conseguiu influenciar de modo significativo as regras que surgiam. Neste trabalho, nos limitamos a verificar como a LEP e as suas posteriores modificações e interpretações, recepcionaram as doutrinas da antiga criminologia. Assim, será possível verificar não só se temos uma legislação moderna hoje, mas se tínhamos uma legislação moderna, em 1984.

### 8.1. De Olhos Fechados. *Labeling Approach* e Execução Penal Brasileira.

O interacionismo apresentou alguns elementos chaves: a) a constatação de que o aparato penal, ao perseguir e rotular alguém como desviante, acaba por

93. TOSCANO JÚNIOR, Rosivaldo. **Nosso Rol secreto de arrependimentos**. Disponível em: <<http://www.rosivaldotoscano.com/2011/01/nosso-rol-secreto-de-arrependimentos.html>>. Acesso em: 27 nov. 2011.

94. BECKER, Howard, Saul. **Outsiders: estudos de sociologia do desvio**. Tradução: Maria Luiza X. de Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008, p.153.

95. Lei 7210 de 11 de julho de 1984.

96. SANTOS, Juarez Cirino dos. **A Criminologia Radical**. 3.ed. Curitiba: Lumen Juris, 2009.

97. FOUCAULT Michel. **Vigiar e Punir**. Tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis-RJ: Vozes, 2009.

98. LINCK, José Antônio Gerzson. Malandro quando morre vira samba: Criminologias marginais de Madame Satã a Mano Brown. In LINCK, José Antônio Gerzson; MAYORA, Marcelo; PINTO NETO, Moisés; CARVALHO, Salo. **Criminologia Cultural e Rock**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.47.

“A desvinculação entre crime e maldade era para ser um dos principais contributos da criminologia crítica para o pensamento. Tal intuito seria bastante facilitado se criminalizados participassem das teses acadêmicas, debatesses em congressos jurídicos e, ao invés ou conjuntamente aos congressistas estrangeiros, nós conseguíssemos compreender, sem tradutores, os dialetos inscritos na própria cidade em que vivemos.”

criar identidades das quais é difícil escapar; b) as instâncias de controle atendem a diversos interesses pessoais e se submetem a diversas pressões externas. Por isto, são seletivas, arbitrárias e precisam ser vistas com desconfiança.

Quando pensamos na rotulação, é impossível negar que um dos instrumentos mais eficazes para atingi-la é a prisão. É um ambiente rigidamente controlado, com horários e atividades determinadas por carcereiros e diretores, no qual é lembrada a diferença entre os internos e os que estão do lado de fora, a cada instante. A comunicação com o meio externo é limitada, punida e até criminalizada. Vinte e quatro horas por dia, o preso é lembrado de que é apenas isto, um preso, um sentenciado, um reeducando, ou qualquer desses rótulos pretensamente eufemísticos.

Apesar disto, nossa execução penal é amplamente centralizada na prisão. Mesmo nos momentos em que permite determinada abertura, ou arrefecimento das restrições dos contatos externos, o rótulo é lembrado e até estendido a terceiros. Pensemos nas visitas, que são autorizadas, porém, sujeitas a revistas vexatórias, com procedimentos invasivos, degradantes<sup>99</sup> e inúmeros constrangimentos.

O fato é que embora a regulamentação do ingresso e visita aos familiares nos estabelecimentos penais estabeleça que a revista não exporá o revistado a constrangimento, não é esta a realidade verificada nas unidades prisionais do país. Thaís Lemos Duarte em estudo sobre procedimentos de revistas íntimas realizadas no Sistema Penitenciário do Estado do Rio de Janeiro identificou que durante revistas íntimas aos mencionados estabelecimentos mulheres devem se despir, ficando nuas diante das agentes penitenciárias. Via de regra, elas devem levantar e abaixar três vezes, primeiro de frente e depois de costas.(...) Em outros presídios, as mulheres precisam ficar com o tronco para baixo, abrir suas partes íntimas com as mãos e soprar uma garrafa plástica.<sup>100</sup>

As saídas temporárias<sup>101</sup> são acompanhadas de restrições de cunho moralista, fixadas em lei, como a proibição de freqüentar bares e casas noturnas. Na

---

99. LEAL, César Barros. **Execução Penal na América Latina à Luz dos Direitos Humanos**. Viagem pelos caminhos da dor. Curitiba: Juruá, 2009. p.247.

100. VENÂNCIO, Firmiane. Princípio da Intranscendência da Pena e o Modelo Penal Vigorante. In XIMENES, Rafson Saraiva; PRADO, Daniel Nicory do (Coord.). **Redesenhando a Execução Penal: a superação da lógica dos benefícios**. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2010. p.100.

101. Lei 7210/84, artigo 124.

Art. 124. A autorização será concedida por prazo não superior a 7 (sete) dias, podendo ser renovada por mais 4 (quatro) vezes durante o ano.

§ 1º Ao conceder a saída temporária, o juiz imporá ao beneficiário as seguintes condições, entre outras que entender compatíveis com as circunstâncias do caso e a situação pessoal do condenado: (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010)

I – fornecimento do endereço onde reside a família a ser visitada ou onde poderá ser encontrado durante o gozo do benefício; (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010)

progressão para o regime aberto, as mesmas vedações são repetidas pelos juízes, embora não haja previsão legal expressa<sup>102</sup>. Note-se que são atividades de lazer lícitas, praticadas exaustivamente pelos não rotulados, inclusive julgadores e legisladores, sem que isto os coloque em situação de suspeita.

Mesmo as penas tidas como alternativas à prisão não conseguem fugir das grades. Elas nunca puderam diminuir o índice de encarceramento, como reconhecem as pesquisas<sup>103</sup>. Uma das razões é que, ao invés de simplesmente diminuir as punições, atingem condutas que não seriam punidas inicialmente com a cadeia, por absoluta desproporcionalidade. Constituem-se, assim, um sistema complementar e não diverso<sup>104</sup>.

De outra parte, sua aplicação gira sempre em torno da possibilidade da conversão na privação de liberdade. O condenado percebe que, na verdade, a sua realidade é a daquelas pessoas encarceradas. Embora como o seu defensor, o promotor, ou o juiz, ele não esteja atrás das grades, basta que falte ao trabalho para que ser encarcerado. Sua condição livre é, portanto, nitidamente precária<sup>105</sup>.

---

II – recolhimento à residência visitada, no período noturno; (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010)

III – proibição de frequentar bares, casas noturnas e estabelecimentos congêneres. (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010)

§ 2º Quando se tratar de frequência a curso profissionalizante, de instrução de ensino médio ou superior, o tempo de saída será o necessário para o cumprimento das atividades discentes. (Renumerado do parágrafo único pela Lei nº 12.258, de 2010)

§ 3º Nos demais casos, as autorizações de saída somente poderão ser concedidas com prazo mínimo de 45 (quarenta e cinco) dias de intervalo entre uma e outra. (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010)

102. Lei 7210/84, artigo 115.

Art. 115. O Juiz poderá estabelecer condições especiais para a concessão de regime aberto, sem prejuízo das seguintes condições gerais e obrigatórias:

I – permanecer no local que for designado, durante o repouso e nos dias de folga;

II – sair para o trabalho e retornar, nos horários fixados;

III – não se ausentar da cidade onde reside, sem autorização judicial;

IV – comparecer a Juízo, para informar e justificar as suas atividades, quando for determinado.

103. Ministério da Justiça. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMID598A-21D892E444B5943A0AEE5DB94226PTBRNN.htm>>. Acesso em: 28 nov. 2011.

104. PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. **Teoria da Execução Penal**: uma introdução crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 117.

“A hipótese explicativa mais convincente é aquela segundo a qual o sistema de penas e medidas ‘extra-cárcere’ e as possibilidades de se evitar o processo acabam por constituir um sistema complementar, e não substitutivo, da pena privativa de liberdade, com o efeito de não produzir a redução da população carcerária mas, bem pelo contrário, configurar mais punição.”

105. Lei 7210/84, artigo 181.

Art. 181. A pena restritiva de direitos será convertida em privativa de liberdade nas hipóteses e na forma do artigo 45 e seus incisos do Código Penal.

§ 1º A pena de prestação de serviços à comunidade será convertida quando o condenado:

a) não for encontrado por estar em lugar incerto e não sabido, ou desatender a intimação por edital;

b) não comparecer, injustificadamente, à entidade ou programa em que deva prestar serviço;

c) recusar-se, injustificadamente, a prestar o serviço que lhe foi imposto;



Positivou-se, no sistema penal brasileiro, a possibilidade da aplicação de penas e medidas alternativas sempre com a sombra da privação da liberdade. Tem-se uma visão atinente às penas e às medidas alternativas como componentes de um sistema que apresenta a pena de prisão como principal mecanismo sancionador, devendo tudo que for alternativo vir maculado pelo “benefício” da não prisão.<sup>106</sup>

Em 2010, foi introduzida modificação legislativa, apresentada como meio de descarceirização, por instituir o monitoramento eletrônico. Trata-se o uso de pulseiras ou tornozeleiras, que permitem o rastreamento por satélite e a comunicação instantânea. O monitoramento eletrônico tem o inconveniente de explicitar publicamente o estigma do crime. A despeito disto, seria, em tese, um mal menor do que a permanência na prisão.

Contrariando a hipotética intenção de substituir a prisão pelas pulseiras, contudo, o nosso legislador previu o seu uso apenas em situações nas quais o preso já estaria na rua: as saídas temporárias, para o regime semi-aberto e a prisão domiciliar<sup>107</sup>. Não se criou nenhuma nova possibilidade de saída do cárcere, mas se acrescentou um elemento estigmatizante às situações de relativa liberdade<sup>108</sup>.

Em relação à necessária desconfiança sobre as instâncias de controle penal, a legislação infraconstitucional também não dá grandes passos. Todo e qualquer direito a ser conquistado pelo preso depende do atestado de conduta,

---

d) praticar falta grave;

e) sofrer condenação por outro crime à pena privativa de liberdade, cuja execução não tenha sido suspensa.

§ 2º A pena de limitação de fim de semana será convertida quando o condenado não comparecer ao estabelecimento designado para o cumprimento da pena, recusar-se a exercer a atividade determinada pelo Juiz ou se ocorrer qualquer das hipóteses das letras “a”, “d” e “e” do parágrafo anterior.

§ 3º A pena de interdição temporária de direitos será convertida quando o condenado exercer, injustificadamente, o direito interditado ou se ocorrer qualquer das hipóteses das letras “a” e “e”, do § 1º, deste artigo.

106. SOUZA Bethania Ferreira de. *Penas e Medidas Alternativas. Redução do Aprisionamento ou Expansão Punitiva*. In XIMENES, Rafson Saraiva; PRADO, Daniel Nicory do (Coord.). **Redesenhando a Execução Penal**: a superação da lógica dos benefícios. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2010. p.200.

107. Lei 7210/84, art.146-B.

Art. 146-B. O juiz poderá definir a fiscalização por meio da monitoração eletrônica quando: (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010)

I – (VETADO); (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010)

II – autorizar a saída temporária no regime semiaberto; (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010)

III – (VETADO); (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010)

IV – determinar a prisão domiciliar; (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010)

V – (VETADO); (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010)

Parágrafo único. (VETADO). (Incluído pela Lei nº 12.258, de 2010)

108. SILVA, José Adaumir Arruda da; SILVA NETO, Arthur Corrêa da. **Execução Penal**: novos rumos, novos paradigmas. Manaus: Aufero, 2012. p.119.

fornecido pelo diretor da unidade, que concentra um grande poder de definir o conceito e controlar o tempo de produção do documento<sup>109</sup>.

Ampliando este poder, as faltas graves previstas pela Lei de Execuções Penais são permeadas de conceitos abertos, polissêmicos e autoritários, que podem ser preenchidos livremente pelos acusadores<sup>110</sup>. São infrações, por exemplo, desobedecer ou ser desrespeitoso com os agentes, não executar as tarefas e ordens recebidas ou incitar movimento para subverter a ordem e a disciplina<sup>111</sup>.

No inciso I temos a previsão de que comete falta grave o condenado que *incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina*. Note-se que a amplitude da expressão “subverter a ordem ou a disciplina” é tamanha que, no fundo, qualquer fato contraditório poderia, pela via da argumentação, ser considerado falta grave.<sup>112</sup>

As faltas médias e leves são definidas pelos Estados e apresentam resultados ainda piores. Na Bahia, considera-se falta média “praticar atos que perturbem a ordem nas ocasiões de descanso, de trabalho ou de reuniões”<sup>113</sup>, ou “divulgar notícia que possa perturbar a ordem e a disciplina”<sup>114</sup>. No Rio Grande do Sul, é

109. CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p.226.

“A quantidade de óbices aos direitos dos presos em decorrência das sanções administrativas leva a afirmar que o sistema de penalidades disciplinares, regulados inquisitorialmente pela LEP, constitui sistema sancionatório autônomo e adicional à pena imposta na sentença condenatória.”

110. ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Direito e Prática Histórica da Execução Penal no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 2005. p.143.

“A amplitude semântica proporcionada pela descrição típica do artigo 50 da LEP é indubitavelmente um fator de desestabilização das garantias dos reclusos. Isto porque as decisões disciplinares no interior das instituições totais são desprovidas de predeterminações regulamentares e, quando o são, apresentam-se de forma ambígua e lacunar, ampliando o arbítrio do corpo administrativo.”

111. Lei 7210/84, art.39.

Art. 39. Constituem deveres do condenado:

I – comportamento disciplinado e cumprimento fiel da sentença;

II – obediência ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se;

III – urbanidade e respeito no trato com os demais condenados;

IV – conduta oposta aos movimentos individuais ou coletivos de fuga ou de subversão à ordem ou à disciplina;

V – execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas;

VI – submissão à sanção disciplinar imposta;

VII – indenização à vítima ou aos seus sucessores;

VIII – indenização ao Estado, quando possível, das despesas realizadas com a sua manutenção, mediante desconto proporcional da remuneração do trabalho;

IX – higiene pessoal e asseio da cela ou alojamento;

X – conservação dos objetos de uso pessoal.

Parágrafo único. Aplica-se ao preso provisório, no que couber, o disposto neste artigo.

112. SCHIMIDT, Andrei Zenkner. **Direitos, A Crise da Legalidade na Execução Penal**. In CARVALHO, Salo de (Coord.). **Crítica à Execução Penal**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p.46.

113. BAHIA. Decreto 12447/2010, artigo 80, II.

114. BAHIA. Decreto 12447/2010, artigo 80, XIII.

infração demonstrar desleixo na execução de tarefas ou descuidar-se da higiene pessoal<sup>115</sup>. A discricionariedade das autoridades é imensurável.

O exemplo maior da absoluta falta de desconfiança em relação às instâncias de controle está na falta grave prevista no artigo 52 da LEP.

Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da ordem ou disciplina internas, sujeita o preso provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado (...).<sup>116</sup>

Além dos conceitos abertos de subversão da ordem e disciplina interna, para justificar o regime disciplinar diferenciado, o dispositivo condiciona a existência da falta à “prática de fato definido como crime”. A maioria da doutrina e quase a unanimidade da jurisprudência concluíram que para constatar a existência do fato não é preciso aguardar o julgamento, mas é suficiente a prisão em flagrante, ou a abertura de inquérito.

Não se referindo a lei a “condenação”, mas à “prática de fato previsto como crime”, a aplicação da sanção disciplinar independe de que o fato ainda esteja sendo objeto de investigação ou ação penal, devendo apenas ser obedecidos a lei e o regulamento referentes ao procedimento disciplinar para que a sanção seja imposta.<sup>117</sup>

Em um Estado de Direito, com garantias mínimas, só podemos afirmar que um crime foi praticado por alguém, após haver condenação transitada em julgado. Para a maioria, porém, bastaria à polícia dizer que houve um delito, para se presumir a culpa do acusado. Não seria preciso haver uma acusação formal, direito de defesa ou julgamento. Nesta assustadora cegueira em relação à presunção de inocência, se existe algum grau de desconfiança, é difícil imaginar a liberdade que se daria caso houvesse confiança.

É escasso o aprendizado pela LEP dos ensinamentos do *labeling approach*. Mas, neste ponto, é preciso advertir que a observação da Constituição levaria ao reconhecimento da nulidade das normas aqui citadas. Esta análise da lei maior, para a lei menor, porém, raramente é feita. Nossos julgadores têm preferido interpretar a Carta Magna à luz da LEP e não o contrário.

## 8.2. Sociedades de Cativos. Subculturas e Execução Penal Brasileira

As teorias das subculturas, em síntese, falam de grupos menores que, sem desprezar os objetivos culturais da sociedade mais ampla, estabelecem metas

115. RIO GRANDE DO SUL. Decreto 46.534/2009, artigo 13.

116. Lei 7210/84, artigo 52.

117. MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução penal**: Comentários à lei 7210 de 11-7-1984. 11 ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas. p.148.

diferentes, que admitem como legítimos meios rechaçados pelos demais. Descrevem também a distribuição diferencial não só dos meios legítimos, mas também dos ilegítimos e ainda falam das associações diferenciais que propiciam o aprendizado de condutas ilícitas.

Novamente, o nosso modelo punitivo baseado na prisão, é incompatível com essas assertivas. Com a segregação, desaparece qualquer opção à criação de laços sociais entre os segregados, que além de se encontrarem na mesma situação, possuem um inimigo comum: o Estado que os pune. Nesta micro-sociedade, a sociedade dos cativos<sup>118</sup>, surgirão novas regras internas, novos valores.

De fato, como pode pretender a prisão ressocializar o criminoso quando ela o isola do convívio com a sociedade e o incapacita, por esta forma, para as práticas de sociabilidade? Como pode pretender reintegrá-lo ao convívio social quando é a própria prisão que o impele para a “sociedade dos cativos”, onde a prática do crime valoriza o indivíduo e o torna respeitável para a massa carcerária?<sup>119</sup>

O cativo tem acesso a novos meios para cometer crimes e possui um campo amplo de aprendizagem e troca de experiências. Além disto, conhece as normas da prisão e os meios de conviver melhor com elas. Os que obtêm mais êxito nesse aprendizado, tornam-se líderes das celas, dos pavilhões ou da unidade inteira. Assim, conseguem ditar, ou liderar a nova ordem, estabelecendo e até positivando normas de condutas. Um exemplo é a “Cartilha Ordem e Progresso”, elaborada e impressa pelos internos da Penitenciária Lemos Brito, em Salvador.

Como qualquer código oficial, o documento publicado pela comissão usa o tom jurídico para estabelecer as regras. A diferença são os termos utilizados nos tópicos. Nas leis da cadeia não há artigos, mas “Obediências”. Em cada uma está prevista uma punição, como a que é direcionada para os presos que “subtraírem” pertencentes de outros detentos. “(...) para continuar a conviver em nossa comunidade, prestará serviços de faxineiro na varrição do pátio e orar um Pai-nosso, ou pregar os joelhos no chão”.

Entre outras coisas, a cartilha traz regras de etiqueta para os dias de visitação, prevê punições severas para agiotagem e   implacável com os presos que mantiverem relações amorosas com ex-mulheres e familiares dos colegas.

Em alguns momentos, o código parece ensinar ao Estado a melhor forma de ressocializar o contingente carcerário. “O princípio básico do alicerce humano reside na educação”. Uma das regras deixa

118. SYKES, Gresham M. **The Society of Captives: a Study of a Maximum Security Prison**. Princetown: Princetown University, 2007. Original publicado em 1958.

119. COELHO, Edmundo Campos. **A Oficina do Diabo** e outros estudos sobre criminalidade. Rio de Janeiro: Record, 2005. p.32.

claro que os presos querem impor quais detentos devem permanecer em cada módulo. A punição para quem faltar a “Obediência III” é a retirada do preso do convívio dos demais, o que significaria a sua transferência. “O direito de defesa será dado ao acusado na possível primeira falta. Na reincidência, deixará automaticamente o nosso convívio”.<sup>120</sup>

Obviamente, as normas já existiam e eram aplicadas antes de serem transpostas para o papel. No caso mencionado, o documento foi apresentado a todas as autoridades, semanas antes de descoberto pela imprensa. A administração prisional teve a honestidade de reconhecer que era natural a existência de lideranças e negociações dentro das prisões.

A disciplina, a segurança e a relativa tranqüilidade nas prisões dependem fundamentalmente da disposição da massa carcerária em cooperar. E como têm mostrado vários estudos, não há cooperação sem negociação; e negociação não se faz sem lideranças dentro da massa carcerária. A idéia de que a autoridade legal, isto é, o próprio Estado através de seus funcionários, se veja constrangida a negociar com foras-da-lei as regras de aplicação da própria lei pode parecer um outro absurdo. Mas trata-se simplesmente de mais um dos dilemas inscritos na natureza das prisões: o poder total – ou à primeira vista, total – da administração não tem como fugir à negociação e transigência. A alternativa quase sempre será um nível de violência e repressão que nenhuma sociedade poderá tolerar.<sup>121</sup>

### 8.3. Da Inovação ao Conformismo. Anomia e Execução Penal Brasileira

Para a teoria da anomia, os crimes derivariam, principalmente, da discrepância entre os fins culturais e acesso aos meios legítimos para alcançá-los. Sendo assim, haveria apenas dois modos de lidar com a questão: reduzir os fins ou ampliar os meios.

A segunda alternativa é aparentemente levada em conta pela nossa execução penal, pois em diversos momentos, a LEP se refere à obrigação do Estado em fornecer cursos profissionalizantes e ensino de 1º grau<sup>122</sup>. O trabalho prisional

120. Disponível em: <[http://www.alemnoticia.com.br/ultimas\\_noticias.php?codnoticia=399](http://www.alemnoticia.com.br/ultimas_noticias.php?codnoticia=399)>. Acesso em: 23 nov. 2011.

121. COELHO, Edmundo Campos. **A Oficina do Diabo e outros estudos sobre criminalidade**. Rio de Janeiro: Record, 2005. p.36.

122. Lei 7210/84. Arts. 17, 18 e 19.

Art. 17. A assistência educacional compreenderá a instrução escolar e a formação profissional do preso e do internado.

Art. 18. O ensino de 1º grau será obrigatório, integrando-se no sistema escolar da Unidade Federativa.

Art. 19. O ensino profissional será ministrado em nível de iniciação ou de aperfeiçoamento técnico.

Parágrafo único. A mulher condenada terá ensino profissional adequado à sua condição.

(também obrigação do Estado) tem finalidade educativa<sup>123</sup>. Como estímulo à participação dos presos nestas atividades, ainda oferece a remição da pena pelo trabalho e, desde 2011, pelo estudo<sup>124</sup>.

A observação mais atenta da lei e da sua interpretação e aplicação, porém, permite que se desfaça o engano. O ensino de 1º grau, ainda que fosse de excelente qualidade, não seria apto a preparar ninguém para almejar ocupações lícitas que permitissem o acesso aos fins culturais. O jurista Gerivaldo Neiva, comentando convênio celebrado entre o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e a Federação das Indústrias de São Paulo (FIESP)<sup>125</sup>, constatou que, segundo dados do Ministério da Justiça<sup>126</sup>, 75, 35% da população carcerária brasileira possuía, no máximo, este nível educacional.

O problema é que o mercado, mesmo para a construção civil mais pesada, anda a reclamar da qualidade da mão-de-obra nacional.

123. Lei 7210/84. Art.28.

Art. 28. O trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva.

§ 1º Aplicam-se à organização e aos métodos de trabalho as precauções relativas à segurança e à higiene.

§ 2º O trabalho do preso não está sujeito ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho.

124. Lei 7210/84. Art.126.

Art. 126. O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena. (Redação dada pela Lei nº 12.433, de 2011).

§ 1º A contagem de tempo referida no *caput* será feita à razão de: (Redação dada pela Lei nº 12.433, de 2011)  
I – 1 (um) dia de pena a cada 12 (doze) horas de frequência escolar – atividade de ensino fundamental, médio, inclusive profissionalizante, ou superior, ou ainda de requalificação profissional – divididas, no mínimo, em 3 (três) dias; (Incluído pela Lei nº 12.433, de 2011)

II – 1 (um) dia de pena a cada 3 (três) dias de trabalho. (Incluído pela Lei nº 12.433, de 2011)

§ 2º As atividades de estudo a que se refere o § 1º deste artigo poderão ser desenvolvidas de forma presencial ou por metodologia de ensino a distância e deverão ser certificadas pelas autoridades educacionais competentes dos cursos frequentados. (Redação dada pela Lei nº 12.433, de 2011)

§ 3º Para fins de cumulação dos casos de remição, as horas diárias de trabalho e de estudo serão definidas de forma a se compatibilizarem. (Redação dada pela Lei nº 12.433, de 2011)

§ 4º O preso impossibilitado, por acidente, de prosseguir no trabalho ou nos estudos continuará a beneficiar-se com a remição. (Incluído pela Lei nº 12.433, de 2011)

§ 5º O tempo a remir em função das horas de estudo será acrescido de 1/3 (um terço) no caso de conclusão do ensino fundamental, médio ou superior durante o cumprimento da pena, desde que certificada pelo órgão competente do sistema de educação. (Incluído pela Lei nº 12.433, de 2011)

§ 6º O condenado que cumpre pena em regime aberto ou semiaberto e o que usufrui liberdade condicional poderão remir, pela frequência a curso de ensino regular ou de educação profissional, parte do tempo de execução da pena ou do período de prova, observado o disposto no inciso I do § 1º deste artigo. (Incluído pela Lei nº 12.433, de 2011)

§ 7º O disposto neste artigo aplica-se às hipóteses de prisão cautelar. (Incluído pela Lei nº 12.433, de 2011)

§ 8º A remição será declarada pelo juiz da execução, ouvidos o Ministério Público e a defesa. (Incluído pela Lei nº 12.433, de 2011)

125. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/15684-encontro-do-comecar-de-novo-tem-inicio-nes-ta-segunda-5-em-sp>>. Acesso em: 23 nov. 2011.

126. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRNN.htm>>. Acesso em: 23 nov. 2011.

Sendo assim, o que o mercado e a sociedade têm a oferecer para 93,27% da população carcerária deste país, que mal sabem assinar o nome, além da reincidência? Aliás, não é mera coincidência que o percentual de reincidência (70% segundo o Ministro Peluso) seja parecido com o percentual de detentos que apenas “*desenham o nome*” (75,35%, segundo o Infopen)<sup>127</sup>.

A oferta de cursos profissionalizantes também padece do mesmo defeito. Não basta ter uma profissão, para ter acesso aos fins culturais. É necessário que esta carreira ofereça vantagens materiais e imateriais suficientes, para a aquisição dos bens desejados. Uma propaganda do mesmo convênio entre Conselho Nacional de Justiça e FIESP dá uma ideia de que ocupações são oferecidas, pois o vídeo começa com uma placa anunciando vagas para servente, pedreiro, carpinteiro e pintor<sup>128</sup>.

É sabido que as ofertas não são muito diferentes daquelas. São cursos de costura, para as mulheres e de trabalhos braçais para os homens. Nenhuma das atividades permite muitas perspectivas de sucesso no nosso capitalismo. É evidente que não foi a impossibilidade de trabalhar como pedreiro que levou aquelas pessoas a delinquir. Retomando a classificação de Merton, continuará existindo a inacessibilidade aos fins culturais, pelos meios legítimos.

Isso me leva a perguntar: será o problema do criminoso um *déficit* de socialização? Ou será ele apenas mais um numa sociedade em que os vínculos éticos estão destruídos? Nesse caso, que modelos propor a ele a fim de “transformá-lo”, como desejam os ressocializadores? O do “bom trabalhador”? Mas esse “bom trabalhador” é mesmo alguém valorizado e desejado nessa sociedade? Tenho minhas dúvidas se falta socialização ao criminoso ou, ao contrário, *sobra*.<sup>129</sup>

A remição da pena, que é o fruto específico do trabalho e do estudo prisional é um instituto absolutamente precário. Ao cometer uma falta grave o preso perde até 1/3 dos dias remidos<sup>130</sup>. Por um lado, ofende-se o princípio da coisa julgada, já que pena remida é pena cumprida<sup>131</sup> e, deste modo, a sanção pela falta

---

127. NEIVA, Gerivaldo. **Como se começa de novo sem nunca ter começado antes?** Comentários sobre o Programa Começar de Novo, do CNJ. Disponível em: <<http://www.gerivaldoneiva.com/2011/09/como-se-comeca-de-novo-sem-nunca-ter.html>>. Acesso em: 23 nov. 011.

128. Disponível em: <[http://www.youtube.com/watch?v=pWN\\_H\\_si4nQ](http://www.youtube.com/watch?v=pWN_H_si4nQ)>. Acesso em: 23 nov. 2011.

129. PINTO NETO, Moysés. Hiperssocializados. Disponível em: <<http://moysespintoneto.wordpress.com/2011/09/14/hiperssocializados/>>. Acesso em: 23 nov. 2011.

130. Lei 7210/84, Art 127.

Até 2011, quando foi promulgada a lei 12433, a perda era total.

131. Lei 7210/84, Art. 128.

equivaleria uma nova pena<sup>132</sup>. Por outro lado, retira-se o que foi conquistado pelo trabalho<sup>133</sup> ou estudo, em razão de fato que muitas vezes não tem qualquer relação com eles.

Punir este preso – disciplinado no trabalho, indisciplinado no Pavilhão – com a perda dos dias remidos significa não reconhecer o seu mérito por ter respeitado as normas da instituição total num determinado espaço, pois o privará dos frutos da atividade exercida nesse espaço em que teve bom comportamento.<sup>134</sup>

Apesar de instituir o trabalho prisional como dever e direito do preso, parece que apenas a primeira modalidade é levada a sério. O ofício foi pensado primordialmente como punição, uma vez que o parágrafo segundo do artigo 28 da LEP exclui os presos do regime celetista. Eles não têm direito a férias, a 13º salário, a repouso remunerado e nem sequer ao salário mínimo<sup>135</sup>. A Constituição Federal<sup>136</sup> garante a todos os trabalhadores, sem excepcionar os que estão presos<sup>137</sup>, aqueles direitos<sup>138</sup>. Praticamente todos os juízes, promotores e, neste ponto, a grande maioria dos defensores públicos aceitam passiva e acriticamente a prevalência da LEP em relação à Carta Magna também nesta situação.

Se os presos não têm direitos trabalhistas, como o “salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais

132. BRITO, Alexsandro Couto de. **Execução Penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p.251.

A doutrina insiste que a remição não pode ser considerada como simples abatimento dos dias trabalhados mas como **pena efetivamente cumprida** pelo sentenciado. Sendo assim, não nos parece correto desconsiderar este período diante do cometimento de falta, o que seria absolutamente contraditório àquela definição, pois a pena efetivamente cumprida não pode ser reconsiderada para ser novamente cumprida. O condenado estaria cumprindo duas vezes a mesma pena.

133. CHIES, Luiz Antonio Borges. Prisão: Tempo, Trabalho e Remição. Reflexões Motivadas pela Inconstitucionalidade do Artigo 127 da LEP e outros Tópicos Revisitados. In CARVALHO, Salo de (Coord.). **Crítica à Execução Penal**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p.546.

Com efeito, e o que é agravado pela realidade concreta do sistema penitenciário brasileiro, o conteúdo do artigo 127 da LEP encontra insanável vício, uma vez que afeta a segurança contratual daquela que pode se considerar como a principal contraprestação devida ao apenado trabalhador, na relação que estabelece com o Estado.

134. PRADO, Daniel Nicory. Perda dos dias remidos e o princípio da proporcionalidade. In XIMENES, Rafson Saraiva; PRADO, Daniel Nicory do (Coord.). **Redesenhando a Execução Penal: a superação da lógica dos benefícios**. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2010. p.183.

135. Lei 7210/84. Art. 29

Art. 29. O trabalho do preso será remunerado, mediante prévia tabela, não podendo ser inferior a 3/4 (três quartos) do salário mínimo.

136. Constituição Federal. Art.7º.

137. ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Ensaio sobre uma Execução penal mais racional e redutora de danos. In **Ideias para a construção de uma Execução Penal mais democrática**. Rio de Janeiro: NUSPEN, Defensoria Pública do Rio de Janeiro, 2010. p.34.

138. SCHIMIDT, Andrei Zenkner. Direitos, Deveres e Disciplina na Execução Penal. In CARVALHO, Salo de (Coord.). **Crítica à Execução Penal**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p.236.



básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo”, é forçoso concluir que não são considerados trabalhadores.

De fato, quem é obrigado a trabalhar e, mais que isto, a trabalhar recebendo apenas uma pequena ajuda de custo não é empregado. É cativo, ou se preferir, escravo. Definitivamente, escravos não têm condições de atingir os fins culturais aceitos pela sociedade. Com a oferta de ensino primário, cursos profissionalizantes subalternos, trabalhos precários e mais assemelhados à escravidão, talvez seja mais correto imaginar que a proposta da nossa execução penal, no sentido mertoniano, seja a simples transformação de pobres inovadores em pobres subalternos conformados.

#### **8.4. Pobreza, a Falta Grave. Escola de Chicago e Execução Penal Brasileira**

A Escola de Chicago associou a criminalidade à desorganização social e à degradação dos ambientes. Trouxe como principal inconveniente a associação da delinqüência à pobreza. Uma execução penal de acordo com aquelas ideias teria necessariamente que prever formas de atuação nas comunidades de onde vêm os apenados, de modo a fornecer saúde, saneamento básico, limpeza, moradia digna, etc. Obviamente, nossas leis não prevêm nada disto.

Para produzir os efeitos colaterais, porém, temos dispositivos bastante eficientes. Embora seja prevista na LEP a assistência social<sup>139</sup>, a especificação das suas atividades esclarece que a função primordial é avaliar e julgar o preso<sup>140</sup>. Assim, os assistentes sociais terminam sendo obrigados a utilizar todo o seu tempo para descrever as condições de moradia, ou estruturação da família.

---

139. Lei 7210/84. Art.22.

Art. 22. A assistência social tem por finalidade amparar o preso e o internado e prepará-los para o retorno à liberdade.

140. Lei 7210/84. Artigo 23.

Art. 23. Incumbe ao serviço de assistência social:

I – conhecer os resultados dos diagnósticos ou exames;

II – relatar, por escrito, ao Diretor do estabelecimento, os problemas e as dificuldades enfrentadas pelo assistido;

III – acompanhar o resultado das permissões de saídas e das saídas temporárias;

IV – promover, no estabelecimento, pelos meios disponíveis, a recreação;

V – promover a orientação do assistido, na fase final do cumprimento da pena, e do liberando, de modo a facilitar o seu retorno à liberdade;

VI – providenciar a obtenção de documentos, dos benefícios da Previdência Social e do seguro por acidente no trabalho;

VII – orientar e amparar, quando necessário, a família do preso, do internado e da vítima.

Os dados obtidos não são usados como ponto de partida para uma atuação estatal firme nas localidades. Servem apenas como indícios de impossibilidade de obtenção de direitos que concedem parcelas de liberdade, como a progressão de regime, ou o livramento condicional. Passa a existir uma inconstitucional presunção de culpa de futuros delitos, a partir das condições sócio-econômicas degradadas.

Desperdiçando o potencial dos assistentes sociais, a redação original da LEP e a interpretação francamente inconstitucional que se faz dela e das suas alterações invertem a sua função social e transformam o seu trabalho em mero instrumento de criminalização da pobreza.

Aos assistentes sociais diante desta realidade, cabe ocupar campo profissional, com responsabilidade ética e política, colaborando com as transformações necessárias, inserindo, como salienta Iamamoto (1992), “o novo fazer profissional”, que para tanto, necessita negar a base tradicional e conservadora, afirmando um novo perfil técnico, não mais um agente subalterno ou apenas executivo, mas um profissional competente técnica, teórica e politicamente.<sup>141</sup>

### 8.5. É somente Requestrar e Usar. Positivismo e Execução Penal Brasileira

Para Lombroso e os seus seguidores, a sanção deveria ser um tratamento médico, psicológico e social, visando à cura do crime. Os presos deviam ser separados e a pena medida de acordo com a sua personalidade e a sua periculosidade. Seriam necessárias, então, diversas avaliações, para verificar as respostas aos métodos de cura, determinando a quantidade e a intensidade do castigo.

Se a influência das outras escolas foi mínima, ou teve aplicação distorcida, o mesmo não se pode dizer do positivismo. É evidente, porém, que após o fortalecimento dos direitos humanos e, principalmente, dos movimentos de minorias, como os índios, negros e as mulheres, o discurso precisava ser temperado<sup>142</sup>. Não era mais possível falar em seres atávicos. Ainda assim, o objetivo primordial da

141. TORRES, Andrea Almeida. A Lei de Execução Penal e as Atribuições do Serviço Social no Sistema Penitenciário: Conservadorismo pela via da “Desassistência” Social. In CARVALHO, Salo de (Coord.). **Crítica à Execução Penal**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p.202-203.

142. ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas**. A perda de legitimidade do sistema penal. Tradução: Vânia Romano Pedrosa e Almir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.p.43.

“Desde o final da última guerra mundial – e apesar dos tardios surtos racistas, como o boliviano e alguns outros – o discurso criminológico moderou suas expressões abertamente racistas, mantendo-se numa linha “etiológica” que, apesar de pretensamente mais “científica”, não oculta, de forma alguma da sua raiz positivista e periculosista.”

pena, segundo a motivação dos proponentes, é o tratamento, como se vê na exposição de motivos da LEP, por exemplo, nos itens 07<sup>143</sup>, 37 e 39<sup>144</sup>.

37. Trata-se, portanto, de individualizar a observação como meio prático de identificar o tratamento penal adequado, em contraste com a perspectiva massificante e segregadora, responsável pela avaliação feita “*através das grades: ‘olhando’ para um delinqüente por fora de sua natureza e distante de sua condição humana*”.<sup>145</sup>

A expressão é repetida na lei de execuções penais, quando fala que na guia de recolhimento, documento indispensável à abertura do processo executivo, devem estar presentes todas as peças do processo de conhecimento indispensáveis para o adequado tratamento penitenciário<sup>146</sup>.

143. Mensagem 242 de 1983 (Do Poder Executivo). Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal.

“7. Foi essa a posição que sustentamos no Relatório da Comissão Parlamentar de inquérito instituída em 1975 na Câmara dos Deputados para apurar a situação penitenciária do País. Acentuávamos, ali, que a doutrina evoluiu no sentido da constitucionalidade de um diploma federal regulador da execução, alijando, assim, argumentos impugnadores da iniciativa da União para legislar sobre as regras jurídicas fundamentais do regime penitenciário. Com efeito, se a etapa de cumprimento das penas ou medidas de segurança não se dissocia do Direito Penal, sendo, ao contrário, o esteio central de seu sistema, não há como sustentar a idéia de um Código Penal unitário e leis de regulamentos regionais de execução penal. Uma lei específica e abrangente atenderá a todos os problemas relacionados com a execução penal, equacionando matérias pertinentes aos organismos administrativos, à intervenção jurisdicional e, sobretudo, ao tratamento penal em suas diversas fases e estágios, demarcando, assim, os limites penais de segurança. Retirárá, em suma, a execução penal do hiato de legalidade em que se encontra (**Diário do Congresso Nacional**, Suplemento ao n. 61, de 04.06.1976, p. 9).”

144. Mensagem 242 de 1983 (Do Poder Executivo). Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal

“39. No Relatório da CPI do Sistema Penitenciário acentuamos que “*a ação educativa individualizada ou a individualização da pena sobre a personalidade, requisito inafastável para a eficiência do tratamento penal, é obstaculizada na quase totalidade do sistema penitenciário brasileiro pela superlotação carcerária, que impede a classificação dos prisioneiros em grupo e sua conseqüente distribuição por estabelecimentos distintos, onde se concretize o tratamento adequado*”... “*Tem, pois, esta singularidade o que entre nós se denomina sistema penitenciário: constitui-se de uma rede de prisões destinadas ao confinamento do recluso, caracterizadas pela ausência de qualquer tipo de tratamento penal e penitenciárias entre as quais há esforços sistematizados no sentido da reeducação do delinqüente. Singularidade, esta, vincada por característica extremamente discriminatória: a minoria ínfima da população carcerária, recolhida a instituições penitenciárias, tem assistência clínica, psiquiátrica e psicológica nas diversas fases da execução da pena, tem cela individual, trabalho e estudo, pratica esportes e tem recreação. A grande maioria, porém, vive confinada em celas, sem trabalho, sem estudos, sem qualquer assistência no sentido da ressocialização*” (**Diário do Congresso Nacional**, Suplemento ao n. 61, de 04.06.1976, p. 2).”

145. Mensagem 242 de 1983 (Do Poder Executivo). Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal.

146. Lei 7210/84. Art. 106

Art. 106. A guia de recolhimento, extraída pelo escrivão, que a rubricará em todas as folhas e a assinará com o Juiz, será remetida à autoridade administrativa incumbida da execução e conterá:

- I – o nome do condenado;
- II – a sua qualificação civil e o número do registro geral no órgão oficial de identificação;
- III – o inteiro teor da denúncia e da sentença condenatória, bem como certidão do trânsito em julgado;
- IV – a informação sobre os antecedentes e o grau de instrução;
- V – a data da terminação da pena;
- VI – **outras peças do processo reputadas indispensáveis ao adequado tratamento penitenciário.**

Os exames de personalidade<sup>147</sup> para classificar os presos são obrigatórios<sup>148</sup>. Assim, como fez Lombroso, são apresentados como modo de humanizar a pena<sup>149</sup>. Da classificação, devem participar médicos psiquiatras e psicólogos<sup>150</sup>, além de “chefes de serviço” e assistentes sociais. A presença dos profissionais de saúde, ao lado dos de segurança evidencia a busca de uma causa etiológica interna para a prática do delito.

Sabe-se que os mais perversos modelos de controle social punitivo são aqueles que fundem o discurso do direito com o discurso da psiquiatria, ou seja, que regridem aos modelos positivistas de coalizão conceitual do jurídico com a criminologia naturalista. O sonho da medição da periculosidade, forjado no interior do paradigma criminológico positivista (etiológico), encontra guarida nesse sistema. Assim, retomando conceitos como *propensão* ao delito, causas da delinqüência e personalidade voltada para o crime, o discurso etiológico se reproduzia, condicionando o ato judicial ao exame clínico-criminológico – “psicólogos, psiquiatras, pedagogos, médicos e assistentes sociais trabalham em seus pareceres, estudos de caso e diagnósticos, da maneira mais acrítica, com as mesmas categorias utilizadas na introdução das idéias de Lombroso no Brasil”.<sup>151</sup>

147. BARATTA, Alessandro **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. Tradução: Juarez Cirino. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p.39.

“O desenvolvimento da escola positiva levará, portanto, através de Grispigni, a acentuar as características do delito como elemento sintomático da personalidade do autor, dirigindo-se sobre tal elemento a pesquisa para o tratamento adequado.”

148. Lei 7210/84. Art. 5º.

Art. 5º Os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e **personalidade**, para orientar a individualização da execução penal.

149. Mensagem 242 de 1983 (Do Poder Executivo). Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal

“26. A classificação dos condenados é requisito fundamental para demarcar o início da execução científica das penas privativas da liberdade e da medida de segurança detentiva. Além de constituir a efetivação de antiga norma geral do regime penitenciário, a classificação é o desdobramento lógico do princípio da personalidade da pena, inserido entre os direitos e garantias constitucionais. A exigência dogmática da proporcionalidade da pena está igualmente atendida no processo de classificação, de modo que a cada sentenciado, conhecida a sua personalidade e analisado o fato cometido, corresponda o tratamento penitenciário adequado.

27. Reduzir-se-á a mera falácia o princípio da individualização da pena, com todas as proclamações otimistas sobre a recuperação social, se não for efetuado o exame de personalidade no início da execução, como fator determinante do tipo de tratamento penal, e se não forem registradas as mutações de comportamento ocorridas no itinerário da execução.”

150. Lei 7210/84. Art. 7º.

Art. 7º A Comissão Técnica de Classificação, existente em cada estabelecimento, será presidida pelo diretor e composta, no mínimo, por 2 (dois) chefes de serviço, 1 (um) psiquiatra, 1 (um) psicólogo e 1 (um) assistente social, quando se tratar de condenado à pena privativa de liberdade.

151. CARVALHO, Salo de. O (Novo) Papel dos “Criminólogos” na Execução Penal: As Alterações Estabelecidas pela Lei 10792/2003. In CARVALHO, Salo de (Coord.). **Crítica à Execução Penal**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p.162.

Mas não é só no início do processo que avaliações etiológicas estão presentes. Para obter livramentos condicionais e progressões de regime não é raro que o preso necessite se submeter a avaliações psicológicas destinadas a apontar se está preparado para receber alguma parcela da liberdade<sup>152</sup>. A exposição de motivos deixa clara a finalidade de estudar a inteligência (os criminosos, para Lombroso, são selvagens), a vida afetiva (os criminosos, para Lombroso, são desprovidos de sentimentos e depravados) e os princípios morais (os criminosos, para Lombroso, são degenerados).

31. A gravidade do fato delituoso ou as condições pessoais do agente, determinante da execução em regime fechado, aconselham o exame criminológico, que se orientará no sentido de conhecer a inteligência, a vida afetiva e os princípios morais do preso, para determinar a sua inserção no grupo com o qual conviverá no curso da execução da pena.<sup>153</sup>

Embora a LEP tente diferenciar exames de personalidade de exames criminológicos, eles são solicitados pelo Ministério Público e determinados pelos magistrados, indistintamente, como exames criminológicos, avaliações psicológicas ou avaliações psico-sociais. Para quem tem dúvidas quanto à natureza positivista, basta ver na exposição de motivos a referência direta. O exame criminológico, declaradamente, atende aos reclames dos “pioneiros da criminologia”. O pioneiro que pretendia estudar a inteligência, os valores morais e a vida afetiva do preso, tem nome e sobrenome, por mais que isto envergonhe e ofenda alguns juristas. Chama-se Cesare Lombroso.

34. O Projeto distingue o exame criminológico do exame da personalidade como a espécie do gênero. **O primeiro parte do binômio delito-delinquente, numa interação de causa e efeito, tendo como objetivo a investigação médica, psicológica e social, como o reclamavam os pioneiros da Criminologia.** O segundo consiste no inquérito sobre o agente para além do crime cometido. Constitui tarefa exigida em todo o curso do procedimento criminal e não apenas elemento característico da execução da pena ou da medida de segurança. Diferem também quanto ao método esses dois tipos de análise, sendo o exame de personalidade submetido a esquemas técnicos de maior profundidade nos campos morfológico, funcional

152. FOUCAUT, Michel. **Vigiar e Punir**: nascimento da prisão. Tradução: Rachel Ramallete. 36. ed. Petrópolis-RJ: Vozes, 2009. p.23.

“O laudo Psiquiátrico, mas de maneira mais geral a antropologia criminal e o discurso repisante da criminologia, encontram aí uma de suas funções precisas: introduzindo solenemente as infrações no campo dos objetos susceptíveis de um conhecimento científico, dar aos mecanismos da punição legal um poder justificável não mais simplesmente sobre as infrações, mas sobre aquilo que eles são, serão, ou possam ser.”

153. Mensagem 242 de 1983 (Do Poder Executivo). Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal.

e psíquico, como recomendam os mais prestigiados especialistas, entre eles DI TULLIO (**Principi di criminologia generale e clinica**. 5. ed. Roma, p. 213 e ss.).

35. O exame criminológico e o dossiê de personalidade constituem pontos de conexão necessários entre a Criminologia e o Direito Penal, particularmente sob as perspectivas de causalidade e da prevenção do delito.<sup>154</sup>

Para a progressão ao regime aberto, além de exigir que o preso esteja trabalhando, ou comprove a possibilidade de fazê-lo imediatamente (como espécie de prova de que está regenerado), a LEP determina que ele apresente **“pelos seus antecedentes ou pelo resultado dos exames a que foi submetido, fundados indícios de que irá ajustar-se, com autodisciplina e senso de responsabilidade, ao novo regime”**.<sup>155</sup> Tratam-se, entretanto, de exigências tão flagrantemente inconstitucionais que poucos as aplicam.

Outra inconstitucionalidade gritante relacionada à matéria, mas quase não reconhecida pelos julgadores, está na definição dos requisitos para o livramento condicional, feitas pelo código penal. Demanda-se a comprovação de condições pessoais que façam presumir que não voltará a delinquir<sup>156</sup>. Exatamente como desejavam os positivistas, as condições pessoais afastam a presunção de

154. Mensagem 242 de 1983 (Do Poder Executivo). Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal.

155. Lei 7210/84. Art. 114.

Art. 114. Somente poderá ingressar no regime aberto o condenado que:

I – estiver trabalhando ou comprovar a possibilidade de fazê-lo imediatamente;

II – apresentar, pelos seus antecedentes ou pelo resultado dos exames a que foi submetido, fundados indícios de que irá ajustar-se, com autodisciplina e senso de responsabilidade, ao novo regime.

156. Decreto Lei 2848/1940. Art. 83.

Art. 83 – O juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I – cumprida mais de um terço da pena se o condenado não for reincidente em crime doloso e tiver bons antecedentes; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II – cumprida mais da metade se o condenado for reincidente em crime doloso; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

III – comprovado comportamento satisfatório durante a execução da pena, bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído e aptidão para prover à própria subsistência mediante trabalho honesto; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

IV – tenha reparado, salvo efetiva impossibilidade de fazê-lo, o dano causado pela infração; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

V – cumprido mais de dois terços da pena, nos casos de condenação por crime hediondo, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e terrorismo, se o apenado não for reincidente específico em crimes dessa natureza. (Incluído pela Lei nº 8.072, de 25.7.1990)

Parágrafo único – Para o condenado por crime doloso, cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, a concessão do livramento ficará também subordinada à constatação de condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinquir. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

inocência e inauguram a presunção de culpa prévia dos selvagens que não responderam bem ao tratamento.

Saliente-se que lei posterior afastou a exigência dessas avaliações<sup>157</sup>, modificando o artigo 112 da LEP e estabelecendo como requisitos para a progressão de regime apenas a boa conduta e o tempo<sup>158</sup>. Isto não foi, contudo, suficiente para afastá-las da prática cotidiana, pois contra os considerados inimigos e perigosos a legalidade e as regras sobre os conflitos de normas no tempo são relativizadas<sup>159</sup>.

Os exames são realizados por psicólogos. Curiosamente, a sua instância máxima afirma incessantemente que eles não devem ser realizados. O Conselho Federal de Psicologia apresentou moção de repúdio às avaliações criminológicas, justamente porque amparadas em traços pessoalizados e baseados em busca de periculosidade, que as tornariam violadoras dos Direitos Humanos.<sup>160</sup> A resposta dos juristas foi ignorá-lo e editar súmula vinculante defendendo a sua prática<sup>161</sup>.

---

157. Lei 10.792/2003.

158. Lei 7210/84. Art. 112

Art. 112. A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 2003)

§ 1º A decisão será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 2003)

§ 2º Idêntico procedimento será adotado na concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas, respeitados os prazos previstos nas normas vigentes. (Incluído pela Lei nº 10.792, de 2003)

159. KARAM, Maria Lúcia. *Disciplina do Livramento Condicional no Ordenamento Jurídico-Penal Brasileiro e Violações a Direitos Fundamentais*. In MARCHI JUNIOR, Antonio de Padova; PINTO, Felipe Martins (Coord.). **Execução Penal**. Constatações, Críticas, Alternativas e Utopias. Curitiba: Juruá, 2008. p.172.

“A insistência da jurisprudência dominante em considerar a progressão ao livramento condicional a uma discricionária decisão do juiz sobre a realização de “um exame criminológico”, que não só agora está ausente da lei, mas cuja anterior previsão foi afastada pela lei nova, é assustador exemplo de total descompromisso com os postulados do Estado de direito democrático, de total descompromisso com o primado dos princípios e normas garantidores de direitos fundamentais assentados nas declarações universais de direitos e na Constituição Federal brasileira, como, de resto, em todas as Constituições democráticas.”

160. Moção contra Exame Criminológico. Disponível em: <[http://www.pol.org.br/pol/cms/pol/noticias/noticia\\_081125\\_003.html](http://www.pol.org.br/pol/cms/pol/noticias/noticia_081125_003.html)>

“Seu uso reifica discursos que sustentam a compreensão do conflito a partir de uma suposta natureza perigosa amparada em traços pessoalizados e não a partir de uma relação dialética entre indivíduo e produções sócio-históricas. A prática do exame criminológico tem reduzido as possibilidades de atuação dos profissionais que atuam na área das assistências previstas nas legislações brasileiras referentes à população carcerária, ferindo em muitas ocasiões os direitos humanos e impedindo tais profissionais de atender às reais necessidades das pessoas presas na perspectiva de sua reintegração social.”

161. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante 26.

“Súmula Vinculante 26

Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crimehediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico.”

O Conselho Federal de Psicologia, então, editou resolução 09/2010, em que considerava a prática daquelas avaliações como violação da ética profissional<sup>162</sup>. Psicólogos passaram a se recusar a fazer os laudos. A resposta dos juristas não foi refletir se os exames teriam valor técnico ou ético. Desta vez, também não se limitaram a ignorá-los. Simplesmente, começaram a ameaçar os psicólogos de prisão por desobediência e constrangeram o CFP a suspender e posteriormente revogar aquela resolução<sup>163</sup>. Parece que o apego ao que Lombroso propôs como revolução científica tem mais relação com a fé e a conveniência que com a ciência.

A teoria psicanalítica, assim como qualquer outra teoria psicológica que conheçamos, não nos autoriza a fazer previsões sobre o comportamento ou sobre a saúde ou a doença. Através da reconstrução do passado, tal como ele ficou inscrito na memória e nas vivências peculiares de alguém, pode-se lançar alguma luz sobre a natureza de seus conflitos atuais. A psicanálise é sempre retrospectiva. O passado para elucidar o presente. E o futuro continua pertencendo a Deus...<sup>164</sup>

162. CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. **Resolução 009/2010**. Disponível em: <<http://www.pol.org.br/pol/cms/pol/legislacao/resolucao/#>>. Acesso em: 25 nov. 2011.

“Art. 4º. Em relação à elaboração de documentos escritos:

Conforme indicado nos Art. 6º e 112º da Lei nº 10.792/2003 (que alterou a Lei nº 7.210/1984), é vedado ao psicólogo que atua nos estabelecimentos prisionais realizar exame criminológico e participar de ações e/ou decisões que envolvam práticas de caráter punitivo e disciplinar, bem como documento escrito oriundo da avaliação psicológica com fins de subsidiar decisão judicial durante a execução da pena do sentenciado;

O psicólogo, respaldado pela Lei nº 10792/2003, em sua atividade no sistema prisional somente deverá realizar atividades avaliativas com vistas à individualização da pena quando do ingresso do apenado no sistema prisional. Quando houver determinação judicial, o psicólogo deve explicitar os limites éticos de sua atuação ao juízo e poderá elaborar uma declaração conforme o Parágrafo Único.

Parágrafo Único. A declaração é um documento objetivo, informativo e resumido, com foco na análise contextual da situação vivenciada pelo sujeito na instituição e nos projetos terapêuticos por ele experienciados durante a execução da pena.

Art. 5º. Na atuação com outros segmentos ou áreas, o psicólogo deverá:

Visar à reconstrução de laços comunitários, sociais e familiares no atendimento a egressos e familiares daqueles que ainda estão em privação de liberdade;

Atentar para os limites que se impõem à realização de atendimentos a colegas de trabalho, sendo seu dever apontar a incompatibilidade de papéis ao ser convocado a assumir tal responsabilidade.

Art. 6º. Toda e qualquer atividade psicológica no sistema prisional deverá seguir os itens determinados nesta resolução.

Parágrafo Único – A não observância da presente norma constitui falta ético-disciplinar, passível de capitulação nos dispositivos referentes ao exercício profissional do Código de Ética Profissional do Psicólogo, sem prejuízo de outros que possam ser arguidos.”

163. CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. Resolução 012/2011. Disponível em: <<http://www.pol.org.br/pol/cms/pol/legislacao/resolucao/#>>. Acesso em: 25 nov. 2011.

164. RAUTER, Cristina. **Criminologia e Subjetividade no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p.90.



A persistência e a força dos conceitos de periculosidade e personalidade criminosa são também bastante utilizadas para preencher os vazios das expressões vagas que descrevem faltas e deveres dos presos. Presume-se o erro de quem aparenta ser perigoso.

Deste modo, como desejavam os positivistas, é a resposta ao tratamento que determina se uma pessoa pode ou não passar de um regime mais grave para um mais brando. É a resposta ao tratamento que determina se uma pessoa pode alcançar a liberdade condicional, deixando o cárcere. Caso persistam problemas de personalidade, caso não tenha se provado a ressocialização, caso não tenha havido a cura, os métodos são aplicados por mais tempo, ou com mais rigor. Não há dúvidas, Lombroso venceu.

É somente requestrar  
E usar,  
Porque é made, made, made, made in Brazil.  
Porque é made, made, made, made in Brazil.<sup>165</sup>

## 9. CONCLUSÃO

Embora seja possível vislumbrar traços de todas as teorias estudadas aqui, na Lei de Execução Penal, é com o positivismo que ela demonstra maior sintonia. Em relação às outras, além de mais escassa a formalização de suas ideias, os seus efeitos colaterais, especialmente referentes à criminalização da pobreza, são muito mais presentes que as suas essências.

A LEP, de fato, não é respeitada em alguns pontos pelos poderes judiciário e executivo. É correto dizer, neste sentido, que ela não vale nada. Mas, ainda que fosse integralmente cumprida, reproduziria um modelo elitista, médico, etiológico. Para quem não concorda com as teses lombrosianas, ela continuaria a não valer nada, mas agora no sentido de que é nociva e atrasada.

Mais importante que clamar pelo respeito à LEP é pedir o respeito à Constituição Federal, como limitadora da punição e controladora da própria lei 7210/84. Além disto, é necessário buscar a desconstrução dos mitos que giram em torno dela, como o do seu caráter avançado e humano. Talvez a consciência da ideologia penal vigorante no Brasil, com todas as consequências racistas e opressoras que a acompanham, permita uma postura de enfrentamento real do nosso sanguíneo sistema penal.

---

165. ZÉ, Tom. **Parque Industrial**.

## 10. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALÉM DA NOTÍCIA. <[http://www.alemdanoticia.com.br/ultimas\\_noticias.php?codnoticia=399](http://www.alemdanoticia.com.br/ultimas_noticias.php?codnoticia=399)>. Acesso em: 23 nov. 2011.
- AMADO, Jorge. **Capitães da Areia**. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.
- BAHIA. **Decreto 12447/2010**.
- BARATTA, Alessandro **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia/Revan, 2002.
- BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis Ganhos Fáceis**. Drogas e Juventude Pobre no Rio de Janeiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.
- \_\_\_\_\_. **O Alemão é mais complexo**. Disponível em: <<http://www.fazendomedia.com/o-alemao-e-mais-complexo/>>. Acesso em: 29 out. 2011.
- BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: Martin Claret, 2002.
- BECKER, Howard, Saul. **Outsiders**: estudos de sociologia do desvio. Tradução: Maria Luiza X. de Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.
- BIRNER, Vitor. **Ceni e Neymar x Hipocrisia**. Disponível em: <<http://blogdobirner.virgula.uol.com.br/2011/09/21/ceni-e-neymar-x-hipocrisia/>>. Acesso em: 06 nov. 2011.
- BRASIL. **Decreto Lei 2848/1940**.
- \_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. **Notas Taquigráficas. 07 de maio de 2009**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/internet/sitaqweb/TextoHTML.asp?etapa=3&nuSessao=096.3.53.O%20%20%20%20%20&nuQuarto=29&nuOrador=1&nuInsercao=0&dtHorarioQuarto=09:56&sgFaseSessao=BC%20%20%20%20%20%20%20&Data=07/05/2009&txApelido=JO%3%83O%20CAMPOS&txFaseSessao=Breves%20Comunica%C3%A7%C3%B5es%20%20%20%20%20%20%20%20%20&dtHoraQuarto=09:56&txEtapa=Com%20reda%C3%A7%C3%A3o%20final>>. Acesso em: 27 nov. 2011.
- \_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. **23 de março de 2011. Notas taquigráficas**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/internet/sitaqweb/TextoHTML.asp?etapa=3&nuSessao=047.1.54.O&nuQuarto=41&nuOrador=1&nuInsercao=0&dtHorarioQuarto=18:20&sgFaseSessao=OD%20%20%20%20%20%20%20%20%20&Data=23/03/2011-&txApelido=DELEGADO%20WALDIR>>. Acesso em: 27 nov. 2011.
- \_\_\_\_\_. **Constituição Federal**.
- \_\_\_\_\_. **Lei 7210 de 11 de julho de 1984**.
- \_\_\_\_\_. **Lei 10.792/2003**.
- \_\_\_\_\_. **Mensagem 242 de 1983** (Do Poder Executivo). Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal.

\_\_\_\_\_. Ministério da Justiça. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJ-D574E9CEITEMID598A21D892E444B5943A0AEE5DB94226PTBRNN.htm>>. Acesso em: 28 nov. 2011.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante 26**.

BRITO, Alexis Couto de. **Execução Penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

CARLOS, Antonio. **Justiça Penal**. Disponível em: <<http://www.jornalpequeno.com.br/2009/8/31/Pagina120749.htm>>. Acesso em: 27 nov. 2011.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

\_\_\_\_\_. O (Novo) Papel dos “Criminólogos” na Execução Penal: As Alterações Estabelecidas pela Lei 10792/2003. *In Crítica à Execução Penal*. 2. ed. CARVALHO, Salo de (Coord.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

\_\_\_\_\_. **Pena e Garantias**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CASAGRANDE, Ferdinando. **O Mapa da Batalha entre polícia e traficantes pelo controle da favela**. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/infograficos/batalha-no-rio/>>. Acesso em: 29 out. 2011.

CASTRO, Lola Anyar de. **Criminologia da Libertação**. Tradução: Sylvia Moretzohn. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

CHIES, Luiz Antonio Borges. Prisão: Tempo, Trabalho e Remição. Reflexões Motivadas pela Inconstitucionalidade do Artigo 127 da LEP e outros Tópicos Revisitados. *In CARVALHO, Salo de (Coord.). Crítica à Execução Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CIDADE DE DEUS. Direção: Fernando Meirelles. Produção: Andréa Barata Ribeiro e Maurício Andrade Ramos. Roteiro: Bráulio Montovani. Intérpretes: Matheus Nachtergaele, Leandro Firmino da Hora, Alexandre Rodrigues, Jonathan Haagensen, Phelipe Haagensen, Douglas Silva, Daniel Zettel e Seu Jorge. 1 DVD (130 min.) O2 Filmes e Videofilmes, 2001.

CNJ. <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/15684-encontro-do-comecar-de-novo-tem-inicio-nesta-segunda-5-em-sp>>. Acesso em: 23 nov. 2011.

COELHO, Edmundo Campos. **A Oficina do Diabo e outros estudos sobre criminalidade**. Rio de Janeiro: Record, 2005.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. **Resolução 009/2010**. Disponível em: <<http://www.pol.org.br/pol/cms/pol/legislacao/resolucao/#>>. Acesso em: 25 nov. 2011.

\_\_\_\_\_. Resolução 012/2011. Disponível em: <<http://www.pol.org.br/pol/cms/pol/legislacao/resolucao/#>>. Acesso em: 25 nov. 2011.

DANTAS, Dorgival. Solteirões do Forró. **Você não vale nada**.

- DIAS, Jorge Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa Andrade. **Criminologia**. O Homem Delinqüente e a Sociedade Criminógena. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.
- DIREITO VOCÊ. <<http://www.direitoce.com.br/colunistas/4/coluna/49242/1er.html>>. Acesso em: 27 nov. 2011.
- FOLHA ONLINE. **Morre índio atacado por adolescentes**. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fol/geral/ge21041.htm>>. Acesso em: 31 out. 2011.
- FOUCAULT Michel. **Vigiar e Punir**. Tradução: Raquel Ramallete. Petrópolis-RJ: Vozes, 2009.
- G1. **Cabral defende aborto contra violência no Rio de Janeiro**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/Noticias/Politica/0,,MUL155710-5601,00-CABRAL+DEFENDE+ABORTO+CONTRA+VIOLENCIA+NO+RIO+DE+JANEIRO.html>>. Acesso em: 22 nov. 2011.
- GAZETA DO POVO. <<http://www.gazetadopovo.com.br/economia/conteudo.phtml?id=932164>>. Acesso em: 28 out. 2011.
- HOLANDA, Chico Buarque de. **O meu Guri**.
- JAKOBS, Günter. **Direito Penal do Inimigo**. 2. ed. Organização e Introdução: Luiz Moreira e Eugênio Pacelli de Oliveira. Tradução: Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- JORNAL DO BRASIL, 10 de junho de 1979. Carta do leitor Sérgio Rocha, do Rio de Janeiro.
- KARAM, Maria Lúcia. Disciplina do Livramento Condicional no Ordenamento Jurídico-Penal Brasileiro e Violações a Direitos Fundamentais. In MARCHI JUNIOR, Antonio de Padova; PINTO, Felipe Martins (Coord.). **Execução Penal**. Constatações, Críticas, Alternativas e Utopias. Curitiba: Juruá, 2008.
- LINCK, José Antônio Gerzson. Malandro quando morre vira samba: Criminologias marginais de Madame Satã a Mano Brown. In LINCK, José Antônio Gerzson; MAYORA, Marcelo; PINTO NETO, Moisés; CARVALHO, Salo. **Criminologia Cultural e Rock**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- LEAL, César Barros. **Execução Penal na América Latina à Luz dos Direitos Humanos**. Viagem pelos caminhos da dor. Curitiba: Juruá, 2009.
- LOBÃO e TOGNOLLI, Cláudio. **50 anos a mil**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2010.
- LOMBROSO, Cesare. **O homem delinqüente**. 1. reimpressão. Tradução: Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 2010.
- MARTÍN, Luis Gracia. **Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do direito penal e para a crítica do discurso de resistência**. Tradução: Érika Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

- MERTON, Robert K. **Social Structure and Anomie**. Disponível em: <<http://chss2.monclair.edu/klajmang/Courses/SOCI100/COURSE%20DOCUMENTS/Merton%20Social%20Structure%20and%20Anomie.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2011.
- MEU NOME NÃO É JOHNNY. Direção: Mauro Lima. Produção: Mariza Leão. Roteiro: Mariza Leão e Mauro Lima. Intérpretes: Selton Mello, Cléo Pires, Júlia Lemmertz, Cássia Kiss. 1 DVD (MIN). Atitude Produções, 2008.
- MÍDIA MAX. <<http://www.midiamax.com.br/impressao.php?id=96842>>. Acesso em: 27 nov. 2011.
- MINAS EDITORA. <<http://www.minaseditora.net.br/index.php/noticias/detalhes/8/11>>. Acesso em: 27 nov. 2011.
- MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. <<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRNN.htm>>. Acesso em: 23 nov. 2011.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução penal**: Comentários à lei 7210 de 11-7-1984. 11 ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas.
- NEIVA, Gerivaldo. **Como se começa de novo sem nunca ter começado antes?** Comentários sobre o Programa Começar de Novo, do CNJ. Disponível em: <<http://www.gerivaldoneiva.com/2011/09/como-se-comeca-de-novo-sem-nunca-ter.html>>. Acesso em: 23 nov. 2011.
- NOTICIEI. <<http://www.noticiei.com/mural/index.php?PageNo=42>>. Acesso em: 27 nov. 2011.
- OCCUPY WALL ST. <<http://occupywallst.org/>>. Acesso em: 30 out. 2011. Tradução livre.
- O GLOBO. **Deputado Júlio Campos chama Ministro do STF de ‘moreno escuro’**. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/pais/mat/2011/03/22/deputado-julio-campos-chama-ministro-do-stf-de-moreno-escuro-924066964.asp>>. Acesso em: 02 nov. 2011.
- OLMO, Rosa del. **A América Latina e sua criminologia**. Tradução: Francisco Eduardo Pizzolante e Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: Revan, 2004.
- ONU. **World Drug Report 2011**. Disponível em: <[http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/WDR2011/World\\_Drug\\_Report\\_2011\\_ebook.pdf](http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/WDR2011/World_Drug_Report_2011_ebook.pdf)>. Acesso em: 30 out. 2011.
- PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. **Teoria da Execução Penal**: uma introdução crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- PINTO NETO, Moysés. Hiperssocializados. Disponível em: <<http://moysespintoneto.wordpress.com/2011/09/14/hiperssocializados/>>. Acesso em: 23 nov. 2011.
- PRADO, Daniel Nicory. **Autos da Barca do Inferno**. O discurso narrativo dos participantes da prisão em flagrante. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2010.

- \_\_\_\_\_. Perda dos dias remidos e o princípio da proporcionalidade. In XIMENES, Rafson Saraiva; PRADO, Daniel Nicory do (Coord.). **Redesenhando a Execução Penal: a superação da lógica dos benefícios**. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2010.
- PSICOLOGIA ON-LINE. **Moção contra Exame Criminológico**. Disponível em: <[http://www.pol.org.br/pol/cms/pol/noticias/noticia\\_081125\\_003.html](http://www.pol.org.br/pol/cms/pol/noticias/noticia_081125_003.html)>.
- RACIONAIS MC's. **Capítulo 4, versículo 3**.
- RAUTER, Cristina. **Criminologia e Subjetividade no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.
- RIBEIRO, João Ubaldo. **Viva o Povo Brasileiro**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2007.
- RIO GRANDE DO SUL. Decreto 46.534/2009.
- ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Direito e Prática Histórica da Execução Penal no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 2005.
- \_\_\_\_\_. Ensaio sobre uma Execução penal mais racional e redutora de danos. In **Idéias para a construção de uma Execução Penal mais democrática**. Rio de Janeiro: NUSPEN, Defensoria Pública do Rio de Janeiro, 2010.
- RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e Estrutura Social**. 2. ed. Tradução: Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Revan, 2004.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. **A Criminologia Radical**. 3. ed. Curitiba: Lumen Juris, 2009.
- SEIXAS, Raul. **Todo mundo explica**.
- SILVA, Bezerra. **Meu bom juiz**.
- SCHIMIDT, Andrei Zenkner. Direitos, A Crise da Legalidade na Execução Penal. In CARVALHO, Salo de (Coord.). **Crítica à Execução Penal**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p.46.
- \_\_\_\_\_. Deveres e Disciplina na Execução Penal. In CARVALHO, Salo de (Coord.). **Crítica à Execução Penal**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- SCIENCE, Chico. Nação Zumbi. **Banditismo por uma questão de classe**.
- SETTI, Ricardo. **Entrevista direta no fígado: esta ministra deveria ser cogitada para ir ao Supremo. Infelizmente, não está. Mas vejam sua franqueza e coragem**. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/blog/ricardo-setti/politica-cia/se-voce-nao-leu-precisa-ler-essa-entrevista-incrivelmente-franca-da-nova-corregedora-do-conselho-nacional-de-justica/>>. Acesso em: 30 out. 2011.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 2. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2008.

- SILVA, Denival Francisco da. **O que seriam das emissoras de televisão e dos epítáfios sem o crime?** Disponível em: <<http://sedicoes.wordpress.com/category/serie-o-que-seria-do-crime-de-a-a-z/page/3/>>. Acesso em: 29 out. 2011.
- SILVA, José Adaumir Arruda da; SILVA NETO, Arthur Corrêa da Silva Neto. **Execução Penal: novos rumos, novos paradigmas.** Manaus: Aufiero, 2012.
- SOUZA, Bethania Ferreira de. Penas e Medidas Alternativas. Redução do Aprisionamento ou Expansão Punitiva. In XIMENES, Rafson Saraiva; PRADO, Daniel Nicory do (Coord.). **Redesenhando a Execução Penal: a superação da lógica dos benefícios.** Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2010.
- SYKES, Greshmam M. **The Society of Captives: a Study of a Maximum Security Prison.** Princetown: Princetown University, 2007. Original publicado em 1958.
- TERRA. **Caixa dois é prática corriqueira no Brasil.** Entrevista a Bob Fernandes. Disponível em: <<http://terramagazine.terra.com.br/interna/0,,OI975955-EI6578,00.html>>. Acesso em: 30 out. 2011.
- TERRA. **Lula diz que Caixa 2 é prática comum.** Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/brasil/crisenogoverno/interna/0,,OI594936-EI5297,00-Lula+diz+que+caixa+eleitoral+e+pratica+comum.html>>. Acesso em: 30 out. 2011.
- TORRES, Andrea Almeida. A Lei de Execução Penal e as Atribuições do Serviço Social no Sistema Penitenciário: Conservadorismo pela via da “Desassistência” Social. In CARVALHO, Salo de (Coord.). **Crítica à Execução Penal.** 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- TOSCANO JÚNIOR, Rosivaldo. **Nosso Rol secreto de arrependimentos.** Disponível em: <<http://www.rosivaldotoscano.com/2011/01/nosso-rol-secreto-de-arrependimentos.html>>. Acesso em: 27 nov. 2011.
- TROPA DE ELITE – Missão dada é missão cumprida. Direção: José Padilha. Produção: Marcos Prado e José Padilha. Roteiro: José Padilha, Rodrigo Pimentel e Bráulio Montovani. Intérpretes: Wagner Moura, André Ramiro, Caio Junqueira, Milhem Cortaz, Fernanda Machado, Maria Ribeiro e Fábio Lago. 1 DVD (116min) Universal Studio, 2008.
- ÚLTIMO SEGUNDO. **Estados Unidos lembram os 10 anos do 11 de setembro.** Disponível em: <<http://ultimosegundo.ig.com.br/11desetembro/eua-lembram-os-dez-anos-do-11-de-setembro/n1597204602196.html>>. Acesso em: 29 out. 2011.
- VENÂNCIO, Firmiane. Princípio da Intranscendência da Pena e o Modelo Penal Vigorante. In: XIMENES, Rafson Saraiva; PRADO, Daniel Nicory do (Coord.). **Redesenhando a Execução Penal: a superação da lógica dos benefícios.** Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2010.
- YOUTUBE. <[http://www.youtube.com/watch?v=Oui\\_AqWA50Y](http://www.youtube.com/watch?v=Oui_AqWA50Y)>.
- YOUTUBE. <[http://www.youtube.com/watch?v=pWN\\_H\\_si4nQ](http://www.youtube.com/watch?v=pWN_H_si4nQ)>. Acesso em: 23 nov. 2011.

YOUNG, Jock. **A sociedade excludente**. Exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente. Tradução: Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

WACQUANT, Loic. **Punir os Pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos** [A onda punitiva]. 3. ed. Tradução: Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

WHITE, Willian Foote. **Sociedade de Esquina**. Tradução: Maria Lúcia de Oliveira. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.

WILSON, James Q.; KELLING, George L. **Broken Windows**. Disponível em: <[http://www.forestry.gov.uk/website/pdf.nsf/b591cb1aa3d9d9ac802570ec004f557d/7e15282335cea36b802575e4004c96b7/\\$FILE/BrokenWindowTheory.pdf](http://www.forestry.gov.uk/website/pdf.nsf/b591cb1aa3d9d9ac802570ec004f557d/7e15282335cea36b802575e4004c96b7/$FILE/BrokenWindowTheory.pdf)>. Acesso em: 28 out. 2011. Original publicado no jornal The Atlantic, em março de 1982.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Em busca das penas perdidas**. A perda de legitimidade do sistema penal. Tradução: Vânia Romano Pedrosa e Almir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZÉ, Tom. **Profissão de Ladrão**.

\_\_\_\_\_. **Parque Industrial**.



## CAPÍTULO II

# SUJEITO ATIVO MULHER:

## REFLEXÕES SOBRE A CRIMINALIDADE FEMININA

*Firmiane Venâncio*<sup>1</sup>

**SUMÁRIO:** 1. Introdução — 2. Sociologia da criminalidade e gênero: desvelando o paradigma criminológico da mulher — 3. Violência e criminalidade feminina: uma correlação de poder — 4. Refazendo tudo. Refazenda — 5. Bibliografia.

### 1. INTRODUÇÃO

“A humanidade não é uma espécie animal: é uma realidade histórica. A sociedade humana é uma *antiphisis*: ela não sofre passivamente a presença da Natureza, ela a retoma em suas mãos. Essa retomada de posse não é uma operação interior e subjetiva; efetua-se objetivamente na práxis. Assim, a mulher não poderia ser considerada apenas um organismo sexuado: entre os dados biológicos, só têm importância os que assumem na ação, um valor concreto; a consciência que a mulher adquire de si mesma não é definida unicamente pela sexualidade. Ela reflete uma situação que depende da estrutura econômica da sociedade, estrutura que traduz o grau de evolução técnica a que chegou a humanidade”<sup>2</sup>.

A participação feminina em determinados espaços tem merecido ao longo dos últimos 60 (sessenta) anos uma avaliação constante, seja sob o ponto de vista teórico e as bases sobre as quais se assentaram conceitos e definições de gênero, grupos ou indivíduos, seja sob o prisma da análise concreta das mudanças evidenciadas no comportamento de homens e mulheres nas suas relações sócio-culturais e econômicas.

A percepção de que as relações de poder recebem interferência direta dos valores pregados e assumidos pela sociedade, sobretudo na definição dos papéis

- 
1. Defensora Pública. Membro do Núcleo Especializado na Defesa da Mulher da Defensoria Pública do Estado da Bahia.
  2. BEAUVOIR, Simone de, 1908-1986. **O Segundo Sexo**. 2. ed. Tradução: Sérgio Milliet. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009. 2v.

que os atores historicamente assumem, é pressuposto lógico de qualquer estudo dirigido à compreensão da variável gênero sobre determinado fenômeno social.

A teoria dos papéis sociais preocupa-se com fatores que influenciam o comportamento humano. Nessa perspectiva, os indivíduos ocupam posições na sociedade, e o desempenho de seus papéis nessas posições é determinado por normas e regras sociais, assim como pelo desempenho que outros fazem de seus papéis. À maneira do teatro, esta perspectiva assume que o desempenho dos papéis resulta das prescrições sociais e do comportamento dos outros, e que as variações individuais na atuação se expressam dentro do quadro criado por esses fatores. Nessa linha, homens e mulheres desempenhariam papéis culturalmente construídos em posições que derivam do seu sexo biológico: os papéis sexuais<sup>3</sup>.

Robert Connel<sup>4</sup> chama atenção, no entanto, para o fato de que a teoria dos papéis sexuais não pode afastar a constatação de que a dicotomia biológica revela sim uma relação de poder presente.

Não pode ser de outro modo, portanto, o percurso da análise da relação entre o crime e a mulher como seu sujeito ativo, ou seja, a criminalidade feminina.

Por outro lado, em que pese a importância do materialismo histórico e da teoria do conflito no estudo fenomenológico da criminalidade feminina, não é possível adotar apenas uma linha teórica sobre um fato social cuja dinâmica apresenta tantos elementos sob avaliação.

A propósito, numa linha mais positivista, o Departamento Penitenciário Nacional (Depen) do Ministério de Justiça, aponta que entre 2004 e 2007, o crescimento real da população carcerária feminina foi de 37,47%, enquanto a população masculina teve crescimento real de 24,87%. Entre dezembro de 2006 e dezembro de 2007, o crescimento masculino foi de 4,86% enquanto o feminino foi de 11,99%.<sup>5</sup>

Desse modo, imprescindível colher as contribuições de outras linhas jurídico-sociológicas, notadamente aquelas que analisam individual e coletivamente a atuação criminal feminina.

É o resultado desse complexo estudo que propomos para os demais capítulos, com a finalidade de chegarmos mais próximos das causas que tem elevado

3. BIDDLE, Bruce; THOMAS, E. **Role Theory: Concepts and Research**. New York: John Wiley and Sons, 1966.

4. CONNELL, Robert. **Gender and Power**. California: Stanford University Press, 1987.

5. BRASIL. Ministério de Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. Infopen Estatística. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/depen>> Acesso em: dez. 2011.

proporcionalmente os índices de mulheres no cárcere e, secundariamente, porque muitas vezes é impossível dissociar as causas dos efeitos, compreender as consequências do cárcere sobre as vidas de um número cada vez mais crescente de mulheres.

## 2. SOCIOLOGIA DA CRIMINALIDADE E GÊNERO: DESVELANDO O PARADIGMA CRIMINOLÓGICO DA MULHER

A sociologia da criminalidade tem se ocupado da interação do ser humano com o crime e a violência, através da observação e análise de dados das mais diversas esferas: biológicas, sociais, psicológicas, políticas, econômicas, geográficas.

Portanto, é a ciência sociológica e seus objetos de observação que vão nos permitir compreender em que medida crime é uma construção social e, neste ponto especificamente, qual impacto o conceito de gênero traz para a análise da criminalidade feminina.

De considerar, ainda, a posição daqueles que não entendem o comportamento criminoso como decorrência exclusiva da estrutura social ou sociológica, mas considerando preponderante os espaços de escolha individual. Para James Wilson, por exemplo, embora suas críticas em relação à escola positivista passem também pela impossibilidade de aquelas produzirem um conhecimento aplicável, é a importância dada a causas profundas (sociológicas) do fenômeno da criminalidade, em detrimento da dimensão individual do comportamento criminoso, que o faz questioná-las.<sup>6</sup>

É interessante observar nesse aspecto que, embora crítico da falta de objetividade da escola sociológica de Durkheim, Weber e Marx, a conclusão das observações de Wilson sobre o fenômeno do aumento da criminalidade nos Estados Unidos na década de 60 é calcada num dado de interação entre o ser humano e a estrutura econômico-social da época, senão vejamos:

“Se a disponibilidade e o valor das ocupações legítimas decresce (o que estaria acontecendo por causa de uma explosão do número de jovens em idade de ingressar no mercado de trabalho), ao mesmo tempo em que o custo das atividades ilegítimas cai, a escolha do crime se torna muito mais possível.”<sup>7</sup>

Transpondo essa discussão para o universo econômico e social feminino do Brasil, na perspectiva dos teóricos do conflito, a análise dos dados relativos ao ingresso das mulheres brasileiras no mercado de trabalho, à sua presença nos

6. WILSON, J. Q. **Thinking about crime**. New York: Vintage Books, 1985.

7. *Idem*.

serviços de intermediação de mão de obra são, *exempli gratia*, reflexo do modelo capitalista neoliberal adotado pelo estado brasileiro e, portanto, a resposta em face desse modelo posto, revela-se muitas vezes na ruptura do sistema normativo penal.

Apenas para ilustrar a análise acima posta, o Anuário das Mulheres Brasileiras do DIEESE-2011 aponta, acerca da distribuição das pessoas inscritas e colocadas por sexo no SINE (Sistema Público de Emprego, Trabalho e Renda: Intermediação de Mão de Obra, 2009)<sup>8</sup>, em termos percentuais na região nordeste o número de mulheres inscritas um pouco menor que o de homens inscritos no sistema, ao passo em que o número de mulheres colocadas nas vagas disponíveis é expressivamente inferior às colocações masculinas. Atentemos para os percentuais:

Inscritos:	Colocados:
Homem: 55,7%	Homem: 71,7%
Mulher: 44,3%%	Mulher: 28,3%

Apenas por este prisma já é possível evidenciar a complementaridade das teorias sociológicas positivistas, funcionalistas e do conflito, bem como seu caráter fundante na análise da atuação feminina no crime, sobretudo ao cotejá-lo com a necessária variável de gênero.<sup>9</sup>

Segundo Haraway, o termo gênero foi aplicado à diferença sexual pela primeira vez em linhas de pesquisa desenvolvidas por psicólogos estadunidenses. O termo identidade de gênero foi introduzido pelo psicanalista Robert Stoller em 1963, no Congresso Psicanalítico de Stocolmo. Stoller formulava o conceito da seguinte maneira: o sexo estava relacionado com a biologia (hormônios, genes, sistema nervoso, morfologia) e o gênero com a cultura (psicologia, sociologia). O produto do trabalho da cultura sobre a biologia era a pessoa “acabada” *gendered*, homem ou mulher.<sup>10</sup>

8. DIEESE. **Anuário das Mulheres Brasileiras**. São Paulo: DIEESE, 2011, p.55.

9. Sobre as teorias positivistas, funcionalista e do conflito é possível resumidamente dizer que: o **positivismo** influencia na análise do crime a partir da utilização de métodos e de técnicas quantitativas; de forma que procura mensurar o máximo possível tudo o que está relacionado ao fenômeno. A percepção positivista quanto a violência e a criminalidade se pauta na lógica da ordem, da racionalidade. O crime é tido como uma conduta desviante. Já para os **funcionalistas**, segundo Giddens, “o crime e o desvio são resultados de tensões estruturais e de uma falta de regulação social dentro da sociedade”. No entendimento dos teóricos **do conflito**, “o desvio é uma escolha deliberada e, frequentemente, de natureza política, rejeitando de que o desvio seja “determinado” por fatores como a biologia, a personalidade, a anomia, a desorganização social ou rótulos” (2005, p. 179). A teoria do conflito critica o modelo capitalista de sociedade, de modo a perceber no capitalismo o principal culpado do aumento da criminalidade. GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. 4. ed. Porto Alegre: Artmed, 2005.

10. HARAWAY, Donna. Ender for a marxist dictionary. *In Symians Cyborgs and Women*, 1991.

Outra contribuição imprescindível à definição de gênero foi elaborada pela historiadora e feminista Joan Scott:

“Minha definição de gênero tem duas partes e vários itens. Eles estão inter-relacionados, mas devem ser analiticamente distintos. O coração da definição reside numa ligação integral entre duas proposições: gênero é um elemento constitutivo das relações sociais, baseado em diferenças percebidas entre os sexos (...) Entretanto, minha teorização de gênero está na segunda parte: gênero como uma forma primária de significação das relações de poder. Talvez fosse melhor dizer que gênero é um campo primário no qual ou através do qual o poder é articulado.”<sup>11</sup>

Os apontamentos decorrentes dos estudos de gênero revelam, assim, que a distinção entre homens e mulheres, para além das diferenças sexuais, se estrutura na construção histórica e cultural da superioridade masculina sobre a feminina.

Tal construção se externaliza nas representações sociais dos espaços reservados a um ou ao outro gênero. Daí as abordagens desenvolvidas após finais da década de 1960 considerarem que, em termos políticos, as mulheres ocupam lugares sociais subordinados em relação ao mundo masculino<sup>12</sup>.

A prevalência de um grupo social, na hipótese, o masculino, no que concerne à aquisição e efetivação de direitos, ao reconhecimento de suas competências e, finalmente, na igualdade de condições para exercício do poder, instigou o surgimento do movimento feminista.

Ao longo dos anos, portanto, o feminismo foi ganhando feições diferentes e resignificou, como nenhum outro movimento social, o poder político e a forma de entender a política ao colocar novos espaços no privado e no doméstico.<sup>13</sup>

A conclusão de que a subordinação feminina é decorrente da maneira como a mulher foi construída socialmente possibilita ao feminismo mostrar que os espaços ocupados por mulheres podem ser mudados, inclusive no que concerne à prática delituosa.

Interessante lembrar que na década de 70, no auge dos regimes militares dominantes, a luta das mulheres pela igualdade nas frentes de trabalho e reconhecimento da autonomia feminina através dos diversos movimentos chamados subversivos,

- 
11. SCOTT, Joan. Gender. A Useful Category of Historical Analysis. In **Gender and the Politics of History**. New York: Columbia University Press, 1988, p.42-44.
  12. PISCITELLI, Adriana. Re-Criando a (Categoria) Mulher? In ALGRANTI, Leila (Org.). **A prática feminista e o conceito de gênero**. Campinas-SP: IFCH-Unicamp, 2002. (Textos Didáticos, n. 48).
  13. COSTA, Ana Alice Alcântara. O Movimento Feminista no Brasil: Dinâmicas de uma Intervenção Política. **Estudos Feministas**, Florianópolis: Labrys, jan./jul. 2005.

eram a maior causa de encarceramento feminino, seguidos em bem menor escala dos denominados tipos penais femininos (infanticídio, homicídio “passional”, aborto).

Esse quadro do cometimento de crimes por mulheres é bastante sintomático, portanto, daquilo que mencionamos anteriormente acerca da quebra da dicotomia público-privado pelo movimento feminista, através do constante questionamento dos sistemas culturais e políticos construídos através dos papéis de gênero historicamente atribuídos às mulheres<sup>14</sup>.

A presença nas discussões políticas em meio ao autoritarismo que imperava na América Latina nos anos 70 e a responsabilização criminal de mulheres por essa conduta são consequência, pois, da mudança no paradigma de participação feminina em outros espaços, para fora do espaço privado-doméstico.

Modernamente, a incursão preponderante de mulheres nos tipos penais de tráfico de drogas e secundariamente em tipos penais de natureza patrimonial<sup>15</sup> revelam uma mudança no padrão comportamental desse grupo social, mas não apenas sob ponto de vista sociológico.

Para Karina Batista Sposato, há quem sustente que a vinculação das mulheres ao tráfico deve-se em maioria a uma anterior relação afetiva – são esposas, companheiras, irmãs ou filhas de traficantes. Seria mais um reflexo da relação de subalternidade da mulher em relação ao homem, também no crime. Já se aponta, no entanto, que o tráfico ao permitir que a mulher permaneça exercendo as tarefas de dona-de-casa e mãe tem se constituído numa alternativa de subsistência.<sup>16</sup>

De perceber o forte traço da opressão de gênero sobre o comportamento da mulher que se vê na circunstância de participar do tráfico de drogas em decorrência da impositiva vontade masculina, seja no silêncio das situações criminosas que ocorrem no ambiente doméstico, seja nas atividades mais comezinhas e, portanto, mais arriscadas, a exemplo da venda direta a consumidores para manutenção da família, ou transporte para saciar a abstinência de companheiros, filhos ou irmãos dentro das unidades prisionais, ao que se tem denominado “tráfico por amor”<sup>17</sup>.

---

14. *Idem*.

15. No Relatório sobre o Conjunto Penal Feminino de Salvador Bahia, apresentado em 10 de outubro de 2008 pelo Defensor Público Rafson Ximenes, arquivado no Gabinete da Defensoria Pública Geral, às fl.20 é possível verificar que 56,60% das condenadas responderam por tráfico de drogas, enquanto 30,19% das condenadas incidiram em algum crime de natureza patrimonial (furto, roubo, latrocínio, estelionato, extorsão mediante sequestro).

16. SPOSATO, Karina Batista. Mulher e Cárcere. Uma perspectiva Criminológica. In REALE JR, Miguel; PASCHOAL, Janaina (Coord.). **Mulher e direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

17. Os significados e sentidos que elas atribuem ao amor e ao papel que devem desempenhar no contexto das relações de afeto são construídos a partir de práticas interacionais ao longo de suas vidas, e levam-nas a

Nessas hipóteses, observamos o aniquilamento das possibilidades de decisão da mulher sobre os destinos de sua própria vida, atada que está a seu papel social de responsável pela unidade familiar, ainda que para isso tenha mais uma vez de sacrificar-se. O fardo de contrariar um ente familiar, ou de suportar sua agressividade doméstica ante tal contrariedade lhe é demasiado penoso. Não por outro motivo ela sucumbe.

A representação desse comportamento da mulher foi objeto de estudo de várias correntes sociológicas. Segundo a argumentação de Engels no livro *As origens da família, a propriedade privada e o estado*, a origem da opressão de mulheres teria surgido com a estratificação da sociedade em classes. Para ele, a opressão de mulheres, assim como a exploração de classe, poderiam ser superadas através da instauração de uma organização social mais desenvolvida, numa sociedade sem classes, por exemplo, no socialismo.<sup>18</sup>

Entretanto, correntes outras do feminismo demonstraram que as hierarquias de gênero persistiram nos países socialistas nos quais teve lugar a transformação na organização social que supostamente libertaria as mulheres.<sup>19</sup>

Assim sendo, considerando que as mulheres eram oprimidas enquanto mulheres e que suas experiências eram prova da opressão, se chegou à conclusão de que a opressão feminina devia ser mapeada no espaço em que as mulheres a viviam, isto é, nas suas vidas cotidianas. A conhecida ideia “o pessoal é político” foi implementada para mapear um sistema de opressão que operava no nível da relação mais íntima de cada homem com cada mulher.

Essa redefinição do político tem uma importância enorme. Em termos de prática política, as feministas procuraram desvendar a multiplicidade de relações de poder presentes em todos os aspectos da vida social e isto as levou a tentar agir nas mais diversas esferas. Em termos teóricos, elas trabalharam com uma ideia global e unitária de poder, o patriarcado, numa perspectiva na qual cada relacionamento homem/mulher deveria ser visto como uma relação política. As instituições patriarcais seriam aquelas desenvolvidas no contexto da dominação

---

vivenciar relacionamentos afetivos pautados pela cultura de submissão da mulher ao homem. Como suas práticas são referenciadas por essas representações, elas tendem a agir em nome desse afeto. Portanto, verificamos que há, de fato, estreita ligação entre o amor e as práticas femininas relacionadas às drogas. PIMENTEL, Elaine. **Amor bandido: as teias que envolvem a mulher no tráfico de drogas**. Disponível em: <www.aps.pt.vicongresso>. Acesso em: jun. 2008.

18. ENGELS, Friederich. **The Origins of the family, private property and the state**. Nova York: International Publishers, 1972 (1891).

19. PISCITELLI, Adriana. Re-Criando a (Categoria) Mulher? In ALGRANTI, Leila (Org.). **A prática feminista e o conceito de gênero**. Campinas-SP: IFCH-Unicamp, 2002. (Textos Didáticos, n. 48).

masculina. Como a dominação masculina estaria presente através do tempo e das culturas, poucas instituições poderiam escapar do patriarcado.<sup>20</sup>

A criminalidade feminina é, pois, fenômeno social totalmente interligado à estruturação das instituições patriarcais e este dado é extremamente importante, mais adiante, quando passaremos ao enfrentamento do problema relativo ao aumento proporcionalmente maior do encarceramento feminino, se comparado ao masculino.

Importante da análise da participação feminina na prática criminosa é a representação social de que também o crime se revela como espaço de poder e, assim sendo, a forma como a mulher dele participa reflete o estágio em que o exercício da equidade de gênero se encontra na nossa sociedade.

Por outro lado, a ausência de compreensão dessa caminhada histórica da participação feminina nas relações de poder, dentre as quais o crime se inclui, é bem visível no recrudescimento do sistema punitivo das mulheres.

A jornalista e pesquisadora Elizabet Misciasci em setembro de 2010, após visitas e palestras nas unidades prisionais do Estado do Acre, a convite do DE-PEN, Ministério da Justiça e do Governo daquele Estado, constatou similaridades com os demais Estados da Federação no que se refere à punição de mulheres, cujas penas são muito mais altas e severas que as dos parceiros pelas mesmas situações delituosas.<sup>21</sup>

Na mesma linha, o Defensor Público Rafson Ximenes, em pesquisa realizada com as mulheres em cumprimento de pena no Conjunto Penal Feminino de Salvador no ano de 2008, verificou que em alguns casos são fixadas penas pouco maiores que 04 anos (o limite legal para substituição da prisão por outra pena). Gerando a desconfiança de que o julgador possa ter, deliberadamente, assim agido para evitar a pena alternativa.<sup>22</sup>

Inevitável recordar a lição durkheimiana, segundo a qual o crime é normal nas sociedades, sobretudo quando estas vão ficando mais complexas, tendo em vista seu crescimento e desenvolvimento, para contenção do desvio e da violência, existe o poder judiciário. Entretanto, a que judiciário referia-se o funcionalista Durkheim?

---

20. *Idem*.

21. MISCIASCI, Elizabeth. **Amor bandido**. Disponível em: <<http://www.revistazap.org/presidioonline/amorbandido>>. Acesso em: set. 2010.

22. XIMENES, Rafson. **Relatório sobre o Conjunto Penal Feminino de Salvador Bahia**. Gabinete da Defensoria Pública Geral do Estado da Bahia. Outubro de 2008.



O papel do poder judiciário no que diz respeito à resposta punitiva do Estado quanto à prática do crime tem assumido as mais diversas feições, mas de forma pouco substancial aquela que reconhece a complexidade das relações sociais, negando com isso às atuais e futuras gerações um legado de sociedade mais equânime.

Já vem sendo objeto de abordagem entre sociólogos e criminólogos, a extrema perversidade do controle social que o Estado exerce através do sistema punitivo e o seu objetivo de regular o mercado de trabalho, argumento de origem marxista, mas que vem se atualizando ano após ano, sugerindo que pobres, desempregados, grupos etno-raciais<sup>23</sup> e agora mulheres são os clientes preferenciais do sistema penitenciário.

Como define Zaffaroni, a seletividade da criminalização secundária e sua preferente orientação burocrática (sobre pessoas sem poder e por fatos grosseiros e até insignificantes) provocam uma distribuição seletiva em forma de epidemia, que atinge apenas aqueles que se tornam mais vulneráveis à criminalização secundária porque suas características se enquadram nos estereótipos criminais, sua educação só lhes permite realizar ações ilícitas toscas e, por conseguinte, de fácil detecção e porque a etiquetagem ou etiquetamento suscita assunção do papel correspondente ao estereótipo, com o qual seu comportamento acaba correspondendo ao mesmo (a profecia se auto-realiza). A criminalização da pobreza insere-se e revela tal mecanismo, pela natureza dos atos praticados em regra, delitos patrimoniais e de tóxicos e pelo perfil dos criminalizados.<sup>24</sup>

O rigor do poder punitivo estatal em relação à mulher a um só tempo reforça a construção patriarcal de reserva de determinados espaços para participação exclusivamente masculina, razão pela qual são impostas penas mais severas para mulheres que para homens por idêntica imputação criminosa, bem como seleciona e exclui da possibilidade de ascensão social e econômica aquelas que compõem o maior grupo social brasileiro: mulheres negras e pobres<sup>25</sup>.

A reflexão cada vez mais ampla acerca dos padrões sobre os quais se estabelecem as relações de poder é, portanto, condição *sine qua non*, para

23. DE MORAES, Pedro Rodolfo Bodê. **Punição, Encarceramento e Construção de Identidade profissional entre agentes penitenciários**. São Paulo, IBCCRIM, 2005, p.56.

24. ZAFFARONI, Eugenio Raul; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. **Derecho Penal: parte general**. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p.10.

25. Dados do Anuário das Mulheres Brasileiras publicado pelo DIEESE em 2011 demonstram que na estimativa de população residente no país por sexo, cor/raça, no ano de 2009 (em 1000 pessoas), os homens representavam 93.356, ao passo que as mulheres representavam 98.439 e dentre estas 49.162 eram negras, em face de 49.037 não negras. (DIEESE. **Anuário das Mulheres Brasileiras**. São Paulo: DIEESE, 2011, p.27).

compreensão do fenômeno da criminalidade feminina e é, indiscutivelmente, um dos pontos de partida no estudo de alternativas eficazes para que o Estado brasileiro consiga absorver e responder ao crescimento da população feminina nas carceragens brasileiras.

### 3. VIOLÊNCIA E CRIMINALIDADE FEMININA: UMA CORRELAÇÃO DE PODER

A constatação de que a relação entre homens e mulheres estabelece-se social e culturalmente sobre as bases do exercício político da divisão ou compartilhamento de poder, leva-nos à indispensável contribuição de Hannah Arendt ao tratar da violência.

Para Arendt, a política constitui-se o horizonte de interpretação da violência que não é nem natural, pessoal ou irracional. A violência contrapõe-se ao poder: de forma que onde domina um absolutamente, o outro está ausente.<sup>26</sup>

A constatação que ora se coloca é inerente à história da assunção da mulher aos espaços outrora reservados exclusivamente ao masculino, na medida em que as conquistas feministas por representarem rompimento de paradigmas e divisão de poder, geraram, por via reativa, a violência.

Sob este aspecto importante observar a preocupação da Professora Cecília Sardenberg<sup>27</sup>:

“Na verdade, uma de nossas maiores preocupações era (e ainda é) o enfrentamento à violência de gênero contra as mulheres, particularmente a violência simbólica de gênero, que se infiltra por toda a nossa cultura, legitimando os outros tipos de violência. Por “violência de gênero”, refiro-me a toda e qualquer forma de agressão ou constrangimento físico, moral, psicológico, emocional, institucional, cultural ou patrimonial, que tenha por base a organização social dos sexos e que seja impetrada contra determinados indivíduos, explícita ou implicitamente, devido à sua condição de sexo ou orientação sexual.”

Assim é que referimo-nos à violência de gênero não apenas como aquela imposta pelos homens às mulheres no âmbito de suas relações interpessoais, mas toda a espécie de ação voltada a reduzir as possibilidades de participação feminina nos espaços de decisão, o que se dá não apenas no âmbito doméstico, privado, mas, sobretudo, no público.

26. ARENDT, Hannah. **Sobre a Violência**. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.

27. SARDENBERG, Cecília M. B. **Violência Simbólica de Gênero e a Lei Antibaixaria na Bahia**. Salvador: Observatório de Monitoramento da Lei Maria da Penha, NEIM-UFBA, 30/08/2011.

A sociedade tem respondido, pois, com hostilidade a quem alavanca mudanças nos paradigmas culturalmente impostos ao longo da história, em especial àquelas que, por exemplo, exerçam alguma participação no crime.

O Instituto Terra, Trabalho e Cidadania, em São Paulo e também pesquisa de Iara Ildenfritz, no Rio de Janeiro, constataram que 95% das mulheres presas foram vítimas de violência em algum momento da vida, seja como criança, ou mais tarde com um parceiro ou parceira íntima<sup>28</sup>, ou ainda nas mãos da polícia na hora da prisão.<sup>29</sup>

Os dados, portanto, sinalizam que ao infringirem o ordenamento jurídico-penal as mulheres já foram ou certamente serão alvo de algum tipo de violência e, nessa condição, se encontram mais uma vez no plano de inferioridade na correlação violência-poder que Arendt traz a lume.

Registre-se que não trata a presente análise de uma defesa da naturalização do crime ou de tornar a contrariedade ao sistema normativo mais flexível em relação às mulheres, pelo contrário, a questão é que, respeitando-se as diferenças de gênero, as mulheres não sejam excluídas da análise do crime enquanto fenômeno social, porque aí também reside um objetivo do patriarcado: invisibilizar a presença feminina nos espaços e, com isso, reduzir a mulher à condição de não-sujeito.

É também em razão disso que o apenamento feminino é tão severamente imposto pelo Estado através do judiciário se comparado ao masculino.

Outra demonstração da tentativa de invisibilização feminina no campo da criminalidade é a carência de estrutura prisional que atente às peculiaridades do ser mulher em situação de prisão. Isso nada mais é do que o reforço da violência institucional que se inicia no momento da prisão, se estende durante o processo criminal, mostrando-se mais evidente durante a execução penal.

28. A Lei 11.340/06 estabelece em seu art.5º que:

Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

I – no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;

II – no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

III – em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual.

29. **Revista do Seminário Mulheres em Situação de Prisão**, realizado através de convênio com o Ministério da Justiça na cidade de Rio Branco no Acre em setembro de 2010.

Sposato, citando Alessandro Baratta, chama atenção para algo sobre o que nos detivemos anteriormente, qual seja, uma profunda sintonia entre os mecanismos de controle social informal e o sistema penal. E mais, sinaliza que embora a mulher pareça invisível ao sistema penal pela sua representatividade, do ponto de vista da intensidade, o sistema penal e especificamente a prisão podem lhe impingir consequências significativamente mais penosas.<sup>30</sup>

As características das unidades prisionais que abrigam mulheres com sua inquestionável falta de estrutura que permita à interna o regular exercício dos seus direitos durante o cumprimento da pena, e os efeitos que esta, indevidamente propaga sobre os familiares, reforçam o excessivo gravame imposto à mulher que comete um crime.<sup>31</sup>

Além disso, como bem apontado por Foucault, a redução da capacidade laboral das pessoas na prisão é mais grave em relação às mulheres, cuja única saída possível pós-prisão era, à época, a prostituição<sup>32</sup>. Hoje, indubitavelmente, estaríamos diante de um quadro não de prostituição, mas de provável reincidência criminal ou de marginalidade social absoluta.

Significa dizer que o sistema penal se retro-alimenta deliberadamente das desigualdades sociais, sobretudo daquelas relacionadas a gênero, raça e classe.

Precisamos, no entanto, demarcar o campo de atuação da perspectiva de gênero, menos visível que as demais espécies de desigualdade, pois como bem refletiu Margareth Mead, retomando a perspectiva dos papéis, o problema reside em que trabalhando o campo das relações entre os sexos, estabelecido em torno das ideias de costume e estabilidade social, minimiza-se a dimensão política entre os sexos. Robert Connel sintetiza as críticas àquela abordagem dos sexos, afirmando que não falamos em papéis raciais ou de classe, porque o exercício do poder nessas áreas é mais óbvio para os sociólogos. No entanto, quando trata de

30. SPOSATO, Karina Batista. Mulher e Cárcere. Uma perspectiva Criminológica. In REALE JR, Miguel; PASCHOAL, Janaína (Coord.). **Mulher e direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

31. Aline D'Eça em sua obra **Filhos do Cárcere**, EDUFBA, 2010, assim descreve o procedimento adotado com familiares das internas do Conjunto Penal Feminino de Salvador em dia de visita: “após estas etapas é chegada a hora da parte mais humilhante para os visitantes: a revista individual. Independentemente da idade ou do sexo, todos os visitantes são revistados. Todos eles são obrigados a tirar todas as peças que vestem: calça, camisa, saia, sapatos, vestido, cueca, sutiã, calcinha, fraldas... O desnudamento é feito em salas separadas e por agentes femininos ou masculinos, dependendo do sexo da pessoa. Nem mesmo as crianças e adolescentes são dispensados da revista vexatória, sendo despidos pelos mesmos monitores dos adultos, não existindo para eles tratamento diferenciado. Os meninos e meninas testemunham a revista do adulto que os acompanham. Presenciam a nudez do pai, mãe, avó, tia, irmãos ou responsável.”

32. FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 16. ed. Petrópolis-RJ: Vozes, 1997.

papéis sexuais, a dicotomia biológica parece ter convencido os teóricos de que não há relação de poder presente.<sup>33</sup>

Portanto, tudo faz parte de um contexto não casual que violenta intencionalmente e exclui do acesso aos direitos e bens, a parte mais representativa numericamente da população brasileira, funcionando como útil mecanismo de contenção dos avanços que as mulheres têm buscado conquistar ao longo dos anos. Mais que isso, reduzindo a capacidade de compreensão desse fenômeno, inclusive por parte das mulheres, é certamente mais fácil manter a “ordem” sexista e elitista dominante da sociedade brasileira.

#### 4. REFAZENDO TUDO. REFAZENDA

“Quando se julgam as realizações profissionais da mulher e quando a partir delas se pretende antecipar-lhe o futuro, é preciso não perder de vista esse conjunto de fatores. É no seio de uma situação atormentada, escravizada ainda aos encargos tradicionalmente implicados na feminilidade, que ela se empenha numa carreira. As circunstâncias objetivas tampouco lhe são favoráveis. É sempre difícil ser um recém-chegado que tenta abrir caminho através de uma sociedade hostil ou, pelo menos, desconfiada”<sup>34</sup>.

A abordagem da mulher como sujeito ativo de práticas delituosas é marcada pela investigação histórica dos valores sociais, culturais e econômicos, assim como da definição dos papéis atribuídos a homens e mulheres ao longo do tempo.

Nessa perspectiva, observamos que incide sobre a mulher em situação criminosa uma carga sobre-humana de repreensão social e do aparato punitivo estatal, pois que, naquela condição, a mulher se apresenta como corruptora do padrão comportamental que dela se espera.

A representação desse fenômeno social sobre a vida das próprias mulheres que incidem num tipo penal é tão forte que, inobstante reconheçam a motivação de cunho afetivo-familiar, quase sempre presente nos crimes que cometem, carregam sobre os ombros o sentimento de culpa pela ausência de escolha que sua condição de vida lhe impôs. Portanto, o crime para maior parte das mulheres em situação de prisão no Brasil não é uma escolha, senão a única opção que se apresenta para elas num quadro de desigualdade extrema de oportunidades disponibilizadas para homens e mulheres.

33. CONNELL, Robert. **Gender and Power**. California: Stanford University Press, 1987.

34. BEAUVOIR, Simone de, 1908-1986. **O Segundo Sexo**. 2. ed. Tradução: Sérgio Milliet. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009. 2v.

Não por acaso, os índices de envolvimento de mulheres com substâncias psicoativas, sobretudo aquelas que praticaram alguma conduta delituosa são relevantes. É impossível transpor tantos obstáculos e sobreviver incólume a “doses” tão altas de violência doméstica, familiar e institucional.

Assim, são determinantes na compreensão da criminalidade feminina, os fatores relacionados à construção social dos papéis destinados a homens e mulheres e a conveniência dessa construção na manutenção do patriarcado, fenômeno que sobremaneira tem gerado desigualdades históricas e imposto a mulheres a luta nas mais diversas frentes, para ocupar os espaços de poder.

As tensões sociais evidenciadas pelos movimentos feministas ao longo dos últimos 60 sessenta anos buscam demonstrar que não se pode desconsiderar a presença feminina em nenhuma relação de poder, seja ela qual for, pois a invisibilização da participação de mulheres em todos os setores sociais, serve unicamente para promover a exclusão do grupo social numericamente maior, mas economicamente menos “viável” da nossa sociedade.

De gravidade similar é subtrair da análise da conduta penal de mulheres, toda a complexidade desse fenômeno sociológico, deixando-se de considerar as variáveis gênero, relações de poder e violência, na mensuração da gravidade delitativa por parte do poder estatal acusatório e punitivo. Michelle Bachelet ao tratar da postura do Estado em relação ao segmento feminino da sociedade ressaltou que para ser equânime, aquela jamais poderá ser neutra, mas afirmativa formal e substancialmente da igualdade de acesso aos bens e direitos.<sup>35</sup>

Portanto, a prática estatal que ignora os recortes sociológicos de gênero na valoração das condutas penais de mulheres é não apenas recorrente no judiciário brasileiro, mas representa a seletividade sexista, racial e de classes sobre a qual se sustenta a dominação elitista masculina e branca da sociedade brasileira, negando intencionalmente a um número cada vez maior de mulheres, a sua condição de sujeitos de direitos.

Há, no entanto, luz no fim do túnel. Parcela considerável das questões aqui postas como problemas pertencem à categoria de construções históricas e culturais, o que nos leva à conclusão de que o construído, pode indiscutivelmente ser desconstruído. É o refazer que poeticamente e não por acaso, Gilberto Gil feminizou denominando de: refazenda.

---

35. Palestra proferida por Michelle Bachelet, presidente da ONU-Mulher na 3ª Conferência Nacional de Políticas para Mulheres. Relatório Final da 3ª Conferência Nacional de Políticas para Mulheres. Secretaria de Políticas para Mulheres. Brasília, dezembro de 2011.

## 5. BIBLIOGRAFIA

- ARENDT, Hannah. **Sobre a Violência**. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.
- BACHELET, Michelle. **Relatório Final da 3ª Conferência Nacional de Políticas para Mulheres**. Brasília: Secretaria de Políticas para Mulheres, dez. 2011.
- BEAUVOIR, Simone de, 1908-1986. **O Segundo Sexo**. 2. ed. Tradução: Sérgio Milliet. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009. 2v.
- BIDDLE, Bruce; THOMAS, E. **Role Theory: Concepts and Research**. New York: John Wiley and Sons, 1966.
- BRASIL. Ministério de Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. Infopen Estatística. Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/depen>>. Acesso em: dez. 2011.
- CONNEL, Robert. **Gender and Power**. California: Stanford University Press, 1987.
- COSTA, Ana Alice Alcântara. O Movimento Feminista no Brasil: Dinâmicas de uma Intervenção Política. **Estudos Feministas**, Florianópolis: Labrys, jan./jul. 2005.
- DE MORAES, Pedro Rodolfo Bodê. **Punição, Encarceramento e Construção de Identidade profissional entre agentes penitenciários**. São Paulo, IBCCRIM, 2005.
- DIEESE – Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos. **Anuário das Mulheres Brasileiras**. São Paulo: DIEESE, 2011.
- ENGELS, Friederich. **The Origins of the family, private property and the state**. Nova York: International Publishers, 1972 (1891).
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 16. ed. Petrópolis-RJ: Vozes, 1997.
- GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. 4 ed. Porto Alegre: Artmed, 2005.
- HARAWAY, Donna. Gender for a marxist dictionary. *In Symians Cyborgs and Women*, 1991.
- MISCIASCI, Elizabeth. **Amor bandido**. Disponível em: <<http://www.revistazap.org/presidioonline/amorbandido>>. Acesso em: set. 2010.
- PIMENTEL, Elaine. **Amor bandido: as teias que envolvem a mulher no tráfico de drogas**. Disponível em: <<http://www.aps.pt.vicongresso>>. Acesso em: jun. 2008.
- PISCITELLI, Adriana. Recriando a (categoria) mulher? *In ALGRANTI, Leila (Org.). A prática feminista e o conceito de gênero*. Campinas-SP: IFCH-Unicamp, 2002. (Textos Didáticos, n. 48).
- SARDENBERG, Cecília M. B. **Violência Simbólica de Gênero e a Lei Antibaixaria na Bahia**. Salvador: Observatório de Monitoramento da Lei Maria da Penha, NEIM-UFBA, 30/08/2011.
- SCOTT, Joan. Gender. A Useful Category of Historical Analysis. *In Gender and the Politics of History*. New York: Columbia University Press, 1988, p.42-44.

SPOSATO, Karina Batista. Mulher e Cárcere. Uma perspectiva Criminológica. *In* RE-ALE JR, Miguel; PASCHOAL, Janaína (Coord.). **Mulher e direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

WILSON, J. Q. **Thinking about crime**. New York: Vintage Books, 1985.

XIMENES, Rafson. **Relatório sobre o Conjunto Penal Feminino de Salvador Bahia**. Gabinete da Defensoria Pública Geral do Estado da Bahia. Outubro de 2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; SLOKAR, Alejandro; ALAGIA, Alejandro. **Derecho Penal: parte general**. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p.10.



# CAPÍTULO III

## A FAMÍLIA NA EXECUÇÃO PENAL: UM OLHAR SOBRE O AFETO, A CONVIVÊNCIA E A REINTEGRAÇÃO

*Cláudia Ferraz<sup>1</sup>*

**SUMÁRIO:** 1. **Introdução** — 2. **Família:** 2.1. (Alguns) Princípios do Direito das Famílias; 2.1.1. Proteção Integral da Criança e do Adolescente; 2.1.2. Convivência Familiar; 2.1.3. Afetividade; 2.1.4. Dignidade da Pessoa Humana — 3. **Execução Penal:** 3.1. Direitos dos Presos: Direito de Visita; 3.1.1. Direito de visitar; 3.1.2. Direito de ser visitado: Importância da Convivência Familiar para a Execução Penal; 3.1.2.1. Autorizações de Saída: a) Permissão de Saída; b) Saída Temporária; 3.1.2.2. A Inconstitucional limitação quantitativa das saídas temporárias; 3.1.2.3. Breves considerações acerca da visita íntima; 3.2.1.4. Transferências de presos e reflexos no direito à convivência familiar — 4. **Conclusões** — 5. **Referências.**

“Os momentos mais felizes da minha vida foram aqueles, poucos,  
que pude passar em minha casa, com a minha família.”  
(Thomas Jefferson)

### 1. INTRODUÇÃO

A instituição familiar, célula base da organização social, possui importância singular para a formação biopsicossocial dos indivíduos. Durante a fase executória da pena privativa de liberdade, tamanha distinção não haveria de ser desconsiderada.

É com o objetivo de destacar o papel fundamental da família na execução penal, especialmente no alcance da sua finalidade ressocializadora, que se constrói o presente trabalho.

Fundado em lições doutrinárias, na análise principiológica e com base em estudos práticos, propõe-se verificar como ocorre a participação do grupamento familiar no processo executório da pena e qual a relevância dessa forma de atuar.

---

1. Defensora Pública Estadual. Especialista em Direito Público pela Universidade Faculdade Salvador – UNIFACS e Pós-Graduada em Psicologia Conjugal e Familiar pela Faculdade Ruy Barbosa.

Com este escopo, são traçadas, inicialmente, algumas considerações acerca da família, seu conceito e alguns princípios aplicáveis às relações envolvendo seus membros. Verifica-se, *a posteriori*, a fase da execução da pena, seus objetivos e normas pertinentes, partindo-se para a análise do direito de visita, sob duas perspectivas: o direito de visitar (dos familiares) e o de ser visitado (dos condenados a penas privativas de liberdade).

Tratar-se-á, ainda, quanto ao direito de visita, sob o ângulo do próprio preso, das hipóteses legais que garantem o seu exercício, destacando-se a questão da inconstitucionalidade de determinados preceitos normativos, pontuando-se, ao final, alguns outros aspectos correlatos ao tema ora proposto.

## 2. FAMÍLIA

Via de regra, a família é o lugar primeiro onde é inserido o indivíduo e que lhe fornece as bases para o seu desenvolvimento físico, psíquico, social e espiritual.

Derivado do latim *famulus*, que significa “escravo doméstico”, o termo família foi criado na Roma Antiga para designar um novo grupo social, que surgiu entre as tribos latinas. Após essa época, em que havia o predomínio de uma estrutura familiar patriarcal, na Idade Média, as pessoas começaram a estar ligadas por vínculos matrimoniais, formando novas famílias.<sup>2</sup>

No Brasil, apenas com a promulgação da Constituição Federal de 1988, todos os membros do grupo familiar foram reconhecidos e tratados como sujeitos de direitos, sendo ampliada a conceituação de família, para abarcar todos os mais plurais modelos e arranjos familiares.

Nessa esteira, considerando os diversos tipos de família, Kátia Maciel<sup>3</sup> leciona, brilhantemente, que

Em estreita síntese, família não é somente uma instituição decorrente do matrimônio nem tampouco se limita a uma função meramente econômica, política ou religiosa. Com a repersonalização da família, é adequado concluir-se que a célula *mater* da sociedade, modernamente, passou a significar o ambiente de desenvolvimento da personalidade e da promoção da dignidade de seus membros, sejam adultos ou infantes, o qual pode apresentar uma pluralidade de formas decorrentes das variadas origens e que possui como elemento nuclear o afeto.

2. Definição de família. Disponível em: <<http://aspsicos.blogspot.com/2009/09/definicao-de-familia.html>>. Acesso em: 20 nov 2011.

3. MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Direito Fundamental à Convivência Familiar. In MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**. Aspectos Teóricos e Práticos. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 64.

Trazendo um conceito mais amplo, para o Professor Luiz Edson Fachin<sup>4</sup>, “É a família uma forma de aliança composta para representar harmonia e paradoxos. Uma agremiação destinatária de projetos e discursos, especialmente da alocação normativa, junção que encarna o elo entre o direito, a família e a sociedade”.

É lugar fundamental para a garantia de sobrevivência e proteção integral dos filhos e demais membros, independentemente do arranjo familiar adotado. É instituição capaz de propiciar os aportes afetivos e materiais necessários ao desenvolvimento e bem estar dos seus integrantes. É a responsável por desempenhar papel decisivo na educação formal e informal e por permitir que se construam os valores éticos e humanitários que irão auxiliar no fortalecimento dos laços de solidariedade.<sup>5</sup>

É a família, portanto, o núcleo da sociedade, fenômeno permeado de diversas facetas e perspectivas, que apenas será compreendido através da interdisciplinaridade, especialmente na sociedade contemporânea, caracterizada por relações complexas, plurais, abertas e multifacetárias.<sup>6</sup>

Notório observar que a evolução dos modelos familiares está intrinsecamente ligada às transformações dos fenômenos sociais. Pode-se assim dizer que os novos valores que inspiram a sociedade contemporânea trazem para a família a solidariedade social como seu mais importante objetivo e o afeto como mola propulsora do núcleo familiar.<sup>7</sup>

De acordo com as lições da eminente Desembargadora aposentada e advogada militante, Maria Berenice Dias<sup>8</sup>,

Agora, a tônica reside no indivíduo, e não mais nos bens ou coisas que guarnecem a relação familiar. A família-instituição foi substituída pela família-instrumento, ou seja, ela existe e contribui tanto para o desenvolvimento da personalidade de seus integrantes como para o crescimento e formação da própria sociedade, justificando, com isso, a sua proteção pelo Estado.

4. FACHIN, Luiz Edson. Inovação e Tradição do Direito de Família Contemporâneo sob o novo Código Civil Brasileiro. In ALVES, Leonardo Barreto Moreira; EHRHARDT JR, Marcos (Coord.). **Leituras Complementares de Direito Civil** – Direito das Famílias. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 23.

5. VIANA, Eleniza. **O papel da família no regime penitenciário masculino de Manaus e sua contribuição para reinserção sócio-familiar**. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/articles/61346/1/O-papel-da-familia-no-regime-penitenciario-masculino-de-Manaus-e-sua-contribuicao-para-reinsercao-socio---familiar/pagina.1.html#ixzz1MI4Mw3T4>>. Acesso em: maio 2011.

6. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias. De acordo com a Lei nº 11.340/06 – Lei Maria da Penha e com a Lei nº 11.441/07 – Lei da Separação, Divórcio e Inventário Extrajudiciais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 2.

7. *Idem, ibidem*, p. 4.

8. DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4 ed. rev, atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 41.

Em face da importância da família para o desenvolvimento social e de seus membros é que se faz imprescindível sua proteção. Com este intuito, a Constituição Federal, em seu art. 226, preceitua que “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.”

Ao interpretar tal dispositivo, é preciso ter em mente que não se protege apenas a família de *per se*, mas tudo que esteja relacionado ao desenvolvimento das pessoas que a integram, sem modelos rígidos e preconcebidos, sob pena de ser ferido o princípio da dignidade humana.

Nesse sentido, asseveram, com propriedade, os Professores Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald:<sup>9</sup>

[...] a proteção do núcleo familiar deverá estar atrelada, necessariamente, à tutela da pessoa humana, através dos (democráticos) princípios gerais da Lei Maior. Por isso, desnivelar a proteção da pessoa humana, sob o argumento de proteger a instituição familiar, é cometer gravíssima subversão hermenêutica, violando frontalmente o comando constitucional!

Assim sendo, a proteção ao núcleo familiar tem como ponto de partida e de chegada a tutela da própria pessoa humana, sendo descabida (e inconstitucional!) toda e qualquer forma de violação da dignidade do homem, sob o pretexto de garantir proteção à família. Superam-se, em caráter definitivo, os lastimáveis argumentos históricos de que a tutela da lei se justificava pelo interesse da família, como se houvesse uma proteção para o núcleo familiar em si mesmo. O espaço da família, na ordem jurídica, se justifica como um núcleo privilegiado para o desenvolvimento da pessoa humana.

Não há mais proteção à família pela família, senão em razão do ser humano.

Destarte, deve-se compreender sobredito preceito normativo de modo a ampliar seu alcance social, proporcionando maior eficácia aos princípios trazidos pela *Lex Mater* e conferindo à família a atenção necessária ao saudável desenvolvimento de seus integrantes.

## 2.1. (Alguns) princípios dos direitos das famílias<sup>10</sup>

Tal como ocorre com todas as relações sociais, as questões familiares também se subordinam aos princípios e regras trazidos pelo ordenamento jurídico

9. FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Op. cit.*, p. 7 e 10.

10. Alguns autores, ao tratar das famílias, vêm denominando o ramo do Direito responsável pelo seu estudo como Direito das Famílias e não apenas Direito de Família. Ao discorrer sobre a origem de tal ramo jurídico, Maria Berenice Dias (*Op. cit.*, p. 28), citando Jones Figuerêdo Alves, explica a razão da mudança do

pátrio, sendo necessário que estejam em consonância com as determinações constitucional e legalmente postas.

De acordo com as lições de Canotilho<sup>11</sup>,

Os princípios são normas jurídicas impositivas de uma ‘otimização’, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos ‘fáticos’ e jurídicos [...] Consequentemente, os princípios, ao constituírem ‘exigência de otimização’, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à lógica do ‘tudo ou nada’), consoante seu ‘peso’ e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes.

Luis Roberto Barroso<sup>12</sup>, por sua vez, leciona que

Princípios são o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins. Dito de forma sumária, são as normas eleitas pelo constituinte originário como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui.

Incumbe aos princípios constitucionais, assim, uniformizar o sistema jurídico, permitindo que a integração e a interpretação dos dispositivos legais sejam feitas de forma coerente com todo o sistema normativo.

A posição de destaque passou a ser ocupada pelos princípios após o advento do Estado Social. Essa mudança de paradigma deu-se em face de ser a lei insuficiente para realizar os anseios sociais, ao passo que os princípios são construídos e complementados a partir dos “valores supremos intrínsecos à sociedade em determinado contexto”. Vale dizer, “os princípios radiografam os fundamentos da ordem jurídica.”<sup>13</sup>

Os princípios constitucionais, portanto, funcionam como alicerces, sobre os quais se constrói todo o sistema jurídico-constitucional. Demais disso, são orientadores de todo e qualquer dispositivo legal, de modo que todo o sistema normativo passa a ser informado por referidas normas jurídicas, a fim de se viabilizar o

---

termo: [...] “apenas uma consoante a mais sintetiza a magnitude das famílias em suas multifacetadas formações. Assim, a expressão direito das famílias melhor atende à necessidade de passar-se, cada vez mais, a enlaçar, no âmbito de proteção às famílias, todas as famílias, sem discriminação, sem preconceitos”.

11. CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 1998, p. 1034, *apud* AMIN, Andréa Rodrigues. Princípios Orientadores do Direito da Criança e do Adolescente. In MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**. Aspectos Teóricos e Práticos. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 19.
12. BARROSO, Luis Roberto. Temas de Direito Constitucional. *apud* ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. Os princípios constitucionais e sua aplicação nas relações jurídicas de família. In ALBUQUERQUE, Fabíola Santos *et al* (Coord.). **Famílias no Direito Contemporâneo**. Estudos em homenagem a Paulo Luiz Netto Lôbo. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 31.
13. ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. *Op. cit.*, p. 31.

alcance da dignidade humana em todas as relações jurídicas, independentemente de sua natureza.<sup>14</sup>

Nesse sentido, além daqueles de natureza genérica, existem diversos princípios constitucionais, explícitos ou implícitos, que norteiam o direito das famílias, variando seu número e nomenclatura de acordo com cada doutrinador.

No dizer de Fabíola Santos Albuquerque<sup>15</sup>,

No âmbito das relações de família somos protagonistas do florescer de um modelo fundado sobre os pilares da repersonalização, da afetividade, da funcionalização, da pluralidade e do eudemonismo. A partir daí é possível extrair entre princípios explícitos e implícitos, os que permeiam as relações de família, a saber: da liberdade, da igualdade, da primazia absoluta, do melhor interesse da criança e do adolescente, da convivência familiar, e deste modo exsurge a coobrigação da família, da sociedade e do Estado no sentido de efetivá-los.

Dentre os mais relevantes, especialmente para o estudo a que se propõe o presente artigo, merecem destaque: a proteção integral a crianças e adolescentes; a convivência familiar; a afetividade; e a dignidade da pessoa humana, sobre os quais será traçado um panorama geral, sem o intuito de abordar exaustivamente o tema.

### **2.1.1. Proteção integral a crianças e adolescentes**

A doutrina da proteção integral funciona como diretriz determinante das relações das crianças e adolescentes com seus pais, sua família, com a sociedade e o Estado.

Em decorrência da maior fragilidade e vulnerabilidade que atingem pessoas até os 18 (dezoito) anos, a Constituição Federal<sup>16</sup> prevê um regramento específico, no qual confere prioridade absoluta para cuidar das questões a elas relativas. Há uma prioridade absoluta em favor de crianças e adolescentes em todas as esferas de interesse, seja no campo judicial, extrajudicial, administrativo, social ou familiar.

Explicitando melhor esse desiderato, Maria Berenice Dias<sup>17</sup> ressalta que, além de todos os direitos que garante expressamente, a Constituição coloca

14. DIAS, Maria Berenice. *Op. cit.*, p. 54-55.

15. *Idem, ibidem*, p. 39.

16. “Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”

17. DIAS, Maria Berenice. *Op. cit.*, p. 65.

crianças e adolescentes “a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”

Salienta, também, que<sup>18</sup>

A forma de implementação de todo esse leque de direitos e garantias, que devem ser assegurados com absoluta prioridade pela família, pela sociedade e pelo Estado, está no Estatuto da Criança e do Adolescente (L. 8.069/1990), microsistema que traz normas de conteúdo material e processual, de natureza civil e penal, e abriga toda a legislação que reconhece os menores como sujeitos de direito.

Flávio Tartuce e José Simão<sup>19</sup> destacam que

[...] o art. 3º do próprio ECA prevê que a criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral, assegurando-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Na ótica civil, essa proteção integral pode ser percebida pelo princípio de melhor interesse da criança, ou *best interest of the child*, conforme reconhecimento pela Convenção Internacional de Haia, que trata da proteção dos interesses das crianças.

A proteção plena das crianças e adolescentes configura-se como “intransponível fundamento do moderno Direito de Família”<sup>20</sup>, devendo estar presente em todas as relações familiares. De fundamental importância, seu descumprimento, além de eventual responsabilidade na esfera criminal, pode resultar, para os pais, na destituição do poder familiar, de acordo com as regras previstas no Código Civil.

### 2.1.2. Convivência familiar

Ao tratar dos direitos garantidos às crianças e adolescentes, a Carta Magna estabelece, ainda, o direito à convivência familiar, que significa o fortalecimento dos laços familiares (sejam de ordem biológica ou afetiva) e a manutenção da criança no seio da família natural, desde que preservados o direito à dignidade e ao desenvolvimento integral.

18. *Idem, ibidem.*

19. TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José. Direito Civil – Série Concursos Públicos – Direito de Família. 2. ed., São Paulo: Método, 2007, v. 5, p. 37-8, *apud* GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. vol. VI: Direito de Família – As Famílias em Perspectiva Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 101.

20. GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Op. cit.*, p. 100.

Tal garantia constitucional encontra-se também inserida no Estatuto da Criança e do Adolescente, em seus arts. 4º e 16, V, além de destacada em todo o Capítulo III do Título II.

A Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, por seu turno, normatiza a respeito que<sup>21</sup>

Os Estados-Partes deverão zelar para que a criança não seja separada dos pais contra a vontade dos mesmos, exceto quando, sujeito à revisão judicial, as autoridades competentes determinarem, em conformidade com a lei e com os procedimentos legais cabíveis, que tal separação é necessária ao interesse maior da criança.

Esta norma, de cunho garantista, é aplicável não só aos genitores, mas também aos demais integrantes do núcleo familiar.

Em determinadas situações, entretanto, admite-se, de modo excepcional, o afastamento definitivo, consoante lições dos Professores Rodolfo Pamplona Filho e Pablo Stolze<sup>22</sup>,

O afastamento definitivo dos filhos da sua família natural é medida de exceção, apenas recomendável em situações justificadas por interesse superior, a exemplo da adoção, do reconhecimento da paternidade socioafetiva ou de destituição do poder familiar por descumprimento de dever legal.

Além da convivência familiar, o preceito constitucional garante a convivência comunitária, em virtude da ampliação dos relacionamentos da criança e do adolescente com o passar dos anos, de modo a lhes permitir vivenciar experiências fora do âmbito familiar que auxiliarão no desenvolvimento da sua personalidade e caráter.

Os reflexos positivos dessa convivência são perfeitamente traduzidos nas lições de Kátia Maciel<sup>23</sup>

[...] a convivência familiar constitui-se em um porto seguro para a integridade física e emocional de toda criança e todo adolescente. Ser criado e educado junto aos pais biológicos ou adotivos deve representar para o menor de 18 anos estar integrado a um núcleo de amor, respeito e proteção.

A importância da convivência familiar, em razão das consequências que acarreta, é também explicitada por Antonio Carlos Donini<sup>24</sup>, para quem

21. MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. *Op. cit.*, p.61.

22. GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Op. cit.*, p. 102.

23. MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. *Op. cit.*, p. 62.

24. DONINI, Antonio Carlos. **Meu bem, Meus bens**. São Paulo: Klarear, 2009, p. 425-6.



É na família que se formam a personalidade da criança, os aspectos físico e psíquico, como a vontade, a emoção, a inteligência, etc. A personalidade se constrói pela combinação de aspectos herdados, com as experiências marcantes da vida infantil e da vida adulta que darão um sentido de continuidade ao ser. E a convivência familiar é importante para a constituição da pessoa, desde a mais tenra idade.

Através da garantia do direito à convivência familiar, busca-se fortalecer os vínculos entre os seus integrantes e manter crianças e adolescentes no seio desse grupamento, salvo as exceções já indicadas. Há que se observar que o princípio da convivência familiar antes de ser um direito é uma necessidade, no mesmo patamar de importância do direito fundamental à vida<sup>25</sup>, e que deve ser interpretado sempre em consonância com a afetividade, visto que esta é um dos maiores valores no direito de família contemporâneo ao lado da dignidade humana.

### 2.1.3. Afetividade

O princípio da afetividade, um dos mais recentes a ser incluído no ordenamento jurídico pátrio, traduz-se no fato de as relações familiares serem pautadas pelo afeto, pelo amor, sendo este aspecto preponderante para a caracterização da instituição familiar, com reflexos em diversas outras questões do direito das famílias.

Assim, para a configuração de uma entidade familiar, para especificação da paternidade, de questões afetivas à guarda de filhos, à proteção de crianças e adolescentes, dentre outras, o fator mais importante é o liame socioafetivo existente, sem aniquilar suas individualidades.

Sua presença no direito das famílias é tão fundamental que impossível esgotar as suas hipóteses, “mas o fato incontestável, [...], é que toda a investigação científica do Direito de Família submete-se à força do princípio da afetividade, delineador dos *standards* legais típicos (e atípicos) de todos os institutos familiaristas”.<sup>26</sup>

Verifica-se que as famílias se transformam à medida que se fortalecem as relações de afetividade entre seus membros. Surgem novos modelos familiares mais igualitários, com divisão de tarefas independentemente das questões de gênero, fundados mais nos sentimentos do que em questões materiais e patrimoniais.

Nesse sentido, destaca Maria Berenice Dias<sup>27</sup>

A família e o casamento adquiriam um novo perfil, voltados muito mais a realizar os interesses afetivos e existenciais de seus

25. MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. *Op. cit.*, p. 61.

26. GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Op. cit.*, p. 91.

27. DIAS, Maria Berenice. *Op. cit.*, p. 68.

integrantes. Essa é a concepção eudemonista da família, que progride à medida que regride o seu aspecto instrumental. A comunhão de afeto é incompatível com o modelo único, matrimonializado, da família. Por isso, a afetividade entrou nas cogitações dos juristas, buscando explicar as relações familiares contemporâneas.

Considerando o princípio em tela, é fundamental que as questões de família sejam analisadas e decididas com a valorização dos laços afetivos que unem os seus membros, além de serem os mesmos considerados em sua individualidade, de acordo com cada caso concreto.

#### **2.1.4. Dignidade da pessoa humana**

Acima de todos os princípios mencionados – e de outros existentes no ordenamento jurídico pátrio –, existe uma espécie de macroprincípio, tratado como princípio nuclear para toda a ordem constitucional, do qual irradiam todos os outros. Ele funciona não apenas como um limite à atuação estatal, mas como um norte para o fazer do Estado, tendo em vista que os entes públicos pautarão suas políticas e atividades a fim de conferir o mínimo existencial a cada ser humano do seu território.<sup>28</sup>

Apesar de existir como um princípio não-expresso no ordenamento jurídico pátrio, a dignidade da pessoa humana tornou-se explícita com o advento da Constituição Federal de 1988, servindo como sustentáculo dos ordenamentos jurídicos contemporâneos.<sup>29</sup>

Encontra-se expresso, também, na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), porque fruto de movimentos políticos e sociais, que passaram a considerar o ser humano como sujeito de sua própria vida, detentor de seus próprios desejos e não subordinado às vontades alheias e estranhas à sua personalidade.<sup>30</sup>

Os Professores Rodolfo Pamplona Filho e Pablo Stolze<sup>31</sup> buscam conceituá-lo com base nas seguintes lições,

[...] a noção jurídica de dignidade traduz um valor fundamental de respeito à existência humana, segundo as suas possibilidades e expectativas, patrimoniais e afetivas, indispensáveis à sua realização pessoal e à busca da felicidade.

28. *Idem, ibidem*, p. 60.

29. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Uma principiologia para o Direito de Família. In ALVES, Leonardo Barreto Moreira; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos (Coord.). **Leituras Complementares de Direito Civil – Direito das Famílias**. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 47.

30. *Idem, ibidem*.

31. GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Op. cit.*, p. 74 e 76.

A dignidade humana somente é preservada na medida em que se garante o respeito à dimensão existencial do indivíduo, não apenas em sua esfera pessoal, mas, principalmente, no âmbito das suas relações sociais.

No que pertine ao Direito das Famílias, o princípio da dignidade humana deve ser compreendido a fim de proteger o núcleo familiar e cada um dos seus integrantes. Sua importância para as relações familiares é salientada por Rodrigo da Cunha Pereira<sup>32</sup>, nos seguintes termos:

É impensável, hoje, qualquer julgamento ou concepção em Direito de Família desatrelados ou destituídos da noção ou ideia de dignidade. [...] No Direito de Família, em particular, é o princípio que sustenta e paira sobre todos os outros princípios.

Com o intuito de traduzir a dimensão do princípio em análise, merecem ser trazidas as lições de Miguel Reale interpretadas por Gilmar Mendes *et al*<sup>33</sup>,

[...] Miguel Reale afirmou que toda pessoa é única e que nela já habita o todo universal, o que faz dela um todo inserido no todo da existência humana; que, por isso, ela deve ser vista antes como centelha que condiciona a chama e a mantém viva, e na chama a todo instante crepita, renovando-se criadoramente, sem reduzir uma à outra; e que, afinal, embora precária a imagem, o que importa é tornar claro que dizer pessoa é dizer singularidade, intencionalidade, liberdade, inovação e transcendência, o que é impossível em qualquer concepção transpersonalista, a cuja luz a pessoa perde os seus atributos como valor-fonte da experiência ética para ser vista como simples ‘momento de um ser transpessoal’ ou peça de um gigantesco mecanismo [...]

Destarte, há que se considerar o princípio da dignidade humana como norma de orientação para todo o sistema jurídico, à qual incumbe nortear todas as demais disposições constitucionais e legais.

### 3. EXECUÇÃO PENAL

A execução penal é uma das fases do processo penal, na qual o Estado faz valer a sua pretensão punitiva (ora desdobrada em executória), aplicando-se, de modo efetivo, a pena determinada por decisão judicial, seja privativa de liberdade, restritiva de direitos ou de natureza pecuniária.

Mencionada etapa processual tem seus objetivos trazidos pelo art. 1º da Lei de Execuções Penais – LEP, que preceitua, *in verbis*: “A execução penal tem por

32. PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Op. cit.*, p. 47.

33. MENDES, Gilmar Ferreira *et al.* **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 150.

objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.”

Observa-se, destarte, que a finalidade da execução é precipuamente preventiva<sup>34</sup> e se traduz pela “proteção dos bens jurídicos e a reincorporação do autor à comunidade” (prevenção especial).

Consoante ressalta Guilherme de Souza Nucci<sup>35</sup>,

A pena tem vários fins comuns e não excludentes: retribuição e prevenção. Na ótica da prevenção, sem dúvida, há o aspecto particularmente voltado à execução penal, que é o preventivo individual positivo (reeducação e ressocialização). Uma das importantes metas da execução penal é promover a reintegração do preso à sociedade.

Nesse passo, a execução tem por escopo fazer cumprir o comando emergente, via de regra, da sentença penal condenatória ou absolutória imprópria, assim como a integração social do condenado, uma vez que foi adotada a teoria mista ou eclética, segundo a qual a natureza retributiva da pena não busca apenas a prevenção, mas também a humanização. O objetivo que se busca, desse modo, por meio da execução, é punir e humanizar<sup>36</sup>.

Para o alcance desse duplo objetivo – que, *a priori*, parece trazer intenções inconciliáveis –, é preciso que sejam aplicados os princípios e regras postos no ordenamento jurídico pátrio, sem olvidar que uma interpretação conforme e sistemática é fundamental para o sucesso de referido intento.

Essa forma de atuar está prevista no item 16 da Exposição de Motivos da LEP<sup>37</sup>, o qual prevê que

34. De acordo com as lições trazidas por Guilherme de Souza Nucci: “A pena tem caráter multifacetado, envolvendo, necessariamente, os aspectos retributivo e preventivo, este último nos prismas positivo geral e individual, bem como negativo geral e individual.” “Prevenção geral positiva: demonstra a eficiência do Direito Penal, sua existência, legitimidade e validade; geral negativa: intimida quem pensa em delinquir, mas deixa de fazê-lo para não enfrentar as consequências decorrentes da punição. Prevenção individual positiva: reeducação e ressocialização, na medida do possível e da sua aceitação; negativa: recolhe-se, quando for o caso, o delinquente ao cárcere para que não torne a ferir outras vítimas.” NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 1005-6.

35. NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 452.

36. MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 9. ed. rev. e atual. de acordo com as Leis n. 12.258/2010 (monitoramento eletrônico) e 12.323/2010 (inclui a Defensoria Pública como órgão da execução penal). São Paulo: Saraiva, 2011, p. 32.

37. BRASIL. **Lei 7.210, de 11 de julho de 1984**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210.htm)>. Acesso em: jun. 2011.

“A aplicação dos princípios e regras do Direito Processual Penal constitui corolário lógico da interação existente entre o direito de execução das penas e das medidas de segurança e os demais ramos do ordenamento jurídico, principalmente os que regulam em caráter fundamental ou complementar os problemas postos pela execução.”

A fim de cumprir tal desiderato, aplicam-se à execução penal importantes princípios constitucionais, dentre os quais merecem destaque, em especial pela correlação com o tema proposto: a individualização da pena, a intranscendência, a legalidade, o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa, entre outros.

Além desses, em particular, como bem alerta Renato Marcão<sup>38</sup>, “deve-se observar o princípio da humanização da pena, pelo qual deve-se entender que o condenado é sujeito de direitos e deveres, que devem ser respeitados, sem que haja excesso de regalias, o que tornaria a punição desprovida da sua finalidade.”

O princípio da humanidade é previsto constitucionalmente, abrangendo tanto o Direito Penal como o da Execução Penal, em diversos dispositivos, como os incisos XLVII, XLVIII, XLIX e L do art. 5º.

A legislação ordinária, por sua vez, em consonância com os preceitos constitucionais, traz a humanização da pena ao estabelecer que os condenados conservam todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei, impondo-se o respeito à sua integridade física e moral, nos termos dos arts. 38<sup>39</sup> do CP, 3º,<sup>40</sup> e 40<sup>41</sup> da LEP.

O princípio da humanização engloba, portanto, a garantia de que não haverá penas desumanas ou cruéis, considerando-se a pena em si e também o meio em que a mesma deve ser cumprida. Garante mais! Resguarda aos presos todos os direitos não atingidos pela sentença penal condenatória, garantindo-lhes o direito à saúde, à integridade física, à ampla defesa e ao contraditório, à visita, à assistência jurídica, social, religiosa, dentre tantos outros, visto que o rol trazido pela LEP é meramente exemplificativo, como será visto posteriormente.

Soma-se à humanização, o dever de individualizar a pena, o que significa adequá-la às condições pessoais do sentenciado. A Carta Magna, em seu art. 5º, XLVI, incumbiu à lei a função de regular esse princípio.

38. MARCÃO, Renato. *Op. cit.*, p. 34.

39. “Art. 38. O preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral.”

40. “Art. 3º – Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei.”

41. “Art. 40. Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios.”

Cumprindo tal mister, o Código Penal prevê três momentos para a individualização da pena: a cominação, elaborada pelo legislador; a aplicação diante do caso concreto, pelo julgador; e, por fim, a execução da pena, a cargo do juiz da execução penal. Nesta última hipótese, Carmen Silvia de Moraes Barros<sup>42</sup> esclarece que “a individualização visa propiciar oportunidade para o livre desenvolvimento presente e efetivar a mínima dessocialização possível.”

No que tange à individualização da pena durante a sua execução, o Min. Cezar Peluso, no julgamento do HC 82.959<sup>43</sup> salienta que, nesta fase, a pena deve considerar não somente a dignidade humana, mas também o comportamento do condenado no cumprimento da pena (no cárcere ou fora dele, nas hipóteses de penas não privativas de liberdade) e o tipo penal cometido (art. 5º, XLVIII, CF).

Acerca desse momento da individualização da pena, acertadamente asseveram os Defensores Públicos Paraenses, José Adaumir Arruda da Silva e Arthur Corrêa da Silva Neto<sup>44</sup>:

Partindo-se da premissa de que as pessoas não são iguais, bem como que cada um traz em si um conjunto de características que as individualizam, por óbvio que a execução penal também não pode ser igual para todos os condenados. Não há falar tampouco que, durante todo o período de cumprimento da reprimenda, essa se dê da mesma forma. Portanto, individualizar a pena é dar a cada condenado as oportunidades e meios necessários para que venha a se reintegrar à sociedade, levando em consideração sua personalidade, suas aptidões e habilidades.

É fundamental, portanto, que a pena seja fixada e executada, considerando as características pessoais de cada indivíduo e do delito praticado, com o escopo de apenar de forma efetiva, sem perder, todavia, sua natureza “humanizadora” – se é de fato possível utilizar tal expressão no modelo prisional vigente no país.

Outro princípio de fundamental importância, no que diz respeito às regras de execução da pena, é o princípio da personalidade, também denominado princípio da intranscendência ou pessoalidade, contido no art. 5º, XLV, da CF, segundo o qual “nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas até o limite do valor do patrimônio transferido.”

42. BARROS, Carmen Silvia de Moraes. **A individualização da pena na execução penal.** *apud* MARCÃO, Renato. *Op. cit.*, p. 43.

43. MENDES, Gilmar Ferreira *et al.* **Curso de Direito Constitucional.** 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 610-611.

44. SILVA, José Adaumir Arruda da; SILVA NETO, Arthur Corrêa da. **Execução Penal. Novos rumos, novos paradigmas.** Manaus: Aufero, 2012, p. 65.

Mencionada garantia constitucional é considerada uma conquista do direito penal liberal a partir do Iluminismo, com previsão expressa na Declaração dos Direitos dos Homens e do Cidadão, de 1789. O princípio da responsabilidade pessoal do agente foi ainda consagrado expressamente pela Declaração dos Direitos do Homem, de 1948<sup>45</sup>.

Como bem salientado em artigo da Ilustre Defensora Pública Estadual, Firmiane Venâncio<sup>46</sup>, sobre o tema,

trata-se de princípio garantia, por estabelecer direta e imediatamente uma garantia aos cidadãos, qual seja, a de que nenhuma pena passará da pessoa do condenado, à exceção de alguns efeitos civis dela decorrentes, como bem postos no dispositivo constitucional acima referido.

A observância deste princípio tem por escopo afastar a possibilidade de responsabilização criminal de familiares ou terceiros ligados ao condenado, tão-somente porque estes manteriam relações com aquele que praticou o ato ilícito.

A teoria, todavia, ainda é bem distinta da prática. A privação material dos familiares que têm seu ‘provedor’ encarcerado; o afastamento das crianças e adolescentes do convívio dos seus pais e familiares; os procedimentos vexatórios a que são submetidos durante a revista antes do ingresso no estabelecimento penitenciário, entre outros, são exemplos claros de que os parentes do preso sofrem os efeitos estigmatizantes do cárcere<sup>47</sup>.

O respeito a este e outros princípios e regras constitucionais tem que ser objeto de luta constante dos profissionais engajados com a proteção aos direitos humanos em sua mais ampla acepção. Não é possível contentar-se com uma aplicação parcial dessas garantias, sob pena de se estar descumprindo todo o ordenamento jurídico pátrio, além de normas internacionais acerca do tema.

Destarte, a fase executória da pena deve ser permeada pela aplicação e observância de todos os princípios constitucionais e demais normas atinentes à espécie, sejam eles de natureza geral ou específica. Nesse sentido, salutares as lições de Guilherme de Souza Nucci<sup>48</sup>:

O estudo da execução penal deve fazer-se sempre ligado aos princípios constitucionais penais e processuais penais, até por que,

45. MENDES, Gilmar Ferreira *et al.* *Op. cit.*, p. 602.

46. VENÂNCIO, Firmiane. Princípio da Intranscendência da Pena e o Modelo Prisional Vigorante. In XIMENES, Rafson Saraiva; PRADO, Daniel Nicory (Org.). **Redesenhando a Execução Penal: a superação da lógica dos benefícios**. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2011, p. 96.

47. SILVA, José Adaumir Arruda da; SILVA NETO, Arthur Corrêa da. *Op. cit.*, p. 115.

48. NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 1006 e 1056.

para realizar o direito punitivo do Estado, justifica-se no Estado Democrático de Direito, um forte amparo dos direitos e garantias individuais. Não é viável a execução da pena dissociada da individualização, da humanidade, da legalidade, da anterioridade, da irretroatividade da lei prejudicial ao réu (princípios penais) e do devido processo legal, como todos os seus corolários (ampla defesa, contraditório, oficialidade, publicidade, dentre outros).

O processo de execução deve reger-se pelos dispositivos contidos na Constituição Federal, na Lei de Execução Penal e no Código de Processo Penal, o que se justifica pela intenção de garantir ao condenado todos os princípios e regras básicas que o acusado, durante o processo de conhecimento, possui.

Se a intenção da execução é punir e humanizar, é preciso aplicar a pena àquele que cometeu o delito, sem olvidar que este, após o período de encarceramento, retornará ao ambiente social e deverá ser a ele reintegrado. Ocorre que, na quase totalidade dos casos, o que se vê é penalizar o condenado e toda sua família, retirando deles o resto de humanidade que existia.

### **3.1. Direitos dos presos: o direito de visita**

Com o escopo de alcançar os objetivos traçados pelo legislador, bem como considerando os princípios aplicáveis ao instituto, a LEP traz em seu bojo alguns dos direitos dos condenados, os quais devem ser observados durante a fase da execução penal. Nesse sentido, impende salientar que são assegurados aos presos todos os direitos não atingidos pela decisão judicial, em consonância com o preceito contido em diversos dispositivos legais, a exemplo dos já citados arts. 38 do CP e 40 da LEP.

Embora o objeto do presente artigo esteja restrito a um desses direitos, cumpre salientar que o elenco da LEP é meramente exemplificativo e todos os direitos que não se encontram restringidos pela lei, em especial pelas condições do cárcere, permanecem como direitos do condenado. Deve-se, assim, buscar a interpretação mais ampla possível no que se refere ao direito dos presos.<sup>49</sup>

Dentre os direitos elencados na Lei de Execução Penal, especialmente em seu art. 41, encontra-se previsto, em seu inciso X, o direito de visita do cônjuge, companheiro(a), parentes e amigos.

O direito de visita significa, de forma mais ampla, o direito à convivência familiar. Ou seja, de estar com os membros de sua família, sejam ascendentes, descendentes, cônjuge ou companheiro(a). Nesse sentido, importante levar em

---

49. MARCÃO, Renato. *Op. cit.*, p. 68.



consideração as mais diversas configurações dos núcleos familiares, especialmente em virtude da evolução sentida nas últimas décadas, não havendo mais um padrão rígido a ser considerado.

Para Paulo Lôbo<sup>50</sup>, deve-se compreender a convivência familiar como

a relação afetiva diuturna e duradoura entretecida pelas pessoas que compõem o grupo familiar, em virtude de laços de parentesco ou não, no ambiente comum. [...]. É o ninho no qual as pessoas se sentem recíproca e solidariamente acolhidas e protegidas, especialmente as crianças.

Esse direito deve ser garantido qualquer que seja o regime de cumprimento da pena, sendo exercido de formas diversas de acordo com cada um deles, observadas as peculiaridades que a lei estabelece.

Guilherme de Souza Nucci<sup>51</sup> ressalta a importância do exercício do direito de visita, nos seguintes termos:

o acompanhamento da execução da pena por parentes, amigos e, em particular, pelo cônjuge ou companheiro(a) é fundamental para a ressocialização. Feliz do preso que consegue manter dentro do cárcere estreitos laços com sua família e seus amigos, que se encontram em liberdade. O Estado deve assegurar esse contato, estabelecendo dias e horários determinados para o exercício desse direito.

Entretanto, antes de cuidar especificamente dos modos de exercício desse direito, durante a execução penal, há que se atentar para o fato de que o direito de visita possui dois ângulos de análise: o direito de visitar – dos familiares – e o de ser visitado – do próprio preso, que merecem análise específica a depender de cada uma de suas perspectivas.

### **3.1.1. Direito de visitar**

O direito à convivência familiar, originário da Doutrina da Proteção Integral construída sob a égide da Organização das Nações Unidas, é um dos mais importantes direitos de crianças e adultos recepcionados pela Constituição Brasileira, em seu artigo 227.

Esse direito ganha uma conotação muito maior quando envolve crianças e adolescentes, que, em se tratando de execução penal, se vêem, muitas vezes, privadas da convivência de seus pais em razão do encarceramento.

50. LÔBO, Paulo. **Famílias**. *apud* ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. *Op. cit.*, p. 42.

51. NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 482.

Ratificando a determinação constitucional, o Estatuto da Criança e do Adolescente, em sintonia com o art. 9º da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, afirma que toda criança ou adolescente tem direito de ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta.

Em artigo sobre o direito à convivência familiar, a Professora Maria Aparecida Nery<sup>52</sup> assevera que

A legislação brasileira preconiza que toda criança e adolescente tem direito a uma família, cujos vínculos devem ser protegidos pelo Estado e pela sociedade. Diante da vulnerabilidade social ou pessoal, da fragilização familiar, as estratégias de apoio ou de intervenção no atendimento à família devem priorizar ações que visem refazer os vínculos originais ou estimular a formação deles (se não existem), fortalecer esse núcleo, aliando apoio socioeconômico à elaboração de novas formas de interação e de acesso aos bens e serviços públicos.

Diante da complexidade que envolve o universo familiar, nossa reflexão, baseada em estudos compreensivos, sinaliza que, para as transformações necessárias para que o direito à convivência na família e na comunidade possa, de fato, se efetivar de forma ampliada será indispensável uma profunda integração das ações que perpassam as políticas públicas, em especial as políticas sociais.

Constata-se, portanto, que, em face dos mais diversos motivos, nem sempre é possível que os pais vivam sob o mesmo teto que seus filhos. Este fato, entretanto, não deve ser impeditivo ao exercício do direito à convivência familiar, à manutenção e/ou (re)construção dos laços de afetividade.

É o afeto, em verdade, o fundamento jurídico do direito de visita!

Embora a doutrina, tanto nacional como estrangeira, não fixe, de modo uniforme, o fundamento jurídico desse direito, a maioria defende que é o vínculo afetivo existente entre visitante e visitado. O afeto é o que se coloca atrás do direito de visita e lhe dá suporte.

O direito de visita tem por escopo manter os vínculos de afeto positivo (ou permitir sua construção), através da manutenção da convivência, garantindo aos visitante(s) e visitado suas necessidades emocionais. Em verdade, não se pretende estabelecer regras rígidas de contato, dias e horários pré-estabelecidos.

---

52. NERY, Maria Aparecida. **A convivência familiar e comunitária é direito da criança e do adolescente e uma realidade a ser repensada pela escola.** Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/ccedes/v30n81/a05v3081.pdf>> Acesso em: 20 nov. 2011. p. 3.

Objetiva-se, com a proteção do direito de visita, que aquelas pessoas que nutrem afeto umas pelas outras possam conviver, mantendo vivo o laço emocional que as une.

Para María Inés Varela de Motta, jurista uruguaia citada por Fabio Bauab Boschi<sup>53</sup>, o direito de visita<sup>54</sup>

*es el derecho y el deber que tienen los padres y los hijos que no están bajo la tenencia de aquellos, de mantener trato recíproco, el que deberá asemejarse en lo posible, al que tendrían si vivieran bajo el mismo techo. El derecho se extiende a los abuelos en todo caso y a otros familiares y terceros cuando el interés del menor lo justifique.*

A ideia da visita como direito-dever coaduna-se não apenas com o aspecto jurídico do instituto, mas também dá ênfase aos aspectos morais, sociais e psicológicos que o envolvem. É uma preocupação com as necessidades psíquicas da criança e do adolescente que crescem e vivem sem a presença constante de ambos os genitores, em perfeita consonância com o multicitado princípio da proteção integral.

Acerca da importância do direito à convivência familiar, Maria Berenice Dias<sup>55</sup> traz importante contribuição, ao afirmar que o direito de visita

Funda-se em elementares princípios de direito natural, na necessidade de cultivar afeto, de firmar vínculos familiares à subsistência real, efetiva e eficaz. É direito da criança de manter contato com o genitor com o qual não convive cotidianamente, havendo o dever do pai de concretizar esse direito. É totalmente irrelevante a causa da ruptura da sociedade conjugal para a fixação das visitas. O interesse a ser resguardado, prioritariamente, é o do filho, e objetiva atenuar a perda da convivência diuturna na relação parental.

Há que se ressaltar, todavia, que com a valorização da afetividade, não bastam os laços de sangue para fundamentar o direito de visita. Não se garante o direito de visitas apenas àquelas pessoas com as quais existem vínculos biológicos, mas também – e especialmente – àquelas que possuem laços afetivos.

53. BOSCHI, Fabio Bauab. **Direito de visita**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 30.

54. De referência ao termo “direito de visitas”, é válido trazer as considerações da Desembargadora aposentada, Maria Berenice Dias, acerca do equívoco do seu uso: “[...] a própria expressão direito de visitas é inadequada, pois os encargos inerentes ao poder familiar não se limitam a assegurar ao genitor o direito de ter o filho em sua companhia em determinados períodos de tempo. Há reservas à própria locução “de visitas” por evocar uma relação de índole protocolar, mecânica, como uma tarefa a ser executada entre ascendente e filho, com as limitações de um encontro de horário rígido e de tenaz fiscalização.” Mostra-se, assim, mais adequada a expressão direito à convivência familiar. DIAS, Maria Berenice. *Op. cit.*, p. 398.

55. DIAS, Maria Berenice. *Op. cit.*, p. 398.

Extremamente esclarecedoras são as lições do advogado Fábio Boschi<sup>56</sup>, ao constatar que

[...] pode-se inferir que o amor, que une as pessoas entre si, nasce, desenvolve-se e fortalece-se com a convivência, com a troca de afeto e carinho, não com o vínculo jurídico do parentesco. Não há como pretender que a norma jurídica imponha relações de ordem emotiva ou sentimental entre parentes, se elas não existirem espontaneamente entre eles.

No que pertine à natureza jurídica do instituto, o direito de visita pode ser visto sob três perspectivas distintas a depender do referencial que se considera. Assim, se o olhar partir dos pais, o direito de visita é considerado um direito-dever; se forem outros parentes, caracteriza-se como direito da personalidade de manter e conservar relações emotivas; e, por fim, visto sob o ângulo dos filhos, trata-se, verdadeiramente, de um direito.<sup>57</sup>

Independentemente da natureza jurídica, o que não se pode olvidar é a importância que reveste o direito à convivência familiar e os reflexos positivos que ela produz. O vínculo entre pais e filhos é fundamental, por exemplo, para garantir e resguardar sua higidez física e psíquica.

Cumpre salientar, também, que o direito de visita apenas se coloca quando há ruptura da relação de convívio, tal como ocorre quando há a dissolução do vínculo matrimonial, ou com aquele que está segregado por conta de uma sentença penal condenatória.

Esclarecedoras a esse respeito as lições trazidas por Fabíola Albuquerque<sup>58</sup> – embora cuidem com mais especificidade da necessidade de preservar a convivência familiar em casos de separação, as mesmas se aplicam, com propriedade, ao rompimento da vivência cotidiana em virtude de decisão judicial condenatória a pena privativa de liberdade.

Outro aspecto fundamental para a preservação da convivência familiar entre pais e filhos, em especial nas chamadas famílias recompostas, é ter clareza de que não existe a figura do ex-pai; ambos continuarão exercendo os poderes inerentes ao poder familiar e a prioridade é atender ao melhor interesse do filho. Logo, não é recomendável prejudicar ou impedir que o filho conviva com o outro genitor pelo fato de os pais não conseguirem, ou nem sequer tentarem manter uma relação harmônica, salvo naquelas hipóteses cujos fatos subjacentes ao caso concreto apontem de modo inequívoco ser temerário para o filho o convívio.

56. BOSCHI, Fabio Bauab. *Op. cit.*, p. 34.

57. *Idem, ibidem*, p. 49.

58. ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. *Op. cit.*, p. 42.

Havendo afastamento entre os familiares – considerando os laços de sangue e/ou afetividade, repise-se, faz-se necessário manter incólume a convivência, garantindo direito constitucionalmente previsto, mesmo que para tanto seja preciso a intervenção do Poder Judiciário.

### 3.1.2. Direito do preso de ser visitado: importância da convivência familiar para a execução penal<sup>59</sup>

De referência ao direito do próprio preso, as visitas possuem a finalidade de preservar e estreitar as relações do preso com a sociedade, a família, a companheira, os parentes e amigos, ressocializando-o e reintegrando-o de forma espontânea ao âmbito familiar e comunitário. As visitas têm caráter terapêutico, objetivando desenvolver e aprimorar o senso de comunhão social na esfera das unidades prisionais<sup>60</sup>.

59. A importância da participação familiar durante a fase de execução da pena reflete-se, prioritariamente, em facilitar o processo de ressocialização ou reinserção social. A esse respeito, nos levam à reflexão as lições do Doutor em Psicologia Clínica, Alvíno Augusto de Sá: “No contexto da convivência humana e das experiências individuais marcantes, existem fatos e condutas que são expressões concretas das contradições humanas, de seus conflitos internos, suplícios éticos e laborais, de sua luta contínua entre valores e tendências. É uma das expressões mais fortes desse drama existencial humano é o *crime*. Seja o crime em sua realidade comportamental de busca de satisfação de desejos e impulsos, em contraposição a valores aceitos, tanto pela sociedade como um todo, como pelo próprio sujeito infrator, parte da sociedade, seja o crime enquanto pura infração a uma norma socialmente aceita. O crime, ou melhor, a vida no crime não raras vezes é a manifestação da realidade mítica do homem, ou melhor, da própria sociedade, através de alguns de seus membros, caracterizada pelo suplício, pela busca incansável de satisfação plena, de luta por sobreviver e se justificar face às contradições éticas, de busca do ideal de felicidade, prazer e realização plena.” Continua alertando que esse drama existencial não é exclusivo do ‘infrator’, ocorrendo em todas as pessoas e em todo o contexto social, com a diferença que nem todos concretizam a ‘vocação social para infringir normas’. Em face dessas e de outras reflexões, conclui que reintegrar o condenado à sociedade é permitir um verdadeiro diálogo entre a parte encarcerada e aquela que está fora das muralhas do sistema penitenciário. É reintegrar partes de um todo que possuem uma relação dialética, de contradições, sem que se queira anular qualquer das verdades trazidas por cada uma delas. Para alcançar tal intento, “pressupõe-se, não só a melhora significativa do cárcere, mas que o cárcere seja cada vez menos cárcere, tanto em termos de duração da pena, quanto em termos do tratamento e das condições internas do mesmo, ou ainda em termos da abertura da parte encarcerada da sociedade para a parte não encarcerada e vice-versa.” Assim, para facilitar o processo de reintegração, todos os meios de ‘tratamento’ do preso, previstos em lei como direitos a ele garantidos, lhe devem ser oferecidos. O estudo, o trabalho, a assistência à saúde, jurídica, a convivência familiar devem ser fomentados pelo Poder Público para auxiliar esse processo. SÁ, Alvíno Augusto de. **Criminologia Clínica e Execução Penal. Proposta de um modelo de terceira geração**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 318-320.

60. O Ministro Gilmar Mendes, do STF, deferiu, recentemente, liminar em *habeas corpus* cujo impetrante reclama seja assegurado ao paciente, preso, o direito a receber visitas de familiares (filhos e enteados menores). Veja-se a íntegra da decisão: “**DECISÃO:** Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de medida liminar, impetrado pela Defensoria Pública da União, em favor de MGS. Nestes autos, a defesa questiona a decisão proferida pelo Ministro Og Fernandes, do Superior Tribunal de Justiça, que indeferiu liminarmente o HC 198.787/RS, por reputá-lo incabível. Na espécie, o paciente encontra-se recolhido no sistema prisional do Estado do Rio Grande do Sul desde o dia 19.9.2001, com término de pena previsto para 16.7.2040. A defesa requereu ao Juízo da Vara das Execuções Criminais da Comarca de Porto Alegre/RS autorização de

visita para seus dois filhos e três enteados, que restou indeferida. [...] Contra essa decisão interpôs agravo em execução. A Terceira Câmara Criminal do TJ/RS negou provimento ao recurso. [...] A defesa, então, impetrou HC perante o STJ, sustentando que o pedido de visitas é assegurado legalmente pela LEP e auxilia no processo de ressocialização do preso. O Ministro Og Fernandes, relator no STJ, indeferiu liminarmente o habeas: ‘o pedido de visitas ora formulado não se compatibiliza com a via eleita, uma vez que a ação constitucional do habeas corpus visa garantir a liberdade do cidadão (direito de locomoção) e, no caso, não há qualquer violação ao direito de ir e vir do paciente’. Neste writ, a defesa alega: ‘a autorização para que os filhos e enteados do paciente possam visitá-lo é perfeitamente viável por meio de HC, uma vez que o deslinde dessa pretensão espraierà efeitos sobre o processo de ressocialização e em seu estado de liberdade’. Assevera, ainda: ‘a falta de autorização para as visitas pretendidas, além de interferir no estado de liberdade do paciente, configura constrangimento na liberdade de locomoção, também, dos filhos e enteados do reeducando, uma vez que os priva de ir até o lugar onde o pai deles está’. Liminarmente, requer a suspensão das decisões proferidas pelas instâncias ordinárias, por meio das quais foi vedada a visita dos filhos e enteados menores do paciente ao estabelecimento prisional em que se encontra recolhido. Passo a decidir. Inicialmente entendo viável em sede de habeas corpus discutir-se a possibilidade de visita de filhos. É que de longa data esta Corte já vem analisando, por meio de impetração, a questão relativa ao direito do réu preso ao contato com seu advogado, bem como com sua família (HC 37.399, red. p/ acórdão Min. convocado Henrique D’Avila, Pleno, DJ 8.9.1960). **Aliás, o direito a visita é assegurado pela Lei de Execuções Penais** (art. 41, X). Conforme ressaltado pelo Ministro Celso de Mello no julgamento do HC 105.175/SP: ‘sabemos que a execução penal, além de objetivar a efetivação, a implementação da condenação penal imposta ao sentenciado, busca também propiciar condições para a harmônica integração social daquele que sofre a ação do magistério punitivo do Estado.’ Nesse contexto, portanto, **a visita representa medida adequada à ressocialização do preso**. Nesse sentido, transcrevo a ementa de julgado desta Corte: ‘PENA – CUMPRIMENTO – TRANSFERÊNCIA DE PRESO – NATUREZA. Tanto quanto possível, incumbe ao Estado adotar medidas preparatórias ao retorno do condenado ao convívio social. Os valores humanos fulminam os enfoques segregacionistas. A ordem jurídica em vigor consagra o direito do preso de ser transferido para local em que possua raízes, visando a indispensável assistência pelos familiares (...)’ – (HC 71.179/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, 2ª Turma, unânime, DJ 3.6.1994). **Vislumbro, à primeira vista, que as decisões formalizadas pelo Juízo de origem e demais tribunais são inidôneas, e merecem ser suspensas**. Esclarecedor é o parecer do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, Comarca de Porto Alegre, que assim se manifesta: ‘Com a devida vênia, há de se acolher a postulação defensiva apenas em relação ao pedido para que os filhos LUÃ e EVELYN possam visitá-lo. Afinal, o direito do agravante em receber visitas não é contestado, em absoluto, por este Juízo, não só por ser um direito previsto na Lei de Execução Penal (art. 41, inciso X), mas por se tratar de importante elemento para a ressocialização dos apenados em geral. Ocorre que a SUSEPE, na sua Portaria nº 02 de 2001, regulou os procedimentos a serem adotados quanto ao ingresso de visitantes nos Estabelecimentos Prisionais do Rio Grande do Sul, visando, com tal medida, estabelecer normas de organização para a entrada e saída de pessoas, amigos e parentes dos apenados, e evitar o caos e a insegurança penitenciários. Ao regulamentar o acesso das pessoas às penitenciárias e presídios, buscou-se, com relação às crianças menores de 12 anos, a comprovação de parentesco e vínculo familiar com os apenados, uma vez que não se nega tal direito, conforme determinado no artigo 8º da Portaria, apenas resguarda-o. O que se discute aqui é concessão de autorização judicial para que duas crianças de 05 (cinco) anos e uma de 12 (doze) anos de idade, **filhas da atual companheira do apenado (chamada Giovana Brum Garcia)**, possa visitá-lo no estabelecimento penal. Neste aspecto, é importante ressaltar que tais infantes são filhos da companheira atual do apenado, conforme certidões de nascimento juntadas às fls. 654, 656 e 659 do PEC, não havendo nenhuma prova nos autos da relação de pai e filho, bem como da relação estável com a genitora. É nítida a ausência de elementos que justifiquem e comprovem vínculo familiar. Aliás, nesse aspecto, é importante referir que em 03/06/2008 (há cerca de um ano e meio atrás), o apenado teve deferido em seu favor a visita por parte de Angela Giovana Santos Rodrigues (fls. 424/426), sua companheira na ocasião, a qual não é mãe nem de seus filhos nem dos referidos enteados.’ Ante o exposto, **defiro** parcialmente o pedido de medida liminar apenas para assegurar ao paciente o direito de visita dos filhos LUÃ e EVELYN. Com relação aos menores WGA, RGN e RAGN, filhos da suposta companheira do apenado, indefiro o pedido, pois não restou demonstrado o vínculo de parentesco com o paciente, tão pouco a estabilidade da relação com a genitora. Brasília, 11 de abril de 2011. Ministro **GILMAR MENDES** (Relator) (STF – HC 107701/RS – Rel. Gilmar Mendes – DJe de 14.4.11).

A fim de demonstrar a importância prática da convivência familiar para o processo de ressocialização, mister destacar algumas passagens de estudos sobre o tema.

Em pesquisa sobre as mulheres dos presos, realizada junto aos presídios públicos de regime fechado e semi-aberto nos municípios da Região Metropolitana de Porto Alegre-RS<sup>61</sup>, os Autores destacam que

A família costuma estar presente durante a execução penal e exerce um papel importante na construção de estratégias de sobrevivência e exercício da cidadania, denunciando abusos, punições ilegais e/ou perseguições dentro do presídio, ou mesmo transferências para lugares distantes.

A propósito, interessantes são as considerações feitas nos debates na Mesa 1 do Seminário Globalização, Sistema Penal e Ameaças ao Estado Democrático de Direito<sup>62</sup>, cujo tema (A funcionalidade do processo de criminalização na gestão dos desequilíbrios gerados nas formações sociais do capitalismo pós-industrial e globalizado) foi abordado por Vera Malaguti Batista e Giancarlo Corsi.

Questionada por uma mulher, casada com um cidadão que está preso há vinte anos, sobre os presos, seus filhos e a violência; sobre como opera a família desse preso na reinserção social; sobre qual a responsabilidade dessa família; como esses outros atores sociais, mães, esposas, podem fazer essa caminhada de recondução ao convívio social, Vera Malaguti Batista<sup>63</sup> assevera com propriedade:

Bom, a única coisa que acho duvidosa é a reinserção, porque geralmente quem ‘dançou’, ou quem já está preso, já estava fora, quer dizer, a entrada no sistema penitenciário já é uma demonstração de vulnerabilidade.

[...]

As pessoas acham ótimo, como certas declarações da governadora, do marido dela, do secretário de administração penitenciária, de que ‘não, foi ótimo, nós salvamos vidas, a polícia não entrou, então está tudo certo; eles se barbarizaram entre si’ ... Mas, as mulheres

61. GUIMARÃES, Cristian Fabiano *et al.* **Homens apenados e mulheres presas: estudo sobre mulheres de presos**. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=s\\_0102-71822006000300007&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=s_0102-71822006000300007&script=sci_arttext)>. Acesso em: 20 nov. 2011.

62. O Seminário, realizado nos dias 16 e 17 de junho de 2004, foi promovido pelo Centro Acadêmico Cândido de Oliveira da Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro – CACO, pela Coordenação no Rio de Janeiro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCrim e pelo Movimento da Magistratura Fluminense pela Democracia – MMFD. A reprodução do encontro foi transformada em publicação: KARAM, Maria Lucia (Org.). **Globalização, Sistema Penal e Ameaças ao Estado Democrático de Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

63. KARAM, Maria Lucia (Org.). **Globalização, Sistema Penal e Ameaças ao Estado Democrático de Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 88-89.

estão ali do lado de fora, estão enfrentando. Acho que essa relação amorosa, sem nenhuma condição, ‘não importa o que você fez’, essa trincheira de resistência, ali, no limite, excluído do excluído do excluído, na periferia, acho que isso é vital. Acho que isso tem uma força política que não sei se elas – estou dizendo vocês, esse coletivo – têm ideia.

Em virtude de sua total pertinência com o tema, válido transcrever, também, trecho da Dissertação de Mestrado da Psicóloga Maria Lúcia de Oliveira Almeida<sup>64</sup>, cujo objeto de estudo foi conhecer o pensamento das jovens presidiárias do Conjunto Penal Feminino de Salvador sobre o próprio processo carcerário.

**D.** inicia sua avaliação dizendo: ‘Longe de meu filho, ele está com minha mãe e minha irmã e ele vê o filho de minha irmã chamando ela de mãe e fica chamando também e eu digo: sua mãe sou eu, fico triste e chateada, ele logo que chega quer ir embora, não sei se é por causa da revista ou do portão.’ Em seguida, refere que não tem pontos positivos a citar na vida da prisão: ‘Só faz piorar, aqui a gente fica com a mente mais revoltada do que o que chega. As brigas, as fofocas, as humilhações, o sofrimento, só acontecem as coisas quando a gente está aqui dentro, como meu pai que está doente lá fora e eu não posso ver’. Explica que, no ambiente prisional, acontece muita briga porque ‘A gente tem as preocupações da rua e as daqui, junta tudo e a pessoa explode, tira sangue e assina outra’. Entretanto, apesar desta afirmação, já esteve anteriormente na Penitenciária por dois meses, em decorrência de agressão física com faca a uma pessoa durante uma briga. Solicitou-se então a **D.** que explicasse a reincidência e a volta à prisão: ‘Acho que foi por não ouvir conselho de minha mãe, ela não gostava do meu companheiro, mas eu quis ficar com ele mesmo assim.’

Em sua opinião, a vida na prisão poderia contribuir para a mudança de atitude da presidiária que volta ao convívio da sociedade, se as relações que ela estabelece no meio penitenciário tivessem sua base na compreensão: ‘Se tratassem a gente como gente, tivessem mais paciência, ensinassem como a gente deveria ser e não partissem para a ignorância, deviam conversar mais com a pessoa’.

Para **D.**, o período passado na prisão é muito sofrido, mas apesar disso e por isso ela diz: ‘Pelo sofrimento que os outros passam por mim e o que estou passando, juntando tudo, dá até para ensinar alguém’. Mas, para surgir o desejo de trilhar uma vida diferente, pautada em novos valores, **D.** considera que cabe à sociedade e à família a maior influência para atingir essa meta: ‘Se ela achar um emprego lá fora, se tiver alguém para ajudar, ela pode mudar.

64. ALMEIDA, Maria Lúcia de Oliveira. **Vozes de dentro... De Mulheres... e de Muralhas. Um estudo sobre jovens presidiárias em Salvador, Bahia.** Disponível em: <<http://www.ppgcs.ufba.br/site/db/trabalhos/1282009130057.pdf>>. Acesso em: ago. 2011.



Também vai dos pais dela, tem uns que maltratam, botam para fora, não dá o apoio que precisa, se dessem amor e carinho sem se importar com o passado... sei que nem todos acham o que eu achei, apoio da família'. Em seu discurso, o próprio sofrimento da vida na prisão, no qual se inclui a ameaça de ruptura do vínculo mãe-filho, é considerado como fator de crescimento pessoal, afastando-a da criminalidade, a fim de não passar por ele novamente. Ressalta também, que a presidiária teria mais chances de mudar o pensamento e o comportamento, se fosse tratada com mais compreensão, se fosse mais ouvida e se a conversa substituísse o castigo. **D.** ainda destaca que após a saída da prisão, é importante receber o apoio da família e da sociedade, além da oportunidade de emprego.

Nessa mesma esteira, de sensatez ímpar, o voto do julgamento do recurso de Agravo em Execução nº 70010896926, da Comarca de Porto Alegre, que teve como Relator o Des. Ranolfo Vieira, merece ser transcrito na íntegra:

Os pareceres da psicóloga judiciária do Juizado Regional da Infância e Juventude da Comarca de Porto Alegre, Dra. Dirce Maria de Lemos Minella, que embasaram a decisão recorrida, são desfavoráveis à pretensão do agravante (fls. 16-21). Segundo a psicóloga, reproduzindo e comentando disposições do ECA, o ingresso das crianças no ambiente prisional afronta as disposições protetivas do Estatuto. Lê-se, nos pareceres (foi emitido um para cada uma das crianças, com os mesmos argumentos):

“Acrescente-se a isso que um local como o presídio envolve um ambiente impregnado de graves problemas psicossociais, como a violência, a angústia, a tensão emocional, possíveis perversões e até risco de situações de motim, que podem comprometer a saúde física e psicológica de qualquer pessoa. Considerando a fase evolutiva de vida e o próprio senso comum, manifestado em Lei, há uma clara contra-indicação da presença de crianças e adolescentes nesses locais. Pelo artigo 5º da Lei referida acima, nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão aos seus direitos fundamentais.” (fls. 12 e 20 – grifei as palavras destacadas em negrito nos originais).

**Não há como olvidar, entretanto, o princípio constitucional de que a família é a base da sociedade (CF, art. 226), é que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, além dos direitos mencionados pela psicóloga, o direito à convivência familiar e comunitária (CF, art. 227).**

**Ninguém contesta que o presídio não é lugar de criança. Não é lugar, aliás, de qualquer ser humano. Mormente nas condições em que estão nossos presídios, superlotados, sem mínimo conforto, antros de violência e de depravação, como observado**

**no parecer. Mas, infelizmente, devem ser mantidos e pessoas para lá são necessariamente encaminhadas, como forma de proteção da sociedade e numa tentativa de recuperá-las. São as mazelas da natureza humana.**

E nada indica, e nem é possível, que as crianças e os adolescentes devam ser mantidos numa redoma, sem contato com o lado mau da vida, como se ele não existisse.

Diga-se, desde logo, que os visitantes dos presídios, inobstante a miséria reinante em seu interior, as perversidades que lá podem e provavelmente são praticadas, a opressão, a violência interna, não estão mais sujeitos, pessoalmente, à negligência, à exploração, à violência e à opressão, para usar as palavras destacadas nos pareceres, do que o restante da população, nas ruas de qualquer cidade. Nem mais sujeitos a eventuais motins.

Até mesmo na nossa pacífica Porto Alegre, as crianças, os adolescentes e os adultos estão submetidos ao contato diário com a miséria humana e com a violência. Ninguém está livre de, inopinadamente, ver-se em meio a um tiroteio entre bandidos e policiais, como ocorreu por duas vezes nesta semana, no centro da Capital.

Penso que entre o direito fundamental de a criança ser protegida de más influências, geradas pelo meio onde vivem e pelas pessoas com as quais convivem, e o direito fundamental a ter uma família, de expressar seu afeto ao pai, e dele receber afeto, ainda que ele esteja, infortunadamente, recolhido ao presídio, não há contraste maior do que o normalmente existente entre as diversas situações próprias da vida em sociedade.

Penso até, agora olhando o caso a partir da ótica do preso, que a privação de contato do pai com seus filhos é pena cruel, não aprovada pelo direito, e hipótese em que a pena ultrapassa a pessoa do condenado, situações vedadas pela Constituição.

São as razões pelas quais estou dando provimento ao agravo, na esteira do parecer do Dr. Sérgio Britto, Procurador de Justiça.

Dou provimento ao agravo para autorizar a visita dos filhos ao agravante, em datas, horários e condições a ser estabelecidos pela Vara de Execuções Penais. (Grifou-se)

Não se ver reconhecida como mãe pelo filho, não se sentir pertencido àquele núcleo familiar são marcas (quase) impossíveis de não serem sentidas e difíceis de serem apagadas. Ouvir do egresso que seu maior desejo é encontrar sua família, recuperar o tempo perdido com seus filhos, demonstra, de forma clara, o quanto a manutenção desse vínculo é importante para quem está na prisão.<sup>65</sup>

---

65. Em diversas passagens, a importância da família para os presos é percebida no Programa exibido, recentemente, pela TV Globo. Luta dos ex-detentos para recuperar a vida. **Profissão Repórter**. Rio de Janeiro: Globo, 13 de dezembro de 2011. Programa de TV.

Os reflexos positivos da influência familiar durante a fase de execução da pena são salientados, ainda, em estudo realizado sobre o Sistema Penitenciário de Manaus. Eleniza Viana<sup>66</sup>, pesquisadora do tema, considera a manutenção dos vínculos afetivos como

[...] fator que auxilia na reinserção sócio-familiar, com a consequente diminuição da reincidência. Conscientes as instituições públicas dessa importância, a sociedade poderá conhecer a realidade de vida dentro da prisão. Sabedores de que vários presos, apesar das adversidades, buscam uma vida melhor para seus familiares, o olhar social sobre os egressos será diferenciado, ajudando-os na sua ressocialização.

Esse contato do preso com seu núcleo familiar permite, ainda, que ele atue na solução de problemas domésticos, estimulando-o a manter uma boa conduta carcerária para que possa voltar o quanto antes ao convívio familiar diário<sup>67</sup>.

De acordo com as experiências aqui mencionadas, é claramente observado o quanto a convivência familiar, durante a fase executória da pena, reflete de modo positivo na “recuperação” dos presos. A influência de filhos, parentes e amigos, o fato de sentir-se útil aos seus familiares, de estar em contato com esse grupo social, permite que os sujeitos que se encontram cumprindo pena sofram menos com o fenômeno da prisionalização<sup>68</sup> e saia do cárcere acreditando na sua reintegração à sociedade.

Se a prisão, em sua atual configuração, pelos mais diversos motivos, não é o ambiente mais adequado para atingir, de forma plena, os objetivos a que teoricamente se propõe, que o ordenamento jurídico possa oferecer ao condenado todos os estímulos favoráveis para que se aproxime o máximo do melhor resultado possível: punir e humanizar, com o mínimo de sofrimento.

66. VIANA, Eleniza. **O papel da família no regime penitenciário masculino de Manaus e sua contribuição para reinserção sócio-familiar**. Disponível em: <<http://www.webartigos.com/articles/61346/1/O-papel-da-familia-no-regime-penitencia-rio-masculino-de-Manaus-e-sua-contribuicao-para-reinsercao-socio-familiar/pagina.1.html#ixzz1Ml4Mw3T4>> Acesso em: maio 2011.

67. BRITO, Alexis Couto de. **Execução Penal**. 2. ed. rev., ampl. e atual. De acordo com a Lei da Remição da Pena pelo Estudo (Lei 12.433/2011). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 137.

68. Segundo Cezar Roberto Bitencourt, “a prisionalização é o efeito mais importante que o subsistema social carcerário produz no recluso. Prisionalização é a forma como a cultura carcerária é absorvida pelos internos. Trata-se de conceito similar ao que em sociologia se denomina assimilação. Quando uma pessoa ingressa em um grupo, ou quando dois grupos se fundem, produz-se uma assimilação. A assimilação implica um processo de aculturação de parte dos incorporados. [...] A prisionalização também se assemelha consideravelmente com o que em sociologia se chama processo de socialização. Esse é o processo por meio do qual se ensinam a uma criança os modelos de comportamento social. *Mutatis mutandis*, guardadas as devidas diferenças, o recluso é submetido a um processo de aprendizagem que lhe permitirá integrar-se à subcultura carcerária.” BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão. Causas e Alternativas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 190.

Em face da peculiar situação dos condenados, as visitas são realizadas sob vigilância e com limitações, considerando as características de cada regime de cumprimento de pena.

Na Bahia, as visitas àqueles presos que se encontram em regime fechado são reguladas pelo Estatuto Penitenciário do Estado, aprovado pelo Decreto Estadual nº 12.247, de 08 de julho de 2010, especialmente no Capítulo I do Título VIII, arts. 132 a 138<sup>69</sup>. Os demais regramentos acerca da matéria ficarão a cargo da Secretaria Estadual de Administração Penitenciária e Ressocialização – SEAP<sup>70</sup>.

A frequência e a forma da visita ao preso variarão de acordo com a Unidade da Federação, tendo em vista que a competência legislativa acerca do Direito Penitenciário é concorrente à União, aos Estados e ao Distrito Federal, devendo, entretanto, serem observadas as regras gerais<sup>71</sup> fixadas sobre a matéria, em face do quanto disposto no art. 24 da CF/88.

No tocante à importância do direito de visita e à excepcional possibilidade de sua restrição<sup>72</sup>, salientam Nestor Távora e Rosmar Rodrigues<sup>73</sup> que tal direito

69. O Estatuto Penitenciário do Estado da Bahia pode ser acessado na íntegra por meio do *link* <[http://www.sjcdh.ba.gov.br/pdf/Estatuto\\_2010.pdf](http://www.sjcdh.ba.gov.br/pdf/Estatuto_2010.pdf)>.

70. A Secretaria Estadual de Administração Penitenciária e Ressocialização – SEAP foi criada pela Lei Estadual nº 12.212, de 04 de maio de 2011, “com a finalidade de formular políticas de ações penais e de ressocialização de sentenciados, bem como de planejar, coordenar e executar, em harmonia com o Poder Judiciário, os serviços penais do Estado”, que anteriormente eram de competência da Secretaria de Justiça, Cidadania e Direitos Humanos.

71. A Portaria DEPEN nº 122, de 19 de setembro de 2007, estabelece normas gerais acerca do direito de visitas dos presos.

72. Cumpre salientar, por oportuno, que a possibilidade de restrição do direito de visita deve ser aplicada com cautela. Nesse sentido, válido transcrever parte de sentença prolatada nos autos de Ação Civil Pública do Estado do Mato Grosso do Sul, a qual foi julgada procedente para garantir o direito de visitas de amigos que havia sido restrito em decorrência de Portaria Estadual. “É o caso dos autos. Os fundamentos embasadores da Portaria são exclusivamente no interesse da Administração Pública; todos os motivos ali estampados dizem respeito única e exclusivamente às dificuldades da própria agência em controlar, administrar o fluxo de pessoas que comparecem para visitar os detentos nos dias preestabelecidos, em todos os presídios do Estado. **Negar visita de amigos a presos por tempo indeterminado, sem que sequer tenham eles dado motivo para isso é derogar lei federal por meio de Portaria, ato administrativo. É incorrer em abuso de autoridade. É penetrar no campo da improbidade administrativa. É medida restritiva de direitos sem que os detentos tenham dado causa à sua utilização.** É um plus à pena aplicada. É um agravamento à condenação sem observância dos princípios do juiz natural, da ampla defesa, do contraditório. É ofensa brutal à Constituição Federal e à Lei das Execuções Penais.

É certo que a Lei de Execuções Penais, em seu parágrafo único do artigo 41, confere ao Diretor do Presídio a possibilidade de restringir visitas a presos. É uma regra aberta, não estabelece ela em que situações ou em que limites; portanto, reclama interpretação e, é lógico, que em se tratando de preceito restritivo de direitos, deve ser analisado com muito cuidado e restritamente. A Portaria foi genérica. Atingiu, indistintamente, todos os detentos, presidiários, recolhidos em todas as unidades presidiárias (entenda-se: presídios, cadeias etc...) do Estado de Mato Grosso do Sul. Mais uma vulneração da Constituição Federal, Lei de Execuções Penais e demais tratados internacionais ratificados pelo Brasil a respeito da matéria

[...] não poderá ser obstado, razão pela qual embora a penitenciária de homens deva ser construída em local afastado do centro urbano, essa distância não pode restringir o acesso. No entanto, o direito de visitas poderá ser suspenso ou restringido mediante ato motivado do diretor do estabelecimento, que explicita justificativa plausível, o que não significa imposição de incomunicabilidade, pois esta é incompatível com a Constituição Federal.

Além das visitas realizadas dentro dos estabelecimentos prisionais, a lei prevê algumas hipóteses em que é dado ao preso o direito de sair do encarceramento para estar mais próximo de seus familiares, desde que preenchidos alguns requisitos.

### 3.1.2.1. *Autorizações de saída*

As autorizações de saída constituem gênero do qual são espécies a permissão de saída (arts. 120 e 121) e a saída temporária (arts. 122 a 125), que são direitos dos condenados, estejam, respectivamente, em regime fechado ou semi-aberto.

Referidos institutos objetivam permitir ao condenado, privado da liberdade, o restabelecimento gradual do contato com a vida exterior, principalmente com seus familiares, fora do ambiente carcerário, com atividades que interessam à

---

discutida. Punição geral por fatos que os detentos, presidiários não deram causa. Medida unilateral. E por tempo indeterminado, frise-se. Já se disse que para se conhecer uma árvore necessário que se conheça a floresta primeiro. Pois bem. Na hipótese dos autos, numa interpretação literal do conteúdo da Portaria estaria certa a AGEPEN, mas, o caso demanda uma análise global do sistema jurídico, uma interpretação sistemática ou, no dizer do professor e jurista argentino Eugênio Raúl Zaffaroni, atual membro da Suprema Corte Argentina, as normas jurídicas não vivem isoladas, mas num entrelaçamento em que umas limitam as outras, e não podem ignorar-se mutuamente, pois uma ordem normativa não é um caos de normas proibitivas amontoadas em grandes quantidades, depósito de proibições arbitrárias, mas uma ordem de proibições, um conjunto de normas que guardam entre si uma certa ordem, cujo objetivo final é evitar a guerra civil (in **Manual de Direito Penal Brasileiro**, Parte Geral, 4ª edição, RT). Rotula o grande mestre argentino a sua tese de tipicidade conglobante. Encaixa-se perfeitamente na situação concreta dos autos e no exemplo antes invocado. **Ao permitir a lei a visita aos presos de esposa, companheira, filhos, parentes e amigos, no inciso X do artigo 41 da Lei de Execuções Penais, não poderia, imediatamente após, no parágrafo único do mesmo dispositivo legal, restringi-lo. Não na forma interpretada pela AGEPEN. Do jeito que está a inconstitucionalidade é gritante.** [...] Desta forma, a Agência Estadual de Administração do Sistema Penitenciário (AGEPEN) deverá dispor dos meios necessários para que os internos dos Estabelecimentos Penais recebam visitas tanto de familiares como de amigos, na ordem de 03 (três) pessoas por preso, sendo dois familiares e um amigo. Julgo procedente, portanto, o pedido inicial, com fundamento no artigo 269, I, primeira figura, do Código de Processo Civil, para que a agência requerida AGEPEN permita a visita, além das demais pessoas constantes do inciso X do artigo 41 da Lei de Execuções Penais, a visita de uma pessoa amiga, nos termos antes definidos.”

73. TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal. De acordo com as Leis 12.403/11 (Reforma do CPP), 12.432/11 e 12.433/11.** 6. ed., rev., ampl e atual. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 1238.

(re)estruturação de sua formação moral, ética e profissional, como mecanismos aptos a viabilizar sua (re)integração social<sup>74</sup>.

Em conformidade com os itens 127 a 129 e 131 da Exposição de Motivos da LEP<sup>75</sup>,

As autorizações de saída (permissão de saída e saída temporária) constituem notáveis fatores para atenuar o rigor da execução contínua da pena de prisão. **Não se confundem tais autorizações com os chamados favores gradativos** que são característicos da matéria tratada no Cap. IV do Tít. II (mais especialmente dos direitos e da disciplina). As autorizações de saída estão acima da categoria normal dos direitos (art. 41), visto que constituem, ora aspectos da assistência em favor de todos os presidiários, ora etapa da progressão em favor dos condenados que satisfaçam determinados requisitos e condições. No primeiro caso estão as permissões de saída (art. 120 e incisos) que se fundam em razões humanitárias. As saídas temporárias são restritas aos condenados que cumprem pena em regime semi-aberto (colônias). Consistem na autorização para sair do estabelecimento para, sem vigilância direta, visitar a família, frequentar cursos na Comarca da execução e participar de atividades que concorram para o retorno ao convívio social (art. 121 e incisos). A relação é exaustiva. Na lição de Elias Neuman, as autorizações de saída representam um considerável avanço penalógico e os **seus resultados são sempre proveitosos quando outorgados mediante bom senso e adequada fiscalização.**

### *a) Permissão de saída*

A permissão de saída, prevista nos arts. 120 e 121 da LEP, funda-se basicamente em razões humanitárias e objetiva permitir aos condenados, que estejam em regime fechado ou semi-aberto, sair do estabelecimento, mediante escolta, em caso de falecimento ou doença grave do cônjuge, companheira(o), ascendente, descendente, irmãos, ou em caso de necessidade de tratamento médico. As hipóteses são taxativas.<sup>76</sup>

Há doutrinadores, entretanto, que, acertadamente, defendem que o rol deve ser entendido como meramente exemplificativo, o que se coaduna com os princípios da dignidade humana, da afetividade, da razoabilidade, dentre outros. Nesse sentido, esclarecedoras são as lições do Professor Alexis de Brito<sup>77</sup>:

74. MARCÃO, Renato. *Op. cit.*, p. 206.

75. Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal. **Lei de Execução Penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

76. MARCÃO, Renato. *Op. cit.*, p. 207.

77. BRITO, Alexis Couto de. *Op. cit.*, p. 261.

Na atualidade, parece-nos que o rol descrito deva ser interpretado apenas como exemplificativo. [...] Não nos parece que o condenado, possuindo apenas um único parente (ex.: um tio ou primo) com o qual passou sua vida, depende ou suporta economicamente, possa ter privado seu direito de visitá-lo nos casos agudos de doença ou render-lhe as últimas homenagens no momento de sua morte. Uma das tarefas da execução penal é possibilitar o cumprimento da pena sem que o vínculo social e familiar seja perturbado o mais que o necessário, pois é crucial a participação destes freios morais para o sucesso da expiação da pena.

A medida, de caráter meramente administrativo, uma vez que é concedida pelo próprio Diretor do estabelecimento penitenciário, ajusta-se aos princípios constitucionais da dignidade humana e do direito à convivência familiar, porque permite que o condenado possa estar próximo de sua família em situações que exigem maior apoio e atenção dos seus entes, como o falecimento ou adoecimento de um familiar.

Ressalte-se, todavia, que, em caso de negativa pelo Diretor do estabelecimento, pode-se recorrer ao Judiciário, que decidirá fundamentadamente sobre o pedido e ordenará a constituição de escolta para a saída do preso.

#### ***b) Saída temporária:***

A Saída temporária, por sua vez, tem previsão no art. 122 da LEP, que preceitua, *in verbis*:

Art. 122. Os condenados que cumprem pena em regime semi-aberto poderão obter autorização para saída temporária do estabelecimento, sem vigilância direta, nos seguintes casos:

##### **I – visita à família;**

II – frequência a curso supletivo profissionalizante, bem como de instrução do 2º grau ou superior, na Comarca do Juízo da Execução;

III – participação em atividades que concorram para o retorno ao convívio social.

Parágrafo único. A ausência de vigilância direta não impede a utilização de equipamento de monitoração eletrônica pelo condenado, quando assim determinar o juiz da execução. (grifos nossos)

A respeito da finalidade das saídas temporárias, Cezar Roberto Bitencourt<sup>78</sup> leciona que

pretendem favorecer a reintegração do recluso ao seu meio social, diminuindo os efeitos prejudiciais do isolamento produzido pela

78. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, p. 215.

pena privativa de liberdade. Como afirma Garrido Guzman, ‘A finalidade das saídas temporárias é facilitar a reinserção social do interno (Dinamarca, Lei de 1965; Suécia, Lei de 1974; Itália, Lei de 1975; e Portugal, Lei de 1979), manter os laços familiares e diminuir o problema da sexualidade’.

O instituto objetiva viabilizar, cada vez mais, a reeducação, desenvolvendo nos presos o senso de responsabilidade, para que, posteriormente, ingressem no regime aberto, assim como para facilitar o processo de ressocialização<sup>79</sup>.

Alexis Couto de Brito<sup>80</sup> destaca que a saída temporária, como instrumento de execução penal, é um meio efetivo de serem alcançadas as finalidades da fase executória, afirmando que,

Apesar de comportar certas contingências ou riscos de que o condenado possa fugir ou mesmo cometer outro crime durante o benefício, enquanto as cifras de sucesso permanecerem altas – como realmente acontece – tanto a administração penitenciária quanto a sociedade devem assumir estes riscos devido a importância e transcendência para a reintegração social do recluso (TÉBAR VI-CENT. *Aplicación práctica: clasificación, tratamiento, permisos de salida, disciplina. Jornadas en homenaje al XXV aniversario de la ley orgánica general penitenciaria*. p. 216).

A saída temporária funciona como uma espécie de “teste” para saber se o preso possui condições para voltar a conviver socialmente. Mencionado direito tem por finalidade preparar, adequadamente, o retorno à comunidade daquele que foi condenado pela prática de um ato típico apenado com a privação da sua liberdade.

Com propriedade, Alex Victor Silva<sup>81</sup>, egresso do sistema penitenciário e autodidata em direito, destaca os efeitos positivos da concessão da saída temporária, nos seguintes termos:

Como importante etapa do sistema progressivo de execução da pena privativa de liberdade, a saída temporária reduz o caráter de confinamento absoluto. Ao mesmo tempo, serve como um autêntico meio de prova que permite verificar se o condenado já alcançou um grau de resistência que lhe permita vencer as “tentações” da vida livre e um sentido de responsabilidade suficiente para não frustrar a confiança que lhe é depositada ao se lhe deferir o benefício<sup>82</sup>.

79. NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 564.

80. BRITO, Alexis Couto de. *Op. cit.*, p. 262.

81. SILVA, Alex Victor da. **Impressões sobre a saída temporária**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 953, 11 fev. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7953>>. Acesso em: 20 nov. 2011.

82. Leia-se aqui a palavra “benefício” como um direito subjetivo do condenado, que deve ser concedido sempre que preenchidos os requisitos legais atinentes à espécie.



A saída é sempre por tempo determinado e não poderá ultrapassar o tempo máximo de sete dias, por isso a denominação temporária. Nesse ponto ela se diferencia da permissão de saída, tendo em vista que esta não possui tempo legalmente determinado. Outras diferenças são a restrição da saída aos condenados em regime semi-aberto e o fato de que, enquanto a permissão requer escolta, a saída é sem vigilância direta – embora seja possível o monitoramento eletrônico.

Observa-se, destarte, que a visita à família é uma das causas autorizadoras da saída temporária, e, em geral, tem lugar em datas comemorativas, como feriados, aniversários, dentre outras. Sua finalidade é o estreitamento dos laços familiares, favorecendo a reintegração social do condenado e, conseqüentemente, diminuindo a possibilidade de reincidência.

Com a redação dada pela Lei nº 12.258, de 15.06.2010, foram acrescentadas condições para o gozo das saídas temporárias, consoante previsão trazida pelo art. 124 da LEP. Aquelas contidas no parágrafo primeiro, incisos I a III, são cumulativas e obrigatórias a todos aqueles que obtiverem o direito à saída temporária. O mencionado diploma legal passou, também, a prever o interstício mínimo de 45 (quarenta e cinco) dias entre uma saída e outra.

Além das condições obrigatórias, o Juízo concedente poderá estabelecer outras, desde que considerados os critérios de razoabilidade e proporcionalidade, bem como haja estrita relação com o crime praticado pelo condenado, do qual resultou a pena sob execução. Há que se observar, ademais, as condições pessoais do condenado no momento da concessão de aludido direito.

Consoante bem salientado por Renato Marcão<sup>83</sup>,

Não se admite a inclusão de condição aleatória, sem qualquer relação com o fato-crime, tampouco que o juiz se afaste dos irrenunciáveis critérios de individualização das condições.

Não é por outra razão que a lei diz expressamente que o juiz poderá especificar outras condições ‘que entender compatíveis com as circunstâncias do caso e a situação pessoal do condenado’.

De acordo com o art. 123 da LEP, a autorização será concedida por ato motivado do Juiz da execução, ouvidos o MP e a administração penitenciária, e dependerá da satisfação dos seguintes requisitos: “I – comportamento adequado; II – cumprimento mínimo de 1/6 da pena, se o condenado for primário, e 1/4, se reincidente; III – compatibilidade do benefício com os objetivos da pena”.

---

83. MARCÃO, Renato. *Op. cit.*, p. 214-215.

Desse modo, para a concessão do direito é preciso que se verifique o comportamento adequado do preso e o cumprimento mínimo de um sexto da pena, se primário, e um quarto, se reincidente. Ou seja, é necessário que estejam presentes os requisitos subjetivo e objetivo<sup>84</sup>, respectivamente. Ademais, a eles deverá somar-se a compatibilidade de mencionado direito com os objetivos da pena.

Configurados os requisitos legais, a saída temporária é direito público subjetivo do condenado<sup>85</sup> – e não um benefício concedido ao bel prazer do magistrado.

### 3.1.2.2. A Inconstitucional Restrição Quantitativa das Saídas Temporárias

Uma das disposições acerca das saídas temporárias que merece atenção é a limitação de sua renovação por apenas 4 (quatro) vezes durante o ano. Ou seja, há uma limitação quantitativa às saídas, estabelecida sem qualquer razoabilidade.

Se a própria lei traz as hipóteses de concessão do direito, assim como da sua revogação, em seu art. 125<sup>86</sup>, a qual pode se dar *ex officio* pelo Juízo da execução, por que limitar sua quantidade sem qualquer justificativa?

Limitar a quantidade de saídas temporárias, quando sua motivação é a visita familiar, é o mesmo que limitar o afeto, o direito dos filhos de estarem na presença de seus pais (e demais familiares), é ferir diretamente o direito à convivência familiar, além de infringir alguns princípios constitucionais, em especial o caráter de pessoalidade da pena.

Se a saída temporária com o objetivo de frequentar curso não tem limitação de dias, por que se restringem as visitas familiares? Se é para ser razoável, que

84. Quanto ao requisito objetivo para a concessão da saída temporária, cumpre observar que, se o preso veio do regime fechado, em que já cumpriu um sexto para a progressão, esse período será computado para fins de obtenção da saída temporária, sendo desnecessário cumpri-lo novamente no regime semi-aberto para ter direito à saída temporária. Nesse sentido é a súmula 40 do STJ. Bastante elucidativo sobre o tema é o Acórdão do STJ (RHC 1776-RJ), no qual restou consignado que “a Lei de Execuções Penais tem como objetivo fundamental a recuperação dos condenados, tornando a execução da pena um processo dinâmico sujeito a mutações, e a progressão de um regime para outro constitui uma conquista do preso pelo seu mérito, pressupondo o cumprimento mínimo de um sexto da pena, tratando-se de primário. As saídas temporárias, restritas aos condenados que se encontram cumprindo pena no regime semi-aberto, consistem na permissão para visitar a família sem vigilância direta, frequentar cursos funcionando na comarca da execução ou participação em atividades que concorram para a ‘harmônica integração do condenado e internado’. O condenado primário, que já tiver cumprido um sexto da pena no regime fechado, poderá obter autorização de saída temporária em decisão fundamentada do Juízo das Execuções, ouvidos o MP e a administração do estabelecimento penal, independentemente de satisfazer mais um sexto da pena no regime atual, semi-aberto (LEP, art. 122, II).” MARCÃO, Renato. *Op. cit.*, p. 212.

85. MARCÃO, Renato. *Op. cit.*, p. 213.

86. O aludido art. 125 da LEP prevê a revogação das saídas quando o condenado praticar fato definido como crime doloso, for punido por falta grave, desatender às condições impostas na autorização ou revelar baixo grau de aproveitamento do curso.

seja analisado cada caso concreto, observando, para tanto, o princípio da individualização da pena. Não se pode atuar genericamente frente a um tema tão específico e repleto de peculiaridades.

Destarte, não sendo concedido ao preso o direito de visita, de conviver com seus familiares, sem qualquer limite razoável, vai-se de encontro com o direito dos integrantes daquele núcleo familiar, especialmente das crianças e adolescentes, menores de idade, de conviver com seus genitores, direito este que lhes é, de outra banda, garantido pelo ordenamento jurídico pátrio, consoante já salientado.

Como é cediço, a incapacidade para o exercício do poder familiar é efeito acessório da sentença condenatória, aplicável na hipótese descrita no art. 92, II, do Código Penal, que não pode ser ampliado para alcançar indistintamente qualquer apenado.

É válido lembrar que são direitos do preso todos aqueles não restringidos pela sentença, não podendo lhe ser retirado qualquer outro que aqueles não atingidos pela decisão condenatória, em consonância com os multicitados arts. 38 do CP e 40 da LEP.

Ademais, não sendo a perda do poder familiar efeito acessório decorrente da sentença condenatória, os pais somente perderiam o direito de conviverem com seus filhos em virtude de prévia condenação, por sentença judicial, em processo de destituição do “pátrio poder”<sup>87</sup>, em face do cometimento de atos tipificados em lei, como espancamento dos filhos, abandono, arruinação de seus bens, entre outros.

É notório que, como qualquer outro processo, a destituição do poder familiar exige a observância do devido processo legal, assegurado o contraditório, a ampla defesa e todos os recursos judiciais, sem o que nenhum cidadão pode ser privado de tal direito.

Ocorre que a existência de uma condenação criminal parece trazer, implicitamente, a pena da perda do poder familiar. Sem que seja destituído, oficialmente, do poder sobre seus filhos, nem que haja qualquer pena acessória nesse sentido, a ordem social impõe ao condenado mais esta pena.

---

87. As hipóteses de perda do poder familiar, na legislação civil, são trazidas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu art. 24, (“**Art. 24.** A perda e a suspensão do pátrio poder serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o Art. 22.”) e pelo Código Civil, art. 1.638 (“**Art. 1.638.** Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: **I** – castigar imoderadamente o filho; **II** – deixar o filho em abandono; **III** – praticar atos contrários à moral e aos bons costumes; **IV** – incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.”).

Pior! Por um raciocínio equivocado, aplica-se a toda a sua família uma pena extensiva que impede seus membros de exercerem o direito à convivência familiar.

Dessarte, verificando-se a extensão do direito de visitas, especialmente sob suas duas perspectivas, depara-se com a seguinte constatação: é inconstitucional a limitação contida no art. 124 da LEP, que restringe a quantidade das saídas temporárias.

Haveria razão para esse limite? Analisando-se a Exposição de Motivos da Lei de Execuções Penais, observa-se que o legislador, em nenhum momento, fez referência a qualquer justificativa para que fosse sobredito direito limitado em sua quantidade.

A limitação quantitativa, sem qualquer razoabilidade, demonstra que está sendo ferido não apenas o direito de visita do preso, mas também o direito à convivência familiar dos outros membros do núcleo, os princípios da intranscendência, da individualização e da humanização, anteriormente mencionados, além do macrop princípio da dignidade humana.

Como é cediço, em razão da dignidade hierárquica conferida aos princípios constitucionais, a articulação entre estes e as demais normas jurídicas é fundamental, a fim de conferir unidade à Constituição.

Desse modo, mesmo que observados todos os requisitos exigidos para a concessão desse direito, inicialmente não poderia o preso sair do estabelecimento prisional com a finalidade de conviver com sua família, caso já tenha saído outras cinco vezes. Assim, caso o condenado tenha seis filhos, um deles não poderá contar com a presença do seu genitor na data do seu aniversário, por exemplo.

E o que dizer acerca do interstício incluído pela Lei nº 12.258/2010? Qual a razoabilidade de se estabelecer um intervalo de 45 (quarenta e cinco) dias entre uma saída e outra? Afirmar que se pretende, com tal medida, evitar o benefício de determinados presos em detrimento de outros é justificar o injustificável.

Determinada previsão legal é tão inconstitucional quanto a limitação quantitativa das saídas temporárias!<sup>88</sup>

---

88. De referência ao interstício acrescentado pela Lei nº 12.258/2010, Alexis Couto de Brito (*Op. cit.*, p. 263) salienta que o mesmo “não é de todo salutar, pois em nada prejudicaria as finalidades da pena que o preso obtivesse saídas de menor duração, mas com maior frequência, a exemplo do que ocorre no Distrito Federal, que se permite saídas de dois dias, mas com interstício de apenas 15 dias”. Destaca, ainda, o sucesso do ‘programa’, tendo em vista que o número de evasões tem sido considerado mínimo, mantendo-se entre 2 e 5%.

Aceitar que cada preso só possa ter direito à concessão de nova saída, para estar com seus familiares, passado mais de um mês e meio da visita anterior, é restringir o direito à convivência familiar, é desrespeitar o caráter de pessoalidade da pena. É aniquilar a esperança antes do seu último suspiro. Vale dizer, se o filho teve a companhia de seu pai no natal, não poderá mais usufruir da sua presença no período do ano novo. É impedir que a filha que nasceu em meados de setembro possa estar com sua mãe no dia das crianças.

Retira-se dos familiares o direito de esperar por seu(ua) pai(mãe)/esposo(a)/irmão(ã) naquele momento singular, naquela data especial. É aplicar-lhe mais uma pena por um erro que não cometeu. É desrespeitar diversos princípios e regras em favor da falta de razoabilidade, da ausência de lógica jurídica.

Quais os efeitos que essa e outras ausências poderão acarretar? Por que penalizar quem não cometeu qualquer tipo de infração penal?

Os dispositivos em questão, que limitam direito de forma indistinta e sem qualquer fundamento razoável, hão de ser, portanto, interpretados de forma consentânea com os princípios referenciados. Sua manutenção, tal como postos, na ordem jurídica pátria vai de encontro a um dos próprios fins da pena de prisão, qual seja seu objetivo ressocializador.

Ainda que tenha considerado o número total de dias previsto em lei para a concessão de saída temporária, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por meio da sua Primeira Câmara Criminal, proferiu julgamento que se coaduna com as ideias ora esposadas:

VISITA À FAMÍLIA. LIMITE LEGAL. EXECUÇÃO PENAL. Recurso de agravo. Visitação à família. Ministério Público agrava devido à violação ao artigo 124 da Lei de Execução Penal. Decisão única que concede ao apenado, trinta e cinco saídas para visitação à família. Contagem que leva em conta o limite legal, em dias, e não o número de saídas para a visitação. **A decisão desburocratiza a execução penal e leva em conta o artigo 125 da Lei nº 7.210/84, que dispõe quanto à revogação automática do benefício. O fato do artigo 124 da Lei nº 7.210/84 dispor que as autorizações poderão ser renovadas, não significa que tenha que haver um novo pedido, novo pronunciamento do Ministério Público e nova decisão judicial, uma vez que as datas podem ser estabelecidas em um único pronunciamento judicial. Possibilidade de autorização superior às cinco vezes anuais, como indicado pelo Ministério Público, leva à conclusão de que a contagem se faz por dias. Os pressupostos objetivos e subjetivos foram observados na decisão monocrática, que apenas deixou a critério da autoridade penitenciária a escolha da data de saída, atendendo aos interesses do apenado e da administração, provocando a solidariedade**

**deste e aumentando a disciplina e respeito à autoridade prisional.** Eventual revogação do benefício importa em perda de todas as visitas já estabelecidas, o que leva o condenado a cumprir com mais rigor as condições impostas e desestimular a fuga, sabendo que já possui um direito assegurado a visitas futuras. **Recurso desprovido, pois a decisão é mais adequada para os fins a que se destina e por trazer interpretação que melhor consulta os princípios da execução penal, que se firma pela conveniência e não, exclusivamente, pela legalidade.** Maioria. Vencido o Des. Moacir Pessoa de Araújo. (TJRJ. RECURSO DE AGRAVO – 0023187-28.2006.8.19.0000 (2006.076.00248). JULGADO EM 19/09/2006. PRIMEIRA CAMARA CRIMINAL – Por maioria. RELATOR: DESEMBARGADOR ANTONIO CARLOS AMADO) Grifou-se.

É óbvio que as características de cada regime prisional devem ser observadas, sob pena de uma progressão ou regressão desmotivadas e ilegais. Entretanto, não se pode ser legalista e atuar de forma inconstitucional! Não se pretende que a reclusão seja despojada de seu sentido penal e de toda sua aspiração reformadora, mas tão-somente que seja analisado cada caso concreto, de modo a respeitar os princípios constitucionais atinentes à espécie.

### 3.1.2.3. Breves considerações acerca da visita íntima

O direito à convivência familiar engloba, por óbvio, as visitas íntimas. Nem sempre, entretanto, foi assim. Enquanto a prisão era concebida tão-somente em seu caráter aflagrante, não se entendia digno admitir o relacionamento sexual nas penitenciárias. Deixado o cárcere de ser compreendido apenas como penitência, a questão sexual passou a integrar os debates, sendo encarado como “verdadeiro fator desfavorável aos intuítos da execução penal”<sup>89</sup>.

Alguns doutrinadores, à época, passaram a admitir a possibilidade de “visitas periódicas ao lar, para o cumprimento do *debitum conjugale*”. Esta solução, todavia, não se afigurou a mais adequada seja porque difícil de implementá-la para os presos do regime fechado – em face da não previsão legal e por questões de segurança –, seja porque a liberação para satisfação do desejo sexual ensejaria a descaracterização da pena privativa de liberdade.<sup>90</sup>

Nas lições de Cezar Roberto Bitencourt<sup>91</sup>, a visita íntima “consiste em permitir a entrada na prisão, por período de tempo mais ou menos significativo, da esposa ou companheira do recluso ou do esposo ou companheiro da reclusa”.

89. BRITO, Alexis Couto de. *Op. cit.*, p. 140.

90. *Idem, ibidem*.

91. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Op. cit.*, p. 217.

Ao resumir os principais argumentos a favor das visitas íntimas, destaca o renomado Professor que sua autorização “estimula a manutenção dos laços afetivos e familiares do recluso”, e que, embora seja uma solução parcial para a questão sexual nas prisões, representa um mal menor que a total exclusão das relações desta natureza<sup>92</sup>.

No Brasil, apesar de existirem projetos de lei que objetivem regular a matéria, alterando a Lei de Execução Penal, a única norma geral até então editada a respeito do tema é o Regulamento Penitenciário Federal (Decreto nº 6.049, de 27 de fevereiro de 2007), que prevê, de forma expressa, a possibilidade de visita íntima. Os termos do Decreto foram regulamentados pela Portaria nº 1.190, de 19 de junho de 2008<sup>93</sup>.

Pertinente ressaltar que algumas regras trazidas pelo mencionado diploma normativo não merecem (mais) ser consideradas. A título de exemplo, prevê o referido Decreto que “no caso de divórcio ou separação será permitida substituição após o prazo de seis meses”. É de conhecimento público que o advento da Emenda Constitucional nº 66/2010 retirou do ordenamento jurídico a figura da separação judicial, e levou com ela a exigência de lapso temporal para a decretação do divórcio. Sendo assim, se a lei não exige mais qualquer prazo para que o vínculo matrimonial seja desfeito, após sua realização, não há qualquer razão para que o preso aguarde mais de 180 (cento e oitenta) dias para que possa ter direito a nova visita íntima. Em tempos de relações fugazes e sentimentos dinâmicos, manter tal preceito legal é querer, no mínimo, o absurdo!

Observa-se, destarte, com tais considerações, que o direito de visita íntima deve ser garantido aos presos, seja em decorrência de edição de norma expressa nesse sentido, seja englobado no direito de visitas trazido pelo art. 41, X, da LEP, compreendido este como garantia ampla dos presos, respeitadas as normas gerais a respeito da matéria, bem como as peculiaridades de cada caso.

É preciso, portanto, salientar que a questão sexual nas prisões não se restringe a questões instintivas e mecânicas.

---

92. *Idem, ibidem*, p. 218-219.

93. Como exemplos de projetos de Lei com o intuito de alterar a LEP para garantir esse direito, podem ser citados os de números 1.352/1999 e 09/2003. Anteriormente, o primeiro dispositivo legal que regulamentou a questão foi a Resolução 1, de 30 de março de 1999, editada pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Alguns Estados, como Rio de Janeiro e São Paulo, possuem previsão expressa acerca desse direito. No Rio de Janeiro, a Constituição Estadual, em seu art. 27, garante ao preso o direito de visita íntima, sem que, ainda, tenha sido regulamentada a matéria. No Estado de São Paulo, por sua vez, a questão é elucidada pela Resolução 96, de 27 de dezembro de 2001, editada pela Secretaria de Administração Penitenciária, sendo o direito estendido às mulheres. BRITO, Alexis Couto de. *Op. cit.*, p. 140-143.

Nesse sentido, saltares as lições de Cezar Roberto Bitencourt acerca do tema:

Não se pode tratar os instintos do homem como se fossem idênticos aos dos animais. Se agirmos dessa forma, estaremos empregando um falso método redutivo, no qual se toma o mais rudimentar pelo mais natural. A sexualidade humana sofreu profunda evolução psíquica. [...]

A simples satisfação dos instintos, tal como pode ocorrer com o sexo, não só não constitui a base da felicidade como também não pode garantir a saúde mental. A visita íntima pode converter-se em inadequada solução para o problema da sexualidade se se ignora o aspecto psicológico da sexualidade, que transcende a simples satisfação instintiva do sexo e não pode ser comparada à de outros instintos, como a sede ou a fome.

Ao cuidar do direito à visita íntima, há que se atentar, também, para os novos modelos familiares vigentes, considerando as questões de gênero e a opção sexual de cada um, respeitando-se, sobretudo, os princípios da convivência familiar e da afetividade. O que se pretende com a garantia desse direito é fortalecer os vínculos afetivos e familiares dos sujeitos que se encontram presos, bem como reduzir os diversos problemas que afetam o cárcere.

#### 3.1.2.4. *A Convivência Familiar e a transferência de presos para outras unidades federativas*<sup>94</sup>

Correlato ao tema proposto, há que se verificar que o direito à convivência familiar também deve ser observado quando da transferência de presos para outros estabelecimentos penais, nas hipóteses legalmente previstas.

O art. 86 da LEP preceitua, *in verbis*:

Art. 86. As penas privativas de liberdade aplicadas pela Justiça de uma unidade federativa podem ser executadas em outra unidade, em estabelecimento local ou da União.

§1º A União Federal poderá construir estabelecimento penal em local distante da condenação para recolher, mediante decisão

---

94. A respeito do direito das visitas, o Ministério da Justiça estabelece algumas regras gerais, que podem ser encontradas no seu sítio na rede mundial de computadores: < <http://portal.mj.gov.br>>. De referência às visitas à **Penitenciária Federal, são disponibilizados, pelo** Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN, o acesso aos formulários para visita aos presos custodiados naquelas unidades penitenciárias. Traz, ainda, o acesso a alguns dispositivos legais, que disciplinam o procedimento de visita aos presos nos estabelecimentos Penais Federais e a visita íntima, nos termos das Portarias Depen nº 122, de 19 de setembro de 2007 e a nº 1.190, de 19 de junho de 2008, a primeira.

São informados, também, os documentos necessários para realizar as visitas, sejam elas virtuais, sociais ou íntimas, bem como as normas a serem observadas pelos visitantes quando do ingresso no estabelecimento penal.



judicial, os condenados à pena superior a quinze anos, quando a medida se justifique no interesse da segurança pública ou do próprio condenado.

De acordo com o art. 66, V, h, da LEP, a remoção do condenado é de competência do juízo da execução, desde que configurada hipótese prevista no transcrito art. 86 do mesmo diploma legal.

Ao tratar da mobilidade do preso, salienta Guilherme de Souza Nucci<sup>95</sup> que

[...] o ideal e a regra é que a pena seja cumprida no lugar onde o crime foi cometido e o réu, julgado. Afinal, uma das finalidades da pena é a legitimação do Direito Penal associada à intimidação coletiva, motivo pelo qual se torna preciso que a sociedade conheça o teor da condenação e acompanhe o cumprimento da pena. Mas não é rígida essa regra. Fundamentos calcados no interesse público podem alterá-la. Aliás, também com base no interesse do preso, voltando-se o enfoque ao processo de ressocialização, é possível modificar a sua base de cumprimento da pena.

Quando a transferência é determinada considerando o interesse do próprio preso<sup>96</sup>, não são necessárias maiores considerações. Todavia, tratando-se de remoção decorrente de interesse público, é preciso que se atente para todas as questões levantadas a respeito dos direitos do condenado e de seus familiares que podem ser atingidos através da adoção dessa medida.

Muitas vezes os presos são transferidos para locais distantes, dificultando o contato com seus familiares, o que fere os dispositivos anteriormente destacados.

Em casos em que a transferência seja adequada, deve-se garantir aos familiares do preso, ao menos, a denominada “visita virtual”. Tal medida, trazida

---

95. NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 485.

96. A respeito do tema, merece transcrição a ementa do seguinte julgado: STF: HC 100087-SP, Ellen Gracie 16.03.2010 – “*HABEAS CORPUS*. EXECUÇÃO PENAL. REMOÇÃO DE PRESO. ANÁLISE DO CASO CONCRETO. ART.86 DA LEP. ESTABELECIMENTOS PRISIONAIS SIMILARES. NÃO-DEMONSTRAÇÃO DA FALTA DE SEGURANÇA. NÃO CARACTERIZAÇÃO – DA PERICULOSIDADE SEM DADOS OBJETIVOS E CONCRETOS. VÍNCULO FAMILIAR COMPROVADO.VAGA EXISTENTE. CONCESSÃO DO *WRIT*. 1. O art. 86, *caput*, da LEP permite o cumprimento da pena corporal em local diverso daquele em que houve a perpetração e consumação do crime. 2. Entretanto, o exame minucioso de cada caso concreto pode afastar o comando legal supramencionado, desde que comprovadas as assertivas de falta de segurança do presídio destinatário da remoção, participação do preso em facção criminosa e outras circunstâncias relevantes à administração da Justiça. Ônus do *Parquet*. 3. No caso sob exame, não ficou demonstrado o perigo na transferência, tampouco a periculosidade, ao contrário, porquanto são prisões aptas ao cumprimento de pena em regime fechado, além do que o vínculo familiar, a boa conduta carcerária e a respectiva vaga foram documentalmente demonstrados pelo paciente. 4. A ressocialização do preso e a proximidade da família devem ser prestigiadas sempre que ausentes elementos concretos e objetivos ameaçadores da segurança pública. 5. Ordem concedida.”

pela Portaria Conjunta nº 500, de 30 de setembro de 2010, do Departamento Penitenciário Nacional, será realizada através de equipamentos instalados no estabelecimento penal e nas unidades da Defensoria Pública da União – DPU, para os presos e seus familiares, respectivamente.

De modo geral, a visita ocorrerá semanalmente, às sextas-feiras, podendo, entretanto, tal determinação ser ampliada por decisão do Diretor da Penitenciária e do chefe da unidade da DPU.

Garantir o contato entre os presos e seus familiares, ainda que de modo virtual, é o mínimo que o Estado precisa fazer para que o direito de visita e os demais preceitos a ele correlatos sejam respeitados em casos de ser a pena privativa de liberdade cumprida em local diferente de onde reside a família do condenado.

#### 4. CONCLUSÕES

Estar privado da liberdade, vivenciando o “inferno na Terra”, é experimentar o sofrimento, a dor, a angústia, o desespero, a revolta, a descrença – tudo ao mesmo tempo, agora! É ter que se adaptar a uma realidade distinta daquela conhecida extramuros; é passar a viver sob disciplina severa e vigilância constante.

Durante a etapa da execução penal é assim, em regra, que vivem os condenados privados da sua liberdade. A fim de pagarem pelo delito cometido e de evitarem que outras pessoas incidam no mesmo erro por eles cometido, os presos são trancafiados em estabelecimentos penais em condições inadequadas e, ainda, precisam sair de lá “ressocializados”, preparados para retornar ao convívio social, sem repetir a conduta que ensejou seu encarceramento.

Nesse processo atípico e repleto de peculiaridades, as relações mantidas dentro da própria instituição carcerária, a educação, o trabalho e a religião têm papel fundamental para auxiliá-los durante esse difícil caminhar. Aliada a estes “elementos de apoio”, a família exerce função imprescindível.

A manutenção do convívio com seus familiares e amigos, o apoio e compreensão oferecidos por eles, o amor demonstrado sem limite, auxiliam o preso no alcance da árdua finalidade da pena, qual seja seu caráter reintegrador.

Outrossim, verifica-se que ao garantir ao preso o direito à convivência familiar, se está, de outra banda, garantindo o direito de seus familiares, especialmente de seus filhos, que não devem ser atingidos pelos efeitos da condenação, especialmente em face do princípio da intranscendência da pena.

Desse modo, consoante salientado no presente trabalho, o direito de visita deve ser considerado sob duas perspectivas autônomas, embora inter-relacionadas.

Garanti-las é, em maior grau, resguardar diversos princípios constitucionalmente previstos. Permitir a convivência entre presos e seus familiares é respeitar a humanização e individualização da pena, seu caráter de pessoalidade; é proteger os interesses de crianças e adolescentes, a afetividade que permeia as relações familiares e, sobretudo, observar o macroprincípio da dignidade humana.

Nesse sentido, sob todo esse aparato principiológico, verifica-se que determinados dispositivos legais ofendem frontalmente a Constituição Federal, merecendo destaque a desproporcional e desarrazoada limitação quantitativa de saídas temporárias que podem ser concedidas aos condenados.

Em consonância com o quanto aqui exposto, verifica-se que é preciso considerar cada caso concreto, as peculiaridades individuais, o preenchimento dos requisitos legais, para que o direito subjetivo do preso possa lhe ser concedido sem qualquer limitação desnecessária e desfundamentada.

Observa-se, destarte, que não se pretende aqui defender a visita pela visita, mas sim o direito de filhos e pais (parentes biológicos ou afetivos – como um todo) alimentarem o sentimento de carinho e afeto já existente – ou em desenvolvimento –, de forma que seja resguardado direito fundamental dos membros do núcleo familiar, facilitando a reinserção do condenado quando do seu retorno ao meio social.

Não se quer um benefício, um olhar benevolente com aqueles condenados que cumprem suas penas. O que se pretende é tão-somente o cumprimento de um direito garantido aos presos e aos seus familiares pela constituição e pelas leis brasileiras.

Ademais, não se pode olvidar que um dos objetivos da execução penal é a ressocialização dos condenados e que a família exerce papel de extrema importância para o alcance de tal escopo.

Ao lado da família, o preso fortalece sua auto-estima, sua vontade de trabalhar, estudar, de se valer daquele momento para refletir sobre seu erro, para sair da prisão e estar adaptado à vida social, de modo que, além de ter sido punido, possa sair do cárcere mais humanizado – e ainda com a sensação e a certeza de que, de fato, é humano!

## 5. REFERÊNCIAS

**Definição de família.** Disponível em: <<http://aspsicos.blogspot.com/2009/09/definicao-de-familia.html>>. Acesso em: 20 nov. 2011.

**Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal.** Lei de Execução Penal. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

Luta dos ex-detentos para recuperar a vida. **Profissão Repórter**. Rio de Janeiro: Globo, 13 de dezembro de 2011. Programa de TV.

**Sentença garante direito dos presidiários de receber visitas de pessoas sem vínculo de parentesco**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1250, 3 dez. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/16736>>. Acesso em: 20 nov. 2011.

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos *et al* (Coord.) **Famílias no Direito Contemporâneo. Estudos em homenagem a Paulo Luiz Netto Lôbo**. Salvador: JusPodivm, 2010.

\_\_\_\_\_. Os princípios constitucionais e sua aplicação nas relações jurídicas de família. In ALBUQUERQUE, Fabíola Santos *et al* (Coord.) **Famílias no Direito Contemporâneo**. Estudos em homenagem a Paulo Luiz Netto Lôbo. Salvador: JusPodivm, 2010.

ALMEIDA, Maria Lúcia de Oliveira. **Vozes de dentro... De Mulheres... e de Muralhas. Um estudo sobre jovens presidiárias em Salvador, Bahia**. Disponível em: <<http://www.ppgcs.ufba.br/site/db/trabalhos/1282009130057.pdf>>. Acesso em: ago. 2011.

ALVES, Leonardo Barreto Moreira; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos (Coord.). **Leituras Complementares de Direito Civil – Direito das Famílias**. Salvador: JusPodivm, 2010.

AMIN, Andréa Rodrigues. Princípios Orientadores do Direito da Criança e do Adolescente. In MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**. Aspectos Teóricos e Práticos. 3. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ARANTES, Geraldo Claret de. **A criança e o direito à convivência familiar**. Disponível em <<http://www.pailegal.net/guarda-compartilhada/452>>. Acesso em: jul. 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão. Causas e Alternativas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BOSCHI, Fabio Bauab. **Direito de visita**. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: jun. 2011.

BRASIL. Lei 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210.htm)>. Acesso em: jun.2011.

BRITO, Alexis Couto de. **Execução Penal**. 2. ed. rev., ampl. e atual. De acordo com a Lei da Remição da Pena pelo Estudo (Lei 12.433/2011). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CAPEZ, Fernando. **Execução Penal Simplificado**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2008.
- DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4 ed. rev, atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 41.
- DONINI, Antonio Carlos. **Meu bem, Meus bens**. São Paulo: Klarear, 2009.
- DOTTI, René Ariel. **A crise do sistema penitenciário**. Disponível em: <[http://www.memorycmj.com.br/cnep/palestras/rene\\_dotti.pdf](http://www.memorycmj.com.br/cnep/palestras/rene_dotti.pdf)> Acesso em: 30 ago. 2011.
- FACHIN, Luiz Edson. Inovação e Tradição do Direito de Família Contemporâneo sob o novo Código Civil Brasileiro. In ALVES, Leonardo Barreto Moreira; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos (Coord.). **Leituras Complementares de Direito Civil – Direito das Famílias**. Salvador: JusPodivm, 2010.
- FARIA, Marcelo Uzeda. **Lei de Execução Penal**. Salvador: JusPodivm, 2011.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias. De acordo com a Lei nº 11.340/06 – Lei Maria da Penha e com a Lei nº 11.441/07 – Lei da Separação, Divórcio e Inventário Extrajudiciais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil, vol. VI: Direito de Família – As Famílias em Perspectiva Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011.
- GUIMARÃES, Cristian Fabiano *et al.* **Homens apenados e mulheres presas: estudo sobre mulheres de presos**. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-71822006000300007&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-71822006000300007&script=sci_arttext)>. Acesso em: 20 nov. 2011.
- KARAM, Maria Lucia (Org.). **Globalização, Sistema Penal e Ameaças ao Estado Democrático de Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 13. ed., rev., atual. e ampl. EC n. 57/2008. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.) **Curso de Direito da Criança e do Adolescente. Aspectos Teóricos e Práticos**. 3. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- \_\_\_\_\_. Direito Fundamental à Convivência Familiar. In MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente. Aspectos Teóricos e Práticos**. 3. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 9. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com as Leis n. 12.258/2010 (monitoramento eletrônico) e 12.323/2010 (inclui a Defensoria Pública como órgão da execução penal). São Paulo: Saraiva, 2011.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

- NERY, Maria Aparecida. **A convivência familiar e comunitária é direito da criança e do adolescente e uma realidade a ser repensada pela escola.** Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/ccedes/v30n81/a05v3081.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2011.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal.** 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- \_\_\_\_\_. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas.** 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Uma principiologia para o Direito de Família. In ALVES, Leonardo Barreto Moreira; EHRHARDT JÚNIOR, Marcos (Coord.). **Leituras Complementares de Direito Civil – Direito das Famílias.** Salvador: JusPodivm, 2010.
- SÁ, Alvino Augusto de. **Criminologia Clínica e Execução Penal. Proposta de um modelo de terceira geração.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- SILVA, Alex Victor da. **Impressões sobre a saída temporária.** Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 953, 11 fev. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7953>>. Acesso em: 20 nov. 2011.
- SILVA, José Adaumir Arruda da; SILVA NETO, Arthur Corrêa da. **Execução Penal. Novos rumos, novos paradigmas.** Manaus: Aufiero, 2012.
- SINGLY, François de. **Sociologia da Família Contemporânea.** Tradução: Clarice Ehlers Peixoto. Rio de Janeiro: FGV, 2007.
- TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal. De acordo com as Leis 12.403/11 (Reforma do CPP), 12.432/11 e 12.433/11.** 6. ed., rev., ampl e atual. Salvador: JusPodivm, 2011.
- VENÂNCIO, Firmiane. Princípio da Intranscendência da Pena e o Modelo Prisional Vigorante. In XIMENES, Rafson Saraiva; PRADO, Daniel Nicory (Org.). **Redesenhando a Execução Penal: a superação da lógica dos benefícios.** Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2011.
- VIANA, Eleniza. **O papel da família no regime penitenciário masculino de Manaus e sua contribuição para reinserção sócio-familiar.** Disponível em: <<http://www.webartigos.com/articles/61346/1/O-papel-da-familia-no-regime-penitenciario-masculino-de-Manaus-e-sua-contribuicao-para-reinsercao-socio---familiar/pagina1.html#ixzz1Ml4Mw3T4>>. Acesso em: maio 2011.

CAPITULO IV  
**MEDIDA DE SEGURANÇA:**  
**A PUNIÇÃO DA LOUCURA DOS MAIS VULNERÁVEIS**

*Vitória Beltrão Bandeira<sup>1</sup>*

**SUMÁRIO: 1. Introdução — 2. Medida de segurança frente à lei antimanicomial — 3. Vida de cadeia — 4. Periculosidade social — 5. Direito sanitário — 6. Importância da interdisciplinaridade construtiva — 7. Casos emblemáticos — 8. Considerações Finais — 9. Referências Bibliográficas.**

“Sinto-me um animal para o qual todos os acessos estão fechados.  
Não posso mais me entregar, pois ninguém me quer do jeito que sou,  
todos sabem mais de mim do que eu.”  
(Hannah Arendt)

## **1. INTRODUÇÃO**

Dizem que Philippe Pinel (1745-1826), o médico francês, passou a ter um interesse profundo pelas enfermidades psíquicas, a partir da emoção vivida com a perda de um amigo que, sob surto psicótico, ao entrar em uma floresta foi dilacerado e devorado por lobos selvagens. Pinel é tido como divisor na evolução do tratamento do louco, ao enxergá-lo como um ser humano.

A história nos mostra que através dos tempos é bastante diversa a tolerância da loucura pelos homens. Considerada como manifestação dos deuses, pelos povos primitivos, na Idade Média é vista com naturalidade, sendo permitido ao louco participar do convívio social.

No século dezessete, até meados daquele, a humanidade ocidental ainda é tolerante com a loucura, inclusive sendo receptiva às suas manifestações por associá-las como fonte de cultura. Entretanto, naquele século, ainda, ocorrem mudanças de reações em relação ao louco e estabelecimentos são criados para recolhimento de todos aqueles considerados em desvio do padrão médio de conduta dos homens, a exemplo dos mendigos, prostitutas, criminosos e dos loucos. É a época da “grande internação”, descrita por Foucault, quando os loucos

---

1. Defensora Pública do Estado da Bahia, Titular da 2ª Defensoria Pública Especializada de Execução Penal de Salvador, Especialista em Ciências Criminais e Direito Econômico pela Universidade Federal da Bahia.

recolhidos naquelas casas desaparecem da vida social, e, ao invés de tratados, são humilhados e torturados.

No final do século dezoito, Pinel inicia o estudo científico dos distúrbios psiquiátricos, quando seriam desmitificados a superstição e o exorcismo como forma de tratamento, uma vez que até então se imaginava que os loucos eram seres possuídos pelo demônio, e providencia a libertação dos loucos encarcerados, alguns acorrentados há anos<sup>2</sup>.

Na segunda metade do século vinte, surge uma nova abordagem da loucura, influenciada por diversos movimentos: a psiquiatria comunitária, a antipsiquiatria, o trabalho antimanicomial de Franco Basaglia, na Itália, e outros. É a reforma psiquiátrica, movimento de expressão internacional, baseada na desospitalização (desinstitucionalização, no caso de hospital de custódia e tratamento psiquiátrico), a partir da negação do caráter terapêutico do internamento e do redirecionamento do modelo assistencial de tratamento à saúde mental em serviços substitutivos em meio aberto.

Franco Basaglia (1924-1980), médico, psiquiatra, promoveu a substituição do tratamento hospitalar e manicomial por uma rede territorial de atendimento, formada por serviços de atenção comunitários, emergências psiquiátricas em hospital geral, cooperativas de trabalho protegido, centros de convivência e moradias assistidas para os loucos. Em Trieste, na Itália, seu trabalho foi reconhecido pela Organização Mundial de Saúde, no ano de 1973, como principal referência mundial para uma reformulação da assistência em saúde mental.

A complexidade da enfermidade psíquica é estabelecida pela sua singularidade diante de suas manifestações, cuja compreensão sofre influência dos dogmas específicos de cada momento histórico da humanidade.

---

2. FOUCAULT, Michel Paul. **Doença mental e Psicologia e História da Loucura** *apud* FÜHRER, 2000, pp.17-18. Com Philippe Pinel, por volta de 1795, a loucura deixa definitivamente de ser encarada como posseção do corpo por espíritos malignos para assumir ares de desregramento moral. Inicia-se o período da terapia de controle absoluto sobre os atos do doente, como se fosse uma criança. Eram utilizados métodos de castigo e humilhações, para que o doente assumisse comportamentos adequados.

Explica Foucault que os métodos de tratamento antigos voltaram a ser utilizados, agora sob novo fundamento. A ducha gelada, que antes servia para refrescar os espíritos revoltados dentro do ser, passou a ser empregada como repressão pelas descomposturas do doente. Uma máquina rotatória, onde outrora se instalava o doente para que o espírito retornasse o seu círculo natural, com a rotação, passou a ser utilizada para provocar no doente o arrependimento pelos seus delírios.

Esta estrutura de infantilização da loucura mantém-se, de certa forma, até nossos dias. A Psicopatologia continua a ser – comandada por estes três temas que definem sua problemática: relações da liberdade com o automatismo; fenômenos de regressão e estrutura infantil das condutas; agressão e culpa – arremata o Mestre da história da doença mental.



Os mais vulneráveis envolvidos em situação de conflito com a lei, quando portadores de enfermidade psíquica, enfrentam o cruel estigma – o do louco criminoso, que passou a ser sujeito de direitos.

## 2. MEDIDA DE SEGURANÇA FRENTE À LEI ANTIMANICOMIAL

A Lei nº 10.216/2001 trata da proteção e dos direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais. Fruto da pressão do movimento antimanicomial, deflagrou na esfera normativa o processo de construção de respeito à pessoa com transtorno mental, mesmo quando em situação alcançada pelo sistema penal.

A citada lei resgata a dignidade da pessoa humana com transtorno mental, ainda que processada e sentenciada criminalmente, em confronto ao instituto da medida de segurança, que, ao retirar a responsabilização do autor do fato em detrimento da sua autonomia, neutraliza e desqualifica o inimputável como sujeito de direitos e deveres.

Até então a Defesa encontrava-se engessada e sem voz frente ao inimputável, diante dos poderes ilimitados do Juiz na definição do regime e duração de tratamento por medida de segurança aplicada, via de regra, em regime de internação compulsória em manicômio judiciário – forma privativa de liberdade mais afiliva que aquela dispensada ao imputável.

Na acepção de Ferrajoli, a medida de segurança foi um legado da “Escola Positiva”, sendo recebida pelo legislador fascista o qual a introduziu em um sistema penal duplamente vexatório,

É certo que a maior contribuição à introdução das medidas de segurança no nosso ordenamento, ou quanto menos a sua legitimação ideológica, foi um legado da “Escola Positiva”, ou antropológica do direito penal que, como se viu, substituiu a categoria da responsabilidade por aquela da periculosidade e concebeu o crime como “um sintoma” de patologia psicossomática, devendo enquanto tal ser tratado e prevenido mais do que reprimido, com medidas pedagógicas e terapêuticas destinadas a neutralizar as causas exógenas. Esta ambígua doutrina substancial, alimentada do progresso humanitário, foi recebida pelo legislador fascista, que a introduziu em um sistema penal duplamente vexatório, desamparado do princípio de estrita legalidade penal, e dos corolários conexos garantistas próprios do regime das penas, fundado decisivamente na personalidade do sujeito e na valoração da sua “periculosidade social”, constituindo-se, assim, um modelo do “tipo normativo de autor”. De resto, a função preventiva e de defesa social destas medidas foi explicitamente declarada por ROCCO, que, no seu prefácio do Código Penal, a define como “meios de prevenções individuais da delinquência, tendo o caráter de integração dos meios repressivos

de luta contra a criminalidade em geral e da pena em especial” e a justificou com “a necessidade de predispor novos, e em cada caso mais adequados, meios de luta contra as agressões à ordem jurídica, a serem adotados quando a pena seja por si ímpar ao escopo ou ainda faltem os pressupostos e as condições para sua aplicação”.<sup>3</sup>

### Sustenta Paulo Jacobina que

Essa desumanização da loucura vai gerar reflexos até os dias correntes. A loucura passa a ser uma entidade e equipara-se à doença. Esta passa a ter uma vontade, que supera a própria vontade humana, e deslegitima o tão discutido princípio filosófico do livre-arbítrio, colocando-se além da punição, mas não, como veremos, além do julgamento e da exclusão. Embora reputando irresponsável e inimputável o louco, porque tomado por uma entidade não-humana com uma vontade superior à sua, o direito brasileiro contemporâneo prorroga a jurisdição da justiça criminal para que a doença possa sofrer um julgamento penal e ser punida – sendo esse o significado do instituto da medida de segurança: um instituto que pune a loucura, sob o fundamento, nem sempre explícito, de a desmascarar, arrancar do ser humano essa doença. De resto, acaba restringindo a liberdade do portador da doença, por via de um internamento que, se no discurso é não punitivo, na prática arranca-lhe a liberdade e a voz.

Tal se dá porque ali, onde um desavisado vê uma pessoa privada de liberdade por força de uma medida de segurança, o direito vê diferente – a loucura seria algo não-humano, e a pessoa portadora da loucura seria um esvaziado hospedeiro, cuja vontade (ou essência) foi sobrepujada. “Na situação extrema o louco não age, mas sim é agido. Quem fala com sua voz, quem anda com suas pernas, quem olha com seus olhos não é ele: é a doença”, afirma Führer, imbuído de tal ideologia ao estudar a medida de segurança.<sup>4</sup>

Medida judicial de tratamento, em tese, é desprovida de embasamento científico. Na prática, corresponde a regime de custódia similar aos demais do sistema carcerário, com o gravame de não possuir as garantias processuais asseguradas ao apenado em sede de execução penal, e em alguns casos com privação da liberdade perpétua.

Juridicamente, os Hospitais de Custódia e Tratamento (HCT) são estabelecimentos penais e não estabelecimentos de saúde, não integram o Sistema Único de Saúde (SUS). Na Bahia, tampouco tem acesso aos recursos e programas da rede de atenção à saúde mental.

3. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. pp. 718-719.

4. JACOBINA, Paulo Vasconcelos. **Direito penal da loucura e reforma psiquiátrica**. Brasília: ESMPUF, 2008, p. 42.

Como bem argumenta Paulo Jacobina,

No atual estágio do direito brasileiro, não se pode defender que internar alguém coativamente (“ou mesmo submetê-lo a um tratamento ambulatorial coativo”), por ordem judicial de um juiz criminal, com base em uma presunção de periculosidade (decorrente da prática de um ato criminal por alguém que foi reconhecido pelo direito como portador de transtorno mental incapacitante das faculdades cognitivas ou volitivas), seja considerado cientificamente como medida terapêutica. Tampouco se pode admitir que, no âmbito do direito sanitário, possa reconhecer-se a validade desse procedimento como clinicamente eficaz. A reforma psiquiátrica – e sua projeção no mundo jurídico – descaracterizou absolutamente a abordagem coativa, manicomial, unidisciplinar, repressora, como uma abordagem clinicamente eficaz. Portanto, o jurista que estiver utilizando a medida de segurança lastreado na convicção de que está utilizando uma medida terapêutica de cunho sanitário está se enganando. Em tempos de movimento antimanicomial, só um louco defenderia a internação compulsória como terapia bastante e suficiente para a reintegração do inimputável. Não há como ocultar que essa medida não se dá em benefício do portador de transtornos mentais, mas que se dá tão-somente em benefício da sociedade que se considera agredida e ameaçada pelo inimputável que cometeu um fato descrito pela lei como típico.<sup>5</sup>

### 3. VIDA DE CADEIA

Hospital de Custódia e Tratamento (HCT) integra o sistema carcerário. Suas condições insalubres, prejudiciais à saúde dos que ali se encontram, são por demais conhecidas. Nesse sentido, observam Zaffaroni, Nilo Batista, Alejandro Alagia e Alejandro Slokar:

Os riscos de homicídio e suicídio em prisões são mais de 10 vezes superiores aos da vida em liberdade, em meio a uma violenta realidade de motins, abusos sexuais, carências médicas, alimentares e higiênicas, além de contaminações devido a infecções, algumas mortais, em quase 80% dos presos provisórios.<sup>6</sup>

Na pesquisa de campo realizada pela autora com os pacientes judiciários do HCT, (monografia apresentada no Curso de Especialização de Ciências Criminais – UFBA, 2006), segundo expressões emitidas por eles próprios, constatou-se que 77% sentem-se na “cadeia”, “cadeia que todos detestam”, e “cadeia que lhes tiram toda a vida”. Restou acentuado, ainda, o clima de ansiedade pela

5. *Idem*, p. 134.

6. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**: vol. 1. 3. ed. Teoria Geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p.126.

liberdade, retorno aos seus locais de origem e às suas atividades, convivência com familiares e conhecidos, bem como ficou evidenciada a atmosfera prisional naquele estabelecimento (agentes penitenciários, estrutura arquitetônica, horários rígidos, procedimentos uniformes, ócio etc.).

Nesse diapasão, medida de segurança sob internamento manicomial é sanção penal, ou o seu conceito não punitivo no discurso é mero eufemismo de pena? Para o louco infrator das camadas sociais mais vulneráveis é “vida de cadeia”!

Paradoxalmente, o seu regime de tratamento psiquiátrico vincula a natureza do delito como fruto da enfermidade psíquica do autor, por suposta periculosidade social da loucura que, na inimputabilidade, é presumida (CP, art. 26), quando a agressividade, característica da doença, necessita ser examinada considerando-se a singularidade clínica e social do paciente, para o devido controle terapêutico.

Pessoa sob transtorno mental das camadas sociais mais vulneráveis, comumente presa em flagrante delito, de modo geral permanece presa e privada de assistência psicossocial durante toda a fase processual de conhecimento. Comumente, diante da duração do processo não ocorrer em prazo razoável (art. 5º, LXXVIII, CF), é extrapolado o prazo mínimo estabelecido pela medida de segurança, sem sequer ter sido iniciada a execução da medida de segurança.

É oportuno sublinhar que esse tratamento processual de custódia prévia é imposto, via de regra, até mesmo por conduta contra o patrimônio cujo prejuízo importe em valor ínfimo, não obstante jurisprudência dos tribunais superiores no tocante à atipicidade do fato e, ainda, por delito de menor potencial ofensivo, a exemplo de ato obsceno, dano, furto e tentativa, ameaça, lesão corporal de natureza leve, violação de domicílio, em desconformidade aos princípios constitucionais da individualização e proporcionalidade da pena.

Realidade essa que ratifica a finalidade meramente segregadora e asilar da medida de segurança aplicada a esses pacientes judiciários, a quem tudo é negado sistematicamente (alimentação, educação, saúde, justiça etc.).

Assim, dentre outros prejuízos irreparáveis, afetada pela excessiva prisão processual, dúvidas não pairam quanto ao fosso existente entre a medida de segurança – em tese aplicada como medida de tratamento – e a sua execução.

Entretanto, há de se destacar que a apontada “prisonização” e o descumprimento constitucional quanto à razoabilidade da duração do processo (art. 5º, inc. LXXVIII, CF), em sede executiva, são constatados de forma generalizada em relação aos processados mais vulneráveis, sejam inimputáveis ou não.

Na Vara de Execuções de Penas e Medidas Alternativas da Capital, a 2ª Defensoria Pública Especializada de Execuções Penais de Salvador, conforme registro em seus assentamentos funcionais (2006 e 2007), verificou o comprometimento da execução do julgado pelo encarceramento cautelar em 46% do total dos processos de execução de penas alternativas (20% com prisão entre 03 e 06 meses; 38% com prisão até três meses e; 42% com privação da liberdade por mais de seis meses).

Em apenas 30% dos processos, a pena alternativa não havia sido afetada pela prisão cautelar ou prescrição, e dos 24 % prescritos, também o processado, em escala significativa, havia cumprido prisão cautelar.

Há de se observar, por fim, que o Estado Defensor ainda encontra-se em formação. Na Bahia, está presente em pouco mais de 10% do total das Comarcas, o que resulta na desigual paridade de armas no sistema penal, haja vista o universo de 30% de Defensores em relação ao total de nº de juízes e promotores.

Essa cultura prisional das agências executivas do sistema penal, comprometedora do estado de direito, corroborada pelas deficiências estruturais do Estado Defensor em detrimento do devido processo legal, torna ainda mais imensurável o grau dos malefícios produzidos no processado com enfermidade psíquica, indivíduo este que é carente de todo tipo de assistência e aliado dos seus direitos.

Por outro lado, se a Constituição Federal obriga o Estado a indenizar o condenado que ficar preso além do tempo fixado na sentença (art. 5º, LXXV, CF), urge que se busque dar efetividade ao mandamento constitucional. Para tal, devem as Defensorias Públicas dos Estados organizar-se, de forma a acionar o Estado em busca das indenizações devidas, na tentativa de se construir uma nova cultura no tratamento processual penal.

Vivemos a crise de legalidade na execução penal. O Direito penal, ao invés de provedor da segurança jurídica, passa a efetivar um papel como agravante dos problemas sociais.

Logo, se o estado de direito ainda não se acha instaurado no sistema processual penal, diante de suas características prevalentes inquisitoriais, as sequelas no processo de execução penal são inevitáveis. E extrapola níveis de intolerabilidade no 3º milênio, no caso do processado com enfermidade psíquica.

Assinala Paulo Jacobina, sobre o ambiente manicomial:

Nesse processo dialético de convivência com a loucura, a própria ciência foi se dando conta da *insuficiência da abordagem tradicional*: a entrega do louco ao ambiente manicomial apenas o cronifica. O mandato social dado ao psiquiatra, para considerá-lo como *tutor universal do louco* e, principalmente, como *escudo protetor* entre

a sociedade e a loucura (e entre o louco e sua própria loucura), foi insuficiente para trazer a *cura* – objetivo mítico de restabelecer um padrão de *normalidade* capaz de eliminar a *periculosidade* do psicótico. O que se viu e se vê, na prática, é o agravamento da condição psicótica e a perda da possibilidade de retorno social ao louco que penetra nesse sistema.<sup>7</sup>

De que modo, então, pode-se conceber esse instituto como medida terapêutica?

O direito, que em sua essência deve representar a proteção contra o excesso, o limite da vontade jurídico-penal e da intervenção descontrolada sobre a liberdade e a dignidade da pessoa humana portadora de transtorno mental, não pode servir-se de meios à deflagração de ritos prejudiciais à saúde desse processado.

É, portanto, função da Defensoria Pública buscar fazer justiça para se construir uma sociedade sem iniquidades.

Tais pressupostos norteiam o presente debate e suscitam-nos reflexões sobre **o que estamos fazendo diante da decisão judicial pela “medida de segurança** lastreada na convicção de que se está utilizando uma medida terapêutica de cunho sanitário”.

#### 4. PERICULOSIDADE SOCIAL

Pesquisas científicas não confirmam o delito como resultado da doença mental.

Desde a década de 80, diversos estudos epidemiológicos passaram a abordar a questão de quais indivíduos, quais tipos de doença mental e que fatores outros estariam envolvidos com a periculosidade. Em estudo realizado por Hafner e Bocker na Alemanha, foi encontrada uma proporção de 2,97% de indivíduos com transtornos mentais em uma população de criminosos, sendo que a probabilidade calculada nesta pesquisa de um doente mental tornar-se um criminoso violento é extremamente pequena, cerca de 0,05% entre esquizofrênicos e de 0.006% entre os portadores de transtorno de humor. Logo, a despeito do senso comum que entende o doente mental como uma pessoa perigosa, a maioria das pesquisas não encontrou uma associação entre doença mental e o risco de cometer crimes violentos, mostrando que este conceito é de uma ideia preconceituosa e não científica.<sup>8</sup>

7. JACOBINA, Paulo Vasconcelos. **Direito penal da loucura e reforma psiquiátrica**. Brasília: ESMPUF, 2008, p. 88.

8. BRASIL. Ministério da Saúde. Ministério da Justiça. Secretaria de Saúde do Estado da Bahia. Secretaria da Justiça e Direitos Humanos. Universidade Federal da Bahia. **Censo Clínico e Psicossocial da População de Pacientes Internados no Hospital de Custódia e Tratamento em Psiquiatria do Estado da Bahia HCT/BA (Manicômio Judiciário)** – Relatório Final, Salvador-Bahia, 2004. pp. 5-6.

Como então se proteger do perigo? E quando esse perigo resultar da ineficiência da saúde pública, no tocante às pessoas menos desfavorecidas com enfermidade psíquica, em situação muitas vezes de completa exclusão social? É legítimo a transferência do controle e do tratamento dessas pessoas à Justiça Penal, diante da omissão do estado no dever constitucional de assistência à saúde mental dos mais vulneráveis?

Fernanda Otoni, em suas reflexões acerca da periculosidade social, ressalta a importância do contexto sócio-histórico no qual está inserido esse indivíduo, o paciente judiciário.<sup>9</sup>

Nesse sentido, merecem destaque as atualíssimas conclusões do Censo Clínico Psicossocial acerca da população de pacientes internados no Hospital de Custódia e Tratamento do Estado da Bahia (Manicômio Judiciário):

Quase a metade dos internos do HCT/BA não recebia tratamento psiquiátrico antes do internamento atual, mostrando a necessidade de expansão da rede de serviços de atendimento extra-hospitalar ou comunitário de saúde mental, principalmente, considerando que a maioria dos pacientes possui transtorno mental que demanda cuidados continuados (Esquizofrenia/Transtornos Delirantes), enfatizando a necessidade do acompanhamento psiquiátrico de longa duração. Um relatório da Universidade de Harvard, realizado a pedido da Organização Panamericana da Saúde, chamou a atenção para o fato que os pacientes psiquiátricos de classe social mais baixa, de países pouco desenvolvidos, são internados com maior frequência por não terem acesso a tratamento ambulatorial satisfatório.<sup>10</sup>

As informações retromencionadas permitem-nos inferir que a omissão do Estado no provimento de serviços básicos de atenção à saúde mental repercute na segurança social, elevando na proporcionalidade a população carcerária. No caso específico das pessoas demandantes de cuidados psiquiátricos continuados pelos hospitais de custódia e tratamento, que produzem enormes malefícios com

9. **BRISSET-BARROS**, Fernanda Otoni de. **Por uma política de atenção integral ao louco infrator**. Belo Horizonte, 2010. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, p. 47. O perigo ronda potencialmente a sociedade, mas o fato de só alguns o realizarem diz respeito ao enlaçamento do indivíduo em seu contexto sócio-histórico, à forma de como cada um se posiciona diante da lei, da cultura, do seu semelhante e da morte. O que nos garantirá a proteção contra o perigo, o que poderá nos proteger da periculosidade de existir? Como sempre, haverá uma ausência de garantias em responder pela cessação do perigo, e deixaremos bem claro que isto não é privilégio dos portadores de transtornos mentais, pois uma certa periculosidade circula entre nós.

10. BRASIL. Ministério da Saúde. Ministério da Justiça. Secretaria de Saúde do Estado da Bahia. Secretaria da Justiça e Direitos Humanos. Universidade Federal da Bahia. **Censo Clínico e Psicossocial da População de Pacientes Internados no Hospital de Custódia e Tratamento em Psiquiatria do Estado da Bahia HCT/BA (Manicômio Judiciário)** – Relatório Final, Salvador-Bahia, 2004. p. 88.

a cronificação da doença psíquica, levando ao embrutecimento ou demência dessas pessoas, em detrimento ao erário.

Essas pessoas enfrentam situações de penúria, sendo denominadas por Cunha como os “excluídos para baixo”, vez que destituídas do estado de direito a elas somente são cobrados os deveres. É, portanto, questionável a legitimidade da aplicação da medida de segurança, através do modelo hospitalar manicomial, sem prévia constatação de que outras medidas extra-hospitalares não são eficazes.

Nesse diapasão, no tocante àquela periculosidade “produzida pela ausência de políticas públicas”, conclui Fernanda Otoni:

Temos a responsabilidade de declarar o que a experiência nos informa. É possível tratar certa periculosidade: aquela que é produzida pela ausência de políticas públicas de atenção a esses portadores de sofrimento mental. Essa periculosidade é efeito do abandono, é ausência de tratamento ao sofrimento psíquico, é carência de recursos. É o efeito de uma política que segrega.<sup>11</sup>

Não é surpreendente, portanto, que nos laudos referentes a exames médico-legais, diante de determinadas deficiências ou patologias – oligofrenia, transtorno mental decorrente de uso e dependência de substância psicoativa, dentre outras – serem apontadas a imprestabilidade e a inadequação de tratamento em regime de internação compulsória em Hospital de Custódia e Tratamento (HCT).

São conclusivos os referidos laudos, quanto aos dois fatores determinantes ao envolvimento do examinado em situação em conflito com a lei, a saber: a carência de assistência e acompanhamento psicossocial competente e a falta de adesão do paciente judiciário ao tratamento na rede de atenção à saúde mental.

## 5. DIREITO SANITÁRIO

O Código Penal, Código de Processo Penal, e a Lei de nº 10.216/2001 (também conhecida como Lei Antimanicomial ou Lei da Reforma Psiquiátrica), são normas hierarquicamente iguais. Portanto, prevalece a mais nova (Lei 10.216/2001), na hipótese de matéria conflitiva entre as citadas leis.

Sustentam Zaffaroni, Nilo Batista, Alejandro Alagia e Alejandro Slokar que a referida lei converte a institucionalização de inimputáveis ou semi-imputáveis em modalidade de “internação compulsória” (at. 6º, inc. III e art. 9º) e que as

---

11. BRISSET-BARROS, Fernanda Otoni de. **Por uma política de atenção integral ao louco infrator**. Belo Horizonte: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 2010, p. 47.



suas inovações – especialmente as garantias discriminadas no § único do art. 2º – não foram ainda incorporadas à rotina do sistema penal. Afirmam, ainda, que “quando uma instituição não cumpre sua função, por regra, não deve ser utilizada”. E complementam:

Havendo, como há hoje em dia, disposições legais do direito psiquiátrico, não é racional sustentar que uma pessoa, devido ao acaso de ter posto em funcionamento as agências do sistema penal, seja submetida a essa potestade com a possibilidade de sofrer uma pena indeterminada que, inclusive, pode ser perpétua. A agressividade de um paciente mental não depende do acaso da intervenção punitiva, mas sim de características da doença que o juiz civil deve valorar em cada caso.<sup>12</sup>

Por outro lado, observam que se deve estar atento ao poder de institucionalização manicomial que os médicos podem vir a exercer,

Os médicos exercem um poder de institucionalização manicomial que, quando não tem um objetivo medicinal imediato, aproxima-se bastante ao da prisão. Algo parecido acontece com as autoridades assistenciais que decidem a institucionalização de pobres urbanos das ruas ou de pessoas idosas. As famílias também tomam decisões institucionalizantes de pessoas idosas e de crianças em estabelecimentos particulares. Os juizados para crianças e adolescentes, inclusive fora de hipóteses delituosas, decidem sobre sua institucionalização.<sup>13</sup>

Fernanda Ottoni ressalta o seu posicionamento contrário à percepção pela exclusividade de tratamento no âmbito da saúde,

Não estamos entre aqueles que acreditam que a questão do louco infrator é um problema exclusivo da saúde, fora do campo de competência do Direito, restando ao campo jurídico, através da figura do juiz, apenas a função burocrática de receber e anexar ao processo as comunicações dos serviços de saúde. Essa foi a solução dos reformadores do século XIX.

À saúde cabe prestar a assistência em saúde mental. A resposta jurídica é função exclusiva do representante social da lei. Na nossa época e em nossa sociedade, essa função se institucionalizou através do sistema de justiça.

A nossa experiência ensina que o fato de alcançar o direito de ter acesso ao tratamento de saúde que corresponda à singularidade clínica e social do cidadão, no ambiente universal e democrático do

12. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**. vol. 1. 3. ed. Teoria Geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p.139.

13. *Idem*, p.69.

SUS, não o dispensa do dever de responder pelo seu crime, segundo a orientação do texto normativo em vigor.<sup>14</sup>

É conhecido no meio psicanalítico o “Caso Aimé”: uma paciente de Lacan, na França, que esfaqueou uma atriz francesa famosa e que se curou ao final do cumprimento da pena, o que sinalizou para a necessidade daquele indivíduo em ser responsabilizado e responder por seu ato.

Entretanto, a história do sistema punitivo em relação aos delinquentes com transtornos mentais nos impõe profunda parcimônia na credibilidade do discurso médico, principalmente da corrente psiquiátrica tradicional. O simbiótico discurso do direito com o discurso médico resultou no mais perverso modelo de sistema de controle social – o manicômio judiciário ou atual hospital de custódia e tratamento, cuja mudança de nomenclatura corresponde a mera manipulação de linguagem.

Assim posto, a complexidade da matéria não nos autoriza, ainda, a formar juízos acerca da necessidade da desjudicialização da questão do louco infrator para a esfera exclusivamente médica – ainda que convictos da imprestabilidade e da prejudicialidade da anacrônica internação psiquiátrica compulsória manicomial, e da sua inadmissibilidade na esfera penal (*ultima ratio*), através do sistema penitenciário.

Para muitos estudiosos, o tratamento terapêutico recomendável requer análise individualizada, caso a caso, acerca da medida recomendável.

## 6. IMPORTÂNCIA DA INTERDISCIPLINARIDADE CONSTRUTIVA

Diante da nossa dívida imensa para com o paciente judiciário – como pensadores e operadores do direito –, soluções reais e eficazes devem ser buscadas por meio da interdisciplinaridade com saberes afins e da intersetorialidade com outros segmentos. Para tanto, é mister que fiquemos atentos ao princípio da dignidade da pessoa humana com enfermidade psíquica, de forma que a política criminal seja reforçadora do estado de direito, ainda mais considerando que

O estado de direito contemporâneo acha-se ameaçado por um crescimento ilimitado do aparato punitivo, sobretudo de suas agências executivas e penitenciárias. Por isso, a política criminal e, muito especialmente, a engenharia institucional penal, são saberes fundamentais para sua defesa e fortalecimento. Garantidor ou policial, isto é, reforçador ou debilitador do estado de direito.<sup>15</sup>

14. BRISSET-BARROS, Fernanda Otoni de. **Por uma política de atenção integral ao louco infrator**. Belo Horizonte: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 2010, p. 36.

15. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**. vol. 1 - Teoria Geral do Direito Penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p.275.

No sentido de dar vida à importante Lei 10.216/2001, na Bahia, em sede executiva, na Vara de Execuções de Penas e Medidas Alternativas da Comarca de Salvador (VEPMA), Defensoria Pública, Ministério Público, Magistratura, rede municipal de atenção à saúde mental, através dos Centros de Atenção Psicossocial (CAPS), e o próprio Hospital de Custódia e Tratamento (HCT), vêm se dispondo a examinar, refletir, discutir e implementar ajustes e avanços, não obstante ainda pontuais mas construtores de um novo cenário, em favor da política pública antimanicomial.

Pacientes judiciários no passado, com histórico de reiteradas internações no Hospital de Custódia e Tratamento, em Salvador, tiveram suas medidas de segurança extintas, em decorrência de plano terapêutico individual elaborado e acompanhado pela rede municipal de atenção à saúde mental, através dos CAPS, a exemplo das unidades de Franco Basaglia (CAPS II) e Osvaldo Camargo, em Itapuã e no Rio Vermelho, respectivamente, ambas em Salvador.

A articulação desse trabalho, fruto do esforço coletivo, o qual para funcionar depende dessa prática, pode ser verificada, ainda, nos resultados a seguir elencados:

1. Prevalência do exame médico-legal na condição de externo do processado, no HCT, por força de incidente de insanidade mental instaurado (agosto de 2011/SRC do HCT-SSA/BA: 215 processados, sendo desse total 190 na condição de externo e 25 na condição de interno; e 07 apenados na condição de interno, por suposta doença superveniente);
2. Prevalência da execução de medida de segurança de tratamento em regime ambulatorial, através da rede pública de atenção à saúde mental, art. 4º, § 3º e art. 6º, III, Lei 10.216/2001;
3. Interrupção do ciclo vicioso de reinternamento, por quebra de salvo-conduto, com a extinção do processo de execução de medida de segurança, em face da adesão do egresso na rede municipal de atenção à saúde mental, art. 5º, Lei 10.216/2001;
4. Transferência de 10 internos, não obstante não mais em situação sub judice, para a residência terapêutica da Ilha Amarela em Salvador, após décadas de segregação no Hospital de Custódia e Tratamento (HCT-BA), diante do perfil desses pacientes, demandante de cuidados continuados e carente de suporte familiar, art. 4º, § 3º, Lei 10.216/2001;
5. Celebração de Termo de Acordo de Cooperação Técnica (TACT), 01.09.2011, visando à criação e à manutenção de um núcleo interdisciplinar-auxiliar do Poder Judiciário, nos casos de processados e sentenciados criminalmente, quando portador de enfermidade mental. Assim como em

sede executiva por medida de segurança aplicada ou incidente instaurado por doença superveniente.

Zaffaroni, Nilo Batista, Alejandro Alagia e Alejandro Slokar ratificam a importância da interdisciplinaridade no saber penal:

Só se pode evitar o autismo e o preconceito indo ao encontro das hipóteses de trabalho interdisciplinar, o que não implica que respectivo saber perca seu horizonte nem sua função apenas, torna-se interdisciplinar a construção de seu sistema de compreensão: o saber particular não é interdisciplinar, mais sim a obra do cientista. [...] É impossível um diálogo interdisciplinar quando um saber decide apoderar-se, modificar ou refutar os dados referidos por outros saberes.<sup>16</sup>

É inquestionável a importância do irreversível processo de construção de substituição do modelo manicomial para o antimanicomial, através dos Centros de Atenção Psicossocial (CAPS) os quais fazem atendimento individual, medicamentoso e em grupo. O atendimento é interdisciplinar e inclui o cuidado com a família, de modo que dispositivos comunitários são acionados para garantir a atenção integral.

A proposta do CAPS é a desinstitucionalização e produção de autonomia nas modalidades CAPS I, CAPS II, CAPS III, CAPS álcool e drogas. Não são realizadas internações pelos CAPS, com exceção do CAPS III, que pode internar por período limitado. Esse trabalho pode ser auxiliado pelos Centros de Referência Especializada da Assistência Social (CREAS) e pelos Centros de Referência de Assistência Social (CRAS).

Hoje há recomendação às autoridades judiciais responsáveis, para que evitem internação compulsória em manicômio judiciário, dada a exigência legal de prévio esgotamento dos recursos extra-hospitalares, e o caráter excepcional em curto período da medida extrema de internação compulsória.

## 7. CASOS EMBLEMÁTICOS

### Caso 1

Ivanilson Rufino dos Anjos – brasileiro, solteiro, então com 21 anos de idade, preso e processado por suposta acusação de tentativa de furto de R\$20,00 do caixa de um mercado, foi transferido da cadeia pública de Cotegipe para o

---

16. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**. vol. 1 - Teoria Geral do Direito Penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006, pp. 271 e 273.

Hospital de Custódia e Tratamento (HCT/SSA), em 21 de agosto de 2007, para ser submetido a exame de insanidade mental.

Entretanto, veio a falecer em 02.11.2007, conforme boletim de ocorrência registrado (BO) e relato de inúmeros pacientes judiciários na época, após ter sido, por um agente de presídio, imobilizado e compulsoriamente recolhido para determinada ala, de maneira ofensiva à sua integridade física, após tentar beijar a face de uma auxiliar de enfermagem, naquele estabelecimento.

Ivanilson Rufino dos Anjos, acometido por enfermidade mental, encontrava-se custodiado no HCT há 73 dias, com laudo concluído, aguardando transporte da então Secretaria de Justiça e Direitos Humanos (SJDH), para ser encaminhado à Comarca de Cotegipe, por encontrar-se preso à disposição do Juízo processante daquela Comarca.

Diligenciou o diretor do mencionado estabelecimento o registro da ocorrência do fato na Delegacia da 3ª Circunscrição Policial (certidão nº da guia: 3002007010590). Por sua vez, a Defensoria, então atuante no HCT, adotou as devidas medidas, em conformidade ao art. 68, inciso XII, da Lei Complementar nº 26/2006.

Conclusão: Resultado inconclusivo similar ao de praxe, em relação aos expedientes de apuração concernentes a mortes violentas e torturas em estabelecimentos prisionais (sindicância, processo administrativo), onde alguns miraculosamente são resgatados, outros não.

## **Caso 2**

P. G. S. – cidadão extremamente pobre, por décadas viveu privado de assistência psicossocial, aprisionado em penitenciária no Distrito Federal, de forma ineficaz e dispendiosa ao erário.

Transferido o processo de execução penal (carta precatória ref. medida de segurança originária de Brasília) para a Comarca de Salvador, veio residir nessa capital, dada a patologia de natureza permanente do paciente judiciário e falta de suporte familiar naquela cidade, não obstante perda de vínculos afetivos, desde tenra idade, com sua genitora e irmãos em Salvador.

P. G. S. foi criado pela avó materna no interior da Bahia, desde o início da infância. No final da adolescência passou a residir em Brasília, com perda do vínculo familiar anteriormente citado.

Ainda adulto jovem, em Brasília, veio a ser condenado a pena privativa de liberdade, pelo crime de homicídio. Em sede de execução penal, após décadas preso, teve substituída a pena por medida de segurança. Em seguida, foi liberado

e encaminhado para Salvador, sob salvo-conduto, na condição, dentre outras, de submeter-se a tratamento ambulatorial.

Encaminhado ao CAPS competente, veio descompensar-se ainda no período de liberação condicional, apresentando comportamento agressivo às outras pessoas, inclusive contra a própria equipe psicossocial que o assistia. Por dificuldades estruturais da apontada unidade básica de saúde mental (CAPS) e recusa da segurança pública no auxílio da necessária contenção para seu encaminhamento ao hospital psiquiátrico, restou frustrada a tentativa de interná-lo na rede pública de saúde mental.

Desamparado pela rede, veio a ser reinternado por “quebra de salvo-conduto” no HCT. Ato contínuo, pela equipe psicossocial (CAPS) juntamente com a psicóloga do hospital de custódia, assistido no próprio HCT, sempre em interação com esta Defensoria e os familiares reticentes do paciente, veio a ser desinternado.

Expirado o prazo do salvo-conduto, por fim foi determinada a devolução da carta precatória competente para extinção do processo da medida de segurança aplicada.

### **Caso 3**

C. S. e outros – por décadas custodiados no HCT, face aos reiterados reinternamentos por provocação de familiares (quebra de salvo-conduto), tiveram os seus processos extintos em decorrência dos respectivos encaminhamentos à rede de atenção à saúde mental, adesões ao tratamento como usuário do CAPS, manejos da equipe psicossocial com os respectivos familiares e inserção do usuário nos programas das políticas públicas pertinentes.

Conclusão (Casos 2 e 3): Desinstitucionalização manicomial após décadas de “vida de tanta cadeia”, fruto do esforço coletivo, englobando a equipe psicossocial (HCT e CAPS), familiares do paciente, Defensoria Pública, Ministério Público, Magistratura.

### **Caso 4**

R. S. A – autuado em flagrante, como incurso nas penas do art. 213 c/art. 224, c, ambos do CP, recolhido preso na cela de delegacia do interior (14.11.2007), após 06 meses e 06 dias, desprovido de assistência psicossocial e jurídica, foi transferido para o HCT para exame médico-legal (20.05.2008). Decorrido um ano aproximadamente da data do fato, ao Juízo processante foi encaminhado laudo conclusivo pela incapacidade de entendimento do examinado (05.08.2008).

Morador de rua no interior do estado, portador de psicose não especificada, paciente psiquiátrico do CAPS, por ocasião do fato encontrava-se abrigado no Hospital Municipal. O delito em tela foi cometido contra uma paciente daquele hospital, que se encontrava deitada na maca, sedada e inconsciente. E foi provocado pelo vigilante daquele hospital que a deslocou para o cômodo que era utilizado como dormitório pelo acusado. Este pressionado e incentivado pelo apontado funcionário daquele estabelecimento, e em sua presença, veio manter relação sexual com a paciente.

O suposto acusado, no interrogatório policial confessa [...] o guarda mandou eu comer a paciente, eu comi, ele era concursado perdeu o emprego”. Ratificando a versão apresentada pelo acusado, provas testemunhais foram colhidas no inquérito.

Conclusão: mero executor material, em lugar de se acionar o “autor mediato”, que se valeu do acusado para praticar o crime, assim designado pela doutrina penal clássica, decidiu-se pelo encarceramento e processo de criminalização da pessoa portadora de transtorno mental.

### **Caso 5**

J. D – na companhia de um menor, ao transportar **em suas mãos** certa quantidade de maconha, foi autuado em flagrante, mantido preso na fase processual e condenado **por crime de tráfico**, não obstante visível incapacidade de responsabilização pelo fato e adimplemento de pena, diante do seu estado de **oligofrenia** por retardo mental de natureza congênita.

Após sentenciado, interditado, em sede executiva, representado por curadora, sua genitora, teve substituída a pena restritiva de direitos (PSC) por limitação de fim de semana.

Conclusão: condenação do 3º (portador de retardo mental), usado pelo autor mediato (o menor) para praticar o crime.

## **8. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A interdisciplinaridade com os outros saberes, a intersetorialidade entre as diversas políticas públicas e a sociedade civil, através do diálogo construtivo que respeite reciprocamente seus âmbitos, são de suma importância e fundamentais à desospitalização manicomial das pessoas com enfermidade psíquica, alcançadas pelo sistema penal.

A apontada Lei Antimanicomial, também chamada Reforma Psiquiátrica, reforçadora do estado de direito em favor do paciente judiciário – em sedes de

conhecimento e executiva – redireciona o modelo assistencial de tratamento e cuidado em saúde mental em serviços substitutivos em meio aberto. E estabelece exigências à internação psiquiátrica compulsória, quando determinada pela Justiça, através dos requisitos da excepcionalidade e mínima duração.

Em seu interessante estudo, Paulo Jacobina conclui:

Repensar a abordagem jurídica concernente à questão da loucura, em matéria criminal, implica repensar os próprios alicerces filosóficos do direito penal: os fundamentos e a função social do direito de punir.

Considerar, como toda a corrente psiquiátrica tradicional, que a loucura está confinada aos limites da doença mental e que é um assunto estritamente médico implica considerar que o louco é alguém que perde sua voz, sua identidade, sua cidadania, por ser incapaz de entender plenamente uma realidade que está codificada pelo outro, com os mesmos olhos dos cidadãos ditos e tidos por normais, uma realidade na qual se vê inserido sem ter sido convidado e cujos parâmetros podem estar fora ou além da sua compreensão.

A loucura tem-se tornado um *termo maldito*, um daqueles termos politicamente incorretos, pontilhados em favor de expressões mais neutras como *transtornos mentais*, *portadores de doenças mentais* ou outros similares.

Por outro lado, o direito – e o direito penal de forma especial – vem tratando a loucura e a insanidade mental de forma quase inercial, enquanto o direito sanitário vem, paulatinamente, positivando uma abordagem muito mais arejada na lida com a questão, influenciada, especialmente pelo movimento de reforma psiquiátrica, movimento amplo, de expressão internacional. Enquanto vivenciamos, no direito penal, um sistema que coisifica a loucura e objetifica o louco, verificamos, no âmbito do direito sanitário, um movimento de resgate da sua própria cidadania, de construção da sua própria identidade, do resgate do seu papel de sujeito da sua própria história.<sup>17</sup>

No Estado da Bahia, o Provimento Conjunto do Tribunal de Justiça de nº 05/2010, o Provimento da Corregedoria Geral da Justiça nº 07/2010 (art. 20), corroborados pela Resolução do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária de nº 04/ 30.07.2010, são valiosos instrumentos redirecionadores do tratamento processual penal e da execução de medida de segurança. Atuam em harmonia com os direitos e garantias individuais dos processados com enfermidade psíquica, assegurados pela Constituição da República e pela Lei nº 10.216/2001.

---

17. JACOBINA, Paulo Vasconcelos. **Direito penal da loucura e reforma psiquiátrica**. Brasília: ESMPUF, 2008, p. 139/140.



Assim, não obstante a inércia do legislador penal frente à Constituição da República e aos avanços do direito sanitário, assim como não terem sido ainda incorporadas as inovações da aludida lei à rotina das agências do sistema penal, internação psiquiátrica compulsória em Hospital de Custódia e Tratamento, estão adstritas às exigências estabelecidas nessa importante lei.

Não é mais cabível, no século vinte e um, a grande internação descrita por Foucault,<sup>18</sup> aquele espaço destinado aos excluídos, aos pobres, aos mendigos, aos doentes crônicos e aos loucos.

Quebrando paradigmas, não se faz mais admissível o desumano tratamento manicomial, através da medida de segurança, que decide o conflito, mas não o soluciona. Resta claro que, em conformidade com a Constituição Federal e com a Lei 10.216/2001, há muito o instituto em tela merece ser reformulado e adequado à dignidade de pessoa humana do louco infrator.

## 9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARENDDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução: Roberto Raposo. 11. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.
- BANDEIRA, Vitória Beltrão. **O paciente judiciário do Hospital de Custódia e Tratamento**. Salvador: UFBA, 2006. 69 p. Monografia (Especialização) Programa de Pós- Graduação em Direito, Faculdade de Direito da Bahia, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2006.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**; tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan/Instituto Carioca de Criminologia, 2002.
- BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- BAUMAN, Zygmunt. **Vida líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007.
- BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Tradução: J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. 2. ed. rev., 2. tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. vol. 1. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- BRANDÃO, Cláudio. **Teoria Jurídica do Crime**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

---

18. FOCAULT citado por JACOBINA. Paulo Vasconcelos. **Direito penal da loucura e reforma psiquiátrica**. Brasília: ESMPUF, 2008. p. 140.

- BRASIL. Ministério da Saúde. Ministério da Justiça. Secretaria de Saúde do Estado da Bahia. Secretaria da Justiça e Direitos Humanos. Universidade Federal da Bahia. **Censo Clínico e Psicossocial da População de Pacientes Internados no Hospital de Custódia e Tratamento em Psiquiatria do Estado da Bahia HCT/BA (Manicômio Judiciário)** – Relatório Final, Salvador-Bahia, 2004.
- BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas e Estratégias. **Saúde Mental no SUS: os Centros de Atenção Psicossocial**. Brasília: Ministério da Saúde, 2004.
- BRISSET-BARROS, Fernanda Otoni de. **Por uma política de atenção integral ao louco infrator**. Belo Horizonte: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 2010. ISBN-978-85-98923-05-5.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Lei nº 12.403/2011: mais uma tentativa de salvar o sistema inquisitório. **Boletim IBCCRIM**, ano 19, n. 223, jun 1011.
- CUNHA, José Ricardo; BORGES, Nadine. Direitos Humanos, (não) realização do estado de direito e o problema da exclusão. In CUNHA, José Ricardo (Org.). **Direitos Humanos, Poder Judiciário e Sociedade**. Rio de Janeiro: Ed. FGV, 2011. p. 205-247.
- DELGADO, Pedro G.G. A psiquiatria no território: construindo uma rede de atenção psicossocial. In **Saúde em foco: informe epidemiológico em saúde coletiva**. Saúde mental: a ética de cuidar. Rio de Janeiro: Secretaria Municipal de Saúde, 1997.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- FERRARI, Eduardo Reale. **Medida de Segurança e Direito Penal no Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 30. ed. Tradução: Raquel Ramalhete. Petrópolis-RJ: Vozes, 2005.
- \_\_\_\_\_. **História da loucura na Idade Clássica**. São Paulo: Perspectivas, 1978.
- \_\_\_\_\_. **Os anormais: Curso no Collège de France (1974-1975)**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. **Tratado da inimputabilidade no direito penal**. São Paulo: Malheiros, 2000.
- HASSEMER, Winfried. **Introdução aos Fundamentos do Direito Penal**. Tradução da 2ª edição alemã, revisada e ampliada, de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.
- JACOBINA. Paulo Vasconcelos. **Direito penal da loucura e reforma psiquiátrica**. Brasília: ESMPUF, 2008.
- JAKOBS, Günter; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. 4. ed., org. e trad. de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli, ed. atual. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

- KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**: Malleus maleficarum. 21. ed. Rio de Janeiro: Record/Rosa dos Tempos, 2010.
- LOBOSQUE, Ana Marta. **Experiências da loucura**. Rio de Janeiro: Garamound, 2001.
- LOPES JR., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal**: Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- MATTOS, R. A. **Construção social da demanda**: direito à saúde, trabalho em equipe e participação e espaços públicos. Rio de Janeiro: IMS-UERJ-CESPESC-ABRASCO, 2005.
- MIRABETE, Julio Fabbrini, **Execução Penal**. 11. ed. rev. e atual. até 31.03.2004. São Paulo: Atlas, 2004.
- PACELLI DE OLIVEIRA, Eugênio. **Regimes Constitucionais da Liberdade Provisória**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- PAIM, Isaías. **Estudos Psiquiátricos**. Campo Grande: Solivros, 1998.
- QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito Penal**: Introdução Crítica. São Paulo: Saraiva, 2001.
- \_\_\_\_\_. **Funções do Direito Penal**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- REVISTA HISTEDBR On-line, Campinas, n. 33, p.289-294, mar. 2009. ISSN: 1676-2584. Kunze, Nádia Cuibano. Resenha do livro. GOFFMAN, Erving. **Manicômios, Prisões e Conventos**. Tradução: Dante Moreira Leite. 7. ed. São Paulo: Perspectiva, 2001. Acesso em: 04 set. 2011.
- RIBEIRO, P. R. M. **Da psiquiatria à saúde mental**: esboço histórico. Obra Psiq. 48(2), 1999.
- RIPOLLÉS, José Luis Díez. **A Racionalidade das Leis Penais Teoria e Prática**. Tradução: Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- SZASZ, Thomas S. F. **A fabricação da loucura**: um estado comparativo entre inquisição e o movimento mental. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1976. Coleção Psyche.
- TOURINHO NETO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. vol. 3. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- \_\_\_\_\_. **Processo Penal**. vol. 4, 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- WACQUANT, Loic. **As Prisões da Miséria**. Tradução: André Teles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro**: vol. 1. 3. ed. Teoria Geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2006.



CAPÍTULO V

# MUITO ALÉM DOS MUROS DA PRISÃO: UMA CRÍTICA À PRIVATIZAÇÃO DO SISTEMA PRISIONAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

*Andrea Tourinho Pacheco de Miranda<sup>1</sup>*

**SUMÁRIO:** 1. Introdução — 2. A gênese do sistema penitenciário — 3. Do Panóptico de Jeremias Bentham à superpopulação carcerária – um estudo sobre o sistema prisional à luz da criminologia da reação social — 4. A fábrica de desempregados como consequência do sistema capitalista e o realismo marginal dos países periféricos — 5. A privatização do sistema prisional como contramão ao abolicionismo penal — 6. A experiência brasileira — 7. Críticas e perspectivas do novo modelo falacioso de gestão prisional — 8. Conclusão — 9. Referências.

“O que está em julgamento não é apenas um sistema social em geral, com suas exclusões e condenações, mas todas as provocações deliberadas e personificadas, graças às quais o sistema funciona e assegura a ordem, graças às quais ele fabrica aqueles que exclui e condena em conformidade com uma política, a política do Poder, a polícia e a administração.”  
(FOUCAULT, Michel, *Suicide de prison*).<sup>2</sup>

## 1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho procura realizar uma crítica à privatização das prisões, com enfoque na criminologia da reação social, enfatizando a verdadeira face desse modelo de gestão prisional o qual não tem alcançado o resultado esperado pela sociedade, e que afronta o princípio da dignidade da pessoa humana, quando defende a exploração da mão de obra do apenado, originando, como consequência, a sua degeneração como ser humano.

No Brasil, o surgimento da proposta privatizante do sistema penal ocorreu em 1992, no âmbito do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária

- 
1. Defensora Pública. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Doutoranda em Direito Penal pela Universidade de Buenos Aires. Professora de Direito Penal da Faculdade Ruy Barbosa, Salvador-Bahia.
  2. FOUCAULT, Michel. Interview with Michel Foucault (1978). Tradução: Robert Hurley, James D. Faubion (Org.). **Power: Essencial Works of Foucault – 1954-1984**. vol. III. Nova York: New Press, 2000.

do Ministério da Justiça, organismo este que lançou a medida com o objetivo de solucionar graves problemas relativos ao sistema prisional.

A ideia de privatização do sistema prisional brasileiro ocorreu em consonância com os moldes adotados nos estabelecimentos prisionais americanos, franceses, ingleses e australianos, mas em nenhum desses modelos se apurou, com precisão, o percentual de eficácia do sistema aludido. Nos Estados Unidos e Inglaterra, a ideia da privatização das prisões tomou um grande impulso com a disseminação do movimento denominado *Nova Direita*, surgido em 1988, o qual estimulava o setor privado a desenvolver práticas de gestão empresarial dentro de instituições públicas.

Com o discurso neoliberalizante de proteção social – o chamado *Welfare State* – e com as *políticas da lei e da ordem*, a ideia da privatização do sistema prisional nos referidos países teve inúmeros adeptos. Estes se apoiavam no argumento da redução de custos do Estado, e também no investimento no aperfeiçoamento de técnicas de vigilância para o controle do crime, como a solução para contornar a crise fiscal do Estado.<sup>3</sup>

É certo que a sociedade moderna não é mais exclusivamente protegida pelo Estado, o qual é incapaz de resolver questões mais complexas, sobretudo no âmbito do sistema punitivo. Por outro lado, a *ideologia da lei e da ordem*, maior incentivadora da parceria público-privada, impulsionada por interesses eleitorais, vem promovendo a edição de leis penais mais severas, bem como a implementação de tecnologias de vigilância mais sofisticadas, ingerência no confinamento e gestão penitenciária, visando à obtenção de ganhos com o mercado do crime, ao tempo em que, com o discurso de segurança social, seduz a população, que é vulnerável.

Como bem assinala Zygmunt Bauman<sup>4</sup>, a modernidade atual é uma versão individualizada e privatizada da modernidade, e a responsabilidade pelo seu fracasso recai principalmente sobre os ombros dos indivíduos, criando, dessa forma, espaços diferenciados e segregadores entre os cidadãos.

Nesse contexto, o Estado se distancia cada vez mais dos anseios dos indivíduos, que veem seus direitos e garantias individuais desrespeitados pelas autoridades que deveriam protegê-los. Destarte, os cidadãos das grandes

---

3. Cf. MINHOTO, Laurindo Dias. **Privatização de presídios e criminalidade** : a gestão da violência no capitalismo global. São Paulo: Max Limonad, 2000, p.142-143. O autor faz referência a M.Ryan e T.Ward, na obra **Privatization and the Penal System**: the American experience and the debate in Britain. Milton Keynes: Open University Press, 1989, p.1-3.

4. BAUMAN, Zygmunt. **Tempos Líquidos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007, p.80.

metrópoles vivenciam constantemente a cultura do medo e da insegurança, em virtude do crescente aumento da violência nos centros urbanos.

Na mesma linha de entendimento, Bauman<sup>5</sup> descreve a estrutura de uma sociedade pós-industrial, globalizada, pan-óptica, onde existe uma nítida separação entre os habitantes da cidade, dividida de um lado, pela elite, que vive em condomínios luxuosos (guetos voluntários), e do outro, pela periferia, (guetos obrigatoriamente afastados), emergindo, portanto, dois mundos segregados e separados.<sup>6</sup>

Com a mudança do Estado social para o Estado penal, e com a formação da modernidade tardia, no dizer de David Garland<sup>7</sup>, houve uma expansão de estratégias de controle da criminalidade, com uma direção voltada para a intolerância e medidas truculentas por parte das autoridades, que possibilitaram a obtenção de lucro no setor privado com a indústria do crime.

A modernidade tardia gerou como consequência o afastamento dos cidadãos das suas garantias e direitos sociais, outrora conquistados através das lutas e dos movimentos sociais que marcaram o início do século. Hodiernamente, o que se vê é uma sociedade de indivíduos cheios de incertezas e inseguranças, perturbados pela banalização da violência, a qual é provocada pelos sentimentos de vingança, e obcecados pela perpetuação do conflito. Todo esse cenário é instigado pelos meios de comunicação de massa e por novos padrões de alienação, propulsionados pela força do sistema capitalista selvagem.

Nessa conjuntura, como solução encontrada para combater a crise da globalização negativa e o alto índice de criminalidade, o Estado, impotente, inicia um processo de transferência de atribuições, como, v.g., a gestão da administração penitenciária para o setor privado, na perspectiva da lucratividade com o sistema prisional, tendo como alvo o indivíduo que cumpre pena.

Convém salientar que antes de se instituir qualquer imposição legal para permitir a privatização das prisões, do ponto de vista ético e dos Direitos Humanos

5. *Idem.*

6. No mesmo sentido CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. (*Cidades de Muros*, p.101), quando apresenta o relato de sua pesquisa na cidade de São Paulo, enfatizando a descrença da população de baixa renda pelo sistema penal, suas dificuldades de acesso à justiça e a ineficiência do poder judiciário como mediador de conflitos e provedor da paz. A autora descreve ainda, em sua obra, como o poder público lida com o crime, apontando o desrespeito pelos direitos de cidadania e a resistência a democratização, produzindo, dessa maneira, a segregação social e a espacial.

7. GARLAND, David. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p.181. (Em sua obra, o autor define, através do estudo da criminologia da reação social, uma sociologia da punição, abordando os problemas atuais da justiça criminal, reabrindo questões relacionadas com o sistema criminal, que envolvem a participação simultânea de diversos atores sociais, tais como: indivíduo, sociedade e sistema de justiça).

não se pode conceber que a execução do poder punitivo estatal seja transformada em negócio lucrativo para empresários em detrimento dos menos privilegiados, certamente objeto da seleção do sistema prisional.

Como assinala Julita Lemgruber:

A privatização das prisões é inaceitável sobretudo do ponto de vista ético e moral. Numa sociedade democrática, a privação da liberdade é a maior demonstração do poder do Estado, sobre seus cidadãos e, como tal, só deve ser exercida pelo próprio Estado.<sup>8</sup>

Do ponto de vista ilustrativo, Stephen Nathan<sup>9</sup>, pesquisador da Universidade de Greenwich, Londres, apresenta um estudo sobre as prisões americanas, apontando falhas na política de privatização das prisões, demonstrando um resultado bastante negativo, que varia desde o desrespeito aos Direitos Humanos dos presos até a demonstração de desvio de verbas por parte da administração dos centros de reclusão.

Nesse sentido, a partir de uma análise crítica sobre a questão da privatização do sistema prisional brasileiro, entendemos que a medida não seria uma solução adequada à nossa realidade, cujo sistema penal, desigual e seletivo, está alicerçado na criminalização da pobreza.

## 2. A GÊNESE DO SISTEMA PENITENCIÁRIO

A prisão, enquanto forma de execução da pena privativa de liberdade é uma instituição quase recente, já que até os fins do século XVIII, os suplícios eram a regra, utilizados como mecanismos expiatórios e como castigo divino.

Com a passagem da vingança privada para a pública e a consequente transformação do sentido exclusivamente retributivo da pena, para o preventivo, a ideia da intervenção penal vai se desenvolvendo até atingir um caráter disciplinar.

O Estado moderno centralizado, gradativamente vai se expandindo para manter toda a sociedade dentro da sua rede de controle disciplinar e o moderno controle do delito encontra guarida no sistema penal, racionalizado, burocratizado

8. LEMGRUBER, Julita. Controle da criminalidade: mitos e fatos. São Paulo: Instituto Liberal do Rio de Janeiro. *Revista Think*, 2010, p.16. Disponível em: <[http://www.observatoriodeseguranca.org/files/Controle%20da%20criminalidade\\_mitos%20e%20fatos\\_Lemgruber.pdf](http://www.observatoriodeseguranca.org/files/Controle%20da%20criminalidade_mitos%20e%20fatos_Lemgruber.pdf)>. Acesso em: 19 dez. 2011.

9. Cf. NATHAN, Stephen. Acontecimentos, temas internacionais e suas implicações para a América Latina. In Instituto Latino-Americano das Nações Unidas para a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente – ILANUD. CARRANZA, Elias. (Coord.). *Cárcere e Justiça Penal na América Latina e Caribe: como implementar o modelo de direitos e obrigações das Nações Unidas*. 2009, p. 235.



e profissionalizado, tendo a prisão como resposta penal básica e a *mente* como objeto do controle.<sup>10</sup>

No final do período positivista, a ideia de correção assume um papel mais ativo na sociedade, e o homem descoberto pelos reformadores torna-se também um homem-medida: não das coisas, mas do poder. Esse homem descoberto precisa agora ser corrigido, transformado e, mais adiante, castigado de uma maneira mais *dócil*.<sup>11</sup>

No período medieval, a pena tem um sentido exclusivamente expiatório e não encontra no cárcere um modelo de execução. Naquele momento histórico, no qual não se comungava a ideia do trabalho assalariado, a pena-retribuição, como troca e medida pelo valor, não estava em condição de encontrar na privação do tempo o equivalente ao delito.<sup>12</sup>

No período feudal, a desapropriação das terras da população rural transformou o centro das cidades em um pólo atrativo para o comércio, causando uma evasão no campo e um congestionamento de trabalhadores expropriados, que, por sua vez, foram convertidos numa grande massa de excluídos, constituída de mendigos, desempregados, configurando então a população taxada de “fora da lei”.

De igual maneira, a Igreja contribuiu para a expulsão dos camponeses em terrenos de sua propriedade, agravando ainda mais a situação daquela camada da população carente

Destarte, diante do aumento da mendicância, o clero inglês solicitou providências ao rei, a fim de que se realizasse um processo de higienização das cidades, dando início à primeira etapa de segregação da população pobre da história.

*Los vagabundos constituían un elemento altamente molesto y perturbador para la producción mercantil y el comercio. El control de éstos, por lo tanto, se convirtió en un problema político que no admitía dilación. Las cifras eran demasiado grandes como para que los antiguos métodos penales fueran efectivos y la redada masiva y posterior encarcelamiento a gran escala o transformó en la solución.*<sup>13</sup>

10. Cf. ANDRADE, Vera Regina. **A Ilusão da Segurança Jurídica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p.174.

11. Como bem assinala Michel Foucault, o poder sobre a vida desenvolveu-se a partir de duas formas principais, quais sejam: o biopoder, com origem no adestramento, na utilidade e docilidade do corpo e na disciplina (Cf. **Vigiar e Punir**, p. 119), e do outro, o corpo-espécie, suporte dos processos biológicos, como os nascimentos, a mortalidade, o nível de saúde, a duração da vida, a longevidade, que designam uma série de intervenções e regulamentações, formando uma verdadeira biopolítica da população. Agora o papel principal do sistema “não é mais matar, mas investir sobre a vida.” (Cf. FOUCAULT, Michel. A vontade de saber. In **História da sexualidade**. Rio de Janeiro: Graal, 1985).

12. MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fábrica**, p.22.

13. MATHIENSEN, Thomas. **Juicio a la prision**, p.49.

Assim, nesse momento de caos social, a realeza autoriza o uso do castelo de *Bridewell* para acolher os vagabundos, mendigos, ladrões e autores de delitos de pequeno potencial ofensivo.<sup>14</sup>

As chamadas *Bridewells* cresceram e se transformaram em casas de correção, espalhando-se por toda a Inglaterra elisabetana, tendo por objetivo reformar os internos por meio do trabalho obrigatório, mediante uma disciplina rigorosa.

Nesse contexto, a prisão – enquanto sistema – surgiu como um modelo de controle disciplinar, conforme bem assinala Michel Foucault<sup>15</sup>, e de adestramento da classe proletária a qual era obrigada a aceitar qualquer tipo de oferta de trabalho; um modelo de organização sustentado no regime disciplinar, num contexto de quem detém o poder, constituindo-se de mecanismos abstratos de funcionamento em favor do mais forte.

A disciplina fabrica assim corpos submissos e exercitados, corpos dóceis, a disciplina aumenta as forças do corpo (em termos econômicos de utilidade) e diminui essas mesmas forças (em termos políticos de obediência). Em uma palavra: ela dissocia o poder do corpo.<sup>16</sup>

Na segunda fase da história do sistema prisional, compreendida desde o fim do século XVIII até o início do século XIX, o fenômeno do encarceramento vai adquirindo imensas proporções, e o confinamento torna-se uma regra, suplantando o castigo físico. É nessa fase que o cárcere assume o mesmo sentido que o atual: o encarceramento dos desempregados.

*De este modo, la segunda etapa del desarrollo institucional contemplaba también, entre su motivaciones, disciplinar estos nuevos grupos: los descarriados de la clase obrera en formación*<sup>17</sup>.

É certo que o cárcere e as demais instituições de confinamento surgiram como marco de separação entre os homens livres e aqueles dominados pelo sistema capitalista, com a finalidade de implantar uma disciplina sanitária do corpo, através uma reforma moral e religiosa.

Em 1779, John Howard escreve a obra *O estado das prisões na Inglaterra e Gales*, denunciando a situação precária das prisões e propondo um conjunto de regras sanitárias, disciplinares e religiosas, o que o levou a fundamentar as bases teóricas da reforma penitenciária, daí porque Howard é considerado o *pai da ciência penitenciária*.<sup>18</sup>

14. Cf. MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica*, p.36.

15. FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*, p.119.

16. *Idem*.

17. Cf. MATHIENSEN, Thomas. *Juicio a la prision*, p.50.

18. BERGALLI, Roberto. *El pensamiento Criminológico II – estado y control*, p.98.

Na verdade, a penitenciária moderna começa na *workhouse* americana, instituição de trabalho agrícola forçado do século XVIII, criada para internação de pequenos transgressores (*fellons*) e, mais tarde, de vagabundos, doentes mentais e devedores pobres, conforme a teoria de que a correção do desviante exige separação do contexto social que o produziu<sup>19</sup>.

Com o passar do tempo, as famosas casas de correção da Inglaterra, denominadas de *Workhouses*, entram em decadência, provocando uma transformação da pena em terror e iniciando uma maior cooptação da mão de obra do interno para o trabalho.

O trabalho forçado nas *houses of correction* ou *workhouses* era direcionado, portanto, para dobrar a resistência da força de trabalho e fazê-la aceitar as condições que permitissem o máximo grau de extração de mais-valia.<sup>20</sup>

O desenvolvimento da sociedade capitalista vai influenciar gradativamente na formação de modelos de sistemas prisionais, que vão evoluindo e adquirindo feições diversas, principalmente no tocante às formas de execução da pena. Esses modelos surgem inicialmente na Europa e, depois, na América do Norte, como foi o caso dos modelos de *Rasp-huis*, *Spinhis* e *Gand* (Holanda), de *Gloucester* (Inglaterra) e os da *Filadélfia* e de *Auburn* (Estados Unidos).

Os *Rasp-huis*, em Amsterdã, eram as casas de correção destinadas aos delinquentes de menor periculosidade, que trabalhavam com o monopólio de produção de pó de madeira. Estas, por sua vez, originaram os *Spinhis* (casas de correção para mulheres), que condicionava a modificação da pena imposta às detentas ao bom comportamento destas.<sup>21</sup>

Nesse tipo de sistema, o trabalho era obrigatório e remunerado, mas nas celas já havia a superpopulação, e os detentos deveriam obedecer a regras e horários determinados. O modelo de *Gand* instituiu o trabalho obrigatório e pedagógico.<sup>22</sup>

O modelo de *Gloucester*, na Inglaterra, deu origem ao isolamento como método pedagógico para a meditação e reaprendizagem das virtudes, imprimindo

19. Cf. SANTOS, Juarez Cirino. **Direito penal-parte geral**, p.460.

20. MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Op.cit.* p.38.

21. A casa de trabalho holandesa ficou conhecida pelo nome de *Rasp-huis*, porque a atividade de trabalho que ali se desenvolvia consistia em raspar, com serra de lâminas, um certo tipo de madeira para transformar em pó. Foi assegurado a esta casa de trabalho, o monopólio da venda do pó de madeira, caracterizando, assim, a concepção mercantilista desse sistema (Cf. MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo, *Op.cit.* p.43).

22. FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**, p.107.

um cunho religioso à reabilitação do condenado, muito parecido com o sentido da prisão eclesiástica medieval.<sup>23</sup>

Já nos Estados Unidos, onde a influência capitalista é bem mais acentuada, surgiram os modelos de *Filadélfia* e de *Auburn*, que já instituíam o trabalho do apenado.

O modelo *filadelfiano* de instituição penitenciária do final do século XVIII teve inspiração na concepção religiosa *Quaker*, sendo uma alternativa para o trabalho carcerário no período da produção manufatureira.

No modelo *filadelfiano*, o Estado *controla* os processos produtivos, além de exercer o poder *disciplinar*, utilizando a força de trabalho do preso na produção de manufaturas, com produtividade reduzida e ausência de oposição de sindicatos, tal qual é o sistema predominante da América Latina. Nesse modelo, o trabalho externo é exercido em obras públicas, na construção de escolas, prédios, construção de rodovias, ferrovias, presídios, entre outros.

No denominado sistema *public account*, o sistema carcerário se converte em empresa pública: o Estado compra a matéria-prima, organiza os processos produtivos e vende produtos a preços competitivos no mercado, com todas as vantagens do trabalho carcerário, com custos reduzidos.<sup>24</sup>

O *modelo filadelfiano*, de igual maneira, entrou em decadência. Nesse tipo de prisão, o trabalho isolado em celas individuais é justificado como fim terapêutico; exclui a industrialização da prisão, que pressupõe trabalho coletivo.<sup>25</sup>

É certo que o modelo de sistema penitenciário concebido por *Auburn* introduziu a exploração capitalista da força de trabalho encarcerada, traçando um paralelo entre o trabalho na prisão e o trabalho da fábrica. O trabalho em comum durante o dia permite a introdução de máquinas na prisão; o sistema do silêncio garantia a disciplina necessária ao trabalho coletivo do preso.

Nesse sistema, o Estado realiza a parceria público-privada, concedendo a exploração da força de trabalho carcerário e administra a instituição penitenciária em troca de lucro. Esse modelo, no entanto, apresenta idênticos problemas

23. FOUCAULT, Michel. *ob.cit.* p.109 e MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica*, p.24. A penitência, quando se transformou em sanção penal propriamente dita, manteve em parte, sua finalidade correccional, mas possuía um tempo determinado. A separação total do mundo externo, dava ao condenado a oportunidade através da meditação, de expiar a sua culpa, daí o verdadeiro sentido da palavra penitência, trazida pelo direito canônico.

24. MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Op.cit.* p.38.

25. *Idem.*

de oposição dos sindicatos e de subordinação da reeducação do encarcerado ao trabalho produtivo.

No sistema de *leasing*, a instituição penitenciária organiza a produção e responde pela disciplina da força de trabalho durante um tempo determinado, mediante pagamento de um preço ao Estado, livre de quaisquer custos. O problema maior é que tal modelo afronta os Direitos Humanos, sendo motivo de repúdio, já que reduz o preso à condição análoga de escravo, sujeitando-o a castigos corporais, torturas físicas e psicológicas, muitas vezes por questões de disciplina ou de ritmo de trabalho.

Os acordos entre empresários e o poder judiciário não vêm logrando êxito e é temível que dessa união penas curtas possam se transformar em penas longas, objetivando-se o lucro e a exploração da força de trabalho da população encarcerada, em desrespeito à dignidade da pessoa humana do preso. Além disso, o problema da reincidência nunca foi resolvido nesse sistema.

O modelo de *Auburn* está igualmente em crise, enfrentando dificuldades de renovação tecnológica dos processos industriais na prisão, com oposição crescente de sindicatos e organizações operárias que questionam a concorrência desleal do trabalho carcerário, exploração da força de trabalho do interno e taxa de *mais-valia*. Prevalecem ainda, os castigos desumanos aplicados por motivos disciplinares, ou seja, os problemas continuam sendo os mesmos.

A privatização do sistema prisional, no Estado Democrático de Direito, é uma solução ineficaz, como bem assinalou Julita Lemgruber, ex-subsecretária de Segurança Pública do Rio de Janeiro, em entrevista na qual proferiu o seguinte comentário: “se a privatização fosse boa, os Estados Unidos, a nação mais privatista do planeta, não teriam tão poucas unidades privatizadas”.<sup>26</sup>

### **3. DO PANÓPTICO DE JEREMY BENTHAM À SUPERPOPULAÇÃO CARCERÁRIA: UM ESTUDO SOBRE O SISTEMA PRISIONAL À LUZ DA CRIMINOLOGIA DA REAÇÃO SOCIAL**

Jeremy Bentham, conforme leciona Zaffaroni<sup>27</sup>, foi quem melhor apresentou argumentos para o controle social institucionalizado das massas miseráveis, assumindo uma atitude pragmática.

26. LEMGRUBER, Julita. Privatizar Resolve? *Revista Época*. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/.PRIVATIZAR+RESOLVE.html>>. Acesso em: 19 dez. 2011.

27. ZAFARRONI, Raul. *Manual de Direito Penal Brasileiro*, p.266.

O capitalismo, apesar de aparentemente inclinar-se a argumentos idealistas, como o contratualismo retributivo, ao enfrentar o poder da nobreza, na luta pela hegemonia do Estado, o fez através de argumentos práticos e positivistas, à reação das massas desprivilegiadas.

Nesse pensamento, Bentham rejeitou a Declaração Francesa, de 1789, sustentando o utilitarismo, que, para a época, teve um resultado positivo. Para o pensador inglês, o critério de utilidade seria o da *felicidade*, devendo a legislação e a moral produzir a maior quantidade possível de felicidade para o indivíduo.

Assim, quando o Estado não fosse apto a produzir a felicidade para os cidadãos, já não poderia intervir. Nesse diapasão, mergulhando no âmago das ideias de Bentham, a pena seria um mal, porque não produziria felicidade; e o Estado, do ponto de vista da utilidade pública, seria um bem, porque pouparia a dor mediante a prevenção geral e especial.

Não é certo que, quando Jeremy Bentham idealizou a arquitetura prisional, talvez inspirado num zoológico<sup>28</sup>, imaginaria que os fins utilitários da pena iriam transformar o preso em um verdadeiro animal, o que de fato ocorreu, afastando totalmente a ideia do utilitarismo como expressão da felicidade.

Com o objetivo disciplinar, a máquina panóptica – programada para realizar experiências na vida carcerária, modificar comportamentos, treinar e retreinar os indivíduos – seria uma demonstração do verdadeiro exercício do poder, mediante o qual estaria o detento constantemente vigiado e transformado em um animal *a ser civilizado*.

O esquema panóptico é um intensificador para qualquer aparelho do poder: assegura sua economia, (em material, em pessoal, em tempo); assegura sua eficácia por seu caráter preventivo, seu funcionamento contínuo e seus mecanismos automáticos. É uma maneira de obter poder.<sup>29</sup>

É inegável que a invenção panóptica, enquanto instrumento de controle e disciplina, rendeu frutos. Na modernidade, assumiu outras feições, com reflexos dentro e fora do estabelecimento penal, que vão desde as instalações de câmaras de vigilância em estabelecimentos penais de segurança máxima, isolando o preso por completo e o privando do convívio social, até a implementação de programas de monitoramento eletrônico, o que já está disciplinado em lei, objeto

---

28. Cf. FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**, p.168.

29. *Idem*.

de estudo em um dos capítulos deste livro<sup>30</sup>. Ademais, a indústria do crime é bastante rentável para o sistema de privatização do sistema prisional.

Laurindo Dias Minhoto<sup>31</sup>, no que diz respeito à privatização de presídios, rebate a idéia de que a participação de empresas privadas na gestão de serviços penitenciários, reduziria os custos públicos. Na verdade não existem estudos precisos que comprovem que a política de privatização de presídios derivaria numa economia dos custos. Conforme pesquisa do autor, em alguns casos, a Casa Branca e o Departamento de Justiça dos Estados Unidos tem até afirmado que prisões administradas pelo setor privado têm custado mais.

O fato, ainda, de as empresas utilizarem câmeras para monitorar a movimentação dos presos na prisão, afastando-os do excessivo contato com os agentes penitenciários, é visto pelo autor como uma “reedição high tech” do *panóptico*.<sup>32</sup> Esse poder, aparentemente simbólico que expressaria o monopólio do poder do Estado, nesse caso, é transferido ao particular nesse tipo de sistema prisional.

O *panóptico* de Bentham, que outrora era constituído por uma torre central e um anel periférico, representava a arquitetura de disciplina da instituição penal da época, e o confinamento em celas de isolamento. Tal modelo afirmou-se, dessa maneira, nos primórdios do sistema prisional, como uma pedra angular da nova pedagogia da correção.

Como se vê, consoante o estudo da criminologia da reação social, o sistema penal, desde os tempos primitivos até os tempos atuais, é visivelmente marcado por injustiças sociais, pela seletividade e estigmatização da pessoa humana, por erros judiciais, pelo tratamento diferenciado entre as classes sociais, pelo desrespeito pelos direitos humanos fundamentais, pela transformação da vítima em testemunha, pelo encarceramento da grande massa desempregada e pela exploração do trabalho do condenado.

No sistema punitivo moderno não há uma preocupação em se restabelecerem as relações que foram quebradas com o delito, nem o desenvolvimento de políticas públicas voltadas para a inclusão. Pelo contrário, há um constante

30. Sobre o tema, vide nessa mesma obra: ARAÚJO, Alan. **O que há por trás das lentes da vigilância indireta: um estudo crítico sobre o monitoramento eletrônico instituído pela lei 12.258/2010.**

31. Cf. MINHOTO, Laurindo Dias. **Privatização de Presídios e Criminalidade: a gestão da violência no capitalismo global**, p.200 e p.83.

32. MINHOTO, Laurindo Dias. *Op. Cit.*, p. 90. Sobre esse poder simbólico, Pierre Bourdieu certa feita, afirmou possuir o Estado não apenas o monopólio legítimo da violência, mas também o monopólio legítimo da violência simbólica. (Cf. BURAWOY, Michael. **O marxismo encontra Bourdieu**. Campinas-SP: Ed. Unicamp, p.67).

estímulo a perpetuação do conflito e da vingança, além da exploração da mão de obra do preso para servir sempre à classe privilegiada.

O sistema penal atual dirige-se para uma parcela definida da sociedade, reconhecidamente pobre e excluída a qual, na época do nazismo, era taxada de *estranha à comunidade*,<sup>33</sup> grupo composto por marginais, prostitutas, moradores de ruas, homossexuais, loucos, dependentes de drogas, que eram sempre alvos de discriminação.

Dentro do estudo da criminologia da reação social, entendemos que a seletividade do sistema penal sempre foi algo marcante para a sociologia da punição, atingindo a camada mais pobre da população, considerada como inimiga e contra a qual recai o sistema penal.

Embora tenha sido iniciada, no século XX, a propagação de ideias socialistas como meio para se alcançar a justiça social, a sociedade capitalista moderna reagiu às ideias libertárias com uma ideologia da repressão, da lei e da ordem, difundido o que se chamou de tolerância zero, doutrina pautada em campanhas para edição de leis mais severas, bem como para o tratamento do direito penal do inimigo.

Para Alessandro Baratta, o sistema penal se manifesta através de mecanismos de seletividade, no exercício de atividades arbitrárias, em que ocorre o fenômeno da *clientela do direito penal*, ou seja, o recrutamento dos mais débeis, numa forte criminalização, de maneira a estabelecer uma lição implícita do espaço social de cada um.<sup>34</sup>

O sociólogo Loic Wacquant, da Universidade da Califórnia-Berkeley, ilustra essa seletividade com a criminalização da pobreza e, mesmo na nação americana, a desigualdade de tratamento penal não foge a essa expectativa, atingindo, de igual maneira, a grande massa carcerária.

Em pesquisa sobre o tema, Wacquant<sup>35</sup> apresenta uma estatística assustadora: para cada dez condenados nos Estados Unidos, a esmagadora maioria provém de bairros pobres afro-americanos, pela simples razão de que é mais fácil proceder a prisões nos bairros socialmente desorganizados, em contraste com os bairros operários estáveis ou nos prósperos subúrbios de colarinho branco. Nessa perspectiva, a grande massa de excluídos, integrará a população

---

33. CONDE, Francisco Muñoz. **Edmund Mezger e o Direito Penal de seu tempo**: estudos sobre o Direito Penal no Nacional-Socialismo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.84.

34. BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**, p.177.

35. WACQUANT, Loic. **As Prisões da miséria**, p. 95.



carcerária, que numa fórmula matemática crescente, originará o que se chama de superpopulação carcerária.

É, portanto, essa população periférica afrodescendente que será o principal alvo de encarceramento pelo sistema penal e que, sendo vítima da exploração da mão de obra, dará lucros aos grandes empresários, no sistema ora em estudo. O ciclo da estigmatização se fecha, segundo a teoria do *labelling approach*, quando o indivíduo desse grupo ingressa no sistema penitenciário e inicia a execução do cumprimento da pena, sem perspectiva alguma de socialização.

Segundo Raul Zaffaroni, o que existe é uma *utópica legitimidade do sistema penal*, marcada por uma complexa manifestação do poder social. Para o autor, o poder social não é algo estático, que se “tem”, mas algo que se exerce, e o sistema penal quer mostrar como um exercício de poder planejado racionalmente pode ser utilizado para dominar pessoas.<sup>36</sup>

O *princípio da legalidade processual* exige que os órgãos do sistema penal exerçam seu poder para criminalizar todos os autores de ações típicas, antijurídicas e culpáveis, fazendo-o de acordo com o *jus puniendi*. Não se compreende, no entanto, como o Estado, enquanto detentor do poder punitivo e de execução penal, possa transferir esse *mínus* para a esfera privada, como no caso da privatização do sistema prisional.

Ancorado nesse entendimento, depreende-se que o sistema penal está montado para uma não-funcionalidade e uma não-operacionalidade e que visa atingir a uma determinada classe social que foi poupada de exercer seus direitos sociais.

#### **4. A FÁBRICA DE DESEMPREGADOS COMO CONSEQUÊNCIA DO SISTEMA CAPITALISTA E O REALISMO MARGINAL DOS PAÍSES PERIFÉRICOS**

O sistema prisional, conforme já anteriormente assinalado, tornou-se um fábrica de desempregados, composto pela camada mais pobre da população que, ao contrário do que se deseja, não possui nenhum tipo de expectativa no campo laboral.

O sistema penal brasileiro, como integrante da ideologia latino americana, que é marcada pelas constantes desigualdades sociais, forma o que se chamou de sistema de controle social típico dos *paises centrais*, e nesse sentido, apesar da expressão marginal equivaler ao sentido de *periférico*, Zaffaroni prefere utilizar aquele adjetivo por ser mais expressivo.<sup>37</sup>

36. ZAFFARONI, Raul. **En busca de las penas perdidas**, p.16.

37. Cf. ZAFFARONI, Raul. *Op.cit.*, p.165.

A expressão *marginal*, para o autor, denomina a grande maioria da população latina-americana, marginalizada no poder e objeto da violência do sistema penal, ou seja, o sistema penal latino americano constitui-se num modelo punitivo notadamente injusto e que atinge as classes menos favorecidas, dominada pelos mais fortes, que é discriminada por todo o sistema de justiça.

Esse problema de tratamento penal desigual e de exclusão na América Latina, existe desde o tempo de colonização, nascido com o chamado *apartheid da mestiçagem*<sup>38</sup>, no discurso separatista criado pelo colonizador, que tratou os nativos como inimputáveis e os mestiços de loucos morais em potencial, dentro do estudo da criminologia etiológica de *Lombroso*.

O que se tem notado nos últimos tempos, como sinaliza Zaffaroni, é a denúncia da ameaça de um genocídio praticado pelo sistema penal em toda a América Latina. Há uma necessidade de resposta diante dessa ameaça de genocídio praticado pelo *tecnocolonialismo*, que procura evitar o anunciado com a bandeira dos direitos humanos, sustentando a deslegitimação do sistema.

Além de demonstrar a violação dos direitos humanos pelos *sistemas penais periféricos*, Zaffaroni revela que tais violações são da essência e da estrutura de todos os sistemas penais capitalistas. O autor chega a fazer a seguinte afirmação: *o exercício de poder dos sistemas penais capitalistas é incompatível com a ideologia dos direitos humanos*.

Na visão de Zaffaroni, o sistema penal vigente necessita de uma *resposta marginal*, que nasce da constatação de que os direitos humanos, enquanto instrumento internacional, não podem ser entendidos como *ideologia instrumental*, mas devem ser reconhecidos como uma *ideologia programática para toda a humanidade*.<sup>39</sup> Destarte, para os marginalizados do poder planetário, impõe-se, uma mudança de discurso jurídico-penal para, na prática conter o alto índice de violência, garantir a efetivação dos direitos e garantias penais constitucionais, defendendo lugares e espaços de poder comunitário, controlar e limitar o poder verticalizador que pode, mais adiante, influir na mudança no conceito de pena.<sup>40</sup>

A essa crítica, Zaffaroni responde:

38. A origem dessas desigualdades vem desde a época da colonização, onde o poder repressivo prolongou-se por muitas décadas após a independência, com respaldo nas repúblicas oligárquicas, cujos proprietários de terras, verdadeiros senhores feudais, exerciam a justiça baseado no exercício arbitrário das próprias razões. (Cf. ZAFFARONI, Raul; OLIVEIRA, Edmundo. *Criminologia e Política Criminal*, p.21).

39. ZAFFARONI, Raul, *op.cit.*, p.148.

40. ZAFFARONI, Raul, *op.cit.*, p.203.

Ser juiz ou catedrático na América Latina significa haver ultrapassado, previamente, muitos riscos: haver nascido (isto é, não ter sido abortado), haver sido alimentado adequadamente, haver superado ou escapado das doenças infantis com sequelas incapacitantes, haver conseguido alfabetizar-se e, ainda mais, haver ascendido aos níveis médios e superiores do ensino, haver escapado das ameaças à vida adulta que os fenômenos naturais catastróficos representam, a violência política e não política, não haver ‘desaparecido’, etc., e outro sem-número de fatores cujo conjunto compõe o *milagre* que coloca tal indivíduo numa situação *extremamente privilegiada*.<sup>41</sup>

Uma outra característica para a expressão *marginal*, quer se referir à indicação de uma complexa conceituação do universo urbano diretamente atingido *pelos albores do tecnocolonialismo*. Diz respeito à identidade de uma situação concretamente generalizada no *plano cultural, em razão do colonialismo, do neocolonialismo e do tecnocolonialismo* incidente, que recaiu sobre todos os povos latino-americanos os quais carregam consigo o estigma *da marginalização, como já anteriormente assinalado*.<sup>42</sup>

Zaffaroni, até inclui a colônia como um exemplo de instituição de sequestro, expressão nominada por Foucault<sup>43</sup>, considerando ser esta uma instituição que se caracteriza por um exercício de poder que priva os indivíduos da autodeterminação, assume o governo político, submete os institucionalizados a um sistema produtivo em benefício do colonizador, impõe seu idioma, valores, religião, destrói as relações comunitárias e considera seus habitantes como sub-humanos, necessitados de tutela e que justifica como empresa piedosa qualquer violência genocida, com o argumento de que, ao final, redundará em benefício das próprias vítimas.<sup>44</sup>

Por sua vez, o criminólogo crítico, Roberto Bergalli, catedrático da Universidade de Barcelona, complementa:

*La vieja criminología latinoamericana, como positivista, no pudo dar respuesta para la criminalidad, que há seguido cumpliendo la mera tarea de clasificar delincuentes y examinar unos comportamientos que solo tienen relevância para mantener bajo custodia*

41. ZAFFARONI, Raul, *op.cit.*, p.154-155.

42. ZAFFARONI, Raul, *op.cit.*, p.123-125.

43. Para Michel Foucault, é o diagrama do poder que trabalha o corpo dos homens, manipula seus elementos, produz seu comportamento, fabricando o tipo de homem necessário ao funcionamento e manutenção da sociedade industrial capitalista. Dessa forma, Foucault, retrata a relação específica de poder sobre os indivíduos enclausurados que incidia sobre seus corpos e utilizava uma tecnologia própria do controle. Essa tecnologia não era exclusiva da prisão, encontrando-se também em outras instituições como o hospital, o exército, a escola, a fábrica. (Cf. FOUCAULT, Michel, *In Microfísica do poder*, p.17).

44. ZAFFARONI, *Em busca das penas perdidas*, p.75.

*a quienes, por pertenencia a las clases subalternas, que son los clientes habituales del régimen penal. En efecto, la medida que las oligarquías autóctonas fueron retomando de sus intereses sectoriales, la criminología se fue transformando poco a poco en la herramienta idónea frente a la rebeldía política y social. Ya no cabe duda de que en criminología cualquier elaboración teórica que se formule, manteniéndola alejada de las respectivas realidades sociales que pretenda abarcar y sin tomar de un enfoque global de éstas, está condenada al fracaso.<sup>45</sup>*

Nesse passo, o sistema penal latino-americano é inteiramente incapaz de cumprir as funções que legitimam a sua existência, variando entre a função de proteção de bens jurídicos penalmente relevantes e de controle social, em diversas esferas: polícia, justiça criminal, sistema carcerário, segurança pública dos cidadãos, dentre outras funções. A incapacidade desse sistema é ainda mais evidente, em se tratando de delegar o poder da execução penal a empresários capitalistas, fomentando a total exploração da mão de obra da classe encarcerada, fazendo do sistema penal, um mercado lucrativo.

## **5. A PRIVATIZAÇÃO DO SISTEMA PRISIONAL COMO CONTRAMÃO AO ABOLICIONISMO PENAL**

Na contramão da justificativa da formação de um sistema punitivo privatizado, surge o abolicionismo penal, como uma alternativa para a realização da justiça penal mais igualitária, tendo a finalidade de construir um novo modelo de controle social, mais conivente com a atual realidade latino-americana.

O abolicionismo penal radical nega o sistema penal tal como atua na realidade social moderna, postulando a abolição radical dos sistemas penais e a solução de conflitos por instâncias ou mecanismos informais.

Zaffaroni, como já anteriormente assinalado, aduz que o sistema penal, principalmente o dos latino-americanos – utilizam a máxima intervenção penal, com as suas agências executivas e os seus modelos de estabelecimentos penitenciários –, e tem praticado ao longo da história da humanidade o que se poderia chamar de um novo genocídio. Completa, ainda que, na América latina são cometidos genocídios que permanecem impunes, mesmo com o argumento de que o sistema penal existe para evitar a generalização da vingança.<sup>46</sup>

Quinney received a Ph.D. Seguindo a ideologia abolicionista, de marco teórico marxista, podemos citar Eugenij Pasukanis o qual em sua obra *Teoria geral*

45. BERGALLI, Roberto. *El pensamiento criminológico: un análisis crítico*. vol. I. Bogotá: Temis, 1983, p.200.

46. Cf. ZAFFARONI. *Em busca das penas perdidas*, p.107.

*do direito e marxismo* ilustra claramente que o ponto de partida para se entender o tratamento desumano do direito penal está no exercício desvirtuado do poder estatal, bem como na sua omissão em promover o bem comum.

*No se puede comprender el verdadero sentido de la práctica penal del Estado de clase a no ser que se parta de su naturaleza antagónica. Las teorías del derecho penal que deducen los principios de la política penal de los intereses de la sociedad en su conjunto son deformaciones conscientes o inconscientes de la realidad. La sociedad en su conjunto no existe sino en la imaginación de los juristas: no existen de hecho más que clases que tiene intereses contradictorios. Todo sistema histórico determinado de política penal lleva la marca de los intereses de la clase que lo ha realizado. El señor feudal hacía ejecutar a los campesinos no sumisos y a los ciudadanos que se oponían a su dominación. La leyes de las ciudades hacían colgar a los caballeros que se dedicaban al saqueo y destruir sus castillos. En la Edad Media todo individuo que quería ejercer un oficio sin ser miembro de la corporación era considerado culpable de violar la ley; la burguesía capitalista, apenas había acabado de surgir, declaró delito las asociaciones de trabajadores.<sup>47</sup>*

Pasukanis procura construir uma análise profunda no desaparecimento do direito o qual erroneamente se funda numa sociedade na forma de *valor-de-troca*. Nesse pensamento, o direito seria uma mera forma jurídica, produto exclusivo da sociedade capitalista, gerado pelas relações de troca que lhe são próprias. Nessa ótica capitalista, podemos entender o contínuo exercício da exploração dos mais fracos, pelos mais fortes, muito bem ilustrado por meio do sistema penal.

A concepção abolicionista de Thomas Mathiesen<sup>48</sup>, professor de Sociologia da Universidade de Oslo, é igualmente fundada no estudo esquemático do marxismo, sendo ele considerado o principal precursor das ideias libertárias, cuja fundamentação teórica é focalizar o Estado enquanto produto de dominação de classes, pregando ele, em contrapartida, a eliminação do sistema penal, para pôr fim às desigualdades. Sua atitude abolicionista está intimamente ligada com o resultado do programa do KROM<sup>49</sup>, uma organização norueguesa anti-carcerária.

A idéia central do movimento está centrada na abolição do cárcere, negando, inclusive, soluções substitutivas à prisão, como por exemplo, penas alternativas,

47. PASUKANIS, Evgeni B. **Teoria general del derecho y marxismo**. Barcelona: Labor, 1976, p.149.

48. MATHIENSEN, Thomas. La política del abolicionismo. In SCHEERER, Sebastian *et al.* **Abolicionismo Penal**. Buenos Aires: Ediar, 1989, p. 69.

49. Associação Norueguesa para a Reforma Penal, cujos membros são compostos por advogados, criminólogos, detentos e ex-detentos, dirigida muitos anos por Mathiesen e que se destina a propor mudanças dentro do sistema social repressivo.

por prever a formação de um outro sistema, já que estas “*se podrían transformar fácilmente en nuevas estructuras carcelarias con funciones similares a las de las propias cárceles*”. Dentro do sistema carcerário, Mathiesen sugere progressivamente, medidas de melhoramento de condições de vida do interno, ampliação do regime de visitas, aumento da constância e do período de saídas temporárias, entre outras.<sup>50</sup>

Numa concepção marxista, Mathiesen procura vincular o sistema penal à organização do sistema capitalista, sendo nítida não só sua ideia de eliminação do sistema penal, mas também de todo e qualquer processo de repressão existente na sociedade, como, *v.g.*, o sistema carcerário.

Louk Hulsman<sup>51</sup>, professor de Direito Penal da Universidade de Eramus, Rotterdam, por sua vez, sustenta uma abolição do sistema penal *imediate*, propondo afastar o Estado de todo e qualquer conflito, apontando a existência de instâncias intermediárias competentes para promover as lides entre as partes, com um nível de envolvimento mais direto ou mais autônomo entre esses indivíduos, com a ajuda de instituições ou procedimentos que estão vinculados a experiência dessas pessoas. Propõe, ainda, uma supressão das terminologias usadas no ambiente criminal, de forma a realizar uma eliminação dos termos *crime*, *pena* e *criminalidade*.

A concepção abolicionista de Nils Christie, professor da Universidade de Oslo, por outro lado, tem um viés *fenomenológico-historicista*, que enxerga na verticalização do poder uma maneira destrutiva das relações coletivas entre os entes do ambiente social, afirmando não haver apenas perigos com essa verticalização corporativa, mas também danos de difícil reparação.

As bases teóricas do estudo de Christie fortalecem a formação do abolicionismo penal, quando se aprofunda na teoria do conflito. Esse autor infere que o Estado roubou o conflito dos seus reais proprietários, para servir aos interesses de outras pessoas, sobretudo ao Estado e aos advogados e acrescenta:

*La vieja criminología há perdido los conflictos de clase. Pero al destacar esto, los conflictos son arrebatados nuevamente a las partes directamente involucradas. Los conflictos del delito se han transformado em una pertenencia de otras personas, principalmente de los abogados o han sido redefinidos en interes de otras personas.*<sup>52</sup>

50. MATHIENSEN, Thomas. La política del abolicionismo. In SCHEERER, Sebastian *et al.* **Abolicionismo Penal**. Buenos Aires: Ediar, 1989, p.115.

51. HULSMAN, Louk. El abolicionismo de Hulsman. In SCHEERER, Sebastian *et al.* **Abolicionismo Penal**. Buenos Aires: Ediar, 1989, p. 60-61.

52. CHRISTIE, Nils. Los conflictos como pertenencia. In **De los delitos y de las víctimas**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1992.

Christie completa ainda que o desgaste do sistema punitivo e carcerário, como a decadência da ideia de ressocialização, tem desvirtuado o real sentido da pena. O conceito de tratamento agora está sepultado pelo próprio conceito de encarceramento.<sup>53</sup> Nesse diapasão, a privatização do sistema penal seria uma incongruência, pois o Estado expropria o conflito das partes, pune os quais seleciona e entrega a execução da pena ao particular (no sistema prisional privatizado), para que este possa também auferir lucro.

Sobre a privatização do sistema prisional, Christie ainda questiona sobre a mercantilização do preso e o excesso de oferta que pode recair sobre este, significando uma maior expansão desse sistema, já que haveriam vantagens econômicas para o encarceramento.<sup>54</sup>

As consequências sobre o sistema estariam expressadas através de imposições de penas mais severas pelos juízes criminais, prisões arbitrárias, vantagens de financiamentos para a que a rede privada possa construir mais prisões. Numa palavra: mais prisões, mais encarceramentos, tendo sempre como resultado o lucro.

*Ya es obvio, así que voy a ser breve: cárcel quiere decir dinero. Mucho dinero. En edificios, en el equipamiento y en la administración. Esto es así, se trate una cárcel privada o estatal. En los sistemas occidentales siempre intervienen empresas privadas, de una manera o otra.*<sup>55</sup>

Zaffaroni, que não se considera um abolicionista radical, por sua vez, propõe o desenvolvimento de um *direito de controle de atividade preventiva policial, com estrita vigilância judicial*, que poderia ser exercido por órgãos judiciais (não tradicionais) nacionais e até mesmo num convênio com órgãos internacionais, com o objetivo de prevenir e limitar a ingerência preventiva em cada caso, sugerindo um modelo penal alternativo de decisão, mais eficaz, destinado a não mais impulsionar revoltas e insegurança à população.

O autor sustenta gradativamente a abolição total do sistema penal, enumerando motivos fundamentais, sendo um deles o fato de causar sofrimentos desnecessários aos menos favorecidos, numa distribuição socialmente injusta, seletiva, que acarreta diversos efeitos negativos sobre as pessoas recrutadas.

53. *Idem.*

54. CHRISTIE, Nils. **La industria del control del delito**, – ¿la nueva forma del holocausto? Buenos Aires: Editores Del Puerto, 1999, p.118.

55. *Idem.*

## 6. A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA

Como demonstram os dados do Conselho Nacional de Justiça, órgão do Ministério da Justiça, vagas no sistema penitenciário brasileiro estão cada vez mais escassas. A superlotação é uma realidade produzida pela falta de inclusão social e pela incapacidade do sistema prisional em promover, com eficiência, o que se passou a chamar de *ressocialização*. A política de inclusão do preso, egresso do sistema penitenciário, por sua vez, é quase uma utopia.

Em 2007, o Ministério da Justiça, valendo-se do Novo Plano Nacional de Política Penitenciária, fez renascer a questão das parcerias público-privadas em alguns estados brasileiros, que passaram a adotar esse modelo como política prisional, a saber: Paraná, Ceará, Bahia, Amazonas, Santa Catarina, Pernambuco e Minas Gerais com aproximadamente nove mil detentos sob a administração de empresas privadas.

O Paraná foi o estado pioneiro na privatização de presídios, iniciado com a Penitenciária Industrial de Guarapuava, no ano de 1999.<sup>56</sup>

A empresa Humanitas Administração Prisional S/C, parceira da cogestão, era a responsável pela alimentação, necessidades de rotina, assistência médica, psicológica e jurídica dos presidiários.

Em Pernambuco, o sistema de PPP's (parcerias público-privadas) foi adotado na construção do Complexo Penitenciário de Itaquitinga, com a Sociedade de Propósito Específico Reintegra Brasil, formada pelas empresas Socializa Empreendimentos e Serviços de Manutenção e Advance Participações e Construções, que contam com financiamento do Banco do Nordeste do Brasil (BNB) e já possui um projeto de ressocialização, sob responsabilidade da concessionária.<sup>57</sup>

Em Santa Catarina, a Penitenciária Industrial de Joinville, inaugurada em 2005, apresenta dois centros de Observação Criminológica e Triagem, sob o regime de terceirização no estado, tendo a capacidade para comportar 366 apenados, oferecendo ensino fundamental e médio aos presidiários. Esse estabelecimento prisional, funcionando da seguinte forma: a empresa privada administra o presídio, o que inclui serviço de segurança interna e presta serviços básicos aos detentos (alimentação, vestuário, atendimento médico, etc.) e, em contrapartida,

---

56. Dados do Departamento Penitenciário Nacional, Órgão do Ministério da Justiça (DEPEN) e do CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA. **Censo Penitenciário de 2010**. Brasília: Ministério da Justiça, 2011.

57. Dados do Departamento Penitenciário Nacional, Órgão do Ministério da Justiça (DEPEN) e do CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA. **Censo Penitenciário de 2010**. Brasília: Ministério da Justiça, 2011.



o estado de Santa Catarina fiscaliza o trabalho da empresa, lida com a disciplina dos detentos, além de realizar o policiamento interno e externo.

Vale salientar que, em 2008, essa penitenciária privatizada foi alvo de um processo judicial criminal, de acusação de agressões físicas por parte de agentes disciplinares contra internos do referido estabelecimento.

Na Bahia, existem alguns estabelecimentos penitenciários privatizados, quais sejam: o Conjunto Penal de Valença, construído em janeiro de 2003; o Conjunto Penal de Juazeiro, construído em agosto de 2005; o Conjunto Penal de Serrinha, inaugurado em agosto de 2006; o Conjunto Penal de Itabuna, criado em novembro de 2006 e; o Conjunto Penal de Lauro de Freitas, criado em novembro de 2006, totalizando 1.717 internos.

A forma de gestão nessas unidades é a seguinte: o Estado indica o diretor-geral, o diretor-adjunto e o chefe de segurança; por outro lado, a empresa, que vence a licitação, administra todo o restante, desde o supervisor administrativo, médicos, dentistas, psicólogos, advogados, assistentes sociais, nutricionistas e professores até o agente penitenciário, chamado de agente de disciplina.

A Pastoral Carcerária, por meio da Arquidiocese de Salvador, firmou convênio de gestão compartilhada com o governo baiano, em 2007, para administrar a unidade penal de Simões Filho, na região metropolitana de Salvador.

O estado do Amazonas também firmou parceria com a empresa Companhia Nacional de Administração Penitenciária (CONAP), objetivando terceirizar serviços na área de três penitenciárias. São elas: o Complexo Penitenciário Unidade Prisional do Puraquequara, com capacidade para 614 internos, destinado aos presos provisórios; o Instituto Penal Antonio Trindade, presídio de segurança máxima com capacidade para 496 presos do regime provisório e; o Complexo Penitenciário Anísio Jobim, presídio com capacidade para 450 presos do regime fechado e 138 vagas no regime semiaberto.

Em outubro de 2007, o estado manteve uma gestão irregular, fiscalizada pelo órgão do Ministério Público local, além de também haver denúncias de maus tratos e torturas contra presos.

O Espírito Santo apresenta quatro penitenciárias em funcionamento no modelo de cogestão, implantadas com o governo estadual em parceria com o Instituto Nacional de Administração Prisional Ltda (INAP). São elas: a Penitenciária de Segurança Média de Colatina, localizada no município de Colatina; a Penitenciária de Segurança Máxima (PSMA), localizada no município de Viana; a Unidade Prisional de Guarapari e; a Unidade Prisional de Serra.

De acordo com o próprio INAP, o sistema de cogestão difere de terceirização: aquele se refere a uma administração realizada em parceria, em conjunto; este significa um serviço ou determinada atividade que, quando delegada a um terceiro, tem a responsabilidade do planejamento, execução e supervisão da tarefa terceirizada.

No regime de cogestão, compete ao INAP a operacionalização das Unidades Prisionais, e ao Estado, a fiscalização dos serviços prestados, por meio de representantes próprios dentro de cada unidade. A penitenciária de Colatina foi inaugurada em 2005, tendo a capacidade para 300 internos.

O governo estadual firmou parceria com o INAP, organismo responsável por arcar com os custos – a saber: aquisição, instalação e manutenção de equipamentos de segurança, uniformes, produtos de higiene, alimentação, etc., além de oferecer trabalho e educação para seus internos.

No Ceará, a privatização ocorreu no ano 2000, com a adoção desse sistema na Penitenciária Industrial Regional do Cariri (PIRC), no município de Juazeiro do Norte. Essa penitenciária possui uma área de 15.000 m<sup>2</sup>, com 66 celas coletivas para cinco presos cada uma e 117 para dois presos cada, perfazendo uma capacidade total de 549 vagas. Trata-se de um modelo administrativo de cogestão o qual foi implementado com a Humanitas Administração Prisional S/C (posteriormente passando a se denominar Companhia Nacional de Administração Prisional – CONAP).

A Penitenciária Industrial Regional do Cariri (PIRC) é resultado da parceria entre o estado do Ceará, por intermédio da Secretaria de Justiça, e a CONAP, e tem competência para selecionar, recrutar, contratar sob sua inteira responsabilidade – observadas as regras de seleção da Superintendência do Sistema Penal (SUSIPE), assumindo os encargos administrativos dos profissionais envolvidos e cumprindo com todas as obrigações trabalhistas, fiscais, previdenciárias e outras, em decorrência de sua condição de contratante.

Nessa penitenciária, através de parceria com a empresa Criativa Jóias, os presidiários fabricam folheados, com uma produção de 250 mil peças por mês.

Apesar de aparentemente vantajoso para os presos, estes recebem salário por produção, aquém do real. Ademais, a penitenciária conta ainda com assistência jurídica, que é prestada por um quadro constituído de 04 (quatro) advogados contratados e auxiliados por estagiários os quais prestam a referida assistência aos internos.

Tal iniciativa fere frontalmente o que dispõe a Lei Orgânica da Defensoria Pública e a atual Carta Política, haja vista que a custódia de presos é função

exclusiva do poder público, assim como a assistência jurídica deve ser prestada pelo órgão competente, a Defensoria Pública<sup>58</sup>, instituída formalmente com a Constituição Federal, não podendo a iniciativa privada administrar presídios.

Em 19 de julho de 2007, as penitenciárias cearenses administradas pela CO-NAP foram reintegradas à Secretaria de Justiça do Ceará (SEJUS).

## 7. CRÍTICAS E PERSPECTIVAS DO NOVO MODELO FALACIOSO DE GESTÃO PRISIONAL

A ausência de controle político transforma os poderes em fonte de incertezas para os cidadãos, que veem um Estado omissivo e que se afasta de seus reais interesses. Assim, “o Estado, “desinteressado”, termina por abandonar, transferir ou terceirizar um volume crescente de funções que desempenhava anteriormente”.<sup>59</sup> É o caso da terceirização do sistema prisional.

Lucrar com aquele que está cumprindo pena contraria não somente os princípios éticos humanitários – da dignidade da pessoa humana, da pessoalidade, da liberdade individual, da isonomia, entre outros, alcançados por meio de um doloroso processo histórico e legitimados pela própria construção do direito penal humanitário e da Constituição –, mas também pela inobservância dos princípios administrativos constitucionais, igualmente insculpidos em nossa Carta Política, quais sejam: *legalidade, impessoalidade, publicidade e eficiência*.

Segundo o art. 144 da atual Carta Política, é dever do Estado o exercício da Segurança Pública, entendendo-se o sistema penitenciário como uma das formas desse segmento público. Por sua vez, é função indelegável do Estado a imposição do cumprimento da pena, fixada através do *jus puniendi*. Em síntese: apenas ao Estado cabe a tarefa de execução e gestão prisional.

Somente através de contratos administrativos de permissão ou concessão de serviços públicos é admissível a transferência, para particular, de poderes ou prerrogativas próprias da administração pública.

Como bem assinala Di Pietro<sup>60</sup>, tanto a pessoa física quanto a jurídica que não estiver investida no cargo, emprego público ou função pública não poderá praticar qualquer ato de decisão ou manifestação de vontade, restringindo

---

58. REGRAS MÍNIMAS DE TRATAMENTO DO PRESO – CAPÍTULO XIV – DA ASSISTÊNCIA JURÍDICA, (...) art. 44. Todo preso tem direito a ser assistido por advogado... § 2º. Ao preso pobre o Estado deverá proporcionar assistência gratuita e permanente.

59. BAUMAN, Zygmunt. **Tempos Líquidos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007, p.8.

60. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. São Paulo: Atlas, 2002, p.187.

àquelas pessoas não pertencentes ao quadro público o exercício de atividades meramente materiais.

Significa dizer que a chamada *terceirização dos serviços penitenciários* está pautada em inúmeras irregularidades, contrariando, destarte, o que rege o art.37 da atual Carta Política, no que concerne aos princípios já mencionados os quais norteiam a Administração Pública.

O primeiro princípio da administração pública violado nesse modelo de gestão é o da *legalidade*. É incompreensível a delegação a outrem, por parte do Estado, de uma função própria, de gestão em execução penal, que deveria estar regulamentada sob o manto do art. 37, §6º, da atual Carta Política, no tocante à responsabilidade pessoal do preso.

Ademais, a Lei de Execuções Penais (LEP), em seus artigos 76 e 77, disciplina o quadro penitenciário e seleção do pessoal administrativo, especializado, de instrução técnica e de vigilância, não se compreendendo de onde partiu a ideia de se criar a figura do *agente disciplinar* em substituição ao agente penitenciário, este que, segundo os ditames da administração pública, deverá prestar concurso de provas e títulos para exercer a aludida função.

Se é previsível uma atividade dentro do sistema penitenciário, que exige conhecimentos teóricos e práticos sobre a temática, não assiste razão em se criar uma mesma função, com diferente designação, para exercer a mesma atividade, sem os critérios necessários para tal fim. Tal procedimento poderá, no futuro, ensejar obrigações de ordem trabalhista e previdenciária iguais em regimes diferenciados.

A ambiguidade sobre essa nova gestão se torna ainda maior, quando da discrepância da escolha do Diretor do estabelecimento privado, da assessoria técnica e demais serviços de chefia, que, segundo nosso ordenamento jurídico, deve funcionar de acordo com os ditames constitucionais, em consonância com a própria legislação infraconstitucional, como é o caso da LEP (Lei de Execuções Penais). É possível afirmar, portanto, que nesse modelo de gestão prisional fere-se frontalmente a aludida legislação especial que está em vigor.

Nesse entendimento, como se admitir, por exemplo, o fornecimento de uma certidão de bom comportamento, para fins de progressão de regime, sem que esse Diretor tenha um conhecimento técnico-jurídico sobre o interno, dentro desse novo sistema de gestão? Sem falar na assessoria penitenciária que, por não estar intimamente ligada ao histórico da vida do preso, tem a função de emitir relatórios, pareceres de classificação, aplicar sanções disciplinares (como o famigerado RDD – Regime Disciplinar Diferenciado) etc., sem ao menos conhecer

os trâmites legislativos inerentes a esse setor prisional. Parece-nos uma verdadeira usurpação de função pública dentro do sistema prisional privatizado.

Discute-se aqui um modelo de gestão que contraria o segundo princípio da administração pública, qual seja a *impressoalidade*. Como se vê, a empresa privada que administra o sistema prisional funciona como um verdadeiro auxiliar do juiz da execução penal, participando de suas decisões, como se houvesse um dispositivo legal que permitisse uma extensão da atividade jurisdicional por parte do empresariado. Ao contrário do que determina a administração pública, esse empresário age com pessoalidade, assumindo uma função na qual essencialmente se exige extrema obediência ao garantismo em relação àqueles contra os quais recai a lei.

A privatização do sistema prisional é questionada, principalmente, pelas Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento do Recluso, estabelecidas pela ONU, senão vejamos:

Item 47 – Os membros do pessoal devem desempenhar funções em tempo integral na qualidade de funcionários penitenciários profissionais, devem ter o estatuto de funcionário do Estado e ser-lhes garantida, por conseguinte, segurança no emprego dependente apenas de boa conduta, eficácia no trabalho e aptidão física. A remuneração deve ser suficiente para permitir recrutar e manter no serviço homens e mulheres competentes; as vantagens da carreira e as condições de emprego devem ser determinadas tendo em conta a natureza penosa do trabalho.<sup>61</sup>

O terceiro princípio da administração pública, desrespeitado no sistema prisional privatizado, é o da *publicidade*, o qual garante a todos os cidadãos a visibilidade dos atos praticados pelo gestor da esfera pública.

Nesse modelo prisional, a publicidade dos atos praticados pelos agentes disciplinares, oriundos de regras e procedimentos internos, ocorridos dentro do estabelecimento penal, fica restrita aos funcionários interinos. Dessa forma impede-se, muitas vezes, o acesso a informações, documentos e esclarecimentos de situações de interesses pessoais relativo aos internos, direitos assegurados igualmente pela Constituição Federal, nos termos do art. 5º, XXXIV.

Laurindo Dias Minhoto, profundo conhecedor sobre o tema, concluiu que os resultados obtidos por esse sistema não são exitosos e que não há futuro em dar

---

61. REGRAS MÍNIMAS PARA O TRATAMENTO DO RECLUSO. ONU/1955, Res. 663C [XXIV] 31.7.57 e 2076 [LXII] 13.5.77 e Resolução 1984/47, de 25.5.84 – Anexo das Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos.

continuidade na ampliação desse modelo em nosso país. Nos Estados Unidos, a administração privada das prisões não cobre mais do que 7% da população carcerária e se restringe os presos de baixa periculosidade<sup>62</sup>.

Nesse modelo, multiplicam-se queixas dos sindicatos os quais sustentam que grande parte dessas prisões privatizadas funciona para proporcionar mão de obra barata, e que concorre deslealmente com os trabalhadores em liberdade, ou seja, é um exemplo de exploração do homem pelo próprio homem.

Um dos argumentos daqueles que defendem a privatização é o de que o sistema funciona com a participação direta dos denominados “agentes de disciplina” – são profissionais contratados pelas leis trabalhistas, em substituição aos “agentes penitenciários”, servidores públicos estáveis – e quando estes cometem alguma irregularidade são demitidos imediatamente, além de serem menos sujeitos a aliciamento pelos presos. No entanto, tanto os agentes de disciplinas como os agentes penitenciários realizam as mesmas irregularidades contra aqueles que estão sob suas vigilâncias.

Como bem assinala Minhoto,<sup>63</sup> a administração privatizada não ganhou nem em redução de custos nem em eficácia, motivo pelo qual esse tipo de atividade contraria o quarto princípio da administração pública, isto é, a *eficiência*. No âmbito desse contexto, são flagrantemente constatados os mesmos problemas existentes no sistema convencional, como superpopulação carcerária, uso de violência e práticas de torturas contra presos, e ainda a corrupção institucionalizada.

Completa Cesar Barros Leal:

No Brasil, não há um indício de dúvida: a privatização é cara, muito cara. Em definitivo, o preço final é mais alto do que nas prisões comuns. O Estado constrói as prisões e as entrega às empresas, com as quais firma contratos que dispõe sobre o desembolso mensal de importâncias consideráveis, de acordo com o número de presos. As empresas, por sua parte, ganham com seu trabalho.<sup>64</sup>

## 8. CONCLUSÃO

Da análise da realidade latina americana – sobretudo a brasileira –, depreende-se que nos sistemas prisionais geridos mediante parcerias público-privadas aproveita-se a fragilidade da massa carcerária, a fim de que esta seja utilizada como mão de obra barata pelas empresas privadas cujo único objetivo está centrado no lucro.

62. MINHOTO, Laurindo Dias. *Privatização de presídios e criminalidade*, p. 90.

63. *Idem*.

64. LEAL, Cesar Barros. *Execução penal na América Latina à luz dos Direitos Humanos*, p.314.

No modelo de parceria público-privada, associa-se o direito ao trabalho remunerado e o falacioso discurso político acerca da necessidade de distribuição de riquezas a uma nova forma de dominação empresarial, que supera a submissão já presente na maioria das relações *empregado-empregador*, incrementando mais um fator de servilismo: a execução da pena privativa de liberdade.<sup>65</sup>

Nesse sentido, deve-se ter uma maior cautela ao se implementar a privatização do sistema prisional dentro da realidade brasileira, haja vista que o nosso país possui uma formação histórica bastante sensível a desigualdades sociais e à exploração das classes desprivilegiadas, oriundas de um passado colonial escravista. O Brasil, além de ser um país considerado como *periférico*, dentro do sistema capitalista globalizado, é composto por uma população heterogênea, de diferentes culturas, mas que tem um ponto em comum: erradicar a pobreza e as desigualdades sociais. Partindo desse pressuposto, não podemos entender o sistema punitivo brasileiro, sem um enfoque interdisciplinar, numa América Latina que sempre foi marcada pela opressão.

Logo, políticas públicas de inclusão devem se sobrepor a soluções ineficazes para o sistema punitivo, como as de se construir mais prisões ou de privatizá-las. Mais empregos, escolas, cursos profissionalizantes, trabalhos qualificados, além da aplicação de penas restritivas de direito, podem ser alternativas para substituir a ideia do encarceramento.

Referimo-nos à nova realidade do poder planetário hegemônico, que deve ser reconstruído através do consenso, até que se chegue gradativamente à abolição do sistema penal. Investindo na prevenção e conhecendo a situação-problema, dando uma resposta à vítima, à comunidade e ao ofensor, através da disseminação do princípio da alteridade, poderão se reestabelecer os vínculos quebrados pelo delito.

*Reivindicar lo relativo de las visiones y el compromiso— politizar, concienciar, arriesgar—. Ya n se puede creer que el mudo es como lo vemos y vivir de las puertas para adentro, pensando, juzgando, recopilando jurisprudência, como si nada pasara. Asumamos que son muchas las cosas que pasan y que aquello que heredamos no basta para dar cuenta de ellas, somos nosotros quienes debemos generar una nueva visión.*<sup>66</sup>

65. Cf. PORTUGAL, Daniela. As parcerias público-privadas no sistema prisional como reflexo do processo de constitucionalização simbólica. **Revista Brasileira de Segurança Pública**, ano IV, edição VII, ago-set, p.92, 2010.

66. BALESTENA, Eduardo. **La fábrica penal – visión interdisciplinaria del sistema punitivo**. Montevideu-Buenos Aires: Editorial B de F, 2006, p.184.

Com a aproximação da comunidade para o sentido de pertencimento e de cuidado, com a conquista de espaços que foram violentamente arrancados ou separados pelos indivíduos, através de muros visíveis e invisíveis, evitar-se-á que o conflito tome dimensões maiores para quem vive em uma situação vulnerável. Significa dizer que a solução para a questão penitenciária deve ser alcançada muito além dos muros das prisões.

## 9. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A Ilusão de Segurança Jurídica**: do controle da violência à violênciado controle penal. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- ARAÚJO JUNIOR, João Marcello (Org.). **Sistema penal para o terceiro milênio**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991.
- BADIOU, Alain. **Ética**: um ensaio sobre a consciência do mal. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1995.
- BALESTENA, Eduardo. **La fábrica penal**: visión interdisciplinaria del sistema punitivo. Montevideu-Buenos Aires: Editorial B de F, 2006.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. Introdução à Sociologia do Direito Penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan/Instituto Carioca de Criminologia, 2002.
- \_\_\_\_\_. Integración-Prevención: una nueva fundamentación de la pena dentro de la teoría sistêmica. In **Derecho Penal Y Criminología**. n. 29, Bogotá: Universidade Externado de Colombia, 1986.
- BATISTA, Nilo. A violência do Estado e os aparelhos policiais. In **Discursos sediciosos**: crime, direito e sociedade. n. 04, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997.
- BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.
- \_\_\_\_\_. **Tempos Líquidos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007.
- BECK, Ulrich *et al.* **Modernização reflexiva**: política, tradição e estética na ordem social moderna. São Paulo: Ed. Unesp, 1997.
- \_\_\_\_\_. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Ed. 34, 2010.
- BENTHAM, Jeremy. **O panóptico**. Belo Horizonte: Autêntica, 2000.
- BERGALLI, Roberto. **El pensamiento criminológico**: un análisis critico, vol. I. Bogotá: Temis, 1983.
- \_\_\_\_\_. **El pensamiento criminológico**: estado y control, vol. II, Bogotá: Temis, 1983.



- BOURDIEU, Pierre. Elementos para una sociología del campo jurídico. In BOURDIEU, Pierre; TEUBNER, Gunther. **La Fuerza del Derech**. Estudio Preliminar y Traducción de Carlos Morales de Setién Ravina. Bogotá: Siglo del Hombre Editores/Ediciones Uniandes, 2000.
- BURAWOY, Michael. **O marxismo encontra Bourdieu**. Ruy Gomes Braga Neto (Org.). Trad. Fernando Rogerio Jardim. Campinas-SP: Ed. Unicamp, 2010.
- CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. **Cidade de muros: crime, segregação e cidadania em São Paulo**. São Paulo: Ed. 34/EDUSP, 2000.
- CARRANZA, Elias. A privatização Penitenciária na América Latina. In Instituto Latino-Americano das Nações Unidas para a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente – ILANUD. CARRANZA, Elias. (Coord.), **Cárcere e Justiça Penal na América Latina e Caribe: como implementar o modelo de direitos e obrigações das Nações Unidas**. 2009.
- CARVALHO, Salo. **Manual de Anticriminologia**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- \_\_\_\_\_. **Diálogos sobre a justiça dialogal – teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- CASTRO, Lola Aniyar. **Criminologia da libertação**. Pensamento Criminológico, v.10. Rio de Janeiro: Revan/ICC. 2005.
- CHRISTIE, Nils. Los conflictos como pertenencia. In **De los delitos y las víctimas**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1992.
- \_\_\_\_\_. **La industria del control del delito: ¿la nueva forma del holocausto?** Buenos Aires: Editores Del Puerto, 1999.
- CONDE, Francisco Muñoz; Edmund Mezger. **O Direito Penal de seu tempo: estudos sobre o Direito Penal no Nacional-Socialismo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA. **Censo Penitenciário de 2010**. Brasília: Ministério da Justiça, 2011.
- CORDEIRO, Grecianny Carvalho. **Privatização do sistema prisional brasileiro**. Rio de Janeiro: Maria Augusta Delgado, 2006.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. São Paulo: Atlas, 2002.
- \_\_\_\_\_. **Direito Administrativo**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Nau, 2003.
- \_\_\_\_\_. **História da loucura na Idade Clássica**. São Paulo: Perspectivas, 1978.
- \_\_\_\_\_. **História da sexualidade**. Rio de Janeiro: Graal, 1985.

- \_\_\_\_\_. Interview with Michel Foucault (1978). James D. Faubion (Org.) Tradução: Robert Hurley. **Power: Essencial Works of Foucault – 1954-1984**. vol. III. Nova York: New Press, 2000.
- \_\_\_\_\_. **Os anormais**: Curso no Collège de France (1974-1975). São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- \_\_\_\_\_. **Microfísica do poder**. Rio de Janeiro: Graal, 1979.
- \_\_\_\_\_. **Vigiar e Punir: história da violência nas prisões**. 23. ed. Tradução: Raquel Ramallete. Petrópolis-RJ: Vozes, 2000.
- GARANI, João Peixoto. **Privatização de prisões no Brasil**. Teresina: Jus Navigandi, ano 16, n. 2989, 7 set. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/19945>>. Acesso em: 20 dez. 2011.
- GARLAND, David. **A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea**. Rio de Janeiro: Revan, 2008.
- GIDDENS, Anthony. **Mundo em descontrole: o que a globalização está fazendo de nós**. Rio de Janeiro: Record, 2000.
- \_\_\_\_\_. A vida em uma sociedade pós-tradicional. In BECK, Ulrich *et al.* **Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna**. São Paulo: Ed. Unesp, 1997.
- GOFFMAN, Erving. **Manicômios, Prisões e Conventos**. Tradução: Dante Moreira Leite. 7. ed. São Paulo: Perspectiva, 2001.
- HULSMAN, Louk. La criminología crítica y concepto de delito. In SCHEERER, Sebastian. *et al.* **Abolicionismo penal**. Buenos Aires: Ediar, 1989.
- \_\_\_\_\_. **Penas Perdidas: o sistema penal em questão**. Rio de Janeiro: Luam, 1993.
- \_\_\_\_\_. Temas e conceitos numa abordagem abolicionista da justiça criminal. In PASSETTI, E; DIAS DA SILVA, R.B. **Conversações abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva**. São Paulo: PEPG – Ciências Sociais PUC-SP e IBCCrim, 1997.
- \_\_\_\_\_. **Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa**. Madrid: Ariel Derecho, 1984.
- Instituto Latino-Americano das Nações Unidas para a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente – ILANUD. CARRANZA, Elias. (Coord.) **Cárcere e Justiça Penal na América Latina e Caribe: como implementar o modelo de direitos e obrigações das Nações Unidas**. 2009.
- JAKOBS, Gunther. **Derecho Penal – Parte general: fundamentos y teoría de la imputación**. Madrid: Marcial Pons, 1997.
- JESCHECK, Hans. **Tratado de derecho penal**. Barcelona: Bosch, 1981.

- LEA, John; YOUNG, Jock. **¿Que hacer con la ley el orden?** Buenos Aires: Editores del Puerto, 2001.
- LEAL, César Barros. **Execução penal na América Latina à luz dos Direitos Humanos: viagem pelos caminhos da dor.** Curitiba: Juruá, 2010.
- LEMGRUBER, Julita. *Privatizar Resolve?* **Revista Época**. Disponível em: <<http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/.PRIVATIZAR+RESOLVE.html>>. Acesso em: 19 dez. 2011.
- \_\_\_\_\_. Controle da criminalidade: mitos e fatos. São Paulo: Instituto Liberal do Rio de Janeiro. **Revista Think**, 2010, p.16. Disponível em: <[http://www.observatoriodeseguranca.org/files/Controle%20da%20criminalidade\\_mitos%20e%20fatos\\_Lemgruber.pdf](http://www.observatoriodeseguranca.org/files/Controle%20da%20criminalidade_mitos%20e%20fatos_Lemgruber.pdf)>. Acesso em: 19 dez. 2011.
- MATHIESEN, Thomas. A sociedade espectadora: o panóptico de Michel Foucault revisitado. **Margem**. São Paulo, Faculdade de Ciências Sociais, PUC-SP, Educ, n.8, 1998.
- \_\_\_\_\_. **Juicio a la prisión.** Buenos Aires: Ediar, 2003.
- MINHOTO, Laurindo Dias. **Privatização de presídios e criminalidade: a gestão da violência no capitalismo global.** São Paulo: Max Limonad, 2000.
- \_\_\_\_\_. Crime, castigo e distopia no capitalismo global. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, v. 36, p. 410-419, 2001.
- \_\_\_\_\_. Desafios do direito do consumidor no capitalismo global. In MINHOTO, Laurindo Dias; SABADELL, Ana Lucia; DIMOULIS, Dimitri. **Direitos Sociais, Estado e Mercado**. Rio de Janeiro: Revan, 2001.
- NATHAN, Stephen. Acontecimentos, temas internacionais e suas implicações para a América Latin”. In Instituto Latino-Americano das Nações Unidas para a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente - ILANUD. CARRANZA, Elias. (Coord.). **Cárcere e Justiça Penal na América Latina e Caribe: como implementar o modelo de direitos e obrigações das Nações Unidas.** 2009.
- NEUMAN, Elias. **La sociedad carcelaria.** Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1977.
- OKSALA, Johanna. **Como ler Foucault.** Tradução: Maria Luiza X. de A. Borges. Revisão técnica Alfredo Veiga Neto, Karla Saraiva. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.
- OLIVEIRA, Edmundo. **Direito penal do futuro: a prisão virtual.** Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- \_\_\_\_\_. **O futuro alternativo das prisões.** Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- PASSETTI, Edson (Org.). **Curso livre de abolicionismo penal.** Rio de Janeiro: Revan, 2004.
- \_\_\_\_\_. ; DIAS DA SILVA, R.B. **Conversações abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva.** São Paulo: PEPG – Ciências Sociais PUC-SP e IBC-Crim, 1997.

- PASUKANIS, Evgeni B. **Teoria general y marxismo**. Barcelona: Editorial Labor, 1976.
- PAVARINI, Massimo; MALOSSI, Dario. **Cárcere e fábrica: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX)**. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2008.
- PORTUGAL, Daniela. As parcerias público-privadas no sistema prisional como reflexo do processo de constitucionalização simbólica. **Revista Brasileira de Segurança Pública**, ano IV, edição VII, ago./set., p.86-10, 2010.
- REGRAS MÍNIMAS PARA O TRATAMENTO DOS PRESOS. Resolução nº 14, de 11 de novembro de 1994. Publicada no DOU de 2.12.2994. Fonte: CNPCP – Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária.
- REGRAS MÍNIMAS PARA O TRATAMENTO DO RECLUSO. ONU/1955, Res. 663C [XXIV] 31.7.57 e 2076 [LXII] 13.5.77 e Resolução 1984/47, de 25.5.84 – Anexo das Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos. Disponível em: <www.dhnet.org.br>. Acesso em: 22 jan. 2012.
- RODRIGUES, Anabela Miranda. **Novo olhar sobre a questão penitenciária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- ROSA, Alexandre Morais da; CARVALHO, Thiago Barros de. **Processo Penal eficiente e ética da vingança: em busca de uma criminologia não violenta**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. 2. ed. Tradução: Gizlene Nader. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2004.
- SANTOS, Jorge Amaral do. **As parcerias público-privadas no sistema penitenciário brasileiro**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/13521/as-parcerias-publico-privadas-no-sistema-penitenciario-brasileiro>>. Acesso em: 18 dez. 2011.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**. 4. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.
- SILVA, Evandro Lins e. De Beccaria a Fillipo Gramática. In ARAÚJO JUNIOR, João Marcello (Org.). **Sistema penal para o terceiro milênio**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991.
- SCHEERER, Sebastian *et al.* Hacia el abolicionismo. In **Abolicionismo penal**. Buenos Aires: Ediar, 1989.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão. (Org.). **Estudos criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva**. São Paulo: Método, 2001.
- THOMPSON, Augusto. Privatização prisional. In SHECAIRA, Sérgio Salomão. (Org.). **Estudos criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva**. São Paulo: Método, 2001.
- \_\_\_\_\_. **A questão penitenciária**. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

XIMENES, Rafson Saraiva; PRADO, Daniel; MIRANDA, Andrea Tourinho Pacheco de *et al.* **Redesenhando a Execução Penal**: a superação da lógica dos benefícios. Salvador: JusPodivm/Faculdade Baiana de Direito, 20010.

WACQUANT, Loic. **As prisões da miséria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

\_\_\_\_\_. **Punir os pobres**: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Apuntes sobre el pensamiento en el tiempo**. Buenos Aires: Hammurabi, 2007.

\_\_\_\_\_; OLIVEIRA, Edmundo. **Criminologia e Política Criminal**. Rio de Janeiro: GZ, 2010.

\_\_\_\_\_. **Derecho Penal**: Parte general. Buenos Aires: Ediar, 2000.

\_\_\_\_\_. **El abolicionismo penal de Louk Huslman**: aproximación a algunas observaciones al reciente realismo penal verde. Buenos Aires: Doctrina Penal, 1983.

\_\_\_\_\_. **En busca de las penas perdidas**. Buenos Aires: Ediar, 1989.

\_\_\_\_\_. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. 5. ed. Tradução: Vania Romano Pedrosa, Almir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

\_\_\_\_\_; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal Brasileiro**: Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

\_\_\_\_\_. **Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina (Informe Final)**. Buenos Aires: Depalma, 1986.



## CAPÍTULO VI

# PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS AOS ADOLESCENTES QUE PRATIQUEM ATOS INFRACIONAIS E A EXECUÇÃO DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS

*Hélia Barbosa*<sup>1</sup>

**SUMÁRIO:** 1. Introdução — 2. Descobrimo a Infância pelo Sentimento de Justiça: Saindo da Indiferença!: 2.1. O Direito da Criança e do Adolescente – Paradigma da Incapacidade e do Discernimento; 2.2. O Princípio Constitucional da Proteção Integral – Quebra do Paradigma da Incapacidade. Inimputabilidade Penal com Responsabilidade — 3. Adolescente – Sujeito de Direitos com Garantias Constitucionais. Inimputável ou com Responsabilidade Penal?: 3.1. A Responsabilização do Adolescente Infrator e a Garantia da Inimputabilidade Penal Constitucional — 4. Natureza Jurídica do Ato Infracional e das Medidas Socioeducativas: 4.1. Medidas Socioeducativas – Natureza Jurídica e o Caráter Sancionador; 4.2. Execução das Medidas Socioeducativas – Implementação e SINASE — 5. Adolescentes e os Desvios Sociais – *Outsiders?* — 6. Adolescentes São Seres Vulneráveis – 100 Regras de Brasília — 7. Reflexões Finais — 8. Bibliografia.

## 1. INTRODUÇÃO

“A natureza quer que as crianças sejam crianças antes de serem homens. Se quisermos perverter essa ordem, produziremos frutos temporários, que não estarão maduros e nem terão sabor, e não tardarão em se corromper; teremos jovens doutores e velhas crianças. A infância tem maneiras de ver, de pensar, e de sentir que lhe são próprias”.

(Jean-Jacques Rousseau)

No atual estágio de reconstrução dos Direitos Humanos em busca da emancipação do ser humano como sujeito do direito internacional, mas, também como paradigma ético orientador do Sistema Normativo Global e dos Sistemas Regionais de Proteção, emerge para os pensadores uma reflexão sobre o futuro, sobre a nova concepção contemporânea desses direitos que se caracterizam pela internacionalização dos mesmos, como leciona Piovesan<sup>2</sup>, sem olvidar dos legados

- 
1. Doutora em Ciências Jurídicas e Sociais – UMSA – Universidad del Museo Social Argentino. Defensora Pública de Instância Superior. Docente UCSAL – Disciplinas: Direito da Criança e do Adolescente e Direitos Humanos.
  2. PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva 2011, p. 35.

positivos deixados pelo Século XX, como o progresso na ciência e na tecnologia, bem como aqueles outros maléficis, causadores de muita violação, crueldade e destruição, que, na interpretação de Hobsbawm<sup>3</sup>, “esse século foi um período da história marcado, sobretudo, pelos crimes e loucuras da humanidade”.

No ritual de passagem de séculos, permeia o valor das **diferenças e indife-renças** tão marcantes na sociedade por suas contradições e pela força hegemônica do poder e da violência, provocando as desigualdades e a extrema pobreza, exigindo, cada vez mais, a implementação do Sistema de Proteção de minorias, consideradas vulneráveis, com vistas ao desenvolvimento humano.

Especificamente em relação à população infanto-juvenil, a Proteção Internacional dos Direitos Humanos está consignada na Convenção dos Direitos da Criança e do Adolescente – CDC, o instrumento jurídico subscrito pelo maior número de Estados Membros da ONU. Essa convenção contém obrigações, “Standards” e parâmetros internacionais de Direitos Humanos em favor de crianças e adolescentes, que devem ser respeitados pelos Estados Partes e assegurada sua aplicação a cada criança sujeita à sua jurisdição, sem distinção alguma, independentemente de raça, de cor, de sexo, de idioma, da religião, da opinião política ou de outra índole, a origem nacional, étnico ou social, a posição econômica, dos impedimentos físicos, do nascimento ou qualquer outra condição da criança, de seus pais ou de seus responsáveis legais (Art. 2º – CDC).

Essa tutela internacional é extensiva aos adolescentes quando em conflito com a lei, por práticas de atos infracionais e consequente privação da liberdade, situação de maior vulnerabilidade, através das Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude – Regras de Beijing (1984); Diretrizes das Nações Unidas para a Prevenção da Delinquência Juvenil – Regras de Riad (1990); Regras Mínimas das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas Não Privativas de Liberdade – Regras de Tóquio (1990); Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados de Liberdade (1991)<sup>4</sup> com destaque para as 100 Regras de Brasília e a Declaração de Brasília, elaborada pela Cumbre Judicial Ibero-americana, nos dias 4, 5 e de março de 2008<sup>5</sup>.

3. HOBBSAWM, Eric. **Era dos Extremos. O breve século XX, 1914-1991**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

4. Instrumentos Jurídicos Internacionais (SARAIVA, João Batista Costa. **Compendio de Direito Penal Juvenil**. Adolescente e Ato Infracional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 15).

5. Fórum Justiça. 110 Regras de Brasília. Disponível em: <<http://www.forumjustica.com.br/wp-content/uploads/2011/10/100-Regas-de-Brasilia-versao-reduzida.pdf>>.



Naturalmente que, o referencial ético do arcabouço jurídico dos Direitos Humanos orientou, também, no plano regional, a construção de novos instrumentos jurídicos para respeitar e garantir os direitos fundamentais, portanto, a dignidade humana de todas as pessoas da aldeia global. No âmbito das Américas os Direitos Humanos efetivaram-se através da **CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS** (Pacto de San José da Costa Rica), exatamente por tratar das obrigações e dos deveres dos Estados Partes, relativos aos direitos a serem protegidos, como se constata do seu primeiro artigo<sup>6</sup>.

Significa que nem o Estado, nem seus agentes podem praticar qualquer ato de violação aos Direitos Humanos, porque o espírito ínsito nesse Tratado da Organização dos Estados Americanos enaltece a Dignidade Humana das pessoas como condição primordial de todo e qualquer ser humano, independentemente da nacionalidade, do “status” social e econômico, da idade e da etnia. Sublima a liberdade pessoal e pugna pela justiça social, com o devido respeito aos direitos civis e políticos.

Tratam-se, portanto, de obrigações de exigibilidade imediata, diante das quais os Estados Partes devem desenvolver ações necessárias para assegurar que as pessoas que estão sujeitas à sua jurisdição possam ter condições de exercer e gozar seus direitos. Decorre desse entendimento a necessidade de se expandir esses fundamentos imprescindíveis ao desenvolvimento da **cultura da responsabilidade internacional** para os Estados Partes que permaneçam resistentes ao cumprimento dos Direitos Humanos, mediante os instrumentos de intervenção. O Direito Internacional exige dos Estados a realização da Justiça, razão pela qual devem ser aumentados os esforços para a aplicação do Princípio da Responsabilidade, pois, do contrário, a proteção e o desenvolvimento da dignidade da pessoa humana não serão satisfeitos. É imperioso, portanto, que os direitos fundamentais sejam garantidos pelos Estados aos seus habitantes e que os princípios que regem os Tratados Internacionais sejam respeitados e aplicados pelo ordenamento jurídico interno, para afirmação desses direitos.

Na trajetória do Direito da Criança e do Adolescente, no âmbito da Normativa Internacional, há de se destacar, como grande instrumento de afirmação dos Direitos Humanos, o **Princípio do Interesse Superior**, marco da Convenção

---

6. Os Estados-partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social. (PIOVESAN, Flavia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 437).

dos Direitos da Criança<sup>7</sup>, porque pouco ou quase desconhecido pelo ordenamento jurídico pátrio. Somente com o advento da Lei nº 12.010, de 03 de agosto de 2009, é que o referido Princípio foi introduzido no Estatuto da Criança e do Adolescente, no art. 19, § 2º, e no art. 100, IV, no Capítulo das Medidas de Proteção, enquanto Princípio que rege a aplicação das Medidas Específicas e Medidas Socioeducativas. Através dos quais se quebra o **paradigma da incapacidade do adolescente autor de ato infracional**, que passa para a **condição de sujeito de direitos**, mas, com responsabilidades, pelos mecanismos nacionais e internacionais de prevenção e controle.

O Interesse Maior da Criança da forma como está inserido na Convenção sobre os Direitos da Criança tem o sentido de “Proteção dos Direitos Humanos”, na consideração de que é, efetivamente, o maior instrumento de proteção e garantia para uma população que, também, por sua própria natureza, é especial, priorizada, portanto, pelo Direito Humanitário. Quando apareceu, pela primeira vez, na Declaração de Genebra, em 1924, não afirmava vínculo jurídico, isto é, não era obrigatório, até porque se tratava de um princípio filosófico que tinha afirmação de caráter moral e ético. Todavia, já demonstrava, de forma cristalina, a intenção de se assegurar a **Proteção Especial** à criança e ao adolescente. Essa Proteção foi inserida na Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, no art. 19 que: “toda criança tem direitos às medidas de proteção que sua condição de menor requer, por parte da família, da sociedade e do Estado”, passando, a partir daí, a ter força normativa porque inserido em um Tratado Internacional. Firmando-se pelo Princípio da Igualdade, ou seja, não é privilégio de algumas crianças, mas se constitui em um **direito público subjetivo de todas as crianças de todas as nações**.

Esse Princípio do “Best Interest of the Child” ou o Melhor Interesse da Criança é peremptório em atribuir ao Estado a obrigação de colocar a criança e o adolescente acima de todos os interesses, **como primazia da norma mais favorável às crianças e adolescentes**, impondo a sua internacionalização e adequação no Direito Interno Positivo, a partir das mudanças que ele promove no ordenamento constitucional.<sup>8</sup> Significa, portanto, direito especial e específico, por ser a criança e o adolescente, pessoas em **condição peculiar de desenvolvimento**. Reconhece que criança e adolescente são **vulneráveis** e merecem **proteção integral e**

7. Adotada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 20.11.89. Assinada pelo governo brasileiro, em 26.01.90. Ratificada pelo Congresso Nacional – Decreto Legislativo nº 28, em 17.09.90. Promulgada pelo Presidente da República – Decreto nº 99.710, em 21.11.90. É **LEI no Brasil**.

8. BARBOSA, Hélia. **Uma Nova Concepção de Responsabilizar e de Proteger a Dignidade Sexual de Crianças e Adolescentes – Novos Juízos de Valores**. Tese de Doutorado em Ciências Jurídicas e Sociais. UMSA – Universidad Del Museo Social Argentino. AR, 2010.

**especial** pela família, pela sociedade e pelo Estado, através da solidariedade e responsabilidade compartilhadas.<sup>9</sup> E atribui ao Estado a responsabilidade pela criação das políticas públicas específicas e básicas para garantia dos direitos fundamentais da criança e do adolescente. Enfim, esse Princípio envolve o sentido de plena satisfação dos direitos da população infanto-juvenil, porque esse Interesse “passa a estar mediado por se referir estritamente ao direito declarado, somente o que é considerado direito pode ser interesse superior”, segundo Cillero, citado por Saraiva<sup>10</sup> que é enfático ao interpretá-lo assim:

“A leitura deste princípio, ante a condição de sujeito de direitos conquistada por crianças e adolescentes, só pode ser feita à luz do conjunto das garantias constitucionais e processuais expressamente reconhecidas, sob pena de ser ressuscitar a velha doutrina travestida de nova”.

Tem relevância essa reflexão porque as crianças e os adolescentes continuam sendo vítimas de todas as formas de violências e sofrendo violações em seus direitos, e, em muitas situações praticam atos de violência contra terceiros. Quando isso ocorre, ou seja, quando o adolescente pratica ato infracional ele é responsabilizado pessoalmente, enquanto sujeito passivo na relação processual, em juízo, cumprindo medida socioeducativa, ao final, por sentença judicial.

Como são os seres mais desprotegidos da população porque estão em situação de **maior vulnerabilidade** e em **situações de risco pessoal e social**, paradoxalmente, **são invisíveis** quando nessa condição de vítimas das violências. Todavia, quando estão na condição de autores das violências, o foco é no sentido de criminalizá-los e puni-los. Sem a preocupação de compreender os fatores endógenos e exógenos do acesso dos mesmos aos meios da marginalização e da criminalidade, em especial, com negação da condição especial de seres em desenvolvimento físico, emocional, cognitivo, e desconhecendo a garantia constitucional da inimputabilidade, disciplinada por leis específicas.

Em sendo assim, é preciso refletir sobre algumas características específicas da adolescência, com a preocupação do por que esses jovens têm desvios de conduta. O conhecimento das mesmas faz um grande diferencial para todos aqueles que passam a conviver direta ou indiretamente com os mesmos, a partir da situação de conflito com a lei e a sua responsabilização, até a execução de uma das medidas estatutárias que se afigurar a mais adequada, pelo juízo competente.

9. BARBOSA, Hélia. *Op. cit.*

10. CILLERO, Miguel *apud* SARAIVA, João Batista Costa. **Compêndio de Direito Penal Juvenil. Adolescente e Ato Infracional**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

Com esse propósito, o presente texto será desdobrado em três fases: aquela que trará à reflexão um pouco do processo histórico da **indiferença** à criança e ao adolescente, com marcas indelévels ao estigma da “delinquência” e da “incapacidade” para responder por seus próprios atos à **mudança** para condição de **sujeito de direitos** e o respeito à situação de vulnerabilidade. Em seguida, será abordado o perfil e as condições da vulnerabilidade da adolescência que conduzem às práticas dos atos infracionais. E, por fim, aquela que tratará da natureza do ato infracional, considerada a conduta descrita como crime ou contravenção penal, e conseqüentemente a natureza jurídica das medidas socioeducativas e sua execução penal, pelo atual Sistema de Justiça Penal Juvenil, na qual se examinarão o devido processo legal à luz do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE), criado pela Lei 12.594, de 18.01.2012, que entrará em vigor após decorridos 90 (noventa) dias de sua publicação oficial, na forma do art. 90, que introduz rotinas e impõe a uniformização de procedimentos.

## 2. DESCOBRINDO A INFÂNCIA PELO SENTIMENTO DE JUSTIÇA: SAINDO DA INDIFERENÇA!<sup>11</sup>

“Afiml, minha presença no mundo não é a de quem a ele se adapta, mas a de quem nele se insere. É a posição de quem luta para não ser apenas ‘objeto’, mas sujeito também da história”.  
(Paulo Freire, **Pedagogia da Autonomia**).

O reconhecimento da criança como sujeito da História é recente porque nas civilizações antigas não havia o **sentimento de justiça** sobre essa concepção, quer pela família, quer pela religião, instituições políticas da época. É a partir do século XII que, segundo Ariès<sup>12</sup>, em seu registro historiográfico, começaram as primeiras manifestações de saída dessa **indiferença**, de absoluta invisibilidade e exclusão social e política. Ocorre que, em pleno século XXI, com uma distância no tempo de 09 séculos, o United Nations Children’s Fund (Fundo das Nações Unidas para a Infância – UNICEF)<sup>13</sup> registrou nos Relatórios da Situação Mundial da Infância, nos anos 2005 e 2006, respectivamente, que se encontrava reconhecida ameaçada a infância, como “excluída” e “invisível”, elevando-se cada vez mais o nível de complexidade e de preocupação, não obstante a visibilidade

11. BARBOSA, Hélia. *Op. cit.*

12. ARIÈS, Philippe. **A História Social da Criança e da Família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1981.

13. UNICEF. **Situação Mundial da Infância 2005. INFÂNCIA AMEAÇADA. Situação Mundial da Infância 2006. EXCLUIDAS E INVISÍVEIS**, SP. UNICEF Brasília, DF – 70750-521.

das mutações ocorridas na história da humanidade sobre essa população, que até pouco tempo era identificada como os “menores”, simples objetos da tutela do Estado, sob o arbítrio inquestionável da autoridade judicial (Jobim)<sup>14</sup>.

A descoberta da Infância enquanto construção social somente ocorre no início do século XIII, através da iconografia, como revela a pesquisa de Ariès, muito embora em impressões deformadas das imagens, representadas por algo além do seu tamanho, materializada na expressão artística. A partir dessa representação que se constatou certa aproximação com o sentimento moderno. A visibilidade da criança era aquela que a apresentava como um adulto em miniatura.

São aspectos teóricos construídos no âmbito das ciências humanas, sociais e pela ciência das imagens ou iconografia, mas que guardam, em si, muita divergência conceitual com reflexos no Direito, que precisam sofrer alterações e adequações às novas concepções que foram sendo aplicadas à identificação jurídica dessa população, por força da própria construção e evolução dos Direitos Humanos e do processo emancipatório da sociedade.

Não se pode olvidar ou mesmo desconhecer os antecedentes históricos, fatos, acontecimentos, seu desenvolvimento, para que se compreenda a razão de ser do atual Direito da Criança, e para poder bem interpretá-lo de acordo com as circunstâncias e peculiaridades das épocas passada e presente, até mesmo, para entender melhor o porquê de determinadas escolhas pela sociedade, que abrigaram na antiguidade uma **tutela repressiva e assistencialista** e nesta, uma **tutela especial e protetiva**, no âmbito político, social, econômico, religioso e moral, sob o manto das transformações inexoráveis que o mundo vem sofrendo especialmente a partir do séc. XIX.

Marcado pela era industrial capitalista, esse século ganha dimensão social até então inexistente no ocidente, de sorte a influenciar nos conceitos e princípios relacionados à criança e ao adolescente daquela época, quando passam a merecer a tutela estatal para além da familiar e religiosa, de cunho privado e caridoso. É o processo de desenvolvimento da sociedade humana. A partir de então, inicia-se a quebra da autoridade paterna criada pelo Direito Romano, ou seja, o “*pater familiae*”, com sua regulamentação pelo poder público.

14. JOBIM, Solange e Souza. Criança e Adolescente: construção histórica e social nas concepções de proteção, direitos e participação. In **Caderno de Fluxos e de Textos**: Criança e Adolescente – direitos e Sexualidades. Associação Brasileira de Magistrados, Promotores de Just. Catalogadas pela Biblioteca do Congresso: The State of the World’s Children. New York, NY 10017, USA. Tradução e edição: B&C Revisão de Textos: Associação Brasileira de Magistrados, Promotores de Justiça e Defensores Públicos da Infância e da Juventude – ABMP e Childhood Brasil (Instituto WCF – Brasil), São Paulo, 2008.

Emerge como consequência dessa reflexão, a necessidade de se indagar: Essa indiferença está muito longe da indiferença atual para com as crianças e adolescentes vitimizadas por diversas formas de violações aos seus direitos fundamentais?

A **indiferença** é, ainda, um valor preponderante da sociedade contemporânea do século XXI<sup>15</sup>, mesmo com as transformações indispensáveis e até mesmo inevitáveis sobre o sentimento da infância, a partir da nova ordem legal e protetiva em seu favor, iniciadas no século XIX e consignadas no século XX.

Na verdade, somente há duas décadas que as crianças e os adolescentes passaram a **gozar do “status” universal de sujeitos de direitos**, assim interpretada a Convenção dos Direitos da Criança, e com a garantia da **autonomia progressiva, liberdade de opinião e expressão, com participação política e emancipatória ao exercício da sexualidade**, enquanto protagonistas, de acordo com a idade e maturidade, na forma do art. 12 da Convenção sobre os Direitos da Criança<sup>16</sup>, independentemente da classe social, religiosidade, cultura, etnia, gênero, etc., embora seja uma práxis que ocorre a partir dessas **diferenças**, isto é, das extremidades da escala social, exatamente quando são vitimizadas pelas violências sexuais e laborais, ou se encontrem em **situação de privação de liberdade**, por essa vulnerabilidade, em absoluta violação à garantia constitucional da Proteção Integral.

Todavia, esse espírito da normativa internacional de Direitos Humanos provocou uma mudança radical no ordenamento jurídico interno com a Carta Política de 88, por meio da legislação especial sobre criança e adolescente que brotou de um conteúdo profundamente sócio-político, de uma manifestação contrária aos princípios gerais do antigo direito menoril: omissivo, repressivo e paternalista. Daí, na prática, ter encontrado resistências por contrariar o espírito societário e das instituições, porque tem suas raízes na cultura do “menor delinquente” e da “criança de família”, esta criança entendida como tal, a merecer cuidados especiais; aquele, o transgressor da ordem e padrões vigentes, a merecer a tutela e a vigilância do Estado com castigos e rejeições de toda espécie, porque integrado à proteção da **Doutrina da Situação Irregular**, com base sedimentar da sociedade, sob o lema de “salvar a criança é salvar a nação”.

15. *Op. cit.* p. 5.

16. Art. 12:1. Os Estados Partes assegurarão à criança que estiver capacitada a formular seus próprios juízos o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados com a criança, levando-se em consideração essas opiniões, em função da idade e da maturidade da criança. 2. Com tal propósito, se proporcionará à criança, em particular, a oportunidade de ser ouvida em todo processo judicial ou administrativo que afete a mesma, quer diretamente, quer por intermédio de um representante ou órgão apropriado, em conformidade com as regras processuais de legislação nacional”. *In* PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 421.

Como ainda é corrente essa mentalidade, torna-se necessário fazer um retorno à história da legislação específica – menoridade – para justificar, quiçá, essa identificação da cruel constatação de práticas impiedosas contra crianças pobres, negras, abandonadas e marginalizadas, que podem ser reveladas agora, como bem o fez a Profa. Valladares<sup>17</sup>:

“adestramento físico e mental a que foram submetidas as crianças indígenas pelos jesuítas, passando pela discriminação racial na adoção de “enjeitados” na época colonial, pelo infanticídio disfarçado pela Roda dos Expostos; pelo trabalho quase forçado e sem proteção de crianças no mundo fabril (séc. XIX), mais recentemente, pela estigmatização da criança pobre em “menor“, um “pequeno bandido“, em “menor institucionalizado“, com chances de se tornar um dia vítima de extermínio em rua ou praça de uma grande cidade“. (Prefácio de **O Século Perdido**, Rizzini)<sup>18</sup>.

Ora, é exatamente esse espírito assistencialista, sobretudo repressivo e violento, que se contrapõe ao espírito da atual normativa que nos impõe a socializar essa reflexão sob a ótica de que mudanças ocorreram no olhar e no tratar as crianças e os adolescentes, em situação de risco pessoal e social, porém, não em termos de já se ter afastado de todas as violências contra os mesmos e as violações aos seus direitos, porquanto ainda são presentes e fortes na sociedade brasileira essas práticas, a exemplo de crimes contra a vida; crimes sexuais; maus-tratos, espancamentos; abandono, negligência de caráter estatal e familiar, social, que não harmonizam com os princípios gerais e preceitos da norma vigente, que vêm provocando uma revolução nas mentalidades – um rompimento na tradição tutelar da situação irregular – contudo, não suficientemente capaz de se poder afirmar que criança e adolescente são considerados, na prática, **prioridade nacional** segundo a Carta Política de 88.

A ligação entre o passado e o presente assenta na cultura daquele, ainda com resquícios na sociedade atual, que por mais de 5 séculos não conseguiu livrar-se da ideologia de escravismo estrutural, de servilismo, em que as desigualdades são acobertadas pela igualdade formal, legalmente declarada, donde a cidadania não ultrapassa as Declarações de Princípios, notadamente em relação à população infanto-juvenil.

Aqui reside a importância do retorno aos tempos primórdios, para que se faça uma reflexão no sentido de que o Direito, por si só, não consegue promover as mudanças necessárias nos comportamentos dos homens e das mulheres,

17. *In* RIZZINI, Irene. **A Arte de Governar Crianças**. Rio de Janeiro: Universidade Santa Úrsula – CESPI/USU, 1995.

18. RIZZINI, Irene. **O século perdido. Raízes Históricas das Políticas Públicas para a Infância no Brasil**. Rio de Janeiro: Santa Úrsula, 1997, p. 17/18.

especialmente dos *Stakeholders* (agentes públicos envolvidos), herdeiros do passado e de sua cultura, embora o Direito cresça com o povo e se aperfeiçoe com ele, de tal maneira, que se pode afirmar não haver Direito que não seja obra da História e do espírito do povo – seus costumes.

Outro aspecto a ser considerado neste estudo da historicidade do Direito é o desequilíbrio e instabilidade que permeiam nas instituições jurídicas, ou seja, entre a sua estrutura interna (a normatividade) e o ambiente externo (as condições sociais – que Habermas chamaria de “facticidade”). A crise do Direito é provocada exatamente quando não há harmonia entre a norma e a realidade social, como está acontecendo com o ECA, ainda de pouca aplicabilidade, apesar dos seus 21 anos de existência.

É o que ocorre, também, com as instituições de acolhimento do adolescente autor de ato infracional, quer quando da internação provisória, quer na execução das medidas socioeducativas. A ineficácia da oferta dessa política pública nacional de atendimento provocou a elaboração de um Programa Nacional, pelo Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA), que foi levado ao Congresso Nacional, identificado como SINASE<sup>19</sup>, regulamentando a execução das medidas socioeducativas, com alterações no Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/90.

Focando a evolução histórica para o adolescente em conflito com a lei, torna-se quase que obrigatória uma retrospectiva ao pensamento histórico referente à tutela estatal e ao atendimento às crianças e aos adolescentes praticantes de delitos, conhecidos como “delinquentes”, desde o Brasil Império ao atual milênio, até mesmo por ausência de norma especial, razão da situação de desamparo legal e aplicação de **punição severa** porque eram tratados a exemplo dos adultos, como se assim o fossem. Essa visão adultocêntrica ainda continua vigente e é costumeira sua prática nos tempos atuais. Recomenda-se, pois, uma reflexão sobre os **antecedentes históricos**.<sup>20</sup>

19. *Ob. cit.*, p. 06.

20. Até o advento do Código Criminal de 1830, a primeira Lei Penal do Império, vigoravam no Brasil as Ordenações do Reino de Portugal – ou “ordonnances” reais. Essas ordenações eram intervenções do Rei relacionadas com o costume, com o significado de **cartas de privilégios**. Eram chamadas ordenações a pedido de um grupo social para manutenção de seus privilégios. Mas o Rei podia por iniciativa própria – nato próprio – elaborar normas jurídicas dirigidas aos súditos, portanto, regrado muito mais matérias de direito público e limitada no âmbito do direito privado. O Direito Penal era aplicado segundo os costumes, com algumas exceções. Em relação à infância e juventude, extrai-se das Ordenações o Direito Civil e de Família com a parte de filiação e Direito Criminal. A primeira abordagem a ser feita nessa viagem no tempo, há 05 séculos passados, necessariamente no âmbito do Direito Penal, porque a primeira LEI do Brasil Império foi o Código Criminal de 1830. À época, a tutela penal estava no Livro Quinto, Título CXXXV, das Ordenações – Direito Português, voltada não para a pessoa do menor, mas, sobre o modo e circunstâncias do delito, aliás,



Quanto aos adolescentes infratores, o Código Penal do Império de 1830 disciplinava a conduta dos menores de 14 anos, não considerada criminosa desde que não ficasse provado seu discernimento, hipótese esta em que seria recolhido à Casa de Correção, aplicada até os 17 anos de idade. A pena poderia ser atenuada para os menores de 21 anos e maiores de 17 anos. Já os menores de 17 e maiores de 14 anos poderiam sujeitar-se às penas impostas aos cúmplices de crimes. Não era aplicada aos menores de 21 anos a pena das “galés”, que consistia em sujeitar os réus a andarem com “calceta”, espécie de argola no pé, corrente de ferro e a trabalharem nas obras públicas.

É possível afirmar que a Proteção Integral se contrapõe à **indiferença** marcada no decorrer do descobrimento do Brasil.

## 2.1. O Direito da Criança e do Adolescente – *Paradigma da Incapacidade e do Discernimento*

Nova forma de governo é estabelecida no Brasil, quando em 15 de novembro de 1889, é proclamada a República. E, para justificar a omissão do Estado

---

condizente com o espírito das demais legislações internacionais, que tinha como conseqüência, a **pena e não a proteção**, remontando-se, pois, ao Código de Hamurabi 2000 anos antes de Cristo. Tal como nas leis: romana e mosaica, **as crianças eram propriedade dos pais ou do Estado**. A responsabilidade penal era objetiva, ou seja, era suficiente para determinar a responsabilidade, apenas, sobre a relação de causalidade física. Extremamente severas as formas de punição estabelecidas nas Ordenações, feito por Pinho, inclusive com a **pena de morte**, levando-se à interpretação de que eram valorativas e **aplicadas segundo o livre arbítrio** do aplicador da norma, segundo pesquisa por Minahaim (1992), em trechos que se adequam ao comentário deste trabalho. Constata-se, por conseguinte, que em todas as épocas, na história da civilização as crianças sempre foram alvo de castigos dos adultos, uma herança cultural de “**bater para aprender**”. Na linguagem bíblica é a “correção dos filhos” como consta do Livro Eclesiástico – 1ª parte – 30 – assim disposto: “Aquele que ama o seu filho, castiga-o com freqüência, para que se alegre com isso mais tarde”. Nos tempos hodiernos são identificadas as **várias manifestações de castigos – violências, como** “síndrome do pequeno poder”, que ocorre nas interações pessoais entre as pessoas adultas, conhecida como “micro despotismo” muito exercido no ambiente familiar, como também, nas instituições públicas e privadas de acolhimento / atendimento. O certo é que as crianças e os jovens brasileiros foram brutalmente punidos, com amparo nas Ordenações do Reino de Portugal, que, pela sua barbárie foram abolidas pelo Código Criminal do Império do Brasil, de 16 de dezembro de 1830. Nesse tempo, o Brasil iniciava seu processo de constituir um ordenamento jurídico próprio que aparece com a sua independência ocorrida em 07 de setembro de 1822, a partir de quando é outorgada a primeira Carta Política, datada de 25 de março de 1824. Desde então, o Brasil passa por um processo de mudanças na vida política do país, interferindo naturalmente na sociedade. Floresce o sentimento de emancipação, de identidade nacional e conseqüentemente de uma nova forma de governo que promovesse a ruptura com o Império. Constata-se que com esse espírito cresce a preocupação com a infância, com a formação educacional das crianças e em seguida com os escravos e seus filhos, ganhando espaço na legislação e assim nasce a **Lei do Ventre Livre**, nº 2.040, de 28 de setembro de 1871, pela qual os filhos de escravos nasceriam livres, libertos, ingênuos, porém condicionada sua liberdade à vontade do senhorio se ficasse com a criança até os 08 anos de idade, quando adquiriria o direito de usá-la como força de trabalho até os 21 anos ou se assim o desejasse a entregava ao Estado, mediante indenização. Durante o Governo Imperial a preocupação era voltada para a proteção dos “**meninos desvalidos**”, excluídos os escravos e a meninas, através de um Asilo, modelo de atendimento considerado uma grande iniciativa porque oferecia formação com certificação da capacidade para o trabalho de cunho secundário na sociedade.

Liberal em relação aos aspectos sociais é definido o Princípio da não intervenção estatal. Foi uma era dominada pelo coronelismo que detinha o controle da política e rejeição à legislação social. De referência à infância, também existia, à época, omissão do Estado, de tal maneira que, já em 1902 foi expresso pelo ex-Presidente da República, à época, Vitorino<sup>21</sup>: “Não há uma só lei ou instituição que proteja a primeira infância no Brasil”.

Pelo Código Penal de 1830, a responsabilidade penal de adolescentes é estabelecida no **limite de 14 anos de idade**, assim constante do seu art. 10, § 1º, porque eram considerados, abaixo dessa faixa etária, com absoluta imaturidade. A noção de discernimento está associada à “idade da razão”, ou seja, as leis eram aplicadas de acordo com o crime pelo qual era a pessoa acusada, conforme era prescrita nas ordenações portuguesa.

Esse aspecto do discernimento foi erradicado do Código de Menores de 1927, em face os inúmeros questionamentos provocados pelo meio jurídico. **O discernimento era o critério único para punição do menor.** Ficava ao critério do Juiz mensurar o grau de cumplicidade entre os menores de 17 e os maiores de 14 anos de idade. Todavia, apesar do rigor dessa lei, os menores de 14 anos com “discernimento”, eram recolhidos às Casas de Correção como prescrevia o seu art. 13, assim disposto: “... se provar que os menores de 14 anos, que tiverem cometido crime, obraram com discernimento, deverão ser recolhidos às casas de correção pelo tempo que ao juiz parecer, contanto que o recolhimento não exceda a idade de dezessete anos”. Aspectos interessantes desse período exigem muita reflexão.<sup>22</sup>

21. RIZZINI, Irene *apud* VITORINO, Manuel. **Arte de Governar Crianças**. Rio de Janeiro: Santa Úrsula, 1995, p. 55.

22. Em 1890, o Brasil já vivenciando o início do Regime Republicano, promulga outro Código Penal, sob o Princípio da Valoração do Discernimento como fator determinante para aplicação da imputabilidade, mantendo a mesma orientação da Lei Criminal de 30, com a agravante de ter rebaixado a idade da inimputabilidade aos **09 anos de idade**, constante do art. 27, § 1º. A presunção de responsabilidade era atribuída aos maiores de 09 e menores de 14 anos de idade. Revogava a faculdade concedida ao Juiz, pelo Código de 30, de aplicar a pena de cumplicidade aos maiores de 14 e menores de 17 anos. Em relação a essa população o atual Código revela um caráter disciplinador ao estabelecer o recolhimento de menores de 14 e maiores de 09 anos a estabelecimentos disciplinares. Na ausência destes, firmou a jurisprudência, à época, que o Juiz recolhesse esses menores à Casa de Correção, observando-se as faixas etárias: De 0 a 07 anos – irresponsabilidade absoluta; de 07 aos 12 anos – responsabilidade condicional; de 14 anos a 18 anos – presunção de capacidade para delinquir; com a maioridade – a responsabilidade plena e com a velhice – a responsabilidade modificável. Em verdade, o Código de 1890 não traz mudanças em relação ao discernimento, posto que segue a mesma orientação da norma criminal dos anos 30. Trata-se de uma lei bastante severa com a infância e juventude. Era esse o espírito da norma, como bem a interpretou o jurista Galdino Siqueira, à época: “O Código não dá solução integral ao problema da criminalidade dos menores, quando, entretanto, na época de sua promulgação, a ciência, pelo estudo do homem e do meio social, já tinha trazido contribuições estimáveis, e o exemplo de outras nações, actualizando medidas adequadas,

A idéia de se criar uma norma especial para o menor autor de crime ou contravenção, tornou-se realidade com a promulgação do Decreto Executivo nº 17.943 A, em 12 de outubro de 1927, quando foi sancionado e publicado o primeiro Código de Menores – ‘Mello Mattos’, assim denominado por que foi uma proposição do Prof. José Cândido de Albuquerque Mello Mattos – **“o apóstolo da infância”** – vigente até o ano de 1979.

O referido Código fora antecedido por 04 projetos legislativos no período de 1902 a 1927 e do Decreto nº 16.272, no ano de 1923, que aprovou o Regulamento de Assistência e Proteção aos Menores Abandonados e Delinquentes, criando o Juízo de Menores do Distrito Federal. Em relação aos menores “delinquentes” e “abandonados”, assim reconhecidos pela norma especial, eram enquadrados em 04 categorias, e a responsabilidade penal passou a ser aos **14 anos de idade**: menores de 14 anos, inimputáveis e subtraídos a processo de qualquer espécie; menores de 14 a 18 anos – sujeitos a processo especial; menores de 16 a 18 anos – passíveis de internação em prisão comum e remessa ao art. 65 do Código Penal; e os menores de 18 a 21 anos – atenuação da pena.

Embora tenha sido derogado o Princípio do Discernimento, o atual Código mantém seus resquícios quando, por exemplo, não contempla a **inimputabilidade dos menores na faixa etária dos 16 aos 18 anos de idade**, remetendo-os aos ditames do Código Penal de 1890, com as penas de cumplicidade. Com a crescente população em condições de pobreza a infância foi colocada no patamar do problema social nacional. Concomitantemente, cresceu a oratória dos

---

habilitavam o legislador a estatuir com eficácia e proveito no melindroso e grave assumpto“. Já no fim do século XIX, as crianças tiveram seus defensores entre eles o Dr. Evaristo de Moraes, advogado incansável nas denúncias de violências e violações contra a forma de vida das crianças recolhidas em abrigos, chegando a manifestar-se dessa maneira: “Entre os Phenomenos mais apavorantes dos tempos d’agora, derivando por uma parte da dissolução familiar vigente e por outro lado oriundo da crise economica que assignala a transformação do regimen capitalistico – o abandono da infancia apparece a moralistas, a sociologos e a criminologos como digno de toda attenção, pelas relações directas que tem com a criminalidade urbana“. A escassez de estabelecimentos disciplinares e a dificuldade no entendimento conceitual do discernimento fazem aparecer reclamos dos juristas, dentre os quais o mestre Tobias Barreto – no sentido de haver uma modificação do Código por uma norma especial de assistência e proteção à infância abandonada e delinquente. Foram 25 anos de discussão no Legislativo até que foi criado o Juizado Privativo de Menores, através da Lei Orçamentária nº 4.242, de 05 de Janeiro de 1921, que além de prever medidas reeducativas e tutelares, deroga o Princípio do Discernimento, que mereceu, em aprovação, o seguinte comentário do Dr. Galdino Siqueira: “... outro inconveniente surgira em fazer depender a repressão da prova de discernimento que, por vaga e obscura e além de disso restrita à maturidade intelectual olvidando a dos sentimentos e volições, objeto mesmo de divergências acentuadas entre os autores não podia, por isso mesmo, servir de critério certo“. O presente texto foi elaborado e as citações supras com base em RIZZINI, Irene. **A Arte de Governar Crianças**. Rio de Janeiro: Santa Úrsula, 1995 *Apud* SIQUEIRA, Galdino, p. 117; MORAES, Evaristo de, p. 111; BARRETO, Tobias, p. 60). Baseou-se, também, no livro de MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Direito Penal da Emoção**: a inimputabilidade penal do menor. São Paulo: RT, 1992.

ilustrados da época no sentido de se conceder à população infanto – juvenil um espaço social. Nesse contexto, nasce a Constituição de 1937<sup>23</sup>, com a concepção de “Direito do Menor”.<sup>24</sup>

Após 04 décadas de República, um novo Código Penal é promulgado, **vigente até a presente data**. Embora tenha nascido sob a égide de um Estado Novo, imposto pela ditadura com o Golpe de Estado implementado com a Revolução de 30. Através do Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de Dezembro de 1940, vigente a partir de 1, de Janeiro de 1942, com base no art. 180, da Constituição Federal de 1937. Trata-se de uma Lei autoritária, porque embasada nos regimes totalitários da Alemanha e Itália, em plena vigência da 2ª Guerra Mundial, admirados pelo Presidente Vargas, embora subordinada ao Princípio da Legalidade ou de Reserva Legal consagrados pela Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, que impõe: “nullum crimen nulla poena sine lege” – significa que, não haverá crime ou contravenção e, portanto, pena, sem lei anterior ao fato, definindo-o como infração penal e cominando-lhe pena. Esse Princípio tem um caráter político da legalidade, como consequência da inviolabilidade da Dignidade Humana. A Lei das Contravenções Penais data de 03 de Outubro de 1941, pelo Decreto-Lei nº 3.618, em vigor desde 1º de Janeiro de 1942.

Com esse espírito, o atual Código através do art. 23, eleva a idade da **responsabilidade penal para os 18 anos de idade**, adotando o **critério bio-psicológico para aferição da responsabilidade**, no entendimento de que a **imaturidade biológica é suficiente** para excluir a responsabilidade penal. Ao submeter o menor à pedagogia corretiva por lei especial, rompe o legislador com o Princípio do Discernimento<sup>25</sup>.

23. Art. 127: “A infância e a juventude devem ser objeto de cuidados e garantias especiais por parte do Estado, que tomará todas as medidas destinadas assegurar-lhes condições físicas e morais de vida sã e de harmonioso desenvolvimento de suas faculdades. O abandono moral, intelectual ou físico da infância e da juventude importará falta grave dos responsáveis por sua guarda e educação, e cria ao Estado o dever de provê-las de conforto e dos cuidados indispensáveis à sua preservação física e moral. Aos pais miseráveis assiste o direito de invocar o auxílio e proteção do Estado para a subsistência e educação da sua prole”.

24. Conhecido como o “Direito do Menor” ou “Direito Menoril” o referido Código estabelecia duas categorias de menores: **os abandonados** (vadios, mendigos e libertinos de acordo com os arts. 28, 29 e 30) e **os delinquentes**, independentemente da idade, desde que fosse inferior a 18 anos. Não havia diferenciação entre as duas categorias para aplicação das medidas, até porque ficava ao critério do Juiz aplicar qualquer medida de acordo com seu juízo valorativo e conveniência. Quando considerados delinquentes as medidas tinham natureza eminentemente punitivas. Sob o pretexto de “proteger o menor” o Magistrado sem o devido processo legal determinava a internação em hospitais, asilos, orfanatos e outros lugares, onde lhe era prestada a assistência, porque prevalente a concepção da institucionalização e conseqüente internação. Assim, as medidas tinham o caráter de “castigo” ou de retribuição pelo “mal” causado à sociedade.

25. HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1955, v. I art. 23: “Este preceito resulta menos de um postulado de psicologia científica do que de um critério de política criminal. Ao invés de assinalar o adolescente transviado com o ferrete de uma condenação penal, que arruinará,

A partir de 1984, o Código Penal sofre reforma na Parte Geral por força da Lei nº 7.209, de 11 de Julho de 1984 e institui a Lei de Execução, não se modificando em relação à Parte Especial que trata especificamente dos crimes, que exigem, também, sejam compatibilizados os ditames legais às exigências da defesa, da segurança e da paz social, cada vez mais vulneráveis. Tipifica crimes vinculados à infância e à adolescência<sup>26</sup>. Na Parte Geral, no seu art. 27, o Código estabelece a **responsabilidade penal aos 18 anos de idade**, quando assim descreve: “Os menores de dezoito anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial”.

Não se pode olvidar a criação da Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor, conhecida popularmente como FUNABEM, em dezembro de 1964, em substituição ao SAM – Serviços de Assistência a Menores, por sua metodologia inadequada diante dos castigos aplicados aos internos, de modo ser intitulado como “universidade do crime” e “sucursal do inferno”. Fracassada essa política nacional de atendimento porque as medidas continuaram sendo determinadas única e exclusivamente pelo entendimento do Juiz.

Nasce com a FUNABEM um novo sistema normativo para a população infante-juvenil, inspirado na Doutrina da Situação Irregular, que a ela se enquadrava as crianças com “patologia social”, ou seja, privadas das condições essenciais de sobrevivência, ainda que eventuais; as que se encontrassem em perigo moral, entendidas como as que viviam em ambientes contrários aos bons costumes e as vítimas de exploração por parte de terceiros; as privadas de representação legal pela ausência dos pais; as que apresentassem desvio de conduta e as autoras de atos infracionais, na forma do art. 2º do Código de Menores de 1979.

Cabia ao Juiz aplicar qualquer das medidas que considerasse a mais adequada ao caso concreto, cuja natureza jurídica era de cunho punitivo. A execução da medida de internação ocorria em estabelecimento que tivesse condições de proporcionar educação, profissionalização e cultura ao menor, pois era considerada, também, com a finalidade educativa e curativa.

---

talvez irremediavelmente, sua existência inteira, é preferível, sem dúvida, tentar corrigi-lo por métodos pedagógicos, prevenindo sua recaída no malefício”.

26. Proteção à saúde – direito à vida e proteção do nascituro – art. 130, perigo de contágio venéreo; art. 131, perigo de contágio de moléstia grave; art. 132, expor a vida e a saúde de outrem a perigo direto e iminente. Aos cuidados a que se obrigam as pessoas responsáveis por crianças, Arts. 133, 134, 135 e 136-CP. Há os crimes contra os costumes: contra a liberdade sexual – estupro, art. 213, parágrafo único; atentado violento ao pudor, art. 214, parágrafo único; posse sexual mediante fraude, art. 215, parágrafo único; sedução, art. 217; corrupção de menores, art. 218. A norma penal estabelece os crimes contra o estado de filiação, Arts. 241, 242 e 243. Nos Arts. 244, 245 e 246, relacionam os crimes contra assistência familiar por abandono material e intelectual. E nos Arts. 248 e 249 estão capitulados os crimes contra o pátrio poder, tutela ou curatela.

## 2.2. O Princípio Constitucional da Proteção Integral – *Quebra do Paradigma da Incapacidade. Inimputabilidade Penal com Responsabilidade.*

Ainda, nesse contexto da norma penal e sua evolução histórica, merece especial atenção a **inimputabilidade do adolescente em conflito com a lei**, na consideração de que o tema vem, no presente momento, ocupando os espaços das discussões abrangentes na sociedade e na mídia, e é objeto de projetos em trâmite no Congresso Nacional para reformar a Constituição Federal (art. 228), Código Penal (art. 27) e Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 104), que determinam ser **a maioria penal aos 18 anos de idade**, considerada pela doutrina, mesmo com divergência, como “cláusula pétreia”, enquanto garantia constitucional que trata de direito individual, como bem explica Saraiva<sup>27</sup>.

Prevalece o entendimento doutrinário quanto à inconstitucionalidade da redução da maioria penal, na expressão de Shecaira<sup>28</sup> ao sustentar o caráter de **norma pétreia** do art. 228 da CF:

“[...] os direitos e garantias individuais conformam uma norma pétreia. Não são eles apenas os que estão no art. 5º, mas, como determina o parágrafo segundo do mesmo artigo, incluem outros que se espalham pelo Texto Constitucional e outros que decorrem de implicitude inequívoca. Trata-se, portanto, de um elenco cuja extensão não se encontra em Textos Constitucionais anteriores”.

O Estatuto da Criança e do Adolescente é uma norma infraconstitucional de nº 8.069/90, que entrou em vigor no dia 13 de julho de 1990, disciplinadora do art. 227 da Constituição Federal, inspirada nos ditames da Convenção dos Direitos da Criança. A inteligência da norma está na garantia da Proteção Integral com **prioridade absoluta**, a toda criança e a todo adolescente, visando assegurar os direitos fundamentais e prevenir todas as formas de violências e de violações contra os mesmos. O Estatuto afirma, ademais, enquanto garantia constitucional a **inimputabilidade penal dos adolescentes até idade de 18 anos completos**, em observância aos ditames insculpidos no art. 228, que trata da responsabilidade penal dos adolescentes em conflito com a Lei: “São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeito às normas da legislação especial”.

Há de se observar que o legislador estatutário promoveu um rompimento com a Doutrina da Situação Irregular, que rotulava o adolescente como pessoa incapaz para responder por seus atos, inclusive e especialmente, aqueles considerados infracionais, cujo paradigma estava incorporado ao Direito Tutelar de

27. *Ob. cit.*, p. 5/47.

28. SHECAIRA, Sergio Salomão. In SARAIVA João Batista, p. 23. *Ob. cit.*, p. 5.

Menores, que considerava as crianças e os adolescentes como **objetos de proteção** e de **intervenção estatal coercitiva**, porque se encontravam em situação irregular, por suas condições pessoais, familiares e sociais. Era a **lógica da incapacidade do menor que afetava a função jurisdicional**, vez que o Magistrado se ocupava, também, em suprir as deficiências por falta de políticas públicas adequadas às situações de risco, de perigo moral ou material, entendidas como “em circunstâncias especialmente difíceis”.

Analisando essa antiga Doutrina a mestra Beloff<sup>29</sup>, em citação de Saraiva, interpreta esse modelo tutelar como originário da “escola etiológica”, por reproduzir critérios criminológicos que se fundamentam no positivismo do final do século XIX e início do século XX, pelo qual o Juiz de Menores goza de amplo poder discricionário, ao ponto de aplicar a medida de privação de liberdade “tanto para os infratores da lei penal quanto para as ‘vítimas’ ou ‘protegidos’”, – esse era um enorme problema, que também podia ser entendido, de uma certa forma, como indiferença, no sentido de falta de diferenciação devida, com consequências terríveis – porque a decisão de privar o adolescente de sua liberdade ficava adstrita não ao fato cometido, mas, essencialmente à circunstância de se encontrar em “situação de risco”. Assim, aqueles que estivessem nessa condição eram considerados menores e aquel’outros com suas necessidades básicas satisfeitas eram as crianças e os adolescentes, como melhor esclarecido em nota de rodapé.<sup>30</sup>

Esse modelo somente é modificado a partir de uma decisão da Suprema Corte do Condado de Arizona, em 15 de maio de 1967, ao declarar inconstitucional a não garantia dos direitos processuais consagrados na Constituição para todos os casos criminais, mesmo em se tratando de um procedimento juvenil, a sua

29. BELOFF, Mary. *Ob. cit.*, p. 5.

30. A essa época, vigorava o antigo Direito Tutelar de Menores ou Direito Menoril que adotava medidas judiciais conhecidas como **medidas de assistência e de proteção**, sem, contudo, serem submetidas aos postulados da ampla defesa e do contraditório, porquanto o Juiz estava autorizado a aplicar qualquer uma medida no âmbito de absoluto livre arbítrio e autoritarismo. Tinha a **inquisição** como peça de maior expressão na estrutura de seus procedimentos, sem nenhuma garantia processual, pois ao Juiz era conferido o poder de intervenção “**ex officio**”, sem a participação do representante do Ministério Público e assistência de um Defensor Público ou Advogado. A pessoa do menor de idade tem uma condição real dependente dos adultos, e são estes quem tomam as últimas decisões. O modelo tutelar constituiu-se base de muitas legislações sobre menoridade penal na América Latina, iniciando-se na Argentina, em 1919. Era tão evidente que não se admitia a **presunção de inocência**, nem o direito de se abster em declarar. Na maioria das internações provisórias era aplicada a medida de privação da liberdade aos menores pobres com base em critérios de risco social, totalmente desvinculados do fato delituoso ao qual se atribuía a sua autoria; Enquanto que, quando praticados por menores ricos, estes eram considerados “travessos”, submetidos ao castigo dado pelo genitor, sequer eram ouvidos pelo Magistrado. Interpretação equivocada do Direito Tutelar que afetava diretamente o Processo, porquanto não exigia a prova do fato, mas a conduta do sujeito em situação de risco, de perigo social.

natureza não alterava para o ramo do direito civil, como era o costume fazê-lo, porque a privação da liberdade independe da vontade daquele que vai cumpri-la. Aparece como resultado da internacionalização no país o tema sobre infância e juventude, influenciado pelas Regras adotadas nos Estados Unidos da América<sup>31</sup>, sobre adolescentes em conflito com a Lei, à época, jovens delinquentes. A pessoa do menor de idade era considerada como **objeto**, e não como **sujeito de direito**, ou seja, sujeito ativo da intervenção jurídica. Considerava-se a pessoa do menor de idade um ser incompleto e inadaptado e que requeria ajuda para sua reincorporação na sociedade. Portanto, àquela ocasião, a pessoa menor de idade é considerada **inimputável** e não se podia atribuir-lhe **responsabilidade penal**.

### 3. ADOLESCENTE – SUJEITO DE DIREITOS COM GARANTIAS CONSTITUCIONAIS. INIMPUTÁVEL OU COM RESPONSABILIDADE PENAL?

Constituiu grande polêmica nacional a posição da juventude brasileira com desvio de conduta, diante do entendimento equivocado de que o adolescente infrator é “protegido”, ou seja, não é “punido” pela nova lei – Estatuto da Criança e do Adolescente / ECA, quando, na verdade, o legislador estatutário estabelece medidas de responsabilização para os adolescentes entre 12 a 18 anos de idade incompletos, que são medidas sócio-educativas, desde a advertência até a internação, esta privativa de liberdade. Entretanto, existe um clamor social para que haja o rebaixamento da maioridade penal dos **18 anos** para os **16 anos de idade**.

Segundo o ECA, o adolescente em conflito com a lei responde penalmente pelos atos por ele praticados se considerados infracionais, até porque o ato infracional é “a conduta descrita como crime ou contravenção penal”, como prescreve o art. 103. E responde cumprindo Medidas Socioeducativas adequadas e Medidas de Proteção eficazes. De forma semelhante ao Código de Processo Penal o Estatuto reconhece a aplicação cautelarmente de liberdade provisória do infrator, oferecendo-lhe outros meios de responsabilizá-lo, gradativamente, até o alcance da internação, meio mais severo por ser privativa de liberdade.

Nesse aspecto, há de se entender que, a responsabilização de crianças e adolescentes constitui um **dever** do Estado de lhes oferecer condições e oportunidades para recuperação do desvio de conduta, de forma a possibilitar o desenvolvimento saudável da personalidade dos mesmos. Como ensina Vieira<sup>32</sup>:

31. Regras Mínimas para a Proteção de Jovens Privados de Liberdade – Diretrizes de Riad.

32. VIEIRA, Oscar Vilhena *In* SARAIVA, *Ob. cit.*, p. 05. *Apud* Reciprocidade e o Jovem Infrator, **Revista do INALUD** n. 3, Instituto Latino Americano das Nações Unidas par Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquent: São Paulo, 1997, p. 28.



[...] “é a possibilidade que o Estado e os adultos têm de suprir e corrigir suas próprias falhas e omissões que impedem um adequado desenvolvimento da personalidade da criança e do adolescente, levando-os a cometer atos infracionais. Portanto, não parecer haver outra forma consequente de controle da violência e do desenvolvimento de jovens com o crime, que não o modelo de proteção integral, que agrega educação e responsabilidade, conforme estabelecido pelo Estatuto da criança e do adolescente”.

Por esse modelo de Proteção Integral o adolescente é sujeito de direitos, portanto, titular de direitos públicos subjetivos que devem ser reconhecidos pelo Estado de Direito em frente à autoridade estatal, como, também, a eles reconhece a liberdade jurídica, ou seja, o poder de autodeterminação, ainda que em processo de desenvolvimento, ressalvado o que é defeso pela lei. Esse reconhecimento da liberdade só pode ser feito através das liberdades, mais precisamente das liberdades públicas que abrangem todas as liberdades, porque a obrigação de respeitá-las é imposta pelo Estado e pressupõe sua intervenção. Como o adolescente é um ser em condição peculiar de desenvolvimento essa intervenção estatal dar-se-á de forma pedagógica, sem perder a natureza sancionatória e retributiva.

Entre as liberdades públicas, há que se destacar “in casu”, a liberdade pessoal, como sendo aquela que o adolescente goza da possibilidade de ir e vir, desde que não esteja legitimamente apreendido. Todavia, esse direito não é absoluto porque sujeito à repressão do Estado que limita essa liberdade individual, admitindo-se, entretanto, que essa privação seja mediante observância de um **processo regular**, pelo qual seja assegurado **o direito à ampla defesa e ao contraditório**, como garantias constitucionais inerentes do Estado moderno que o coloca como criatura e não como criador da ordem jurídica, de sorte que ao determinar as relações de direito a ele sujeitas o faz dentro dos limites que a ordem institucional lhe confere, por um poder superior que é o Poder Constituinte.

Vê-se, pois, que a liberdade individual é a esfera de limite às funções do Estado em suas múltiplas atividades, cujo respeito deve ser imposto também aos Poderes Legislativo e Judiciário. Mesmo quando se trata da liberdade do cidadão em conflito com a lei, os seus direitos devem ser tutelados pela Autoridade Judiciária que, no próprio exercício de sua atividade encontra uma série de limites, impostos pelo Estado que só pode punir, apenas, nos casos expressamente determinados pelo direito objetivo.

E o Processo Penal Juvenil inserido no ECA é o instrumento de tutela da liberdade jurídica do adolescente infrator, como garantia dessa liberdade e de limitação da intervenção estatal, que antes de tornar efetiva sua pretensão de punir, deve colocá-la em confronto com os direitos da liberdade daquele contra quem vai exercer o “jus puniendi”.

Trata-se de uma nova regulamentação dos direitos próprios de crianças e adolescentes, que exige um sistema de responsabilização que integra um Direito autônomo, com base na normativa internacional e regras constitucionais, que se distingue pela essência de princípios próprios constantes de um diploma legal específico – ECA – portador de uma didática peculiar que exige o conhecimento dessas diferenças, a partir da garantia da Proteção Integral às pessoas em especial condição de desenvolvimento.

### 3.1. Responsabilização do Adolescente Infrator e a Garantia da Inimputabilidade Penal Constitucional

*É possível responsabilizar o adolescente autor de ato infracional se lhe é assegurada a inimputabilidade penal constitucional?*

Naturalmente que a inimputabilidade entendida como causa de exclusão da responsabilidade penal não significa irresponsabilidade pessoal ou social. Assim, em relação à pessoa abaixo de 18 anos, considerada por lei como **inimputável**, não lhe é atribuída a responsabilidade criminal pelos atos por ela praticados, da mesma forma como é imposta ao adulto. O adolescente a quem se atribua a autoria de ato infracional é responsabilizado, até porque **inimputabilidade** não implica em **impunidade**, que é a falta de punição ou de aplicação da sanção penal.

**Imputar** é atribuir a alguém a responsabilidade de alguma coisa. **Imputabilidade** é a capacidade de culpa, constituindo pressuposto e não elemento de culpabilidade. É a condição pessoal de maturidade e sanidade mental que confere ao agente a capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de se determinar segundo esse entendimento. É a capacidade genérica de entender e querer, ou seja, de entendimento da antijuridicidade de seu comportamento.

Há **imputabilidade** quando o agente é capaz de compreender a ilicitude de sua conduta e de agir de acordo com esse entendimento. Só é reprovável a conduta se o agente tem certo grau de capacidade psíquica que lhe permita compreender a antijuridicidade do fato e também a de adequar a essa conduta à sua consciência. Inexistindo tal capacidade, considera-se o agente **inimputável**, eliminando-se a culpabilidade. A responsabilidade penal, desta forma, consiste no dever jurídico de responder pela ação delituosa que recai sobre o agente imputável.

Merece esclarecer que a **imputabilidade** (capacidade penal) atribuída a todo indivíduo maior de 18 anos de idade, ou seja, a fase da vida em que a pessoa deva se submeter às regras do Direito Penal é um critério de Política Criminal.

Esse “discrímen” pela idade é uma imposição inserida na Constituição Federal (art. 228), no Código Penal (art. 27) e no Estatuto da Criança e do Adolescente-ECA

(art. 104), com base nas Regras das Nações Unidas<sup>33</sup>, adotadas por especialistas em prevenção (Regras Mínimas para a Proteção de Jovens Privados de Liberdade – Diretrizes de Riad) e em repressão (Regras Mínimas para a Administração da Infância e Juventude – Regras de Beijing), sem afastar a conduta considerada como decorrente de uma ação típica, antijurídica e culpável, reconhecida como infracional, equiparável a crime ou contravenção penal. Ainda assim, o adolescente não é submetido ao sistema penal para adultos, mas sujeito às medidas previstas em legislação especial.

Assim, a melhor técnica da Política Criminal adotada para jovens infratores é o sistema flexível de Medidas Protetivas e/ou Sócio-educativas para prevenir e punir práticas anti-sociais, que têm caráter **penal especial**, até porque a **inimputabilidade** conferida ao adolescente não significa **irresponsabilidade pessoal ou social**.

Decorre desse entendimento que os adolescentes autores de atos infracionais, com condutas descritas como crime ou contravenção penal, são **inimputáveis** frente ao Direito Penal Comum, mas são **imputáveis** diante dos mandamentos constantes da Lei Especial, conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente, aplicador do Direito Penal Juvenil, porque respondem penalmente, em face ao caráter retributivo e socioeducativo das medidas amparadas pelos princípios norteadores dos Direitos Humanos, indispensáveis à prevenção e à recuperação da criminalidade juvenil: legalidade estrita, retributividade, o caráter pedagógico e excepcional, que constituem garantias de natureza penal, acrescidas de garantias processuais que limitam a intervenção estatal na esfera da liberdade.

#### 4. NATUREZA JURÍDICA DO ATO INFRACIONAL

Desde a sua entrada em vigor que o Estatuto da Criança e do Adolescente vem provocando debates a cerca da essência e da natureza do ato infracional praticado por adolescente, na busca da natureza semântica, histórica e mesmo jurídica do sistema de responsabilização da conduta delitiva do adolescente, entendida como crime ou contravenção penal, embora denominada de infratora. Sem olvidar, nesse processo, o aspecto político que marca uma longa distância entre a proteção estatutária e a realidade de muitas crianças e adolescentes, por se constituir em uma Política de Direitos<sup>34</sup> para essa população, na consideração de que o ECA é um marco histórico, político e jurídico de construção e afirmação dos Direitos.

33. *Ob. cit.*, p. 204.

34. “É preciso fazer uma análise dos sistemas de controle social exercido pelo Estado, um processo de criminalização, posicionado e dirigido para os grupos economicamente não integrados ao sistema de produção

É corrente a preocupação com a identificação da natureza jurídica do ato infracional praticado por adolescente, externada em duas vertentes que devem ser levadas à discussão pelos interessados na aplicação, sempre, do que for melhor para o mesmo, porque não se pode negar a importância desta questão. A primeira é defensora do Direito Penal Juvenil e o Garantismo, que adota o caráter pedagógico da medida socioeducativa, mas, cuja execução é retributiva. A segunda defende o Direito Infracional, considerado autônomo, desapartado do Direito Penal, como leciona Rosa<sup>35</sup>, embora ainda sem maior aprofundamento, por entender que “as velhas maneiras de se abordar a questão dos adolescentes envolvidos em atos infracionais não podem mais ser relegadas a uma importância tangencial”, pois, ao contrário, a matéria deve ser tratada com responsabilidade ético-material, como ministra Dussel<sup>36</sup>, tanto mais porque está relacionada à **liberdade da pessoa física** que se opõe à prisão, ao encarceramento, na visão clara de Machado<sup>37</sup>.

Em sua essência o ato infracional está situado no âmbito do sistema constitucional, especial de proteção da liberdade do adolescente, porque lhe são conferidas todas as garantias de natureza penal e processual penal, com destaque para as garantias da reserva legal, da culpabilidade, do contraditório, da ampla defesa, com respeito à condição peculiar do adolescente de pessoa em fase de desenvolvimento, razão pela qual merece garantias especiais, específicas e exclusivas.

Demais disso, embora seja um ente imaturo e vulnerável, não se há de lhe afastar o **direito à liberdade**, como também a sua **restrição** imposta pelo Estado, como sanção, pela prática de fato definido como crime. Com o primeiro, a razão jurídica de sua existência é a proteção do adolescente não atrelada a qualquer outro interesse de terceiro. Já com a segunda, a sanção, garante-se a proteção

---

do Estado neocapitalista. Ai inserindo crianças e adolescentes caracterizadas socialmente como seres improdutivos e onerosos para a pretensão desenvolvimentista do Estado capitalista. Emerge essa preocupação exatamente porque os direitos reconhecidos no ECA e na CF não estão sendo respeitados, numa correlação com o processo de criminalização que se instaura, segundo Baratta, a partir da produção da norma, em que os direitos são re-conhecidos normativamente de maneira distinta pelo Estado legislador. Trata-se de uma preocupação com o controle social penal pelo Estado interventor, historicamente contaminado pelo sistema penal adultocêntrico e pela lógica da punição”. (NICODEMOS, Carlos. A Natureza do Sistema de Responsabilização do Adolescente Autor de Ato Infracional. p. 62 *In* INALUD/Nações Unidas. **Socioeducação e Responsabilização**, p. 61. São Paulo: ABMP/SEDH/UNFPA, 2006.

35. ROSA, Alexandre Moraes da. Imposição de Medidas Socioeducativas: O Adolescente como uma das faces do *Homo sacer* (AGAMBEN). *In* INALUD/Nações Unidas. **Justiça, Adolescente e Ato Infracional: Socioeducação e Responsabilização**. São Paulo, 2006, p. 290.
36. DUSSEL, Enrique. **Ética da Libertação: na idade da globalização e da exclusão**. Tradução: Epharaim Ferreira Alves, Jaime. A. Clasen e Lúcia M.E. Orth. Petrópolis-RJ: Vozes, 2002. *Apud* ROSA, Alexandre Moraes da. *In* INALUD, p. 278
37. MACHADO, Martha de Toledo. **Sistema Especial de Proteção da Liberdade do Adolescente na Constituição Brasileira de 1988 e no Estatuto da Criança e do Adolescente**. *In* INALUD, p. 87.

do interesse da coletividade pela paz pública, com a aplicação, pelo Estado, da privação de liberdade. Quanto ao tratamento a ser dado pela prática de ato infracional distingue-se duas espécies de medidas: de natureza estritamente protetiva e de natureza repressiva. “É inafastável que crianças e adolescentes têm direito à liberdade, embora sejam seres imaturos e vulneráveis”, como assevera a Profa. Martha Toledo Machado, cujo pensamento a respeito merece ser apreciado<sup>38</sup>.

Como garantia exclusiva, destaca-se a nova inimputabilidade penal, que impede a aplicação de sanção criminal (penas aplicadas ao adulto pelo CP), diante da capacidade diversa da do adulto, pela condição peculiar de desenvolvimento. Esse impedimento tem natureza protetiva e de aplicação mais branda. No rol da exclusividade encontram-se as garantias da excepcionalidade e brevidade da privação de liberdade (art. 227, § 3º, V, CF). E entre as garantias de natureza processual penal estão o contraditório e a ampla defesa, absorvidas pelo ECA, que adota outras garantias dessa natureza. Seguindo a interpretação de Sposato<sup>39</sup>:

“[...] para o adolescente, portanto, valem os mesmos direitos e garantias processuais dos adultos acusados ou condenados, conforme o estágio do processo, especialmente porque a garantia do devido processo legal tem o condão de resumir ou sintetizar todas as prerrogativas processuais decorrentes da ordem constitucional”.

Ainda relacionados à natureza do ato infracional existem Princípios Penais que precisam ser observados para melhor compreensão do próprio conceito que lhe é empregado pelo Direito Penal Juvenil insito no Estatuto da Criança e do Adolescente, a saber: Princípio da Legalidade ou da Reserva Legal; Princípio

38. “... a imaturidade/vulnerabilidade de crianças e adolescentes não é condição estanque, que se manifesta da mesma maneira durante todo o período que vai do nascimento até a condição de adulto. Na medida em que a criança cresce até o ser adulto, esta condição de vulnerabilidade vai diminuindo paulatinamente. Portanto, o contorno do direito de liberdade (no sentido amplo) de crianças e adolescentes não pode ser objeto de uma conceituação unitária e rígida dentro do ordenamento jurídico: este contorno varia ao longo do período temporal de crescimento. E na delimitação destes contornos precisamos proporcionalmente ampliá-lo, na medida em que o sujeito do direito vai amadurecendo, de modo a aproximá-lo, cada vez mais, dos contornos da liberdade do cidadão adulto; c) são coisas distintas as limitações na conformação jurídica da liberdade (em sentido amplo) de crianças e adolescentes, que derivam diretamente da falta de autonomia (ou da chamada autonomia progressiva) deles e, de outro lado, a restrição da liberdade pessoal deles, imposta pelo Estado como sanção pela prática de fato definido como crime. **A razão jurídica da existência da primeira é a proteção dos interesses da criança ou adolescente, no sentido mais direto e estrito; e, portanto, a limitação só é legal e legítima quando efetivamente vem para dar proteção à criança ou ao adolescente ( e não para atender interesses de outras pessoas). Já a razão jurídica da segunda é a proteção do interesse da coletividade pela paz pública, na medida em que a providência que o Estado aplica ao sujeito é privativa da liberdade de conversão em privação de liberdade...**”. (grifos nossos). *Ob. cit.*, p. 23, nota 30.

39. SPOSATO, Karina. Princípios e Garantias para um Direito Penal Juvenil Mínimo. In INALUD/Nações Unidas. **Justiça, Adolescente e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização**. São Paulo, 2006, p. 248.

da Intervenção Mínima, Princípio da Lesividade, Princípio da Humanidade e da Culpabilidade. Quando o ECA estabelece que o ato infracional é a conduta descrita como crime ou contravenção penal (art. 103), o faz com base no Princípio da Legalidade insito no art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição Federal, regrador de todo o sistema penal, pelo qual não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

Embora o Direito Penal Juvenil dê a nomenclatura de **ato infracional ao crime praticado por adolescente** e a ele aplique uma medida socioeducativa e não uma pena, não se pode negar a existência do Princípio da Legalidade, porque a “prática de ato infracional representa contrariedade à ordem jurídica em sentido amplo, afetando bens jurídicos determinados em sentido estrito”, como bem leciona Sposato<sup>40</sup>. A lógica é a de que não pode haver ato infracional se não houver a figura típica que o preveja. Do mesmo modo, não se pode aplicar a medida socioeducativa ao adolescente se este não tiver a conduta típica prevista no Direito Penal. É, pois, com base no Princípio da “nulla poena nullum crimen sine lege” que se pode impor uma medida socioeducativa ao adolescente que tenha conduta tipificada pelo ordenamento jurídico penal. Incontestemente, por conseguinte, a aplicação do Princípio da Legalidade ou da Anterioridade da lei penal como pressuposto de aplicação da medida socioeducativa e configurada a antijuridicidade da conduta do adolescente.

Indispensável mencionar o trecho seguinte da jurista, porque consolida a importância de se relacionar o ato infracional como parte do Direito Penal específico para pessoas abaixo de 18 anos:

“... Se o Estatuto da Criança e do Adolescente conjuga a gramática de direitos e garantias inaugurada pela Constituição Federal de 1988, haveria de estabelecer regras de proteção individual diante de potenciais violações pelo Poder Público. Neste caso específico, a imposição de qualquer medida restritiva aos direitos dos adolescentes somente é admissível com base no Princípio da legalidade, previsto de forma explícita no texto constitucional”.

De relação ao Princípio da Intervenção Mínima impõe-se a observância do mesmo, porquanto a intervenção estatal no exercício do controle social do adolescente em conflito com a lei deve ocorrer como “ultima ratio”, ou seja, antes de se aplicar a medida socioeducativa impõe-se o estudo cuidadoso de cada caso, se ausente as políticas públicas sociais básicas, políticas protetivas ou se falharam em seus objetivos, porque deve a responsabilização guardar proporcionalidade

---

40. *Ob. cit.*, p. 24/251.

com as necessidades pedagógicas. Assim determina o ECA, em seu art. 122, § 2º <sup>41</sup>: “Em nenhuma hipótese será aplicada a internação, havendo outra medida adequada”. Quando da dosagem da medida é que se levará em consideração a gravidade do ato infracional.

Diante das divergências quanto à natureza jurídica do ato infracional como sendo apenas de cunho pedagógico, importa fazer referência ao Princípio da Culpabilidade porquanto assevera que a responsabilidade penal é pessoal, portanto subjetiva do autor, não existindo no Direito Penal a forma coletiva, subsidiária, solidária ou sucessiva, e assim prevista na Carta Política, em seu inciso XLV do artigo 5º. Em sendo dessa maneira não há que se falar em transcender a responsabilidade aos familiares do autor do ato delitivo, porque esta se restringe à sua pessoa. Esse Princípio é extensivo ao adolescente autor de ato infracional porque, também, para o Direito Penal Juvenil é pressuposto a atribuição da culpabilidade e consequente responsabilidade a conduta infracional do adolescente, típica, anti-jurídica e culpável. Do contrário, não existe a reprovabilidade do ato infracional cometido, muito menos aplicação de medida socioeducativa sancionadora.

Nesse aspecto, alimenta-se o debate brasileiro acerca da responsabilidade penal do adolescente autor de ato infracional a partir da sua culpabilidade e o sancionamento de medidas socioeducativas, diante da recusa quanto à sua capacidade de entender as conseqüências do ato praticado, sendo, portanto, incapaz de se submeter a um juízo de culpabilidade, seguindo o critério do discernimento que, embora revogado, ainda permanece em mentes distanciadas do processo de construção dos Direitos Humanos.

Ocorre que, não se trata de incapacidade quanto à compreensão da ilicitude do ato praticado, mas de Política Criminal adotada pelo legislador brasileiro, ou seja, é a do critério cronológico e de segurança jurídica ao estabelecer a faixa etária de 12 a 18 anos para imposição da responsabilidade penal. Importa esclarecer que o ECA faz uma distinção entre criança e adolescente, autores de atos infracionais, quanto à responsabilização, ao afastar a criança do processo de controle social e da intervenção estatal, afastando-a do juízo de reprovabilidade pela autoridade competente e atribuindo ao Conselho Tutelar a competência para aplicar Medidas Específicas de Proteção (art. 136, I). Esse modelo é esclarecido por Sposato<sup>42</sup>, quando assim expõe sua idéia condizente com a realidade e com a Proteção Internacional dos Direitos Humanos:

41. ISHIDA, Valter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente. Doutrina e Jurisprudência**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

42. *Ob. cit.*, p. 24/267.

“Evidente que não está em questão a capacidade de compreender a ilicitude, e de dirigir sua conduta para os adolescentes. Tanto o elemento intelectual como o volitivo se fazem presentes no agir de um adolescente que não só é capaz de reconhecer quando age de forma contrária às regras da comunidade, como também tem capacidade de decidir e dirigir-se. Neste contexto, também evidente que a demonstração de reprovabilidade e culpabilidade do adolescente devem guardar relação com sua idade e suas circunstâncias pessoais, como aliás ocorreria se se tratasse de um adulto”.

Contrariando esse pensamento, o mestre Rosa<sup>43</sup> entende que:

“... não se pode dialogar com o sistema de medidas socioeducativas com a mesma lógica da resposta do penal. Pensar com a lógica do Direito Penal implica, em regra, no recrudescimento da medida socioeducativa aplicada”. Embora reconheça que o **“adolescente, como o adulto, possui o Direito Fundamental de cometer atos infracionais e, comprovada sua responsabilidade, arcar com o ônus de sua resposta”**. (grifos nossos).

#### 4.1. Medidas Socioeducativas – Caráter Socioeducativo e Sancionador?

Entender a lógica do Sistema de Responsabilização dos Adolescentes em situação de conflito com a Lei tem constituído em uma demanda que divide as opiniões, passando a uma imperiosa necessidade de se compreender a natureza jurídica das Medidas Socioeducativas, por sua complexidade, diante do seu caráter pedagógico-educativo e sancionatório, portanto, de natureza estritamente protetiva, mas, também repressiva, sujeitas às prescrições de uma legislação especial, enquanto mandamento constitucional disposto no art. 228, sem prescindir do garantismo penal e processual penal, ínsito no Estatuto da Criança e do Adolescente.

A literatura revela que as Medidas são entendidas ora como um instrumento de defesa social e de intervenção educativa, segundo Garrido De Paula<sup>44</sup>, sem que se “confunda com a Defesa Social, isto é, com os universalismos ideológicos de normatização”, uma alerta de Rosa<sup>45</sup>, quando observa que “no momento da aplicação da medida socioeducativa, a miséria e a exclusão, são invocados para, desde uma perspectiva de ‘periculosidade’ e Defesa Social, prevenir-se do ‘outro’, do ‘estranho’ (Freud), prendendo-o o maior tempo possível. Pura canalhice”.

43. *Ob. cit.*, p. 24.

44. PAULA, Paulo Afonso Garrido de. Ato Infracional e Natureza do Sistema de Responsabilização. In INALUD/Nações Unidas. **Justiça, Adolescente e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização**. São Paulo, 2006, p. 41.

45. *Ob. cit.*, p. 24/293.



Ora como um controle social de caráter penal, na visão de Nicodemos<sup>46</sup>, ora com fundamento no conceito oferecido por Zaffaroni<sup>47</sup>, “como um conjunto de mecanismos de controle exercido coletivamente”, o certo é que elas são exercidas quer em relação às necessidades da sociedade, quer em relação às necessidades do adolescente, porque é uma resposta do Estado diante de um fato definido por Lei como crime ou contravenção penal, com a característica muito própria de ser proporcional não somente às circunstâncias e gravidade da infração, como também aos interesses do autor do ato infracional. Daí ser entendida complexa sua natureza jurídica, não uniforme, cuja substância é penal e a finalidade pedagógica, pela condição peculiar de desenvolvimento, o que não retira o caráter sancionatório de natureza retributiva. Tem o caráter de uma reprovação institucionalizada pelo Estado diante do recolhimento compulsório a uma unidade de internação que, embora contenha uma proposta pedagógica e profissionalizante não perde o cunho punitivo. Constata-se, ademais, que a medida socioeducativa quando autoriza a privação da liberdade do adolescente, em face da gravidade do ato cometido e sua repercussão social, garante sua segurança pessoal e a manutenção da ordem pública.

De acordo com Shecaira<sup>48</sup> “a medida socioeducativa é, tal qual a pena, um ato de intervenção estatal na esfera de autonomia do indivíduo que tem evidente natureza de sanção”. Afirma o autor que “As normas que regulam a responsabilidade penal dos menores pertencem ao Direito Penal por contemplarem situações nas quais se impõem sanções aos autores da infração”. Também é interpretada a natureza das Medidas por Konzen<sup>49</sup>, como uma espécie de sanção penal especial

46. NICODEMOS, Carlos. A Natureza do Sistema de Responsabilização do Adolescente Autor de Ato Infracional. *In* INALUD/Nações Unidas, p. 71.

47. “Qualquer instituição social tem uma parte de controle social que é inerente a sua essência, ainda que também possa ser instrumentalizada muito além do que corresponde a essa essência. O controle social se exerce, pois, através da família, da educação, da medicina, da religião, dos partidos políticos, dos meios de massa, das atitudes artísticas, da investigação científica, etc.”. ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, Jose Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro. Parte Geral**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997 *Apud* NICODEMOS, Carlos. *In* INALUD/Nações Unidas, 2006, p. 71.

48. SCHECAIRA, Sérgio Salomão. Sistema de Garantias e o Direito Penal Juvenil (RT, 2008). *In* SARAIVA, João Batista Costa. **Compendio de Direito Penal Juvenil**. Adolescente e Ato Infracional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 75.

49. KONZEN, Armando Afonso. Pertinência socioeducativa: reflexões sobre a natureza jurídica das medidas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. *Apud* SARAIVA, João Batista Costa. **Compendio de Direito Penal Juvenil**. Adolescente e Ato Infracional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 51. “Se a medida socioeducativa é uma das espécies das sanções penais, sanção penal especial ou sanção penal juvenil, porque destinada ao adolescente, e se as conseqüências de sua aplicação podem produzir o sentido de aflição para o destinatário, então importa como corolário lógico, a incidência de todo o conjunto de instrumentos individuais garantistas hodiernamente construídas e expressamente previstas pelo Direito. O Estatuto da Criança e do Adolescente arrola, um a um, minuciosamente, os direitos individuais do adolescente autor de ato infracional, as garantias processuais deste mesmo infrator e o rito procedimental da apuração.

ou sanção penal juvenil, conforme pensamento apontado por Saraiva, às fls. 51, em seu Livro *Compêndio de Direito*.

Evidente, pois, que a sanção imposta pelo Estatuto da Criança e do Adolescente identificada como Medida Socioeducativa vem afirmar a concepção prevalente da existência do Direito Penal Juvenil. Na visão garantista de Ferraioli<sup>50</sup>, com a qual comungo, integram o conteúdo aflitivo e retributivo e o elemento pedagógico, indispensáveis à eficácia socioeducativa, que exige a observância de todas as garantias legais e processuais, dentre as quais o Instituto da Prescrição Penal, aplicável nas Medidas Socioeducativas. Através da prescrição haverá a perda da pretensão punitiva ou de executá-la, em face da inércia do Estado durante lapso de tempo. Essa é a posição do STJ, ao decidir pela aplicação da prescrição, como consolidada pela Súmula 338 do STJ: “A prescrição penal é aplicável nas medidas socioeducativas”<sup>51</sup>. A lei nº 12.594/2012, que institui o SINASE e regulamenta a execução das Medidas Socioeducativas mantém o caráter sancionatório do art. 122, ou seja, a internação sanção.

#### 4.2. Execução das Medidas Socioeducativas – *Implementação do SINASE*

Até aqui, houve uma intencionalidade de se demonstrar a imperiosa necessidade da garantia da Proteção Internacional dos Direitos Humanos ao adolescente que pratique ato infracional, especialmente, pela condição de vulnerabilidade, diante da privação de sua liberdade, trilhando pelo caminho da **desconstrução do mito da impunidade**, sem olvidar, entretanto, o **desconstruir da indiferença**, responsável pelo não cumprimento de obrigações, “Standards” e parâmetros dos instrumentos jurídicos de Direitos Humanos, em favor do mesmo, enquanto paradigma da incapacidade e do discernimento, marcas de sua historicidade.

Dispõem as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude (Regras de Beijing), Quinta Parte – Tratamento

---

Seja esse conjunto de normas, pertencente a uma normatividade específica denominado de Direito Penal Especial, Direito Penal Juvenil, Direito Socioeducativo, Direito Infracional, ou com qualquer outro termo, o que importa é a reunião de princípios e regras normatizadoras de prerrogativas e possibilidades de contraposição aos mandamentos do Estado-Juiz iguais aos imputáveis penais maiores de idade. Nesse particular, não há nenhuma distinção entre as consequências do comportamento infracional do adulto e o comportamento infracional do adolescente, ambos têm as mesmas garantias materiais e instrumentais, porque garantias com assento na ordem constitucional”.

50. FERRAIOLI, Luigi. **Prefácio à Infância, Ley y Democracia em America Latina**. Méndez, Emilio Garcia e Beloff, Mary. Buenos Aires: Temis, 1999. In SARAIVA, João Batista Costa. **Compêndio de Direito Penal Juvenil**. Adolescente e Ato Infracional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 30/31.

51. ISHIDA, Valter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente. Doutrina e Jurisprudência**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 200.

Institucional, item 26 – Objetivos do Tratamento Institucional<sup>52</sup>: “a capacitação e o tratamento dos jovens colocados em instituições têm por objetivo assegurar seu cuidado, proteção, educação e formação profissional para permitir-lhes que desempenhem um papel construtivo e produtivo na sociedade”. Na realidade, essas Regras não têm sido respeitadas, em razão dos acontecimentos que vêm ocorrendo nacionalmente pelas instituições de acolhimento aos adolescentes privados de liberdade, causando repúdio e preocupação, inquietude e perplexidade, diante das notícias de que, ainda, Magistrados têm utilizado do poder normativo que detinham à época da Doutrina da Situação Irregular, por absoluta falta de norma específica regulamentadora da execução das Medidas Socioeducativas. É voz corrente que muitos dos julgadores passaram a lidar com questionamentos não esclarecidos, mas que fomentam atitudes arbitrárias e autoritárias, a exemplo da organização sistêmica do atendimento; definição de competências na esfera dos poderes executivo da União, dos Estados e dos Municípios, dentre outros aspectos, mesmo com a vigência do Estatuto da Criança e do Adolescente, que tem sido interpretado detentor de diretrizes “genéricas”, aplicadas de diferentes maneiras pelos Estados. Recomenda-se o acesso à publicação da ABMP – Associação Brasileira de Magistrados, Promotores de Justiça e Defensores Públicos da Infância e Juventude<sup>53</sup>.

A execução envolve atividades situadas em áreas diferentes do judicial e do administrativo, de modo a exigir uma comunicação que possibilite as ações dos diversos setores para se alcançar resultados satisfatórios na execução e cumprimento das medidas, pois é indispensável a manutenção do diálogo com os adolescentes sob internação. Na prática, há uma crítica contumaz sobre a inoperância dessa garantia, ressaltando-se boas práticas em número reduzidíssimo de Municípios, como bem externa Konzen<sup>54</sup>:

“O vazio da normatividade da execução das medidas equivale a uma viagem de aventuras ao território do imprevisto, local onde o arbitrário, do “eu acho”, do “eu penso”, do “eu determino”, do “cumpra-se”, é o único manual de orientação”.

Também não são respeitadas as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Proteção dos Jovens Privados da Liberdade, base da Convenção dos Direitos

52. *In* BANDEIRA, Marcos. **Atos Infracionais e Medidas Socioeducativas**: uma leitura dogmática, crítica e constitucional.. Ilhéus-Ba: Ed. UESC, 2006, p. 333.

53. “Desafios na Especialização para a Garantia de Direitos de Crianças e Adolescentes. O Sistema de Justiça da Infância e da Juventude nos 18 anos do Estatuto da Criança e do Adolescente”, de julho de 2008. Disponível em: <[http://www.abmp.org.br/UserFiles/File/levantamento\\_sistema\\_justica\\_ij.pdf](http://www.abmp.org.br/UserFiles/File/levantamento_sistema_justica_ij.pdf)>. 01.04.2012.

54. KONZEN, Armando A. Reflexões sobre a medida e sua execução (ou sobre o nascimento de um modelo de convivência do jurídico e do pedagógico na socioeducação). *In* INALUD/Nações Unidas. **Justiça, Adolescente e Ato Infracional: Socioeducação e Responsabilização**. São Paulo, 2006, p. 343.

da Criança e do Estatuto da Criança e do Adolescente, também não observadas, quando assim dispõem:

“A privação da liberdade deverá ser efetuada em condições e circunstâncias que garantam o respeito aos direitos humanos dos jovens. Deverá ser garantido, aos jovens reclusos em centros, o direito a desfrutar de atividades e programas úteis que sirvam para fomentar seu sã desenvolvimento e sua dignidade, promover seu sentido de responsabilidade e fomentar, neles, atitudes e conhecimentos que ajudem a desenvolver suas possibilidades como membros da sociedade”.

Exatamente quando se deve assegurar essa proteção não é possível fazê-lo com eficiência e eficácia, diante da ausência, até então, não apenas de normatividade da execução das Medidas Socioeducativas, embora se possa aplicar a Lei das Execuções Penais (LEP nº 7.210/84), subsidiariamente, na forma do art. 152 do ECA, como também, pela não implementação de uma política nacional que estabeleça um sistema de atendimento e regulamente a execução das Medidas Socioeducativas, pois, ainda, permanece reinando o mito da ressocialização, da reeducação e da inserção, que não conseguem minimizar os efeitos adversos da privação da liberdade, nem afastar a crítica dos diversos papéis dos operadores da execução. Assim, se tem mantido o desafio de universalizar, ao nível nacional, um programa especial e específico, devidamente positivado, que ofereça serviços, atividades e ações indispensáveis à execução das referidas Medidas e que garantam aos seus cumpridores as condições necessárias e adequadas para recuperação do desvio de conduta do adolescente e o seu desenvolvimento, sob a égide dos mecanismos de Proteção dos Direitos Humanos e da Dignidade Humana.

Com a ausência da garantia de direitos na execução das Medidas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, emergiu um movimento nacional na defesa da criação de uma Lei de Execução das Medidas Socioeducativas para regradar as ações e procedimentos em todo território nacional, considerando-se que o ECA não oferece ferramentas no Capítulo próprio, através dos artigos 112 aos 128, tendo se limitado às características de cada uma, aos princípios da internação, a prazos de cumprimento, tratamento especializado e reavaliação das Medidas. Apesar de definida a competência jurisdicional no art. 112, e já consolidada pelo STJ, na Súmula 108<sup>55</sup>, não existindo dúvidas quanto à autoridade competente e exclusiva – o Juiz, com intervenção obrigatória do Ministério Público e da defesa por

---

55. STJ Súmula nº 108 – 16/06/1994 – DJ 22.06.1994. **Medidas Sócio-Educativas – Competência – Prática de Ato Infracional.** A aplicação de medidas sócio-educativas ao adolescente, pela prática de ato infracional, é da competência exclusiva do juiz.

Defensor Público ou Advogado, a norma estatutária deixava uma imensa lacuna quanto à definição das Medidas e das garantias processuais, bem como nas formas procedimentais e nas condições, requisitos e funcionamento de programas.

Esse apelo dos operadores repercutiu na sociedade civil e nas instituições e foi levado ao CONANDA que, através de Resolução nº 119 de 11.12.2006, criou o SINASE<sup>56</sup>, que fixa as regras de execução. Na prática, vem sendo implantado nos Estados, com 70% das Unidades em conformidade com os parâmetros de capacidade desse Atendimento Socioeducativo, em cumprimento às deliberações do referido Conselho Nacional, por sua competência deliberativa segundo o ECA, responsável pela política pública de atendimento à criança e ao adolescente.

Trata-se esse Sistema de um conjunto ordenado de princípios, regras e critérios, de caráter jurídico, político, pedagógico, financeiro e administrativo, que envolvem o processo de apuração de ato infracional e de execução da Medida Socioeducativa. Prevê adesão dos Estados e Municípios, bem como planos, políticas e programas específicos de atenção ao adolescente em conflito com a lei. Pelo SINASE, compete à União formular e coordenar a execução da Política Nacional de Atendimento Socioeducativo e elaborar Plano Nacional de Atendimento Socioeducativo. Regulamentar a execução das medidas destinadas ao adolescente por prática de ato infracional. Será integrado pelos sistemas estaduais, municipais e distrital de atendimento socioeducativo, responsáveis pela execução das medidas, no âmbito de suas jurisdições.

O SINASE visa uniformizar o processo de apuração de atos infracionais e de aplicação das Medidas Socioeducativas, levando em conta as peculiaridades de cada adolescente e a individualização das ações corretivas. Adota o Plano Individual de Atendimento – PIA, para o adolescente incluído na Medida Socioeducativa, que será elaborado com a participação da equipe técnica, do adolescente e de seus familiares, submetido ao Juízo da Execução, após manifestação da Defensoria Pública e do Ministério Público. Haverá, pois, planejamento, participação, transparência e avaliação. O novo Sistema contempla atenção integral à saúde do adolescente em cumprimento de Medida Socioeducativa, como também prevê atendimento a adolescente com transtorno mental e com dependência de álcool e substância psicoativa. Ao permitir a visita íntima somente para o adolescente casado ou na condição de união estável, não avançou o Sistema porque continuará vedando o direito ao exercício da sexualidade saudável de todo adolescente, para garantia da sua liberdade e dignidade sexual.

---

56. Vide p. 10/11.

## 5. ADOLESCENTES E OS DESVIOS SOCIAIS – *OUTSIDERS*?

Com a implantação e implementação desse Sistema renova-se a esperança de se garantir aos adolescentes privados de liberdade a Proteção Internacional dos Direitos Humanos, como meio de minimizar a situação de vulnerabilidade em razão da idade, das condições de vida, da ausência de oportunidades, de apoio familiar, de acesso aos direitos fundamentais, razões que os colocam em situações diferenciadas, até mesmo de adolescente infrator para adolescente não infrator. É preciso ter uma cosmovisão das circunstâncias singulares e históricas, bem como dos contextos econômicos, sociais e culturais a que estão envolvidos os jovens em conflito com a lei, para se compreender as variáveis relativas aos grupos a que pertencem, ao meio social e aos níveis de cultura e de novas tecnologias de comunicação, capazes de construir padrões de sociabilidade, muitas das vezes adversas. Lembrar sempre que o ato infracional ou crime é um acontecimento na vida do adolescente a partir de vivências objetivas e subjetivas. Daí que não se pode ter o olhar para o adolescente pela prática desse ato isolado da sua história de vida pessoal, para melhor entender sua conduta. Interessantes as observações de Teixeira<sup>57</sup> a respeito do exercício da escuta, da investigação e compreensão do adolescente:

“... emerge mais “inteiro” e singular: seus interesses e habilidades, suas alegrias e dificuldades, seu sofrimento, sua rede de relações conflitivas, abandonônicas, superprotetoras, suas estratégias de sobrevivência, e, também, o delito”.

Entende a doutrinadora que:

“O desafio é não omitir ou mitificar (um gozo perverso de muitos adultos!) a prática do ato infracional e, ao mesmo tempo, não olhar o adolescente exclusivamente pela ótica do delito que o estigmatiza e torna impossível compreendê-lo”.

Torna-se imperioso fazer uma avaliação científica sobre essa vulnerabilidade neurológica dos jovens em conflito com as leis, principalmente dos atos de agressividade e violência que tanto têm levado a sociedade a se indignar. É preciso levar ao conhecimento da opinião pública as lições de Barros<sup>58</sup> que:

“As crianças e os adolescentes de hoje mesmo protegidos pelas leis ou processos biogenéticos de maturidade e aprendizagem absolutamente diversos aos dos adultos, tanto mais porque nessa idade não

57. TEIXEIRA, Maria de Lourdes Trassi. Evitar o Desperdício de Vidas. *In* INALUD/Nações Unidas Justiça. **Adolescente e Ato Infracional: Socioeducação e Responsabilização**. São Paulo, 2006, p. 428.

58. BARROS, César Leal. **A Delinquência Juvenil seus Fatores Exógenos e Prevenção**. Rio de Janeiro: Aide, 1983, p. 168/169.

existem “**filtros cognitivos**” próprios das estruturas impulsivo-motivacionais éticas, estão sendo moldados, forçados, de forma prematura e lesivamente à aprendizagem social de suas condutas, com grosseira violação de todas as regras da evolução ontogenética”.

Estariam esses adolescentes com **desvios sociais**, comuns, participantes de um sistema de relações e interações constitutivo da própria vida social, como ensina Becker?<sup>59</sup>. Merece fazer referência a este autor porque, de forma revolucionária, criou a figura do “**outsider**”, resultado de uma pesquisa de campo e ao estudo aprofundado dos grupos, precisamente de uma investigação de indivíduos que não seguem as regras e sua posição na sociedade considerada “normal”? Identificam-se, nesse estudo, os desviantes ou os empreendedores morais. E explica que “Desvio não é uma qualidade que reside no próprio comportamento, mas na interação entre a pessoa que comete um ato e aquelas que reagem a ele”.

Essa concepção adéqua-se à conduta desviante de adolescentes em conflito com a lei, pela prática da invisibilidade quanto ao não conhecimento das razões das práticas delitivas e os pontos de vistas dos infratores, exatamente um argumento determinante do estudo de Becker, quando chama a atenção sobre o comportamento desviante em si: “Cumpra vê-lo como um tipo de comportamento que alguns reprovam e outros valorizam, estudando os processos pelos quais cada uma das perspectivas é construída e conservada. Talvez a melhor garantia contra qualquer dos dois extremos seja o contato estreito com as pessoas que estudamos”.

O mais importante a evidenciar, com essa reflexão, é a investigação sobre a conduta moral e o “modus vivendi” de crianças e adolescentes em resposta à forma como são tratados em casa e em centros escolares. Como desenvolve o comportamento moral como resposta às experiências morais que têm nesses ambientes. Esse comportamento é entendido como sendo a **inteligência moral** revelada através da maneira de falar e agir com os demais. Essa população infanto-juvenil é testemunha da moral dos adultos ou da ausência desta. É a formação da chamada **cultura da juventude**: seus hábitos, interesses, sua linguagem, maneira de vestir, sua música e política, sua sexualidade em desenvolvimento. Adotam uma indiferença para com os demais e sentem-se sozinhos, tristes e irritados. Buscam a independência e nesse processo correm risco e conseqüências morais: alienação moral aberta ou disfarçada de diversas maneiras.

Como transmitir os princípios morais a um adolescente que defende sua independência, iniciativas e ideais para poder ser escutado e aceito? Reconhecido

59. BECKER, Howard S. 2008 [1963]. **Outsiders**. Estudos de sociologia do desvio. Rio de Janeiro: Jorge Zahar. Disponível em: <<http://resenhasbrasil.blogspot.com/2010/05/outsiders-estudos-de-sociologia-do.html>>.

pela sociedade como pessoa capaz de trabalhar, de ter valores, opiniões e direitos? Eles são nossos herdeiros e testemunhos permanentes de nossas vidas! Naturalmente que não devem ser equiparados aos insanos, razão inclusive de serem responsabilizados.

## 6. ADOLESCENTES SÃO SERES VULNERÁVEIS – 100 REGRAS DE BRASÍLIA

A conclusão deste estudo sobre a tutela internacional dos Direitos Humanos para adolescentes quando em conflito com a lei, por práticas de atos infracionais e consequente privação da liberdade, passou pelo esforço em demonstrar dois aspectos fundamentais que marcaram a historicidade do Direito da Criança e do Adolescente até o atual milênio: **a indiferença à condição peculiar de desenvolvimento e a situação de vulnerabilidade**, sempre intervindo negativamente na forma de tratá-los e de lhes garantir seus direitos. Buscou-se, então, apontar os instrumentos jurídicos internacionais e nacionais assecuratórios da Proteção Integral, diante do seu descumprimento e da ausência de instrumentos e ferramentas para a normatividade, colocando-os em situação de seres mais vulneráveis.

Neste contexto da vulnerabilidade, fazem parte desse arcabouço legal e teórico as **100 Regras de Brasília**, elaboradas pela XIV Cumbre Judicial Ibero-americana, em Brasília<sup>60</sup>, nos dias 4, 5 e 6 de março de 2008, constantes da Declaração de Brasília, sobre o tema: “Modernização, segurança jurídica, acesso e coesão social: a Justiça preparando-se para o futuro”, que tem como finalidade o bem estar e progresso de todos os povos, indispensável sua reflexão nesta finalização.

Associam-se as **100 Regras** ao tema aqui tratado porque esse documento legitima uma ética pública internacional na defesa, também, das crianças e dos adolescentes, considerados **vulneráveis em razão de sua idade**, menores de dezoito anos, bem como das **pessoas privadas de liberdade**. São vulneráveis e são seus beneficiários. Logo, adolescentes privados de liberdade são duplamente vulneráveis. A finalidade das Regras é garantir as condições de acesso efetivo à Justiça das pessoas em condição de vulnerabilidade, sem discriminação,

60. Os Presidentes das Cortes e Tribunais Supremos ou Superiores de Justiça e dos Conselhos de Justiça ou Magistratura, do Principado d’Andorra, República Argentina, República da Bolívia, República Federativa do Brasil, República da Colômbia, República da Costa Rica, República de Cuba, República do Chile, República Dominicana, República do Equador, República de El Salvador, Reino de Espanha, República da Guatemala, República de Honduras, Estados Unidos Mexicanos, República da Nicarágua, República do Panamá, República do Paraguai, República do Peru, República Portuguesa, Estado Livre Associado de Porto Rico, República Oriental do Uruguai e República Bolivariana de Venezuela.



eliminando ou diminuindo os obstáculos e ou limitações, e facilitando o pleno gozo dos serviços do Sistema Judicial, responsável pela redução das desigualdades sociais e, conseqüentemente, favorecendo a coesão social. Em verdade, é garantir a elas “a Justiça que protege os mais frágeis”. Reconhece que às crianças e aos adolescentes deve ser oferecida **tutela especial e proteção integral**.

## 7. REFLEXÕES FINAIS

“Realizar os direitos dos adolescentes e promover seu desenvolvimento são ações que demandam uma profunda compreensão das circunstâncias em que vivem” (UNICEF).<sup>61</sup>

Para assegurar a Proteção Internacional dos Direitos Humanos, na perspectiva da defesa dos Direitos das pessoas vulneráveis, em especial dos adolescentes que pratiquem atos infracionais, tornam-se imprescindíveis **certas condições, necessárias para que a tutela judicial** seja assegurada com a adoção de Medidas que melhor se adequem a cada situação de vulnerabilidade, e garantam o efetivo acesso à Justiça para a defesa de Direitos, diante dos seus obstáculos, o que justifica uma atuação mais intensa do Sistema Judicial e dos operadores para mitigar as desigualdades e minimizar os efeitos da privação de liberdade. Entre essas medidas, estão as Medidas Socioeducativas a serem aplicadas e executadas, de acordo com o SINASE, notadamente, pelos atores do Sistema de Garantia de Direitos, através da adoção de procedimentos uniformizados pelos órgãos do Poder Judiciário (CNJ) do Ministério Público (CNMP) e da Defensoria Pública (CONDEGE), como recomendação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que, segundo Issler<sup>62</sup>, será firmada uma RESOLUÇÃO CONJUNTA com a participação do CONANDA – Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente e da Coordenação Geral do SINASE, Secretária de Direitos Humanos da Presidência da República, criando-se o Colegiado Nacional Interinstitucional do SINASE.

61. UNICEF. **Situação mundial da infância 2011**. Adolescência. Uma fase de oportunidades. United Nations Children's Fund. New York, NY 10017, USA.

62. ISSLER, Daniel. Coordenador do Programa Justiça ao Jovem, criado pelo CNJ em junho de 2010. Resolução 001/2012, CNJ – Conselho Nacional de Justiça, conjunta com o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) e o Conselho Nacional de Defensores Públicos Geral (CONDEGE) para uniformizar esses procedimentos. A norma deverá fornecer, inclusive, um padrão para documentos processuais, entre os quais as guias de internação. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/18005-termina-prazo-de-consulta-publica-sobre-execucao-de-medidas-socioeducativas>>.

Nesse contexto, devem ser oferecidas condições de capacitação para que os operadores possam bem gerenciar as Medidas, nascendo um novo tempo para redirecionar os valores dos jovens infratores, principais protagonistas da sua história, sujeitos titulares de Direitos Humanos e aptos para o processo de responsabilização pelos desvios de suas condutas, com respeito e dignidade. Naturalmente que a “execução das medidas não tem a capacidade de realizar o milagre de devolver ao adolescente o convívio social sem os riscos da reincidência”, como observa Konzen<sup>63</sup>, mas, poderá transformar a **oportunidade** da execução da Medida em uma **oportunidade de aprendizado** para todos, desde que se garantam a eles, os mais vulneráveis, “a Justiça que protege os mais frágeis”, sob o manto da Proteção Integral e da Proteção Internacional dos Direitos Humanos, com o propósito de realizar seus direitos. Como parte dessa proteção adéqua-se o Relatório sobre a Situação Mundial da Infância em 2011<sup>64</sup>, produzido pelo UNICEF, destacando-se o tema **Adolescência – Uma fase de oportunidades**. Alerta-nos o Diretor Executivo do Fundo das Nações Unidas para a Infância, Anthony Lake, que “a adolescência não é apenas um tempo de vulnerabilidade – é também uma fase de oportunidades, principalmente para as meninas”. Revela o Diretor que:

“Hoje, 1,2 bilhão de adolescentes encontram-se na desafiadora encruzilhada entre a infância e o mundo adulto. Nove, em cada dez desses jovens vivem no mundo em desenvolvimento e enfrentam **desafios particularmente graves**, que vão desde adquirir educação até simplesmente sobreviver [...]. No Brasil, as reduções na taxa de mortalidade infantil entre 1998 e 2008 significam que foi possível preservar a vida de mais de **26 mil crianças**; no entanto, no mesmo período, **81 mil adolescentes** brasileiros, entre **15 e 19** anos de idade, **foram assassinados**. Com certeza, não queremos salvar crianças em sua primeira década de vida apenas para perdê-las na década seguinte”. (grifos nossos).

E, segundo levantamento realizado pela Secretaria de Direitos Humanos (SDH)<sup>65</sup>, divulgado em 04.07.2011, no “Brasil, em média, para cada 10 mil adolescentes entre 12 e 17 anos há 8,8 cumprindo medida de privação e restrição de liberdade”.

Das reflexões, extrai-se a lição de que não se pode prescindir dos Direitos Humanos, como ferramenta para prevenir e diminuir os riscos e vulnerabilidades,

63. *Ob. Cit.*, p. 24/363.

64. United Nations Children’s Fund / Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF). New York, NY 10017, USA. Fevereiro de 2011.

65. <<http://www.direitoshumanos.gov.br/2011/07/04-jul-2011-sdh-divulga-dados-do-atendim...>>. Acesso em: 02 ago. 2011.

buscando a emancipação dos adolescentes com a valorização de suas potencialidades que merecem ser reconhecidas, sem **indiferenças** e com **visibilidade**. Quiçá, a nova Lei que criou o SINASE, constitui-se em uma grande oportunidade para que esse Sistema seja aplicado, efetivamente, na prática, com eficiência e eficácia, e reverta o processo histórico e cultural (prisional) de responsabilizar adolescentes que pratiquem ato infracional, com restrição de direitos e/ou privação de liberdade, respeitando-se a Lei e à cultura da responsabilização internacional, para afastar sua estigmatização na sociedade. Um grande desafio para as Defensorias Públicas!

## 8. BIBLIOGRAFIA

- ALBERASTURY, Arminda. **Adolescência Normal: Um enfoque psicanalítico**. Tradução: Suzana Maria Garogaray Balvé. Porto Alegre: Artes Médicas, 1981.
- AMARAL E SILVA, Antonio Fernando do. O Mito da Inimputabilidade penal do Adolescente. **Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina**, v. 5, Florianópolis: AMC, 1998.
- ARIÈS, Philippe. **A História Social da Criança e da Família**. 2. ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1981.
- ARRUDA, Marcos; BOFF, Leonardo. **Globalização: desafios socioeconômicos, éticos e educativos**. Petrópolis-RJ: Vozes, 2002.
- AZEVEDO, M. A. e Guerra. **Crianças Vitimizadas: a síndrome do pequeno poder**. São Paulo: Iglu, 1989.
- BANDEIRA, Marcos. **Atos Infracionais e Medidas Socioeducativas: Uma leitura dogmática, crítica e constitucional**. Ilhéus-Ba: Editus, 2006.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica Del Derecho Penal**. México: Siglo XXI, 1991.
- BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- BELOFF, Mary. Modelo de la Protección Integral de los derechos del niño y lasituación irregular: um modelo para armar y outro para desarmar. *In Justicia y Derechos Del Niño*. Santiago de Chile: UNICEF, 1999.
- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- CAPELLETTI, Mauro. **O Acesso à Justiça**. Tradução: Ellen Gracie. Editor Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.
- CAMPELLO, Mauro. *In Tutela Jurisdiccionalizada da Execução: sua celeridade e preferência na entrega*. Site: <<http://www.abmp.org.br/sites/Campello>>, 2002.

- COSTA, Antonio Carlos Gomes da. **Do menor à cidadão**. Brasília: Centro Brasileiro para a Infância e Juventude – CBIA, Ministério Ação Social, 1991.
- FRASSETO, Flávio Américo. Ato Infracional, Medida Socioeducativa e Processo: A Nova Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 33, p. 177-202. São Paulo, jan./mar. 2002.
- FOUCAULT, Michel. **Historia da Loucura**. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 1981.
- GARRIDO DE PAULA, Paulo Afonso. **Direito da Criança e do Adolescente e tutela jurisdicional diferenciada**. São Paulo: RT, 2002.
- HOBBSAWM, Eric. **Era dos Extremos. O breve século XX 1914-1991**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- INALUD/Nações Unidas, ABMP, UNFPA (Orgs.). **Justiça, Adolescente e Ato Infracional: Socioeducação e Responsabilização**. São Paulo, 2006, p. 428.
- ISHIDA, Valter Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente. Doutrina e Jurisprudência**. 12. ed. atual. São Paulo: Atlas, 2010.
- JOBIM, Solange e Souza. Criança e Adolescente: construção histórica e social nas concepções de proteção, direitos e participação. **Caderno de Fluxos e de Textos: Criança e Adolescente – direitos e Sexualidades**. Associação Brasileira de Magistrados, Promotores de Justiça e Defensores Públicos da Infância e da Juventude – ABMP e *Childhood* Brasil (Instituto WCF – Brasil), São Paulo, 2008.
- MACHADO, Martha de Toledo. **Algumas Ponderações sobre o Regime Especial de Proteção da Liberdade do Adolescente /Autor de Ato Infracional**. São Paulo: MIMEO, 1999.
- MENDEZ, Emilio Garcia. **Derecho de la infancia – adolescencia em América Latina. De la situación irregular a la protección i tegral**. Bogotá: Forum Pacts, 1994.
- \_\_\_\_\_. **Adolescentes e Responsabilidade Penal: um debate Latino-americano**. Porto Alegre: AJURIS/ESMP-RS/FESDEP-RS, 2000.
- \_\_\_\_\_. In MACHADO, M T. Apresentação – **A Proteção Constitucional de Crianças e Adolescentes e os Direitos Humanos**. São Paulo: Manole, 2003, p. 14.
- MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Direito Penal da Emoção: a inimputabilidade penal do menor**. São Paulo: RT, 1992.
- MORANGE, Jean. **Direitos humanos e liberdades públicas**, 5. ed. São Paulo: Manole, 2004.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- ROSA, Alexandre de Moraes da. Ato Infracional, Remissão, Advogado e Garantismo. **Revista Juizado da Infância e Juventude**, v. 2, ano II, TJRS: 2004, p. 62.

- \_\_\_\_\_. **Introdução Crítica ao Ato Infracional: Princípios e Garantias Constitucionais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- 100 Regras de Brasília sobre Acesso à Justiça de Pessoas em Condições de Vulnerabilidade. XIV CUMBRE JUDICIAL IBEROAMERICANA.
- PEREIRA, Potyara A. P. **Necessidades Humanas. Subsídios à crítica dos mínimos sociais**. São Paulo: Cortez, 2002.
- PINHEIRO, Paulo Sérgio; GUIMARÃES, Samuel Pinheiro (Orgs.). **Direitos Humanos no Século XXI**. Parte I e II. Brasília: IPRI-Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais. Fundação Alexandre Gusmão. Senado Federal, 2002.
- RUSSO, Eduardo Angel. **Derechos Humanos y Garantías**. Buenos Aires: Plus Ultra, 1992.
- SARAIVA, João Batista Costa. **Compendio de Direito Penal Juvenil. Adolescente e Ato Infracional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- \_\_\_\_\_. **Desconstruindo o Mito da Impunidade**. Um ensaio de Direito (Penal) Juvenil. Santo Ângelo-RS, 2002.
- \_\_\_\_\_. Adolescente em confronto com a lei: o Estatuto da Criança e do Adolescente como instrumento de responsabilidade ou a eficácia das medidas socioeducativas. In **AJURIS** 67/60, Porto Alegre: Ajuris, 1996.
- \_\_\_\_\_. **Adolescente em Conflito com a Lei: da indiferença à proteção integral: uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- SPOSATO, Karina. Princípios e Garantias para um Direito Penal Juvenil Mínimo. In INALUD/Nações Unidas. **Justiça, Adolescente e Ato Infracional: socioeducação e responsabilização**. São Paulo, 2006, p. 248.
- TIFFER SOTOMAYOR, Carlos. **Ley de Justicia Penal Juvenil. Anotado y Acordado**. San Jose-Costa Rica: Juristexto, 1996.
- \_\_\_\_\_. **Derecho Penal Juvenil**. San Jose – Costa Rica: INALUD/Nações Unidas, 2002.
- TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **A Proteção Internacional dos Direitos Humanos e o Brasil**. 2. ed. Edições Humanidades, 2000.
- TRINDADE, Jorge. **Delinqüência Juvenil: compendio transdisciplinar**. 3. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- UNICEF. **Situação mundial da infância**. Relatórios de 2004, 2005 e 2011.
- VOLPI, Mario (Org.). **O Adolescente e o /Ato Infracional**. São Paulo: Cortez, 1997.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIRANGELI, José Henrique. **Manuel de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral**. São Paulo: RT, 1999.



# ***Fundamentação Dogmática***

---

*Bethânia Ferreira de Souza*

*Wagner de Almeida Pinto*

*Alex Raposo*

*Daniel Nicory do Prado*





CAPÍTULO VII  
**REINCIDÊNCIA PENAL:**  
**A FACE LEGAL DO DIREITO PENAL DO INIMIGO**

*Bethânia Ferreira de Souza*<sup>1</sup>

**SUMÁRIO:** 1. Introdução — 2. A Legitimação da Pena — 3. Culpabilidade, Periculosidade ou temibilidade? — 4. Reincidência no Sistema Penal Brasileiro — 5. Reincidência, Controle Social e Política Criminal — 6. Direito Penal do Inimigo — 7. Conclusão: O Direito Penal do Inimigo legalmente consolidado — 8. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

“Mas, se não me ouvirdes, e não cumprirdes  
todos estes mandamentos,

E se rejeitardes os meus estatutos, e a vossa alma se enfadar  
dos meus juízos, não cumprindo todos os meus mandamentos,  
para invalidar a minha aliança.

Então eu também vos farei isto: porei sobre vós terror, a tísica e a  
febre ardente, que consumam os olhos e atormentem a alma; e seme-  
areis em vão a vossa semente, pois os vossos inimigos a comerão.

E porei a minha face contra vós, e sereis feridos diante de  
vossos inimigos; e os que vos odeiam, de vós se assenhorearão,  
e fugireis, sem ninguém vos perseguir.

E, se ainda com estas coisas não me ouvirdes, então eu prosseguirei  
a castigar-vos sete vezes mais, por causa dos vossos pecados.”

(Levítico 26:14-18)

O presente estudo inicia-se com uma citação bíblica do antigo testamen-  
to não somente por oportunidade. A citação bíblica que acima se colaciona  
serve para demonstrar as raízes do tratamento que se deve dispensar aos que  
se insurgem, ou não se corrigem, e são tomados pela audácia de errar pela  
segunda vez.

---

1. Defensora Pública do Estado da Bahia.

O erro, a desobediência, a irracionalidade e os instintos humanos aparecem no desenvolver da Humanidade como uma fraqueza e como a falta de capacidade de adequar-se ao mundo de todos.

Seja nos ensinamentos da Bíblia ou na teoria proposta por Sócrates o homem não tem espaço para o equívoco que advém de seus instintos. O comportamento que esperamos do Homem de hoje é o comportamento do “homem teórico” de Sócrates aquele capaz de usar a razão e expurgar de sua vida os instintos, aquele capaz de seguir por toda sua existência a equação vendida pelo filósofo como garantia de vida plena, virtude = razão = felicidade.

A dialética apresentada por Sócrates, fundamento dos pensamentos filosóficos de todo Ocidente, inaugura o pensamento lógico-racional, assim, o que não pode ser compreendido deve permear nossas vidas, cabe-nos caminhar pelo mundo da racionalidade, do pensamento ficto, abstrato.

Nietzsche critica Sócrates em sua proposta e o considera um fraco que retirou do pensamento, criando a mutação do Ser, o instinto, que corresponde à força criadora e afirmativa, elevando a consciência a esse patamar motriz criativa.

Diante dos ensinamentos religiosos e filosóficos, soma cruel se operou na nossa sociedade, unimos o livre arbítrio bíblico, religioso, aos pensamentos socráticos que renegavam os instintos, privilegiando a racionalidade como forma de felicidade. Não podíamos ter resultado mais danoso para os que agem fora do contexto, e para os indignos que se equivocam por duas vezes o resultado é nefasto.

Sobre essas bases filosóficas e religiosas o mundo jurídico penal constrói o conceito de reincidência. Aquele que age em desacordo com os mandamentos penais repetidamente pode, e deve, ser enquadrado no conceito, nem tão recente assim, de INIMIGO<sup>2</sup> do Estado, da sociedade, daqueles que são virtuosos = racionais = felizes e ao analisarem o BEM e o MAL, pendem para o fictício lado do BEM.

Na tentativa de analisar e aprofundar a discussão sobre o sistema punitivo atual, a reincidência, baseada na combinação de culpabilidade e periculosidade, o conceito de inimigo e a constatação de sua longínqua existência em nosso sistema penal usual é o que se propõe o presente artigo.

---

2. Conceito desenvolvido por Günther Jakobs, penalista da Universidade de Bonn, na Alemanha, para identificar aquele que não deve ser considerado como cidadão pelo sistema jurídico.

## 2. PENA E REINCIDÊNCIA

A pena deve ser compreendida como a resposta **principal** da sociedade ao delito, é forma de controle social e resposta ao que está inquestionavelmente fora dos padrões.

Durante os séculos, buscou-se opiniões científicas hábeis para compreender o fenômeno da criminalidade e a resposta que competiria à sociedade, no intuito de findar com o ato criminoso ou trazê-lo para um nível aceitável. O conjunto de estudos que buscam compreender esses fenômenos formaram o que chamamos hoje de teoria da pena e teoria do crime.

A pena, como resposta ao delito, apresenta metas e tarefas a serem satisfeitas com sua aplicação e efetivação, seja para os que defenderam (ou defendem) a teoria retribucionista (absoluta) ou para os que defendem as teorias preventivas.

Para **Teoria Retribucionista**, a pena é um fim em si mesmo, não apresenta nenhum objetivo além de castigo, compensação, reação ou retribuição ao delito. A Pena se justifica por seu valor intrínseco. Não é meio para se atingir uma sociedade melhor, mas um dever.

Nessa conjuntura, a pena tem exclusiva tarefa de realizar justiça. A culpabilidade do autor deve ser compensada com a imposição de um mal proporcional ao realizado pelo agente delituoso, assim a pena alcançará sua meta.

Kant, bravo defensor da Teoria Retribucionista, afirmava que a lei é um imperativo categórico. A pena infligida objetiva a Justiça, não havendo outra tarefa utilitária e a aplicação da justiça retributiva é considerada pelo filósofo como lei inviolável.

O pensamento da necessidade da expiação da culpabilidade defendida por Kant como norma inviolável está descrita de forma primorosa quando ele se refere à dissolução de uma sociedade: “Se os membros de uma sociedade decidirem dissolverem-se; se, por exemplo, o povo que habita uma ilha decidir abandoná-la e dispersar-se por todo o mundo, antes de levar a cabo essa decisão, deveria ser executado o último assassino que ficara na prisão, para que todo mundo saiba o valor que seus atos merecem e para que o crime de homicídio não recaia coletivamente sobre todo um povo por descuido de seu castigo; porque, do contrário poderia ser considerado partícipe dessa injustiça.”<sup>3</sup>

Com a ideia de que a ordem jurídica deve ser reafirmada pela aplicação da pena e que ela constitui a vontade da sociedade em geral, a expiação ou retribuição da culpabilidade por si só bastaria como fundamento para aplicação da pena.

---

3. KANT *apud* MUÑOZ CONDE, Francisco; HASSEMER, Winfried. **Introdução à Criminologia**, p. 67.

Por outro lado, apresenta-se a Teoria Preventiva da Pena. As teorias preventivas da pena, seja a especial, seja a geral objetivam algo mais audacioso, impedir que o crime ocorra ou ensinar àquele que cometeu um delito como viver em sociedade, respeitando os parâmetros estabelecidos previamente em um consenso fictício que propicia o bem viver e o perdurar da sociedade como hoje conhecemos.

As teorias preventivas apresentam três finalidades básicas para a pena: preservação e/ou sobrevivência do grupo social, prevenir a prática do delito e prevenir a reincidência.

Nas palavras de Cezar Roberto Bittencourt as teorias preventivas da pena poderiam ser tidas como: “As teorias relativas da pena apresentam considerável diferença em relação às teorias absolutas, na medida em que buscam fins preventivos posteriores e fundamentam-se na sua necessidade para a sobrevivência do grupo social. Para as teorias preventivas, a pena não visa retribuir o fato delitivo cometido e sim prevenir a sua comissão. Se o castigo ao autor do delito se impõe, segundo a lógica das teorias absolutas, *quia peccatum est*, somente por que delinuiu nas teorias relativas à pena se impõe *ut ne peccetur*, isto é para que não volte a delinquir”.<sup>4</sup>

A prevenção geral objetiva intimidar os possíveis delinquentes ao cometimento de crimes. Criando-se uma promessa de mal a ser cumprida contra o indivíduo que não segue as regras definidas pela norma penal.

A prevenção geral se baseia na crença que o indivíduo, por tratar-se de um Ser racional, consegue através de um cálculo sopesar o bem e o mal. Acredita-se que ao estar diante da possibilidade de infração à lei penal o Ser racional, para, reflete e decide de se abster da prática da infração penal ou simplesmente a comete, tendo plena consciência de que está indo de encontro ao que é estabelecido como regra fundamental da sociedade.

Além de tal assertiva encontrar-se no círculo das ilusões, considera-se que o indivíduo no momento da análise, em razão de *um mal hábil e suficiente* que recairá sobre ele caso pratique o delito, seja desmotivado de seus impulsos e instintos, tendo por consequência o não cometimento do crime.

A Prevenção Especial, que daremos atenção especial por implicar diretamente na reincidência, dirige sua atenção ao delinquente concreto, esperando que a pena aplicada tenha um efeito ressocializador, além da simples inocuidade.

---

4. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**, p.121.

Para teoria da prevenção especial, a pena apresenta um caráter utilitarista, tanto para sociedade que espera inibir o cometimento de crimes com a cominação de uma pena, como para o apenado que pode ter a possibilidade de ter uma convivência normal, no mesmo parâmetro de igualdade que os demais indivíduos.

A Teoria da Prevenção Especial Negativa objetiva a inocuidade do apenado, podendo ser absoluta ou temporal, considerando-se para tanto a maior ou menor periculosidade que o indivíduo aparenta ter. Assim, ele poderá ser condenado à pena de morte, nas legislações que a admitem, ou a uma pena de 04 anos, 10, anos, 15 anos de acordo com a situação apresentada pelo fato e pela pessoa do delinquente.

O professor Juarez Cirino dos Santos descreve a teoria da prevenção especial negativa com a maestria que lhe é reservada: “*baseada na premissa de que a privação de liberdade do condenado produz segurança social, parece óbvia: a chamada incapacitação seletiva de indivíduos considerados perigosos constitui efeito evidente da execução da pena, porque impede a prática de crimes fora dos limites da prisão – e assim a neutralização do condenado seria uma das funções manifestas e declaradas cumpridas pela pena criminal*”.<sup>5</sup>

A teoria de Prevenção Especial Positiva por sua vez tem o objetivo mais nobre entre os tantos que são conferidos à pena. Com uma expectativa épica, espera-se que a pena ressocialize o indivíduo, reedue, faça com que ele resolva definitivamente assinar subjetivamente o pacto fictício proposto pela visão contratualista da Kant.

Ressocializar o condenado, reeducar o aprisionado é impor a ele um acordo que é hábil para a continuação da sociedade, que implica necessariamente em solidificar o poder dominante, independentemente da ideologia política, social, econômica, religiosa e cultural que esse poder se baseia.

Obrigar um membro de uma sociedade a assinar um pacto ficto contra sua vontade não nos parece condizente com uma sociedade democrática e pluralista. Certos são os apontamentos de Claus Roxin ao questionar se os indivíduos adultos mesmo contra sua vontade deveriam ser submetidos a um tratamento ou, ainda, se as pessoas deveriam seguir regras que não lhes eram gratas.<sup>6</sup>

5. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal: parte geral**. p.458.

6. Claus Roxin apresenta em **Strafrecht**, 1997, vários questionamentos sobre a prevenção especial como por exemplo: “*o que legitima a maioria da população a obrigar a minoria a adaptar-se aos modos de vida que lhe são gratos? De onde nos vem o direito de poder educar e submeter à tratamento contra a sua vontade pessoas adultas? Por que não hão de poder viver conforme desejam os que o fazem a margem da sociedade – quer se pense em mendigos, prostitutas ou homossexuais? 4) Será a circunstancia de serem incômodos ou indesejáveis para muitos concidadãos, causa suficiente para contra eles proceder com penas discriminatórias?*”, expondo a relação entre papel na sociedade e imposição de pena.

A proposta da prevenção especial positiva é de gerar uma metamorfose interna no apenado. Condenado a uma pena por infração a um delito deve o sentenciado modificar seus valores sociais, seus hábitos, sua subjetividade e até mesmo seu Eu.

Atravessando os muros que dividem liberdade e prisão, ao apenado é dado não somente direito mas a obrigação de reformular seus princípios, valores, metas, subjetividades. Diante do processo de modificação subjetiva que se impõe e das regras da prisão só resta ao condenado uma alternativa, aprender, por meio de um processo de aculturação, ser um bom preso.

O processo de prisionalização pode até originar bons presos, mas não reeduca, ressocializa como se espera dos objetivos da pena. Bons presos não necessariamente serão cidadãos aptos a conviver dentro do contrato fictício existente na sociedade.

Pouco se considera, no momento da metamorfose da subjetividade, que o sistema punitivo se propõe ao retorno à liberdade. Prisões abarrotadas, rebeliões, falta de colchões, comida ruim, péssimo tratamento de saúde, falta de viaturas oficiais e agentes para proceder a uma simples escolta, processos que se multiplicam nas varas de execuções criminais geram um conjunto de atividades e prioridades que impede e esvazia toda a tentativa de recuperar o egresso em seu retorno ao lar.

No contexto da ilusão da prevenção especial positiva a recidiva na infração do pacto fictício surge com força, traçando o caminho dos que nos questionamentos de Roxin se apresentam como aqueles que são obrigados a cumprir regras e penas que são feitas por outros, que os desprezam.

O reincidente ganha um *status* de perigoso e temível, com ele não se pode abrandar uma vez que a finalidade da pena de evitar a recidiva com sua aplicação não foi hábil para modificá-lo subjetivamente. A recidiva deve ser suportada individualmente uma vez que a prevenção que se espera com a aplicação da aflição objetiva manter o grupo social em ordem e não pode ser considerada como elemento de pouca eficácia.

### **3. CULPABILIDADE, PERICULOSIDADE OU TEMIBILIDADE?**

O surgimento da Escola Clássica em resposta ao regime estatuído pela Nobreza, tendo seu centro e base “O DEUS/REI”, cria um pacto ficto. O pacto concebido pelo contratualismo faz com que o indivíduo se torne o centro desse contexto político-jurídico, abandona-se a dependência teológica e funda-se as bases da sociedade no respeito a um pacto simbólico baseado no livre arbítrio.

A Escola Clássica, nascida com os ventos Iluministas, inaugura sua influência no mundo jurídico-penal repleta de cunho filosófico com o livro *Dei delitti e delle pene*. A obra de Beccaria transborda o pensamento filosófico e introduz no mundo jurídico-penal o ideal de realizar um juízo penal equitativo e legítimo.

Essas influências permeiam o nosso mundo jurídico penal, “as penas devem ser proporcionais aos delitos”, “as acusações não podem ser secretas” e “a atrocidade das penas opõem-se aos bens públicos”<sup>7</sup> são exemplos das premissas apresentadas por Beccaria que são bases do pensamento penal na atualidade.

O modelo criado pela Escola Clássica, do contrato social, tinha como escopo estabelecer um modelo jurídico que fosse opoente e adverso ao modelo existente anteriormente. O modelo proposto fez com que se estabelecesse a crença que o poder é terreno, o poder pertence ao indivíduo, ao homem autônomo e capaz de se autodeterminar.

O pacto instaurado pela concepção contratualista deve ser firmado por indivíduos capazes de compreendê-lo e de se adequarem. A violação da norma penal gera inadimplemento ao pacto e deve ser retribuída na medida de sua violação, como forma de retornar à ordem jurídica anterior.

Assim criou-se a base do pensamento penal instalado, percepção que se cristaliza nas palavras do professor Salo de Carvalho na sua obra **Pena e Garantias**: “Os fundamentos do Direito Penal Moderno são lançados em bloco pela Ilustração, tendo em vista a coerência de suas proposições: a lei penal – geral, anterior, taxativa e abstrata (legalidade) – advém do contrato social (jusnaturalismo antropológico), livre e conscientemente aderido por pessoa capaz (culpabilidade/livre arbítrio), que se submete à penalidade (retributiva) em decorrência da violação do pacto por atividade externamente perceptível e danosa (direito penal do fato) reconstituída e comprovada em processo contraditório e público, orientado pela presunção da inocência, com atividade imparcial de magistrado que valora livremente a prova (sistema processual acusatório).”<sup>8</sup>

A escola Clássica baseia seus fundamentos na responsabilidade que advém da vontade livre e consciente do indivíduo de respeitar o contrato firmado pela sociedade, e que em caso de infração deverá ser cominada a ele as normas penais existentes. Para se imputar responsabilidade ao indivíduo que quebra o pacto é necessário que o mesmo seja capaz e apto para compreendê-lo. A culpabilidade é,

7. Cesare Bonesana, Marques de Beccaria, milanês, lançou **Dei delitti e delle pene**, obra que tratou de aplicar a ideologia francesa iluminista ao direito penal.

8. CARVALHO, Salo de. **Penas e garantias**, p.41.

portanto, a capacidade de compreender o contrato social vigente e em virtude dessa compreensão ser responsabilizado e punido por ato contrário às normas penais.

Pressupondo-se o exposto, permissivo para a aplicação de uma pena é a capacidade de compreensão do pacto, bem como o ato de romper, quebrar o pacto. Sem o ato que rompe a ordem jurídica estabelecida legalmente não se permite a aplicação de qualquer penalidade.

Em oposição à Escola Clássica, surge a Escola Positiva Italiana, deslocando para o criminoso o centro da discussão sobre a criminalidade. A Escola Positiva italiana inaugura o estudo científico da Criminologia, por tal fato é tomada como seu termo inicial.

A Escola Clássica, que recebeu essa denominação dos positivistas, concebia o fato criminoso e a vontade de cometê-lo como ato livre do sujeito, como objeto principal da Criminalidade. A Escola Positiva ao buscar compreender o fato criminoso o concebia como ente jurídico que deveria, entretanto, ser analisado com base em conceitos naturais e sociais.

A compreensão da Escola Positiva pode ser percebida nas palavras de Alessandro Baratta: “A reação ao conceito abstrato de indivíduo leva a Escola positiva a afirmar exigência de uma compreensão do delito que não se prenda à tese indemonstrável de uma causação espontânea mediante um ato de livre vontade, mas procure encontrar todo o complexo das causas na totalidade biológica e psicológica do indivíduo, e na totalidade social que determina a vida do indivíduo”<sup>9</sup>.

A Escola Positiva inaugura um novo tempo e uma concepção de crime baseado no conceito de Periculosidade. *L'uomo Delinquente* de Cesare Lombroso<sup>10</sup> inaugura uma nova fase no estudo da criminalidade sendo considerado marco inicial da Criminologia. A fase científica iniciada por Lombroso acompanhava os ventos da época calcados na progresso das diversas ciências como Psiquiatria e a Biologia, segundo as influências de Darwin.

Para Lombroso, o crime não era um fenômeno social, e sim um fenômeno biológico. Acreditava na existência do **Criminoso Nato**, indivíduo que possuía características que determinariam, em algum momento, o cometimento de crimes. Importa, na concepção de Lombroso, a identificação desse criminoso que por ser uma espécie retardatária do ser humano, que persiste às evoluções biológicas, não conseguiria vencer, em razão de sua constituição, o impulso para prática de crimes a que estava determinado.

9. BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*, p. 38.

10. Cesare Lombroso lança em 1876 *L'uomo delinquente*, iniciando a fase científica da Criminologia.



Salo de Carvalho descreve as bases do pensamento lombrosiano sobre o criminoso nato: “Na hipótese etiológico-evolucionista, o *homo criminalis* pode ser representado como sujeito caracterizado por déficit de desenvolvimento (cognitivo e volitivo) que não lhe permitem superar a natureza e atingir, como os demais seres humanos, o estado de civilização. O homem delinquente é mera aparência de humano, pois oculta essência irracional em máscara civilizada. É inerente a sua constituição orgânica e/ou psíquica a existência de potência criminosa que, cedo ou tarde, quer queira ou não será transformada em ato, revelando sua natureza hostil, bestial, pré-civilizada, animalesca. A potência que indicará a maior ou a menor probabilidade individual de cometimento de delitos que passa ser designada periculosidade.”<sup>11</sup>

Ao impulso criminal estudado pela Escola Positiva dá-se o nome de Periculosidade, devendo o estudo da criminalidade apontar prognósticos para sua cura da periculosidade presente no delinquente.

No contexto apresentado, Raphael Garofalo propõe o conceito de temibilidade que deve ser entendido como o “*a perversidade constante e ativa do delinquente e a quantidade do mal previsto que se deve temer por parte dele*”<sup>12</sup>. Baseado no conceito proposto, cria-se a possibilidade de se punir antes mesmo do fato acontecer com base no perigo que possa vir a ser cometido pelo autor.

Calcado no conceito de temibilidade, cria-se as bases da medida de segurança. Reprimir o impulso criminoso, que constitui a possível perversidade esperada de determinado agente é fato suficiente para lhe impor um limite. A periculosidade social, corolário da temibilidade, na concepção da Escola positiva, serviria de base para prevenção da delinquência e do delito.

As ideias da Escola Positiva e o aparecimento dos conceitos de periculosidade e temibilidade, bem como a necessidade de se impor um tratamento (re-educação) aos criminosos, apesar de atualmente parecer-nos distante, à época alcançou várias legislações penais.

A culpabilidade desenvolvida, como senso de responsabilidade, cede lugar à medidas tendentes a abolir o impulso criminoso. Inquestionavelmente as ideias da Escola Positiva permeiam o nosso mundo jurídico penal, seja no momento do processo legislativo, seja no momento de aplicação da lei.

11. CARVALHO, Salo de. *Antimanual de Criminologia*, p. 156.

12. Raphael Garofalo, integrante da Escola Positiva italiana e construiu o conceito que seria a base da medida de segurança e da idéia de periculosidade social.

A reincidência como agravante obrigatória, as circunstâncias pessoais que influenciam no momento da aplicação da pena ou mesmo a comprovação do requisito subjetivo com exame criminológico exigido para concessão dos direitos do sentenciado na execução penal são exemplos cotidianos da aplicação dos institutos da periculosidade e da temibilidade no nosso ordenamento jurídico.

#### 4. REINCIDÊNCIA NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO

A história do instituto da Reincidência no Brasil se confunde com a Independência do Brasil e da influência dos ideais da Revolução Francesa que baseou os pensamentos dos dirigentes do Império brasileiro.

O art. 56 do Código Penal Francês de 1810 trata da reincidência, *in verbis*:

Art. 56 – Quem, depois de ser condenado à uma pena afluiva e infamante, ou somente infamante, comete um segundo crime tendo como pena principal a pena de reclusão criminal ao tempo de dez a vinte anos, será condenado ao máximo da pena, aquela, também, poderá ser elevada ao dobro.

O Brasil seguiu os mesmos passos do Código Penal Francês e o Código Penal de 1830 cuidou da reincidência, considerando que estaria caracterizado tal instituto na forma real e não fictícia, uma vez que para ser considerado como reincidente o agente deveria ser condenado submetido efetivamente ao cumprimento de uma pena anteriormente aplicada.

Destarte, no caso do sujeito delinquente ter sido condenado, cumprido sua pena e voltado a delinquir receberia o enquadramento de reincidente, enquanto que o condenado que cometeu novo delito, mesmo após anterior condenação, mas que não havia ainda cumprido a pena imposta anteriormente não seria considerado como reincidente.

O Código Penal de 1890, diversamente do antecedente, estabelece a reincidência ficta, considerando como reincidente aquele que já foi anteriormente condenado em crime da mesma natureza, independentemente de ter cumprido realmente a pena aplicada.

Os doutrinadores da época defendiam a reincidência ficta, uma vez que a recidiva representava o desprezo do condenado pela lei e pelo juiz, bastando para tanto que ele tivesse uma sentença já julgada. Ademais, o conceito de temibilidade proposto por Raphael Garofalo, era adotado por alguns estudiosos brasileiros que consideravam que os reincidentes criminosos apresentavam maior temibilidade.

Consagrando o instituto da reincidência tanto o Código de 1830, como o Código de 1890, estabeleceu que a recidiva constituía circunstância agravante genérica.

O Código Penal de 1940 originalmente modificava a estrutura legal do instituto da reincidência, estabelecendo em seu art. 46 a possibilidade da existência da reincidência genérica (heterogênea) e de reincidência específica (homogênea).

Posteriormente a edição da lei nº 6.416/77 operou uma profunda modificação na reincidência, retirando a reincidência homogênea do ordenamento jurídico brasileiro.

Grande a relevância de outra modificação trazida pela lei nº 6.416/77, passou-se a adotar o sistema da transitoriedade (temporalidade), em razão do sistema introduzido para efeito de recaída a condenação anterior, ultrapassado o período superior a cinco anos entre a data do cumprimento ou da extinção da pena e do delito posterior não deveria prevalecer. Decorrido o prazo estabelecido legalmente o anteriormente sentenciado volta a sustentar o *status* de primário.

Em 1984 houve a reforma na parte geral do Código Penal que privilegiou a reincidência ficta como circunstância agravante genérica consoante os arts. 61, I, 63 e 64, incisos I e II.

Posteriormente, duas modificações legislativas fizeram retornar para o mundo jurídico penal brasileiro a reincidência específica, agravando os efeitos da recidiva em crimes da mesma natureza, a Lei nº 8072/90 (lei dos Crimes Hediondos) e a Lei nº 9714/98, demonstrando claramente a opção do legislador brasileiro em considerar o reincidente como indivíduo perigoso e desobediente às normas legais e ao Estado-Juiz.

A reincidência no sistema penal brasileiro apresenta vários efeitos seja no momento da aplicação da pena, seja durante sua execução.

A reincidência se apresenta como circunstância que sempre agrava a pena como determina o art. 61, I do CPB, tratando-se de verdadeira imposição legal, não facultando ao magistrado no momento da aplicação da pena individualizá-la.

Da mesma forma no momento da determinação do regime inicial de cumprimento da pena existe o óbice de se aplicar o regime pelo *quantum* da pena segundo as regras do art.33 §2º, b e c do CPB, a menos que se trate de pena de detenção. Apresenta-se ainda como uma das circunstâncias preponderantes no concurso de agravantes como informa o art. 67, última parte do Código Penal Brasileiro.

A previsão legal dos efeitos da reincidência no Brasil ainda enfrenta a política criminal de descarcerização adotada como forma de impedir a carcerização da pena de curta duração. Assim, a reincidência específica impede a

substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou multa, salvo se a substituição socialmente recomendável.<sup>13</sup>

Da mesma forma, a reincidência em crime doloso é impeditiva a concessão do *sursis*<sup>14</sup>, revogando-o, obrigatoriamente, no caso de condenação em crime doloso, e facultativamente, no caso de condenação por crime culposo ou por contravenção, à pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos.

Além de obstaculizar a implementação política criminal de descarcerização a reincidência vai de encontro ao movimento de despenalização fortalecido no Brasil pela lei nº 9.099/95 uma vez que susta a possibilidade transação penal (art. 76, § 2º, I) e impede a suspensão condicional do processo (art. 89).

A reincidência afeta o instituto da prescrição, aumentando o prazo de prescricional da pretensão executória em um terço (art 110 do CPB) e interrompendo a pretensão da prescrição punitiva (art. 117 do CPB).

Na execução da pena a reincidência agrava seu cumprimento, refletindo na superpopulação carcerária de forma determinante. Apesar do dito esforço feito pelas Instituições do Sistema de Justiça, certo é que o recrudescimento da legislação da execução da pena do sentenciado reincidente provoca a manutenção do indivíduo encarcerado por um tempo maior, sendo uma prestigiosa causa de aumento da população carcerária.

O Livramento Condicional tem seu requisito objetivo aumentado de 1/3 (um terço) para sentenciados primários para 1/2 (um meio) para sentenciados reincidentes. Mais gravosas ainda são as condições a que estão submetidas os condenados por crimes hediondos ou equiparados. Os condenados pelos citados crimes, quando primários, satisfazem o requisito objetivo com o cumprimento de 2/3 (dois terços) de sua pena, enquanto que os sentenciados reincidentes específicos são sonogados de seu direito ao Livramento Condicional por determinação legislativa. (art. 83 do CPB)

Ainda considerando-se o direito ao livramento condicional, obrigatoriamente, tal direito será revogado em caso de condenação à pena privativa de liberdade e facultativamente, no caso de condenação, por crime ou contravenção, a pena que não seja privativa de liberdade. (arts. 86 e 87 do CPB)

---

13. Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: (...) II – o réu não for reincidente em crime doloso. (...) § 3º Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime.

14. Art. 77 – A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que: I – o condenado não seja reincidente em crime doloso.

O requisito objetivo para progressão do regime de cumprimento de pena para os condenados a crimes hediondos ou equiparados se aperfeiçoa com o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena no caso de primariedade e com 3/5 (três quintos) no caso de condenados reincidentes. A saída temporária, de igual forma, só é concedida aos sentenciados reincidentes quando completados 1/4 (um quarto) do cumprimento de sua pena, enquanto que os apenados primários garantem o direito com o cumprimento de 1/6 (um sexto) da pena.

Ainda neste diapasão de política criminal a concessão do Indulto possui condições diversas para presos primários e reincidentes. Os diversos dispositivos formadores do Decreto Presidencial nº 7.420/2010 trazem prazos diferenciados para a concessão do Indulto Presidencial, como no caso de presos que estejam cumprindo pena no regime aberto cujas penas remanescentes, em 25 de dezembro de 2010, não sejam superiores a seis anos, se não reincidentes, e a quatro anos se reincidentes, desde que tenham cumprido um quarto da pena, se não reincidentes, ou um terço, se reincidentes.

A Reabilitação, instituto que assegura ao sentenciado o sigilo dos registros sobre o seu processo e condenação, sofre influência da reincidência uma vez que pela previsão do art. 95 do CPB tal instituto será revogado, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, se o reabilitado for condenado, como reincidente, por decisão definitiva, a pena que não seja de multa.

Os diversos dispositivos legais supracitados demonstram com clareza que a política criminal brasileira evidencia um tratamento distinto ao sentenciado reincidente, com base na periculosidade apresentada pelo indivíduo, e não punindo ou executando a pena aplicada com base no fato ocorrido.

## 5. REINCIDÊNCIA, CONTROLE SOCIAL E POLÍTICA CRIMINAL

Os homens buscam decifrar o enigma da criminalidade, o delito, o criminoso e como deve ser exercido o controle social. Todos os estudos buscam desvendar qual a melhor forma de diminuir ou cessar, para os mais fantasiosos, a criminalidade.

O controle social é legitimado pela ideia de “monopólio da força legítima” Max Weber<sup>15</sup>, demonstrando que a sociedade necessita de mecanismos disciplinares que permitam a convivência interna, criando uma série de organismos que admitam a consecução dos objetivos do consenso social.

---

15. SECHAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*, p. 60.

O conceito de controle social é definido por Sergio Salomão Shecaira como sendo o conjunto de mecanismos e sanções sociais que pretendem submeter o indivíduo aos modelos e normas comunitários.<sup>16</sup> O controle social pode ser informal, exercido pela sociedade civil com intuito de educar e socializar o indivíduo, ou controle social formal que é exercida pelos aparelhos políticos do Estado como forma de manter as normas comunitárias.

A Criminologia se ocupa do estudo do delito, do criminoso, da vítima e da forma de reação da sociedade, e desde seu marco inicial com o lançamento do *L'uomo delinquente*, de Cesare Lombroso, diversas foram as possibilidades apontadas como geradoras da Criminalidade.

Os criminólogos da Antropologia Criminal, integrantes da Escola Positiva Italiana, defendiam que o foco deveria estar no criminoso e nos fatores presentes em suas características biológicas, naturais e sociais. Posteriormente surgiram as Escolas sociológicas do Crime, tendo como expoente inicial a Escola de Chicago, que imputavam à socialização defeituosa a existência da criminalidade.

Amparando-se em outro foco a academia europeia surge a teoria da anomia, que imputa à estrutura social defeituosa a existência aceitável ou não do nível da criminalidade.

As Escolas Sociológicas Americanas se baseavam nas teorias dos conflitos, seja social, seja cultural. Na década de 60 ganha força as teorias psicossociológicas que acreditavam que o crime é uma das funções de interação psicossocial entre o indivíduo e sociedade.

Três linhas de investigação psicossociológicas ganharam importância: as teorias da aprendizagem social ou social *learning*, as teorias do controle social e a teoria do *labelling approach* (contempla o crime como mero subproduto do controle social).

Para o atual estudo, a Teoria do *labelling approach* se apresenta como de grande relevância. A Teoria do Etiquetamento retira o foco do estudo da criminalidade do criminoso e das causas do crime, voltando seu estudo para forma de exercício do controle social, fabricando a criminalidade por meio dos agentes do controle social formal que estão a serviço das normas preestabelecidas por uma sociedade desigual.

A teoria do Etiquetamento tem suas bases na teoria sociológica do interacionismo simbólico e construtivismo social que apresenta como ponto potencializador

---

16. SECHAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*, p. 60

do papel do indivíduo na sociedade, do conceito que tem de si mesmo e da situação que nela ele é representado, sendo esse conjunto de coisas questão importante para a conduta criminal.

Da mesma forma o paradigma de controle, sendo compreendido como o processo de definição e seleção que se atribui à etiqueta de criminoso, bem como à seletividade e discriminatória do controle social e o efeito criminógeno da pena contribuem para a construção de rótulos que definem quais condutas devem ser tipificadas e quais são os outros atributos, que aliadas à prática de uma conduta tipificada, contribuem para a configuração do indivíduo como criminoso.

Diversos são os rótulos que podem ser aplicados a um indivíduo em razão de seus “atributos”: desempregado, negro, morador de rua, prostituta, dependente de substâncias psicoativas, morador de favela, entre outros, basta que apresentem cunho pejorativo e possa convencer legisladores, magistrados e sociedade que ele é merecedor de uma pena, independente do fato praticado.

Entre os possíveis rótulos que se situaram no paradigma do controle encontra-se a etiqueta de reincidente. O reincidente, sentado no banco dos réus, processado por outro delito, arduamente resistirá, mas só um prodígio o livrará de outra condenação.

No sistema penal, quase inquisitorial, que vivemos diariamente onde o depoimento de agentes do controle social formal em sede policial é elemento suficiente para condenação, o rótulo **reincidente é a arquitetura perfeita para uma condenação com pseudo motivação**. A simples reincidência funciona como um elemento de convicção do juiz.

Em verdadeira demonstração de descrédito do sistema punitivo e de reação social legalmente estabelecida os próprios agentes do controle formal desacreditam, quase que oficialmente, da sanção que impõem para restaurar a ordem jurídica anteriormente violada e condenam o reincidente mesmo que os elementos probatórios não sejam tão convincentes.

A política criminal, compreendida como “a ciência ou a arte de selecionar os bens (ou direitos) que devem ser tutelados jurídica e penalmente e escolher os caminhos para efetivar tal tutela”<sup>17</sup>, nas palavras de Zaffaroni, utiliza-se da construção do instituto da reincidência e de sua aplicação para manter a estrutura de poder colocada.

---

17. ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**, p. 132.

Ao escolher quem proteger e como proteger, assim como aos escolher que conduta criminalizar e quem criminalizar e etiquetar, com base na teoria do *labelling approach*, construímos a base da política criminal instituída e a qual esfera de poder ela servirá.

O reincidente é aquele que desdenha do Estado Juiz, que não é capaz de ser racional a ponto de calcular o bem e o mal, que não segue o pacto fictício ou ainda aquele que possui um instinto criminoso incontrolável, cabendo à política criminal tratá-lo como diferente, como inimigo e aumentar o controle social formal sobre ele.

## 6. DIREITO PENAL DO INIMIGO

O Direito Penal do Inimigo é uma proposta de sistema penal punitivo desenvolvido pelo professor Günther Jakobs da Universidade de Bonn na qual se permite haver a existência de dois sujeitos passivos do direito penal com naturezas diversas, um seria o cidadão e o outro o inimigo do direito Penal.

Jakobs desenvolve seu ideário de justiça penal na tentativa de reafirmar a importância da prevenção geral positiva em razão, inclusive, da prevenção especial positiva não ter alcançado suas ambiciosas finalidades.

O professor Jakobs indica que o cidadão é um agente criminoso do direito penal que respeita o ordenamento jurídico e a ele se submete, apesar de ter infringido suas normas em algum momento. Do cidadão se espera que, após a aplicação de uma sanção penal, o mesmo não venha novamente infringir a norma ou desrespeitar o Estado constituído.

O cidadão só pode ser reprimido penalmente pela prática de um fato passado. O Estado ao aplicar uma sanção penal ao cidadão busca reafirmar a validade de uma norma jurídica estabelecida. A resposta a um fato que nega a norma jurídica é a censura penal, que deve ser baseada no fato e na culpabilidade do cidadão.

Por outro lado, existe outra classe de agente criminoso do direito penal – o **inimigo**. O inimigo não respeita as regras impostas pelo Estado, o inimigo é um perigo uma vez que a reprimenda penal aplicada a ele não causaria o tratamento esperado e ele não voltaria a se dispor segundo as leis de um Estado.

Diante dessa incapacidade do inimigo se amoldar ao “Estado comunitário-legal”, na concepção kantiana, a pena aplicada a ele deve ser uma “*medida de força dotada do efeito físico de custódia de segurança, como obstáculo antecipado ao fato futuro do crime, cuja natureza de negação da validade da norma a pena pretende prevenir*”<sup>18</sup>.

18. JAKOBS, Günther *apud* SANTOS, Juarez Cirino dos. **O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual**, p. 03.



O inimigo é o outro, o estranho, remontando ao conceito de estrangeiro do Direito Romano. O inimigo é aquele que não está submetido às mesmas regras que os cidadãos e, conseqüentemente, podem trazer perigo à sociedade, não devendo ser tratado como sujeito de direitos, mas sim como alheios, diferentes, não merecedores.

Nas palavras do mestre Zaffaroni a concepção de estrangeiro inimigo assim se desenvolve: “O estrangeiro (*hostis aliengina*) é o núcleo troncal que abarcará todos os *que incomodam o poder*, os insubordinados, indisciplinados ou simples estrangeiros, que, como *estranhos*, são desconhecidos e, como todo desconhecido, inspiram desconfiança e, por conseguinte, tornam-se suspeito por serem potencialmente perigosos. Não se compreende o estrangeiro porque não é possível comunicar-se com ele, visto que fala uma língua ininteligível: não há comunicação possível com *hostis*.”

O inimigo como o outro, o alheio não merece o mesmo tratamento dado pelo Estado aos demais cidadãos. A pena imposta como forma de custódia de segurança prévia para fatos futuros, baseada na periculosidade do agente.

O inimigo deve ser entendido como um objeto de coação do Estado e não como sujeito de direitos. Mesmo que a pena seja anterior ao fato e desproporcional ela se justifica para que se mantenha a periculosidade do inimigo dominada.

Nas palavras de Juarez Cirino, a imputação penal no sistema punitivo proposto que se dá da seguinte forma: “a) o cidadão é autor de crimes normais, que preserva uma atitude de fidelidade jurídica intrínseca, uma base subjetiva real capaz de manter as expectativas normativas da comunidade, conservando a qualidade de pessoa portadora de direitos, porque não desafia o sistema social; b) o inimigo é autor de crimes de alta traição, que assume uma atitude de insubordinação jurídica intrínseca, uma base subjetiva real capaz de produzir um estado de guerra contra a sociedade, com a permanente frustração das expectativas normativas da comunidade, perdendo a qualidade de pessoa portadora de direitos, porque desafia o sistema social.”<sup>19</sup>

O conceito de inimigo está arraigado ao pensamento ocidental desde a época Romana, passando pelas concepções medievais, no estudo do homem criminoso de Lombroso, sendo célebres, ainda, as investigações e dissertações de Carl Schmitt, jurista filiado ao sistema político nacional-socialista alemão, sobre o tema.

Todo entendimento do Direito Penal do Inimigo está calcado na personalidade do indivíduo, na sua capacidade de ser racional como ensinou ao mundo

---

19. SANTOS, Juarez Cirino dos. *O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual*, p. 5.

Sócrates, na capacidade de discernir o bem do mal, no livre arbítrio e na habilidade que o sujeito tem de se adaptar ao pacto fictício, elegendo o lado do bem para pautar suas condutas.

Ao estabelecer a concepção de Direito Penal do Inimigo introduz-se um duplo sistema de imputação penal, assim, haveria o princípio da culpabilidade por fatos passados para o cidadão e para os inimigos seria imposta uma medida de segurança objetivando a prevenção da prática de crimes futuros.

No que se refere ao processo penal, o cidadão estaria protegido por todas as garantias abarcadas pelas Convenções Internacionais e pela Constituição Federal, enquanto que para o inimigo esses direitos e garantias não se apresentam como necessários. Devido processo legal, individualização da pena, presunção de inocência são garantias alheias ao processo penal do inimigo.

No mundo que vivemos hoje o processo penal do inimigo deve ter forma de guerra uma vez que ele é o representante do desrespeito ao Estado, na concepção de Jakobs, sendo aquele que não consegue calcular o bem e o mal, ou porque não deseja fazê-lo ou porque possui no seu interior um impulso criminoso incontrolável.

Ao cindir o direito penal e processual penal entre o direito do cidadão e o do inimigo, Jakobs baseia sua concepção na **personalidade** do agente, cria, então, um tipo penal do autor para o inimigo.

A concepção desenvolvida por Jakobs no segundo milênio traz a carga de todos os pensamentos que ao longo da história imputaram ao indivíduo a existência da criminalidade, e não obstante a tentativa dos penalistas de desviar o foco do Direito Punitivo do indivíduo para o fato sobrevive agudamente nas nossas legislações, como por exemplo, quando prevê que a reincidência deve agravar a pena.

## **7. CONCLUSÃO: DIREITO PENAL DO INIMIGO LEGALMENTE CONSOLIDADO**

O sistema penal estabelecido se baseia na ideia de um consenso ficto existente entre os membros de uma sociedade, que por sua racionalidade e capacidade abstratamente assinam um contrato permitindo a sobrevivência da sociedade assim estruturada.

O indivíduo ao fazer parte do contratualismo penal, em caso de infração à norma deve ser punido na mesma proporção do mal provocado, utilizando-se para tanto a responsabilidade do agente na conduta delituosa praticada.

A Prevenção Especial Positiva, legitimadora da aplicação da pena, que tem como uma de suas finalidades coibir a prática de novos delitos não atinge de forma regular suas metas, uma vez que na pretensão de ressocializar um indivíduo

procura modificar a subjetividade de uma pessoa, transformando seu Ser, na tentativa de que ele se renda à filosofia socrática de que o homem racional é feliz.

Ao tentar abarcar uma modificação interna, subjetiva, a prevenção especial positiva busca com essa metamorfose transformar a sociedade tratando o indivíduo.

Ao aplicar a pena o juiz valora o fato criminoso, mensurando a responsabilidade do agente e aplicando a sanção correspondente com base na culpabilidade, entendendo-se essa como a capacidade do agente ser responsabilizado por um fato típico praticado.

O condenado, a quem a prevenção especial positiva é direcionada em concreto, caso não se realinhe com o ordenamento jurídico, modificando-se subjetivamente, e voltando a delinquir terá sua pena agravada, bem como a forma de sua execução em razão da recidiva.

Os efeitos jurídicos da reincidência no sistema penal brasileiro agravam o cumprimento da pena e sua execução, além de inviabilizar que o reincidente seja considerado como destinatário das políticas criminais que buscam a descarcerização e a despenalização pelo cometimento de determinadas condutas.

Em caso de recidiva o sentenciado demonstra que não respeita o Estado Juiz, além de demonstrar periculosidade, uma vez que subjetivamente não deseja ponderar o bem e o mal, adequando-se ao contrato fictício e devido ao seu impulso irracional de cometer crimes e que não consegue fazer essa ponderação.

Assim, ao aplicar a pena a um condenado reincidente, o juiz não analisará somente a culpabilidade do agente, considerando-se, obrigatoriamente a periculosidade apresentada por ele uma vez que delinuiu pela segunda vez, tratando-se, portanto, de pessoa perigosa, devendo ser tratada no momento da sentença condenatória de forma diversa.

A política criminal ao tutelar os bens jurídicos, e a quem essa tutela se dirige, de forma clara em nossa legislação, trata o reincidente como um ser diferente, merecedor de outro tratamento penal, demonstrando que aquele que não se alinha ao sistema penal após uma tentativa de cura deve ser entendido como inimigo.

O tratamento da legislação brasileira ao reincidente demonstra a existência clara que, em nosso ordenamento jurídico, existe a supressão de direitos e garantias fundamentais como a individualização da pena, respeito à coisa julgada, princípio da presunção da inocência e *bis in idem*.

A falta de motivação substancial das decisões judiciais também é sonegação de direitos e garantias fundamentais, uma vez que a etiqueta de reincidente já é elemento de convicção suficiente para que o juiz o condene novamente,

demonstrando que na prática a reação do controle social formal trata o reincidente de forma distinta.

Tais considerações nos levam a concluir que no sistema penal brasileiro existe um duplo sistema de imputação penal assim como no Direito Penal do Inimigo proposto por Günther Jakobs, um sistema penal para o acusado/sentenciado primário e outro para acusado/sentenciado reincidente.

O sistema penal e processual penal do acusado/sentenciado primário assemelha-se ao que é tido por Jakobs como direito penal do cidadão, que cometeria fatos criminosos normais, sendo a pena uma contradição da lesão da norma, tendo por objetivo reafirmá-la.

O acusado/sentenciado primário, ainda, deve ser considerado como pessoa boa como os cidadãos de Jakobs uma vez que não se submeteram à tentativa de ressocialização, merecendo outra chance de se adequar ao ordenamento jurídico.

O acusado/sentenciado primário ao ser julgado deve ser responsabilizado com base em sua culpabilidade, devendo ser considerado para tanto o fato praticado preteritamente.

Por outro lado, o acusado/sentenciado reincidente se assemelha ao inimigo proposto por Jakobs, em virtude da pena legitimada pela prevenção especial positiva não ter alcançado sua finalidade, é representativo que o sujeito não deseja se readequar ao sistema jurídico vigente ou não consegue controlar seus impulsos criminosos.

O reincidente não respeita o controle social formal, assim não pode ser considerado como sujeito de Estado porque rejeita seu contrato fictício, ou não consegue respeitá-lo em razão de seu incontrolável impulso criminoso, sendo, portanto, um sujeito perigoso.

O acusado/sentenciado reincidente ao ser julgado deve ser responsabilizado com base em sua culpabilidade baseada no fato criminoso, devendo sua pena ser aplicada como base na sua periculosidade, devendo ser agravada.

Da mesma forma o cumprimento da pena do reincidente é agravado, sendo ele privado das medidas que se propõem para evitar o cárcere e a despenalização, demonstrando que nossa política criminal considera o reincidente uma pessoa que não respeita a ordem jurídica e carregado de periculosidade, devendo permanecer excluído do convívio social por maior tempo que o primário, para evitar o cometimento de novos delitos.

A inocuização do reincidente da sociedade por tempo superior que o do indivíduo primário, demonstra que na aplicação da pena e durante sua execução,

nossa política criminal consolida legalmente o conceito proposto por Jakobs de custódia de segurança preventiva, punindo o reincidente por fatos futuros que ele poderá vir a cometer.

Concluindo, percebe-se que o direito penal do inimigo está presente no nosso ordenamento legal, tendo por base uma política criminal perversa que reproduz um ciclo de seletividade penal e se afasta de qualquer legitimidade na aplicação da pena, permitindo que um grupo seja punido com base na culpabilidade, mas tenha a aplicação e execução da pena baseada na periculosidade, estabelecendo um duplo sistema de imputação penal mascarado pela necessidade de um controle social rígido, desrespeitando frontalmente o Estado Democrático de Direito e aproximando-se de propósitos vistos em um Estado autoritário.

## 8. REFERÊNCIAS

- AZEVÊDO, Bernardo Montalvão Varjão de. **O ato de decisão judicial: uma irracionalidade disfarçada**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à sociologia do Direito Penal**; tradução Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan/Instituto Carioca de Criminologia, 2002.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- BOSCHI, José Antônio Paganella. Individualização da pena. In CARVALHO, Salo de (Coord.). **Crítica à Execução Penal**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p 119-138.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm)> Acesso em: 16 dez. 2011.
- \_\_\_\_\_. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)> Acesso em: 17 dez. 2011.
- \_\_\_\_\_. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)> Acesso em: 17 dez. 2011.
- \_\_\_\_\_. Lei 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm)> Acesso em: 16 dez. 2011.
- \_\_\_\_\_. Decreto nº 7.420, de 31 de dezembro de 2010. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7420.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7420.htm)> Acesso em: 17 dez. 2011.
- CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

- \_\_\_\_\_. **Pena e garantias**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- \_\_\_\_\_. Teoria agnóstica da pena: entre os supérfluos fins e a limitação do poder punitivo. In CARVALHO, Salo de (Coord.). **Crítica à Execução Penal**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p 3-28.
- CIRINO DOS SANTOS, Juarez, **O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual**. Instituto de Criminologia e Política Criminal. Disponível em: <<http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/Direito%20penal%20do%20inimigo.pdf>> Acesso em: 18 dez. 2011.
- \_\_\_\_\_. **Direito penal. Parte Geral**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- CONDE, Francisco Muñoz; HASSEMER, Winfried. **Introdução à Criminologia**. Tradução: Cintia Toledo Miranda Chaves. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- GOMES, Marcus Alan de Melo. **Princípio da proporcionalidade e extinção antecipada da pena**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- GRAZIANO SOBRINHO, Sérgio Francisco Carlos. **A progressão de regime no sistema prisional do Brasil: a interpretação restritiva e a vedação legal nos crimes hediondos como elementos de estigmatização do condenado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- GUINDANI, Miriam Krenzinger A. Tratamento penal: a dialética do instituído e do instituinte. In CARVALHO, Salo de (Coord.). **Crítica à Execução Penal**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p 175-188.
- KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Tradução: Edson Bini. Bauru-SP: Edipro, 2003.
- LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. volume II. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed., rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. **Execução Criminal: teoria e prática**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- NIETZSCHE, Friedrich, **Crepúsculo dos ídolos**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.
- \_\_\_\_\_. **O Nascimento da Tragédia**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.
- PRADO, Geraldo. A execução penal e o sistema acusatório. In CARVALHO, Salo de (Coord.). **Crítica à Execução Penal**. 2. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p 407-415.
- RIBEIRO, Bruno de Moraes. **Defesa social e direito penal do inimigo: visão crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

- ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Tradução: Luís Greco. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 2.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- SILVA, Haroldo Caetano da. **Ensaio sobre a pena de prisão**. Curitiba: Juruá, 2009.
- SOUZA, Marcelo Ferreira de. **Segurança pública e prisão preventiva no estado democrático de direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- WEIS, Carlos. **Direitos humanos contemporâneos**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no Direito Penal**. Tradução: Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.





## CAPÍTULO VIII

# A APLICAÇÃO DO ÓBVIO NO ENFRENTAMENTO DA REAÇÃO PARADOXAL: A RELEITURA DO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL

*Wagner de Almeida Pinto<sup>1</sup>*

**SUMÁRIO:** 1. Introdução — 2. Direitos e Garantias Individuais e Princípios da Pena: 2.1. Máxima Efetividade das Normas Constitucionais; 2.2. Dignidade da Pessoa Humana 2.3. Razoabilidade; 2.4. Legalidade; 2.5. Intranscendência; 2.6. Individualidade; 2.7. Inderrogabilidade — 3. Finalidades da Pena e alcance semântico da reprovação: 3.1. Efeito Rebote ou Reação Paradoxal da Pena — 4. Presunção Relativa de Fixação de Pena na sentença penal condenatória: 4.1. Necessidade da Pena; 4.2. Suficiência da Pena; 4.3. Suficiência e Necessidade: breves considerações sobre diferenças e semelhanças; 4.4. Teoria do limite dos limites; 4.5. Paralelo Principiológico — 5. Sistema Trifásico-Amplitude e Profundidade da primeira fase — 6. Princípio Bagatela Impróprio-Breves Considerações. 7. Considerações Finais — 8. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

Frequentemente nos deparamos com situações onde constatamos, ao final da fase cognitiva penal, que apesar do fato ser comprovadamente típico, antijurídico e culpável, a aplicação da sanção prevista no preceito cominatório não traz a justiça devida ao caso. Em outras palavras, quantas vezes temos a sensação que se reflete nas seguintes frases: “Não há a mínima necessidade de encarcerar essa pessoa!” ou, desculpem o termo, “Que sacanagem; ele já cumpriu quase toda a pena em condições bem mais gravosas que as fixadas na sentença!”.

Diante de indagações como estas esclarecemos que o cerne deste trabalho é buscar a leitura constitucional decorrente da literalidade do art. 59 do Código Penal, que traduz na ideia de necessidade e suficiência da pena, tomando com referencial as suas finalidades.

É imperioso desconstruir o eixo puramente matemático que vem, diuturnamente, sendo utilizado na aplicação da pena, em especial na primeira fase.

Praticamente inexistente a apreciação pelo magistrado sobre a necessidade em concreto e a suficiência da pena.

---

1. Defensor Público Estadual. Especialista em Direito Processual pelo Centro de Estudos Superiores de Macaíó – CESMAC.

Destaque-se que o sistema adotado pelo Código Penal Brasileiro é o trifásico, onde cabe ao julgador na primeira fase realizar a primeira análise do art. 59 do Código Penal. Daí se extrai a importância da atividade judicante em se buscar a justiça que cada caso merece.

A tarefa do julgador nesta fase deveria ser conseguir de modo justo, individualizado, humano e proporcional, esgotar os comandos inseridos na norma. O exame aritmético da pena deve ser um momento residual à análise do condenado como ser humano.

Ora, diante da necessidade de motivação das decisões judiciais e o disposto no art. 59 do Código Penal constata-se que é obrigatória, na primeira fase da aplicação da pena, antes da fixação da pena base, a fundamentação sobre a necessidade em concreto da pena e sua suficiência.

Então, como a pena deve perquirir os anseios sociais, baseados nos ditames da democracia e nos princípios que a norteia, existirão situações em que o próprio Estado para tutelar a ordem jurídica e evitar uma reação paradoxal das finalidades da pena terá que adotar a terapêutica legal da declaração da desnecessidade da aplicação da pena ou o reconhecimento da sua suficiência pelo *jus puniendi* precoce praticado pelo próprio persecutor.

## 2. DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS E PRINCÍPIOS DA PENA

O condenado apesar de estar passível de sujeições estatais, não perde a qualidade de sujeito de direitos, onde os princípios constitucionais da pena e os outros deles decorrentes resguardarão o indivíduo de qualquer tentativa de excesso ou desvirtuamento do poder de punir.

Inicialmente, esclareça-se que os princípios constitucionais da pena, por serem dotados de alto grau de abstração e possuem eficácia jurídica direta e imediata, podem trazer em seu bojo tanto a declaração de direitos fundamentais como mecanismos de proteção desses direitos.

Os princípios constitucionais da pena se encontram no rol dos direitos e garantias individuais. Ou seja, é uma proteção do indivíduo inicialmente contra o Estado (eficácia vertical) e hoje com advento do reconhecimento da sua eficácia horizontal, também contra o particular.

Como o direito penal se desenvolve pela relação jurídica entre o cidadão e o poder punitivo estatal, os efeitos dos direitos e garantias individuais, como espécie dos direitos e garantias fundamentais, que são irradiados verticalmente, merecem destaque nesse trabalho.

Os direitos fundamentais, por natureza, são instrumentos de proteção do cidadão e não do Estado. São compreendidos como limitações ao exercício do poder estatal, restringindo-se ao âmbito das relações entre o particular e o Estado (direitos de defesa). Por esta relação jurídica ser hierarquizada, de subordinação, utiliza-se a expressão *eficácia vertical* dos direitos fundamentais. (NOVELINO: 2008, p. 230)

Segundo José Afonso da Silva (2001, p.182) direitos e garantias individuais:

são aqueles que reconhecem autonomia aos particulares, garantindo a iniciativa de independência aos indivíduos diante dos demais membros da sociedade política e do próprio Estado.

Por isso, os princípios a seguir elencados são invocados pelo apenado como uma limitação de agir estatal, devendo ser interpretados sob o manto da máxima efetividade sob o plano vertical. Sendo assim, aos princípios da pena que dão substrato constitucional ao art. 59 do Código Penal devem ser-lhes atribuídos o sentido que garanta a maior eficácia ao direito fundamental da liberdade.

## 2.1. Máxima Efetividade das Normas Constitucionais

Vale frisar que o princípio da máxima efetividade é postulado hermenêutico constitucional que visa prestigiar os direitos fundamentais, dando-lhes a maior eficácia possível.

Canotilho (2002: p.227) assevera que:

o princípio da máxima efetividade *é um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais).*

Os princípios que regem a pena conforme salientados estão inseridos no âmbito dos direitos e garantias fundamentais individuais onde orientam a restrição do direito fundamental à liberdade. Nesta senda, no momento interpretativo, diante do conflito aparente entre princípios ou normas deve-se prestigiar aquele que mais amplifique o direito fundamental à liberdade.

## 2.2. Dignidade da Pessoa Humana

Este princípio tem essência de norma sobre normas e norteia os demais princípios constitucionais. Está no patamar de princípio fundamental, essencial, fonte de todo ordenamento jurídico brasileiro. Este princípio, apesar do seu alto grau de abstração está enraizado no núcleo existencial de todos os direitos fundamentais.

A dignidade da pessoa humana – alçada a princípio fundamental pela Constituição Brasileira (CF/88, art. 1º, III) é vetor para a identificação material dos direitos fundamentais – apenas estará assegurada quando for possível ao homem uma existência que permita a plena fruição de todos os direitos fundamentais. (CUNHA JÚNIOR: 2008 p. 349-395).

Na concepção de Piovesan (2000, p.54):

a dignidade da pessoa humana está erigida como princípio matriz da Constituição, imprimindo-lhe unidade de sentido, condicionando a interpretação das suas normas e revelando-se, ao lado dos Direitos e Garantias Fundamentais, como cânone constitucional que incorpora “as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro”.

Ainda nesse contexto, manifesta-se o STF:

(...) o postulado da dignidade da pessoa humana, que representa – considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) – significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo (...). (HC 95464, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 03/02/2009, DJe-048 DIVULG 12-03-2009 PUBLIC 13-03-2009 EMENT VOL-02352-03 PP-00466)

A dignidade da pessoa humana é, **por conseguinte, o núcleo essencial dos direitos fundamentais, a “fonte jurídico-positiva dos direitos fundamentais”**. (FARIAS: 1996, p.54)

Sarlet (2007, p. 111-112) afirma que

a qualificação da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental traduz a certeza de que o art. 1º, inc. III, de nossa Lei Fundamental não contém apenas uma declaração de conteúdo ético e moral (que ela, em última análise, não deixa de ter), mas que constitui norma jurídico-positiva com status constitucional e, como tal, dotada de eficácia, transformando-se de tal sorte, para além da dimensão ética já apontada, em valor jurídico fundamental da comunidade.

Esse vetor que serve de sustentáculo para unidade de nosso ordenamento, direciona as atividades executiva, legislativa e judiciária, vedando o absolutismo quando a matéria é restrição de direitos fundamentais.

### 2.3. Razoabilidade

O princípio da razoabilidade é princípio constitucional implícito decorrente do devido processo legal sob a vertente substancial expressamente previsto na Constituição de 1988.

A razoabilidade concretiza a garantia do devido processo legal substantivo, impondo limites à discricionariedade do exercício da função estatal de editar normas gerais e abstratas reguladoras das condutas sociais que impliquem tratamento homogêneo para situações distintas ou diferenciado para situações assemelhadas (CASTRO: 2006, p. 145/146)

A razoabilidade estrutura a aplicação de outras normas. Entre os sentidos atribuídos ao conceito, três acepções se destacariam: primeiramente, seria utilizada como diretriz a exigir uma relação das normas gerais com a individualidade do caso concreto (*razoabilidade como equidade*). Em um segundo sentido, seria entendida como diretriz a exigir uma vinculação das normas jurídicas com o mundo ao qual elas fazem referência; impondo a existência de um suporte empírico e de uma relação de congruência entre a medida adotada e o fim que ela pretenderia atingir (*razoabilidade como congruência*). Por fim, a razoabilidade seria compreendida como diretriz a exigir a relação de equivalência entre duas grandezas (*razoabilidade como equivalência*). (ÁVILA: 2003, p. 95-103)

#### 2.4. Legalidade

O princípio da legalidade tem previsão legal no artigo 5º, incisos II e XXIX, da Carta Magna, tem função de garantia da lei, no caso, da lei penal, e descrevem: *II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; XXXIX – não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal. Tem função de garantia da lei penal.*

Sua aplicação tem como verdadeira garantia do cidadão. (BECCARIA: 2000, p.20).

Nucci (2005: p.78) discorre sobre três significados principais de legalidade:

o político, que o posiciona como garantia constitucional dos direitos fundamentais; o jurídico lato sensu, traduzido pelo art. 5º, II, da Constituição; e o jurídico stricto sensu, consoante o qual os tipos penais incriminadores apenas podem ser criados por leis em sentido estrito, produzidas pelo Poder Legislativo e em conformidade com o processo legislativo constitucionalmente disciplinado.

A leitura deste princípio deve conferir maior segurança jurídica ao cidadão, é feita sob a faceta de que uma pena só pode ser aplicada se existir cominação prévia.

#### 2.5. Intranscendência

A Constituição em seu art. 5º, XLV, dispõe que nenhuma pena passará da pessoa do condenado.

O “princípio da responsabilidade pessoal”, “princípio da personalização da pena”, firma-se através de um posicionamento pacífico em todas as nações civilizadas do mundo contemporâneo, que a pena poderá atingir tão somente a pessoa do réu. (TUCCI: 2004, p. 302/303)

Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli (2006, p. 154) alertam para tal fato quando lamentam que “*infelizmente, sabemos que na realidade social a pena costuma afetar terceiros inocentes, particularmente os familiares do apenado*”.

É sabido que qualquer pena e, em especial, a de prisão, afeta o círculo de pessoas próximas ao condenado.

Ainda como salienta, GOFFMAN, Erving *apud* SCHILLING, Flávia. MIYASHIRO, Sandra Galdino (2008, p.248):

O “estigma de cortesia” leva o indivíduo que se relaciona diretamente com o estigmatizado a descobrir que deve sofrer da maior parte das privações típicas do grupo que assumiu e, além disso, de maneira semelhante à que ocorre com o estigmatizado, corre o risco de não ser aceito por outros grupos.

Um sistema penal que adote o cárcere como meio punitivo ainda que a sanção não transcenda diretamente o condenado seus efeitos o farão. (ZAFFARONI; PIERANGELI: 2006, p. 154).

## 2.6. Individualidade

A individualização da pena consubstanciada no art. 5º, XLVI, da Constituição Federal decorre dos princípios da legalidade e proporcionalidade já ventilados.

Esse estado de equilíbrio ideal entre legalidade e individualização deve seguir o caminho da ponderação informada pelo bom senso, lançando mão daquele que tem sido chamado de “Princípio dos Princípios”, “Superprincípio” ou “Metaprincípio”, qual seja, o já tantas vezes referido neste texto, “Princípio da Proporcionalidade”, que permite sopesar e valorar princípios em aparente antinomia. (GUERRA FILHO: 2007, p.216/217)

Destaque-se o trecho metafórico de PRINS (1915, p.430):

Assim como um médico não poderá distribuir um mesmo remédio a todos os seus doentes e para todas as doenças, assim também o legislador não pode impor o mesmo regime penal indistintamente a todos os delinquentes.

## 2.7. Inderrogabilidade

Não se trata de princípio constitucional expresso e segundo a doutrina é consequência do princípio da legalidade.

Segundo este princípio, salvo as exceções legais, a pena não pode deixar de ser aplicada sob fundamento algum. (MAGGIO: 2002, p.359)

### 3. FINALIDADES DA PENA: REPROVAÇÃO NÃO É RETRIBUIÇÃO

A Constituição brasileira de 1988 não se posicionou expressamente sobre qual teoria da finalidade da pena é aplicada no Brasil. Mas, como se sustenta em vetores de um modelo democrático de Direito, com pilares em princípios, regras e valores como a justiça, liberdade, segurança jurídica, proporcionalidade, dignidade da pessoa, podemos inferir que as disposições infraconstitucionais têm o dever de pelipir os valores de vingança, de pagar o mal pelo mal.

De plano se constata que o modelo retribucionista é inconstitucional.

O artigo 59 do Código Penal assumiu expressamente um duplo sentido para a pena: reprovação e prevenção. Digo, reprovação e não retribuição.

Registre-se que o intuito das penalidades não é torturar e angustiar um ser sensível, tão pouco desfazer um crime já praticado. As punições têm por escopo inibir o culpado de se tornar no futuro prejudicial à sociedade e afastar os seus cidadãos do caminho do crime. (BECCARIA: 2000, p.49)

Beccaria afirmou ainda que para não ser um ato de violência contra o cidadão, a pena deve ser, de modo essencial, pública, pronta, necessária, a menor das penas aplicáveis nas circunstâncias dadas, proporcionada ao delito e determinada pela lei. (BECCARIA: 2000, p.107)

A maioria da doutrina brasileira elegeu a teoria mista para definir as finalidades da pena.

Juarez Cirino salienta que no Brasil, o Código Penal aproveita as teorias unificadas ao motivar a aplicação da pena conforme seja imprescindível e suficiente para condenação e prevenção do crime (artigo 59 do Código Penal Brasileiro), a reprovação revela a ideia de retribuição da culpabilidade; a prevenção do crime compreende as modalidades de prevenção especial (neutralização e correção do autor) e de prevenção geral (intimidação e manutenção ou reforço da confiança na ordem jurídica) conferidas à pena criminal. (CIRINO: 2006, p.463)

Contudo, *data venia*, como adotamos um sistema Constitucional Penal de Legalidade, venho a discordar da quase totalidade da doutrina do Brasil e afirmar que apesar de seguirmos uma Teoria mista, ela é distinta e eminentemente nacional, pois a expressão reprovação não deve transmitir o mesmo valor semântico da expressão retribuição.

Retribuição e reprovação têm naturezas distintas. Pode até existir, numa visão egocêntrica, o elemento volitivo de devolver, vingar, contra atacar, mas

jamais esse é o espírito de nossa Constituição e nem é o que dispõe o artigo 59 do Código Penal.

Reprovar tem o sentido de censurar, repreender e não retribuir.

Toda sentença condenatória, como qualquer sentença, traz em seu bojo um teor declaratório, pois declara concretamente a vontade abstrata do Estado, prevista na lei. A declaração dessa vontade em uma sentença condenatória representa, em tese, o primeiro juízo de reprovação, pois, na prática, verificamos juízos de reprovação prévios, como por exemplo, a decretação da prisão preventiva com base na gravidade do crime.

Outro aspecto é que essa reprovação advinda do conteúdo declaratório da sentença condenatória ainda pode produzir, conforme o caso, efeitos com natureza de verdadeiras sanções, são eles:

- a) **penais**: induzem à reincidência, gera maus antecedentes, revoga a reabilitação, lançamento no rol dos culpados entre outros;
- b) **extrapenais genéricos**: formação de título executivo, gerando a obrigação de reparar o dano causado; confisco dos produtos e instrumentos ilícitos do crime e suspensão dos direitos políticos;
- c) **extrapenais específicos** (devem ser expressamente declarados): perda do cargo, função pública e mandato eletivo; incapacidade para o exercício do poder familiar, tutela ou curatela e inabilitação para dirigir.

É perfeitamente possível, analisado casuisticamente, o exaurimento da finalidade de reprovação (censura, repreensão) em decorrência da parte declaratória da sentença condenatória e seus outros efeitos que serão irradiados.

Saliente-se que aqui não se está pregando que teor declaratório da sentença condenatória alcançará, por si só, a finalidade de reprovação.

Existirão casos, quando necessário, e respeitada a suficiência, que a fixação da pena será um imperativo para censurar ou repreender, mas, jamais retribuir, sob pena de ferir a legalidade inserta na literalidade do art. 59 do Código Penal como também os princípios constitucionais que regem a pena e o seus ideais democráticos decorrentes.

Em um Estado Democrático de Direito o poder é exercido em nome do povo e ademais o Direito Penal tem a finalidade de proteger bens jurídicos e não realizar vinganças. (CIRINO: 2006, p.456)

Portanto, é a forma que vem sendo encarada a aplicação e a execução da pena que nos transmite a péssima conclusão de que a pena no Brasil tem função retributiva.



Frise-se, entretanto, que tal função se irradia ao alvedrio do que estabelece o multicitado art. 59 do Código Penal e dos valores sustentados na nossa Constituição.

O Brasil adota uma Teoria Mista própria, onde suas finalidades são: prevenção geral, prevenção especial e reprovação, onde a finalidade **preventiva geral** ocorre no momento da cominação da pena em abstrato pelo legislador e visa à sociedade. Já na sentença (cominação da pena em concreto, conforme necessário e suficiente para reprovar e prevenir), o juiz aplica a pena, buscando a finalidade **de reprovação** e a **preventiva especial**.

Note-se que a pena deverá caminhar com os seus legítimos fins e não contra eles. Quando tal equação não é observada, sua reação paradoxal é inevitável, inclusive tendentes a danos sociais e aos bens jurídicos que o próprio direito penal visa tutelar.

### 3.1. Efeito Rebote ou Reação Paradoxal da Pena

A expressão é bastante conhecida no meio farmacológico. Este efeito descreve uma reação secundária do organismo a um estímulo primário drogual. Esta ação secundária do organismo é denominada de efeito rebote ou reação paradoxal, segundo a racionalidade científica atual. (BONAMIN: 2007, p.31)

Efeito Rebote ou paradoxal é uma reação secundária decorrente da ação originária, traduzindo-se em uma resposta adaptativa em sentido oposto ao resultado pretendido, podendo inclusive ser em maior intensidade. Decorre da má execução ou aplicação da pena.

Destaque que diante deste conceito identificamos três elementos conceituais: a) ação primária (aplicação ou execução de uma pena); b) reação secundária (resposta adaptativa à má aplicação da pena ou má execução dela) e c) resultado oposto ao pretendido (finalidade da pena antagônica a almejada).

A má aplicação da pena muitas vezes decorre do seu excesso ou desnecessidade, provocando no apenado uma resposta adaptativa nociva aos seus fins.

Perceba que a ação desencadeadora do efeito paradoxal pode ocorrer na:

1. **pré-sentença** – pelo mau manejo de uma cautelar imposta;
2. **sentença** – pela desobediência do sistema trifásico, em especial, a não observância da amplitude e profundidade da primeira fase;
3. **pós-sentença** – falha na execução da pena, principalmente, por não tratar o apenado como um sujeito de direitos. Exemplificando, costumeiramente, vem se tratando os institutos da execução como benefícios, “bondades”, “favor estatal”, ao invés de reconhecê-los como direito subjetivo do apenado.

Saliente-se que o efeito rebote da pena é vislumbrado de forma individual, considerando cada apenado em suas diversidades.

No entanto, em virtude da prática crônica de se fixar penas desnecessárias, de se exceder na aplicação a pena, desnaturando as medidas cautelares e de não considerar o apenado como um sujeito de direitos, inclusive na execução, o efeito rebote ou paradoxal da pena está tomando, cada vez mais, proporções multiplicativas com reflexos sociais perceptíveis.

Essa resposta reativa de forma multitudinária é percebida facilmente nos dias de hoje através da sensação comum da existência de um sistema de retroalimentação de violência, exclusão social, de manifesta ineficácia nas respostas estatais, além da constatação do aumento da reincidência criminal e da população carcerária, inclusive, custodiadas em estabelecimentos incompatíveis.

#### **4. PRESUNÇÃO RELATIVA DE FIXAÇÃO DE PENA NA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA**

##### **4.1. Necessidade da pena**

Após discutir quais as finalidades da pena o Brasil adotou, passaremos a analisar a necessidade e suficiência da pena sob a égide do alcance de suas finalidades.

O art. 59 do Código Penal assevera que o juiz estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, a quantidade de pena, dentro dos limites previstos. Não resta dúvida que o legislador infraconstitucional previu como elementos constitutivos para a aplicação de pena, a necessidade e suficiência. Segue a transcrição do dispositivo:

O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja **necessário e suficiente** para reprovação e prevenção do crime”: (grifo nosso)

Da sua literalidade, percebe-se que no momento da sentença, após condenar o acusado, o juiz para aplicar a pena terá que demonstrar sua necessidade e suficiência para alcançar seus fins.

A sentença é um ato de vontade, de sentir do Estado que precisa de alguém com sentimento e não uma máquina, pois para se aplicar o princípio vetor de nossa Constituição, cotejá-los com outros princípios, valores e regras, e ainda, fazer o exercício de ponderação de interesses é necessário alguém com alma, espírito, essência.

Nem sempre o fato de ser condenado gerará como consequência a fixação de uma pena, pois a sua aplicação pode ser considerada desnecessária.

Necessidade significa aquilo que é absolutamente necessário, indispensabilidade, o que não pode ser de modo diverso do que é, o que tem que ser. (Necessidade. *In Michaelis*: moderno dicionário da língua portuguesa [Internet]. Disponível em: <[http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=português-portugues &palavra=necessidade](http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=português-portugues&palavra=necessidade)> Acesso em: 11 dez. 2011.)

Partindo dessa premissa, sob o viés da necessidade, deverá o juiz antes de fixar a pena base e antes de fazer a análise da suficiência da pena, fundamentar sobre sua necessidade em concreto, ou melhor, ponderar se naquele caso é absolutamente necessária, se é absolutamente imprescindível a aplicação da pena em tese prevista para aquele delito, se sua aplicação alcançará os seus fins: prevenção especial e reprovação, pois a prevenção geral como traçado em linhas anteriores acontece no momento da fixação da pena em abstrato.

Exemplificando: imagine um acusado primário que praticou a conduta tipificada como roubo, em concurso de pessoas, mediante grave ameaça, sob influência do co-autor do delito e confessou o delito. Imagine ainda, que da data do fato até a sentença se passaram 09 anos, não estando prescrito o delito, e que atualmente ele se encontra trabalhando, com filho e família que dependem da sua remuneração, e que após 09 anos da data do fato o acusado não tem sequer um registro policial. Será que a aplicação da pena privativa de liberdade prevista em abstrato nesse caso é realmente necessária ou traria um efeito rebote?

Não resta dúvida que o nosso sistema não conduz a lógica da presunção absoluta de necessidade de aplicação de pena em caso de sentença condenatória.

O exame da necessidade da pena, prevista no art. 59 do Código Penal, visa limitar uma injusta intervenção estatal no núcleo mínimo intangível do direito fundamental a liberdade, respeitando o vetor orientativo de nosso sistema que é a Dignidade da Pessoa Humana.

A pena jamais poderia ter o viés de transformar um cidadão “recuperado” em um ser potencialmente nocivo à sociedade.

Portanto, após analisada a necessidade em concreto da pena, se o juízo foi negativo, restarão prejudicada as outras fases e juiz apesar de ter condenado não aplicará a pena, produzindo a sentença os seus outros efeitos penais e extrapenais compatíveis com a situação.

Porém, se o juízo de necessidade foi positivo, passará o juiz à apreciação da suficiência, caso exista a imposição de uma medida cautelar prévia equivalente à pena.

#### **4.2. Suficiência da pena**

Pois bem. No que tange o termo suficiente, inserto no art. 59 da lei material penal, significa o que basta ou é bastante; o que satisfaz. (Suficiência. *In*

**Michaelis:** moderno dicionário da língua portuguesa [Internet]. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=português-portugues &palavra=suficiência>> Acesso em: 11 dez. 2011.)

Suficiência impõe-se uma apreciação quantitativa da pena após o juízo de valoração positiva do magistrado sobre a necessidade, tomando como parâmetro as finalidades da pena: prevenção e reprovação (não retribuição).

No âmbito da suficiência, ao meu ver, se vivêssemos em uma realidade na qual os princípios da presunção de inocência, homogeneidade, razoabilidade, legalidade entre outros fossem respeitados não teríamos a constatação corriqueira de antecipação de pena no cotidiano forense, pois as medidas cautelares são excepcionais, onde a prisão cautelar é a espécie ultraexcepcional no âmbito dessa excepcionalidade.

Acontece que nossa realidade é outra e a utilização indiscriminada das medidas cautelares, em especial, as prisões preventivas, produz uma verdadeira avalanche de antecipações de pena travestidas em medidas cautelares. Isso é fato, mesmo nosso ordenamento não permitindo.

EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CORRUPÇÃO ATIVA. PRISÃO PREVENTIVA. GRAVIDADE DO CRIME. FUNDAMENTO INIDÔNIO. CUSTÓDIA PREVENTIVA COMO ANTECIPAÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. EXCEÇÃO À SÚMULA N. 691/STF. 1. Esta Corte fixou entendimento no sentido de que a gravidade do crime não justifica, por si só, a necessidade da prisão preventiva. 2. A manutenção da custódia cautelar, sem justa causa, consubstancia antecipação do cumprimento da pena, vedada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal [HC n. 84.078, de que fui relator, DJ de 5.2.09]. 3. Situação de flagrante constrangimento ilegal a ensejar exceção à Súmula n. 691/STF. Ordem concedida de ofício a fim de que o paciente aguarde o julgamento em liberdade. Extensão ao corréu, com fundamento no art. 580 do CPP. (HC 100572, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 15/12/2009, DJe-076 DIVULG 29-04-2010 PUBLIC 30-04-2010 EMENT VOL-02399-05 PP-01091

Sendo assim, nas hipóteses em que existam restrições prévias, produzidas pelo Estado, como por exemplo, no excesso no uso de uma ou mais medidas cautelares anteriormente fixadas, é dever do juiz averiguar se essa restrição já atingiu ou não os fins da pena, pois essa restrição, infelizmente, nada mais é que antecipação de pena camuflada em medida cautelar.

Qualquer que seja a restrição de direito, mesmo os permitidos, se promovida com excesso, deve ser repelida, pois é vedado pelo nosso ordenamento. Tal

assertiva tem respaldo no princípio da vedação do excesso que, segundo (ÁVILA: 2005, p.97), se proíbe a restrição excessiva de qualquer direito fundamental.

Por isso, diante de uma restrição imposta por medida cautelar perpetrada, em especial a prisão, deverá o juiz analisá-la se esta tem natureza de pena. Após, deve verificar se essa restrição pré-sentença é apta a atingir os fins de prevenção e reprovação correlacionados à pena.

Exemplificando: já seria mais que o suficiente a prisão provisória por seis meses de um condenado por furto tentado que teria o direito de ter sua pena substituída por restritiva de direitos. Será que mesmo não substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, o condenado já não teria cumprido a maior parte da pena em regime mais gravoso do que seria fixado na sentença? E no caso de excesso na acusação, em que foi imposta uma cautelar desnecessária ou excessiva e ao final existiu desclassificação delitiva? Não resta dúvida que situações como essas não são incomuns, configuram excesso na restrição do direito à liberdade, merecem ser corrigidas, e não serão corrigidas com a simples detração.

Ora, fica claro que o juízo positivo da suficiência, previsto no art. 59 do Código Penal, é a forma prevista pelo legislador para atender o princípio de vedação do excesso e adequar a pena aos seus parâmetros de razoabilidade e Dignidade Humana.

#### **4.3. Suficiência e Necessidade: breves considerações sobre diferenças e semelhanças**

A análise da suficiência tem o escopo de evitar ou mitigar o excesso de pena. Note-se que o exame prévio da suficiência está imbricado na vedação ao excesso que decorre da razoabilidade, respeitando o núcleo mínimo do direito à liberdade tutelado pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

E mais. O reconhecimento da suficiência pressupõe um reconhecimento prévio da necessidade da pena e a existência de pena com seus fins de prevenção e recuperação exauridos precocemente em virtude do desvirtuamento de medida cautelar.

Já o reconhecimento da desnecessidade da pena antecede a apreciação quantitativa, não pressupõe a existência de antecipação de pena, mas esta pode ser levada em consideração, e traduz no cotejo das situações endógenas e exógenas capazes de atingir os fins da pena, porém sem aplicá-la.

No que tange aos efeitos penais e extrapenais da sentença condenatória, observe que, conforme o caso, todos os efeitos são compatíveis com o reconhecimento

da suficiência da pena. No entanto, com relação à desnecessidade em concreto da pena, pela sua natureza, alguns efeitos nunca serão aplicados, como por exemplo, perda do cargo, função pública e mandato eletivo.

Em resumo, a expressão necessidade traduz a ideia de algo indispensável, a suficiência traz em seu bojo o esgotamento dos fins da pena sob o vértice quantitativo. No entanto, o reconhecimento negativo da necessidade e o positivo da suficiência têm duas conseqüências em comum: uma processual e outra extraprocessual. A processual é a não fixação de pena na primeira fase de aplicação, restando prejudicadas as fases subsequentes; já a extraprocessual é de repelir o efeito rebote da pena.

#### 4.4. Teoria do limite dos limites

É cediço a imperatividade do direito à individualização da medida concreta, onde, o *caput* do artigo 59 da lei penal é o norteador legislativo material para alcançar essa concretude.

Esclareça, mais, que não se quer impunidade, pois em nenhum momento a avaliação da necessidade e suficiência contrariará o princípio da relatividade e convivência das liberdades públicas.

Esses princípios têm como características a relativização e limitação dos direitos fundamentais, propiciando, nesta temática, a restrição ao direito fundamental à liberdade, advindo da premissa de que nenhum direito fundamental poderá ser utilizado como garantia de impunidade, como escudo para a prática de atos ilícitos.

Nesse sentido (BRANCO *et al*: 2007, p.230/231):

“(...) os direitos fundamentais podem ser objeto de limitações, não sendo, pois, absolutos. (...) Até o elementar direito à vida tem limitação explícita no inciso XLVII, *a*, do art. 5º, em que se contempla a pena de morte em caso de guerra formalmente declarada”.

Segue também as decisões do S.T.F., abaixo colacionadas:

“(...) Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal. 14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o ‘direito à incitação ao racismo’, dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como

sucedem com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica.” (STF, Pleno, HC 82.424/RS, Relator para o Acórdão Ministro Maurício Corrêa, DJ de 19.03.2004).

“OS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NÃO TÊM CARÁTER ABSOLUTO. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas – e considerado o substrato ético que as informa – permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros.” (STF, Pleno, RMS 23.452/RJ, Relator Ministro Celso de Mello, DJ de 12.05.2000)

Contudo essa limitação não pode ter o condão de esvaziar o conteúdo dos direitos fundamentais e as garantias a eles relacionadas.

Ao se atribuir ao poder judiciário a tarefa de examinar a necessidade e suficiência da pena, nos parâmetros do art. 59 Código Penal, se quer, com certeza, evitar uma pena desnecessária, excessiva ou inadequada. O disposto no artigo referido impõe uma limitação à restrição do direito fundamental de liberdade com o fito de resguardar o núcleo essencial intangível dos direitos fundamentais.

A situação acima suscitada se respalda na teoria do limite dos limites.

A limitação de direitos fundamentais deve, por conseguinte, ser adequada para produzir a proteção do bem jurídico, por cujo motivo ela é efetuada. Ela deve ser necessária para isso, o que não é o caso, quando um meio mais ameno bastaria. Ela deve, finalmente, ser proporcional em sentido restrito, isto é, guardar relação adequada com o peso e o significado do direito fundamental. (HESSE: 1998, p.256)

Ainda adverte os professores DIMOULIS *et* MARTINS (2007, p.167): “a limitação dos direitos fundamentais conhece suas próprias limitações. Isso significa que é proibido proibir o exercício do direito além do necessário”.

Portanto, a aplicação do direito não pode ser absolutamente cartesiana, pois a complexidade da relação jurídica instituída entre o indivíduo e ente abstrato

(Sociedade) exige o exercício do sentir do magistrado a fim de preservar o núcleo mínimo dos direitos uma vez dentre outros aspectos as variáveis, econômicas, culturais, políticas, filosóficas, sociais que modulam o indivíduo.

#### 4.5. Paralelo Principlológico

A extensão do art. 59 do Código Penal atende os ideais da dignidade da pessoa humana, pois traz em seu bojo mecanismo para se evitar ameaça ao núcleo intangível do direito à liberdade. Por via consequencial, está em consonância com princípios que norteiam a pena. Por isso, os mecanismos de limitação da pena deste artigo:

1. É razoável, pois alcança as individualidades de cada caso, ao destacar que a pena não é um fim em si mesma, devendo atender os fins de reprovação e prevenção. Veda o excesso, impõe limitações a atividade estatal de limitar direito fundamental.
2. É legal, pois é lei em sentido estrito, obrigando ao magistrado a cumpri-la. Ressalte-se, como argumento de reforço, que a previsão da legalidade representa uma proteção ao cidadão de não ser submetido a uma pena que não era prevista na data do fato que resultou sua condenação. Isto significa que se existir uma cominação prévia a pena pode (e não deve) ser aplicada desde que seja necessária e suficiente para atender seus fins.
3. É fonte materializadora da proteção do núcleo mínimo da intranscendência. Sabe-se que as penas, principalmente a aflição, ante a inevitabilidade ocasionada pelo sistema penal que adotamos, em regra, transpassam a figura do apenado e atinge as pessoas do seu convívio familiar ou afetivo. Contudo, o dispositivo multicitado, obriga a realização de um juízo de valoração e ponderação dos limites dos efeitos transcendentais da pena para não afetar a parte intangível da intranscendência.
4. Atende a Individualidade, pois individualizar a pena significa antes de tudo propor a medida mais adequada para o caso concreto, que envolve inclusive em não fixar pena por ser desnecessária. Parafraseando o autor citado no tópico 2.6<sup>2</sup> na relação remédio e pena, *mutatis mutandis*, se o crime fosse uma doença e a pena fosse um remédio é sabido que não se aplica o mesmo remédio e a mesma dose para todos os pacientes e todas as doenças e

---

2. PRINS (1915, p.430): “Assim como um médico não poderá distribuir um mesmo remédio a todos os seus doentes e para todas as doenças, assim também o legislador não pode impor o mesmo regime penal indistintamente a todos os delinquentes”.



que a depender da doença e do estado do paciente não há necessidade nem de administrar o remédio. Em suma, a individualização correta é um dos pilares preventivos do efeito rebote da pena.

5. Respeita até a inderrogabilidade da pena. Haja vista que a desnecessidade em concreto da pena, nada mais é que uma das exceções previstas legalmente a inderrogabilidade, portanto não podemos deixar de considerar respaldado até por este princípio. No que tange ao reconhecimento da suficiência, como já existiu aplicação de pena de forma precoce, de pronto já foi atendido a regra geral desse princípio.

Diante de todo exposto, ante a previsão legal e sua ratificação principiológica, torna-se inevitável concluir que, no BRASIL, a presunção de fixação de pena diante de uma sentença condenatória deve ser vista como RELATIVA.

## 5. SISTEMA TRIFÁSICO – AMPLITUDE E PROFUNDIDADE DA PRIMEIRA FASE

No direito penal brasileiro, consagrou-se o sistema trifásico de Nelson Hungria, com a reforma da Parte Geral do Código Penal em 1984.

O método trifásico de aplicação da pena está previsto art. 68, *caput*, do Código Penal brasileiro, que assim o diz: “a pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.” Inclusive é reconhecido pelos Tribunais Superiores.

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. LEI 11.343/2006. DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA. § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. DUPLA CONSIDERAÇÃO DA QUANTIDADE DE DROGA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. A necessidade de fundamentação dos pronunciamentos judiciais (inciso IX do art. 93 da Constituição Federal) tem na fixação da pena um dos seus momentos culminantes. Garantia constitucional que submete o magistrado a coordenadas objetivas de imparcialidade e propicia às partes conhecer os motivos que levaram o julgador a decidir neste ou naquele sentido. 2. O dever de motivação no trajeto da dosimetria da pena não passou despercebido à reforma penal de 1984. Tanto que a ele o legislador fez expressa referência na Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal, ao cuidar do sistema trifásico de aplicação da pena privativa de liberdade. 3. O Supremo Tribunal Federal circunscreve a legalidade da pena ao motivado exame judicial das circunstâncias do delito. Exame revelador de um exercício racional de fundamentação e ponderação dos efeitos éticos e sociais da sanção, embasado nas peculiaridades do caso concreto e

no senso de realidade do órgão sentenciante. O artigo 59 do Código Penal confere ao Juízo sentenciante o poder-dever de estabelecer uma reprimenda apta à prevenção e simultaneamente à reprovação do delito, sempre atento o magistrado à concretude da causa. 4. As instâncias de origem consideraram a quantidade de droga encontrada em poder do paciente tanto para fixar a pena-base em patamar acima do mínimo legal quanto para recusar a aplicação do grau máximo de que trata o § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006. Dupla consideração indevida (“bis in idem”). Precedente: HC 106.313, da relatoria do ministro Gilmar Mendes. 5. Ordem parcialmente concedida. (HC 106965, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma, julgado em 19/04/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJE-190 DIVULG 03-10-2011 PUBLIC 04-10-2011)

Segundo o cânon do art. 68 do Código Penal, a dosimetria da pena orienta-se pelo sistema trifásico, que assim se desenvolve: (a) fixa-se a pena-base, à luz do disposto no art. 59 do CP; (b) faz-se incidir as circunstâncias atenuantes e agravantes (CP, arts. 61 e 65), o qual, se ocorridos em concurso, tem prevalência os de natureza subjetiva (CP, art. 67); e (c) observam-se as causas de aumento ou de diminuição de pena. (STJ – 6ª T. – REsp. 93.104 – Rel. Vicente Leal)

De acordo com esse sistema, em primeiro lugar o magistrado fixará a pena-base, orientando-se pelos critérios previstos no referido art. 59 do Código Penal, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

A determinação da pena não se limita à fixação do *quantum* a ser cumprido, dentre os limites mínimos e máximos estabelecidos no preceito sancionatório, compreende também a avaliação da necessidade e suficiência.

Como se vê é assunto pacificado a adoção do sistema trifásico pelo ordenamento jurídico brasileiro. Contudo, a assertiva que gostaria de trazer à baila é a amplitude e profundidade exigida na primeira fase desse sistema.

A profundidade decorre do juízo de valor realizado que transcende o exercício singelo de avaliar as circunstâncias judiciais na fixação da pena base. (verificação vertical). Já a amplitude é a extensão da fase que não se restringe a fixar a pena base (verificação horizontal).

A primeira fase não deveria se limitar simplesmente em fixar a pena base dentro dos limites fixados no preceito cominatório do tipo penal. Sem sombra de dúvidas, diante da disposição do art. 59 do Código Penal, que guarda compatibilidade com a nossa Constituição, impõe-se aprofundar a análise da necessidade e suficiência da pena sob a óptica das suas finalidades.

Na primeira fase da aplicação da pena, antes de fixar a pena base, deve o magistrado realizar o exame concreto da necessidade ou não de se aplicar a

pena prevista no preceito sancionatório e, após, da suficiência ou não da pena, quando na fase pré-condenação já existiu uma restrição excessiva a direito fundamental do sentenciado.

Em virtude da imprescindibilidade da apreciação vertical desses dois elementos (constitutivo/desconstitutivo) prejudiciais à fixação de pena na sentença condenatória é que a primeira fase deverá ter outra amplitude, sendo dividida em três sub fases:

- **SUBFASE 1:** avaliação sobre a necessidade da aplicação da pena no caso concreto;
- **SUBFASE 2:** avaliação sobre a suficiência da restrição imposta por uma medida cautelar anterior;
- **SUBFASE 3:** por fim, considerando a pena necessária e a medida anteriormente imposta insuficiente para atingir as finalidades da pena, o juiz fixará a pena-base.

Enquanto o reconhecimento da necessidade constitui a pena, o reconhecimento da suficiência terá o condão de desconstituir a pena constituída.

Perceba-se que na sentença condenatória sempre existirá a subfase 1, porém, nem sempre existirão as subfases 2 e 3. Frise-se que a subfase 2 só acontecerá se houver medida cautelar imposta anteriormente equivalente a pena, senão o exame da suficiência se dará concomitante com a fixação da pena base.

Vale salientar que os efeitos negativos de um processo-crime, que não tem caráter de pena estrito senso, como por exemplo, perda de emprego, fim do casamento, estigmatização, duração aflitiva do processo, aquisição de enfermidades de cunho psíquicos ou mesmo neoplasias, deverão, a princípio, serem avaliados na subfase 1. No entanto, não deixarão de ser cotejados na segunda fase, caso haja medida cautelar prévia imposta.

Na subfase 1, o juiz está ajustando a norma ao fato concreto, que nada mais é que individualizar, pois não se aplicará pena quando seus fins se restarem exauridos.

Já a atividade de individualização realizada na subfase 2, representa na constatação de suficiência por pena antecipada.

Pois bem. A proposição feita em linhas anteriores, não se trata de ilação, pois é consectário lógico do que dispõe o art. 59 do Código Penal e de nosso ordenamento.

A aplicação da pena – dentre os limites da cominação – é a regra geral. Os casos concretos podem ensejar características que os retiram dos limites dessas normas. “Individualizar”, como está na Constituição, é ajustar a norma ao fato. Do geral

partir para o individual. Daí ser possível a fixação da pena abaixo do mínimo legal, ou mesmo a sua dispensa. (CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Aplicação da pena. **Site do Curso de Direito da UFSM**. Santa Maria-RS. Disponível em: <<http://www.ufsm.br/direito/artigos/penal/aplicacao.htm>>. Acesso em: 16. dez. 2011)

**A sentença em desconformidade com essa amplitude e profundidade será nula por ausência de motivação, pois** tanto a falta de apresentação de qualquer justificação como a fundamentação incompleta, não dialética, contraditória, incongruente ou sem correspondência com o que consta dos autos, em relação à aplicação da pena, *devem levar ao reconhecimento da nulidade da própria sentença condenatória, pois, na verdade, é a motivação desta que estará incompleta*, na medida em que um dos pontos sobre o qual deveria versar não ficou devidamente fundamentado (GOMES FILHO: 2001, p.216/217).

Diante de tudo que foi elencado, é um *munus* do julgador<sup>3</sup>, exigido pela imprescindibilidade de uma motivação concreta e vinculada decorrente do princípio do livre convencimento fundamentado, compatibilizar verticalmente a disposição legislativa e as diretrizes constitucionais, no caso, respectivamente, o art. 59 do Código Penal e os princípios constitucionais que regem a pena, observando sempre o postulado hermenêutico constitucional da máxima efetividade com o intuito de se preservar o núcleo mínimo do direito fundamental à liberdade.

Segue abaixo decisão colacionada, onde o STJ, ainda de forma isolada, reconhece o dever do magistrado de analisar a necessidade em concreto da pena.

RESP – PROCESSO PENAL – EXECUÇÃO DA PENA – O art. 59 do CP indica o sentido, a finalidade da pena: “necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime”. Assim, se não reprovável a conduta (v.g. princípio da insignificância para a corrente doutrinária que o tem como mera exclusão de culpabilidade, embora melhor, pela estrutura do delito, dizer – exclusão de tipicidade) e não se fizer necessária porque dispensável no caso concreto, o magistrado poderá deixar (deverá fazê-lo) de aplicar a pena. O Direito Penal moderno não se restringe a raciocínio de lógica formal. Cumpre considerar o sentido humanístico da norma jurídica. E mais. Toda lei tem significado teleológico. A pena volta-se para a utilidade. (REsp 112.600/DF, Rel. Ministro ANSELMO SANTIAGO, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, SEXTA TURMA, julgado em 21.05.1998, DJ 17.08.1998 p. 96) grifo nosso”.

- 
3. O juiz, ao passar *in albis* sobre os aspectos necessidade e suficiência na sentença condenatória, está inobservando a disposição de lei e, por óbvio, o art. 35, I da LOMAN, pois está obrigado a cumprir e fazer cumprir as disposições legais, que no caso é aplicar a pena se ela for necessária e suficiente para atingir seus fins de reprovação e prevenção, devendo, para tanto, também fundamentá-la.

## 6. PRINCÍPIO BAGATELAR IMPRÓPRIO – BREVES CONSIDERAÇÕES

Ele é utilizado por parte da doutrina como corolário da insignificância, baseado na ideia de “necessidade e suficiência” da parte final do art. 59 do Código Penal. Assenta-se na desnecessidade em concreto da pena, inserindo a suficiência no conceito da desnecessidade, pressupondo a existência de uma pena prévia.

Nas palavras de Luiz Flávio Gomes e Antonio Garcia-Pablos de Molina (2007, p.305):

Infração bagatelar imprópria é a que nasce relevante para o Direito penal (porque há desvalor da conduta bem como desvalor do resultado), mas depois se veria que a incidência de qualquer pena no caso concreto apresenta-se totalmente desnecessária (princípio da desnecessidade da pena conjugado com o princípio da irrelevância penal do fato).

O referido princípio é ainda pouco debatido na doutrina pátria, mas vem ganhando difusão em todo o país nos últimos anos, por ser de ideal garantista e refletir exatamente os objetivos da política criminal adotada pelo nosso ordenamento jurídico-penal.

O princípio da bagatela imprópria vem tendo espaço, também, na jurisprudência das Cortes brasileiras de segundo grau, a exemplo do Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, conforme dispõe o acórdão que será colacionado adiante.

APELAÇÃO CRIMINAL – ABSOLVIÇÃO – IRRELEVÂNCIA PENAL DO FATO – BAGATELA INPRÓPRIA – APELO MINISTERIAL – FURTO – VÍTIMA, IRMÃ DO AUTOR, NÃO QUER CONDENAÇÃO – APELADO USUÁRIO DE DROGAS À ÉPOCA DOS FATOS – BENS RECUPERADOS – PREJUÍZOS E CONSEQUÊNCIAS MÍNIMAS – APELO NÃO PROVIDO – SENTENÇA MANTIDA. O autor informou que à época dos fatos furtou objetos da irmã para comprar drogas e que teria se recuperado do vício. A vítima tentou declinar da representação, porém a denúncia já havia sido recebida. Informou em juízo que não queria ver o irmão punido porque tentava levar uma vida regular após deixar o vício. Os objetos foram recuperados e os prejuízos e consequências foram mínimos. A pena não se revela necessária na situação exposta. (Apelação Criminal nº 2009031474-8/000-0 – Sonora, Relator Exmo. Des. Dorival Moreira dos Santos, Primeira Turma Criminal, julgada em 20/04/2010).

APELAÇÃO CRIMINAL – LESÕES CORPORAIS E DANO – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – AGENTE QUE PRATICOU OS DELITOS IMPELIDO PELO VÍCIO EM ÁLCOOL/ENTORPECENTES – RÉU RECUPERADO – CONSEQUÊNCIAS MÍNIMAS – OFENDIDA QUE NÃO DESEJA A CONDENAÇÃO DE SEU COMPANHEIRO – DEMAIS CIRCUNSTÂNCIAS

FAVORÁVEIS – APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA BAGATELA IMPRÓPRIA – DESNECESSIDADE DE APLICAÇÃO DA REPRIMENDA – PARCIAL PROVIMENTO. Tratando-se de crimes cujas consequências foram ínfimas, praticados por agente impelido pelo vício em álcool/entorpecentes, hoje recuperado, aplica-se o princípio da “bagatela imprópria”, sendo desnecessária a imposição da pena, mormente por se tratar de réu primário e a única vítima, sua atual companheira, não desejar a condenação dele. A situação atual do casal em questão sobrepõe-se à necessidade de apenamento do acusado supostamente reinserido no seio social. Impingir a ele reprimenda corporal seria contrariar a função social da pena. (Apelação Criminal n. 2009.011866-5/0000 Ivinhema, Relator Exmo. Des. Romero Osme Dias Lopes, Segunda Turma Criminal, julgada em 20.07.2009).

No entanto, vale asseverar que a construção desse princípio pela doutrina pode até servir, se baseado na relevância penal do fato, como otimizador, da aplicação da desnecessidade da pena nos moldes do art. 59. Contudo, *data venia*, não concordo em parte com a disposição conceitual acima colacionada, pois, pressupor a existência de pena para realizar a valoração de necessidade, contrapõe o próprio conceito de necessidade. Se a pena é desnecessária ela nunca deveria ter sido aplicada, sequer precocemente, pois a necessidade é elemento constitutivo da pena.

Quando a razão de fato se consubstanciar na existência de uma medida cautelar anteriormente imposta que assuma a natureza de pena antecipada, a análise é de suficiência, e se é suficiente, pressupõe-se que tenha sido necessária à aplicação de pena. O fato é relevante e continuou sendo relevante, porém a pena precocemente imposta, já atendeu seus fins tanto de prevenção, como de reprovação do fato penalmente relevante.

A desnecessidade em concreto da pena e suficiência da pena decorrem da mesma diretriz, ou seja, presunção relativa da fixação de pena na sentença condenatória. Já a irrelevância penal do fato que é substrato do princípio bagatelar impróprio guarda relação com a desnecessidade de pena em concreto.

## 7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No campo da pena existem inúmeras situações em que ela foi aplicada, de forma excessiva ou desnecessária, não atingindo suas finalidades.

Não podemos deixar de considerar que por uma reação adaptativa esses ultra-apanados tendem a se transformar em potenciais lesionadores de bens jurídicos, mais valiosos que o originário, de igual tutela pelo Estado. Isso é reflexo do efeito paradoxal da pena, que existe e deve ser levado em consideração pelo juiz na aplicação e execução da pena.

É por isso que a amplitude e profundidade que devem ser adotadas na primeira fase do sistema trifásico são de fundamentais importâncias, além de atender a lei, atende também ao direito, pois a presunção de fixação de pena na sentença penal condenatória é relativa.

Registre-se, mais, que a análise da necessidade não se trata de benevolência ao condenado ou mesmo consectário simplório de política criminal para se reduzir a população carcerária.

Talvez um dos agentes etiológicos do caos do sistema penitenciário seja o manifesto descumprimento de imperativo legal e Constitucional, personificado no sentimento de injustiça.

A necessidade e suficiência da pena são mandamentos de otimização que visam adequar a pena e seus fins às peculiaridades do indivíduo e do fato.

Vislumbre-se, ainda, que política criminal, nesse caso, resultará nos meios de articulação para se exigir o cumprimento de disposição literal de lei e o conhecimento pelos aplicadores da realidade social que atuam e influenciam, evitando assim a produção de atos, baseados substancialmente em presunções, ilações, *convicções eminentemente pessoais* ou pressões midiáticas. Pasmese ou não, mas é verdade e isso acontece.

Então se um dia pretendermos a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, conforme requer a Constituição Federal de 1988 deveremos reconhecer o indivíduo como parte de um todo, com valores, fraquezas, qualidades, defeitos, sem desconsiderar o grau de cidadania que lhe foi proporcionado.

A cidadania não é apenas conferir direitos e prerrogativas, mas sim, possibilitar o acesso a direitos sociais, como emprego, renda, educação, saúde e habitação dignas. Não se subsume apenas a requisitos formais estampados em lei, mas de efetiva “incorporação substantiva à sociedade” (YOUNG, 2002, p. 19).

A cidadania plena e o acesso a condições básicas de civilidade são os desafios que nos resta fomentar, pois os reflexos oriundos da prática do Estado de exigir do inexigível tornam paradoxais não só os fins da pena, como também, a razão de ser da justiça criminal.

## 8. REFERÊNCIAS

- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 12. ed. ampliada. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Tradução: Torrieri Guimarães. 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. v.2. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BONAMIN, Leoní Vilano. Dados Experimentais que fundamentam Teorias Interpretativas sobre Ultradiluições. Tributo a Madeleine Bastide. **Revista Cultura Homeopática**, n. 21, 2007.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet *et al.* **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 95464. Relator Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 03/02/2009**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2895464.NUME.+OU+95464.ACMS.%29&base=baseAcordaos>> Acesso em: 03 dez. 2011.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 100572/SP. Rel. Min. Eros Grau. 2ª Turma. DJE 30/04/2009**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28100572.NUME.+OU+100572.ACMS.%29&base=baseAcordaos>> Acesso em: 03 dez. 2011.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 82424/RS. Rel. Min. Maurício Correa. Tribunal Pleno. DJE 19/03/2004**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2882424.NUME.+OU+82424.ACMS.%29&base=baseAcordaos>> Acesso em: 08 dez. 2011.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 23452/RS. Rel. Min. Celso de Mello. Tribunal Pleno. DJE 12/05/2000**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2823452.NUME.+OU+23452.ACMS.%29&base=baseAcordaos>> Acesso em: 11 dez. 2011.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 106965/AC. Rel. Min. Aires Brito. Segunda Turma. DJE 03/10/2011**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28106965.NUME.+OU+106965.ACMS.%29&base=baseAcordaos>> Acesso em: 11 dez. 2011.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 93104/PE. Rel. Min. Vicente Leal. DJE 23/06/1997**. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&livre=%28%22VICENTE+LEAL%22%29.min.&processo=93104&b=ACOR](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=%28%22VICENTE+LEAL%22%29.min.&processo=93104&b=ACOR)> Acesso em: 01 dez. 2011.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 112600/DF. Rel. Rel. Ministro ANSELMO SANTIAGO, Rel. p/ Acórdão Ministro Luiz Vicente Cernichiaro 6ª Turma. DJ 17/08/1998**. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&livre=%28%22ANSELMO+SANTO+AGO%22%29.min.&processo=112600&b=ACOR](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=%28%22ANSELMO+SANTO+AGO%22%29.min.&processo=112600&b=ACOR)> Acesso em: 02 dez. 2011.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul. **Apelação nº 2009031474-8/000-0. Relator Exmo. Des. Dorival Moreira dos Santos, Primeira Turma Criminal, julgada em 20/04/2010**. Disponível em: <<http://www.tjms.jus.br/cjosg/pcjoDecisao.jsp?OrdemCodigo=0&tpClasse=J>> Acesso em: 03 dez. 2011.



- \_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul. **Apelação nº 2009.011866-5/0000. Relator Exmo. Des. Romero Osme Dias Lopes, Segunda Turma Criminal, julgada em 20.07.2009.** Disponível em: <<http://www.tjms.jus.br/cjosg/pcjoDecisao.jsp?OrdemCodigo=0&tpClasse=J>> Acesso em: 03 dez. 2011.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição.** 6. ed. 2002.
- CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. **O Devido Processo Legal e os Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade.** 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Aplicação da pena. **Site do Curso de Direito da UFSM.** Santa Maria-RS. Disponível em: <<http://www.ufsm.br/direito/artigos/penal/aplicacao.htm>> Acesso em: 16 dez. 2011.
- CUNHA JUNIOR, Dirley da. **A efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais e a Reserva do Possível. Leituras Complementares de Direito Constitucional: Direitos Humanos e Direitos Fundamentais.** 3. ed. Salvador: JusPodivm, p. 349-395, 2008.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de Direitos.** A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1996.
- GOFFMAN, Erving *apud* SCHILLING, Flávia; MIYASHIRO, Sandra Galdino. Como incluir? O debate sobre o preconceito e o estigma na atualidade. **Educação e Pesquisa,** São Paulo, v.34, n.2, maio/ago. 2008.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **A motivação das decisões penais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de. **Direito Penal, vol.2, Parte Geral.** São Paulo: RT, 2007.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais.** 4 ed. São Paulo: SRS, 2005.
- HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.
- MAGGIO, Vicente de Paula Rodrigues. **Direito penal: parte geral.** 3.ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: EDIPRO, 2002.
- Necessidade. *In* **Michaelis:** moderno dicionário da língua portuguesa [Internet]. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=português-portugues&palavra=necessidade>>. Acesso em: 11 dez. 2011.
- NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional.** 2. ed., rev. e atual. São Paulo: Método, 2008.

- PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.
- PRINS, A. **Ciência Penal e Direito Positivo**. Tradução: Henrique de Carvalho. Lisboa: Livraria Clássica, 1915.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal comentado**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7. ed. ver. atual. e ampl., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: parte geral**. 21. ed. Curitiba: Lumen Juris, 2006.
- SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- Suficiência. *In* Michaelis: moderno dicionário da língua portuguesa [Internet]. Disponível em: <[http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=português-portugues &palavra=suficiência](http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=português-portugues&palavra=suficiência)>. Acesso em: 11 dez. 2011.
- TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2004.
- YOUNG, Jock. **A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente**. Tradução: Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan/Instituto Carioca de Criminologia, 2002.
- ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2006.

## CAPÍTULO IX

# CARÁTER JUDICIAL DO PROCESSO E PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO NA EXECUÇÃO PENAL

*Alex Raposo<sup>1</sup>*

**SUMÁRIO:** 1. Jurisdição — 2. Natureza jurídica da execução penal: 2.1. A execução penal — 3. Processo — princípios constitucionais — o contraditório: 3.1. Direito à garantia do devido processo legal; 3.2. Direito à garantia do contraditório e à ampla defesa — 4. Aplicação de falta disciplinar — 5. O defensor público como pacificador social — 6. Conclusão — 7. Referências.

### 1. JURISDIÇÃO

A jurisdição é uma função relacionada a um poder que, para muitos, é exclusiva do Estado (função estatal). Vale ressaltar, que embora o Estado tenha o monopólio da jurisdição, o mesmo pode atribuir a entes não estatais o poder de julgar. Tem-se como exemplo a arbitragem.

É a função de reconhecer, efetivar e proteger direitos (processo de conhecimento, execução, cautelar). É uma das formas de tutela de direitos por meio de um processo.

No direito brasileiro, todo poder só se exerce processualmente à luz de uma situação concreta.

Nem sempre a lide é o conteúdo de um processo jurisdicional. A lide é a principal situação submetida à jurisdição, mas não é a única. A jurisdição é inevitável, já que está relacionada a um poder.

Tem aptidão para a coisa julgada. O que caracteriza a jurisdição é esta aptidão para a definitividade. Nenhuma outra função do Estado tem esta aptidão para a definitividade.

A jurisdição é exercida por um terceiro desinteressado no litígio, equidistante, imparcial, o juiz. Ser imparcial, contudo, não significa dizer ser neutro. O juiz é dotado de valores e sentimentos pessoais.

---

1. Defensor público.

A jurisdição deve ser criativa. É atividade criativa. Ao julgar, o juiz cria a norma individualizada, é a norma jurídica do caso concreto. Enquanto o legislador cria a norma abstrata, cabe ao Juiz criar a norma individualizada do caso concreto. Esta norma criada pelo juiz é a única norma que se torna indiscutível pela coisa julgada. Quando julga, o juiz não realiza atividade meramente declarativa. Diante do caso concreto, o juiz cria a norma geral que vai regular caso concreto. Diante de lacunas, o juiz constrói a norma geral e, a partir daí, cria a norma individualizada do caso concreto.

O Estado é dotado de soberania, e destarte, manifesta essa característica através da jurisdição. Deve, portanto, dizer o direito como forma de pacificar os anseios sociais. Nesse diapasão, o Estado tem que se aparelhar das diversas facetas que se fazem necessárias para garantir a plena vigência dos princípios e garantias.

O direito de punir e a pretensão punitiva, como manifestações do poder soberano, são direitos exclusivos e indelegáveis do Estado. “É a prerrogativa, em abstrato, de se impor coativamente a qualquer pessoa que venha cometer uma infração penal, desrespeitando a ordem jurídica vigente e colocando em perigo a paz social. A pretensão punitiva, disposição concreta que surge para o Estado, consiste em submeter alguém que efetivamente praticou a infração penal a uma punição prevista em lei”.<sup>2</sup>

O Estado, ao assumir a função de dizer o direito, se aparelha com a face imparcial, através do juiz, do seu órgão acusador, através do ministério Público e deve se aparelhar com o órgão defensor, através da Defensoria Pública, para garantir a “paridade de armas”.<sup>3</sup>

## 2. NATUREZA JURÍDICA DA EXECUÇÃO PENAL

### 2.1. A execução penal

A execução penal “é a fase da persecução penal que tem por fim propiciar a satisfação efetiva e concreta da pretensão de punir do Estado, agora denominada executória, tendo em vista a sentença judicial transitada em julgado, proferida mediante o devido processo legal, a qual impõe uma sanção penal ao autor de um fato típico e ilícito”.<sup>4</sup>

2. CAPEZ, Fernando. **Execução Penal**. 12. ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2006, p. 16.

3. A Função Social do Defensor Público, o Devido Processo Legal e a Pacificação Social por conformação. Flávio Rodrigues Lélles. Defensor Público junto ao II Tribunal do Júri de Belo Horizonte. Professor de Direito Processual Penal. Pós-Graduando em Ciências Penais.

4. *Idem, Ibidem*.

O artigo primeiro da Lei de Execução Penal<sup>5</sup> indica que a execução penal tem como finalidades a correta efetivação dos mandamentos existentes na decisão criminal e o oferecimento de condições para a readaptação social do condenado. Apresenta, outrossim, em diversos dispositivos, a preocupação com a ressocialização do condenado. Demonstra a sua finalidade preventiva e, nesse diapasão, reza em sua exposição de motivos que tem como finalidade a “proteção dos bens jurídicos e a reincorporação do autor à comunidade”. Tem finalidade utilitária e preventiva, na medida em que efetiva a imposição posta na decisão judicial condenatória e ao mesmo tempo em que busca, incessantemente, ao menos formalmente, a reinserção do autor do fato delituoso ao seio social.

A importância de se desvendar a natureza jurídica da execução penal está inserida na necessidade de se garantir a aplicação dos princípios e garantias processuais, como o devido processo legal, ampla defesa, contraditório etc.

O artigo 2º da Lei de Execução Penal – LEP<sup>6</sup> reza que a jurisdição penal, no processo de execução, será exercida na conformidade da LEP e do Código de Processo Penal. Assim, garantem-se ao sujeito da execução os princípios e regras básicas da execução penal.

Em seu artigo “sobre a execução penal”, o Defensor Público Daniel Nicory afasta um dos argumentos utilizados por aqueles que defendem a natureza administrativa da execução penal:

É a manutenção dos estabelecimentos penais pelo Estado-Administração que distingue a execução da sentença penal, que condena à prisão, das demais. Com base nela, inúmeros doutrinadores defenderam arduamente a natureza administrativa da Execução Penal, uma vez que as penas são cumpridas em estabelecimentos mantidos pelo Executivo. Como já foi dito, o Judiciário pode se valer, para a execução de qualquer sentença, da colaboração de órgãos de outros poderes. Mais do que declarar o Direito, a Jurisdição, como função necessária à pacificação social, implica dar cumprimento à decisão que solucionou o conflito, e não é a eventual intervenção de outros Poderes que descaracteriza a natureza jurisdicional da atividade.

Em mais uma passagem de forma magistral arremata:

Com isso, fica muito claro que o fato de o Poder Executivo ser o gestor do estabelecimento penal não determina, por si só, a natureza

5. Art. 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/L7210.htm>> Acesso em: 25 out. 2009.

6. Art. 2º A jurisdição penal dos Juizes 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. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/L7210.htm>> Acesso em: 25 out. 2009.

da tarefa desempenhada na execução penal. Sustenta-se, no presente trabalho, que o Executivo colabora para o exercício da função jurisdicional, o que é possível, pois a dimensão material da Execução Penal não pertence ao “núcleo essencial” referido por Canotilho. Esta, por sinal, é outra causa para as controvérsias acima descritas. Quando os autores defendem que a função jurisdicional visa à produção da coisa julgada e, com ela, cumpre todos os seus objetivos, estão delimitando o núcleo essencial da atividade, que não poderia, por hipótese alguma, ser exercido por outro órgão da soberania que não o estabelecido especialmente para tanto. Isso não impede que outras atividades, não essenciais, também integrem a função jurisdicional, e possam ser atribuídas atipicamente a outro órgão do Estado. É o caso da Execução Penal.

A execução penal é desprestigiada desde o contado inicial que o bacharelado em direito possui com a matéria, haja vista que em faculdades, como é trivial, pouco interesse é disponibilizado à disciplina. Alguns fatores são decisivos para o desprestígio em relação à matéria.

Não se quer aqui dizer, ou deixar transparecer, a falta de importância da matéria. Muito ao contrário. Procura-se, com esse trabalho, alertar para a importância que a execução penal exerce no âmbito social hodierno, ante as pressões e aos conflitos sociais corriqueiros.

Como supracitado em linhas remotas, existem fatores que contribuem, para não dizer que são decisivos, para o aspecto preconceituoso que se tem em conta da execução penal.

O pouco que se produz doutrinariamente em relação a ela, em comparação com outras matérias do direito, é um dos fatores. Outro fator predominante é ausência de *glamour*, consubstanciado na condição das pessoas alvos das normas de execução penal, pois como é sabido, são todos pobres, na acepção da palavra, e a ausência de retorno material (econômico) faz com que os estudiosos se afastem da matéria.

Em uma análise perfunctória, sem mergulhar nos problemas políticos e sociais do nosso país, pois este não é o objetivo primordial do trabalho, extrai-se que as pessoas submetidas ao crivo dos ditames da execução penal são, quase que em sua totalidade, como supracitado, desprovidas de poder aquisitivo alto. São os renegados ao “plano inferior”, sem qualquer tipo de assistência, quer de saúde, quer educacional e, sobretudo, assistência jurídica adequada. Sim, prestação jurídica adequada, pois o Estado só se preocupa em se aparelhar no escopo de efetivar a execução penal na sua faceta punição e essa posição estatal só aumenta o problema das pessoas que hoje estão encarceradas, pois não estabelece requisitos, como a paridade de armas no processo, como a presença de defensor para os carentes, não imprimindo, destarte, a pacificação social.

Segundo Marco Antônio Bandeira Sacapini, a fase de execução de sentença é renegada ao segundo plano. A condição de homem é esquecida e o Estado não presta a devida assistência a esses indivíduos.<sup>7</sup>

### 3. PROCESSO – PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS – O CONTRADITÓRIO

O processo de execução tem natureza jurisdicional tanto no seu início como no seu término. O processo de execução penal exerce a função garantidora, pois nele se aplica o contraditório como forma de sustentar a igualdade processual.

O professor Aury Lopes Junior leciona que “o processo de execução é a atividade que exige, na sua plenitude, a atuação jurisdicional. A instrumentalidade, inerente ao processo, está fundada na tutela judiciária dos direitos subjetivos do sentenciado e, também, voltada para efetividade do comando concreto emergente da sentença”<sup>8</sup>.

#### 3.1. Direito à garantia do devido processo legal

O art. 5º, LIV da Constituição Federal<sup>9</sup> é expresso ao dizer que ninguém será privado de sua liberdade e de seus bens sem o devido processo legal. Essa garantia vem sendo compreendida sob uma dupla perspectiva. A formal (*procedural process of law*) e material (*substantive dual process of law*).

Devido processo legal formal é a garantia que impõe e exige a instauração de um regular processo como instrumento único, capaz e idôneo de impor restrições ou privações às liberdades ou aos patrimônios das pessoas.

- 
7. “Com efeito, até a sentença penal condenatória, especialmente em relação aos delitos praticados por pobres, tudo se faz para cumprir a lei. Ao ingressar na fase de execução, quando emergem os direitos do condenado, já não é mais necessário... As condições de nossas cadeias e penitenciárias, já de todas conhecidas, transformam as penas privativas de liberdade em medidas de extrema crueldade... É preciso ter presente que as pessoas presas não foram condenadas a passar fome, passar frio, a viver amontoadas, a virar pasto sexual, a contrair AIDS e tuberculose nos estabelecimentos penais. Toda essa realidade que vigora no mundo dos excluídos significa inconcebível exacerbação da pena”. SCAPINI, Marco Antônio Bandeira. Execução Penal: Controle da legalidade revisitados. In CARVALHO, Salo de (Coord.). **Crítica à Execução Penal**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 307, 313 e 311.
8. LOPES JR, Aury *apud* Pellegrini Grinover, Ada In Revisitando o Processo de Execução Penal a Partir da Instrumentalidade Garantista. In CARVALHO, Salo de (Coord.). **Crítica à Execução Penal**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 372.
9. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) LV – 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. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)> Acesso em: 25 out. 2009.

É necessário que a medida restritiva a ser tomada neste processo formal, seja na justa medida, razoável, proporcional e sem excessos. Esta é a vertente material ou substancial do devido processo legal.

### 3.2. Direito à garantia do contraditório e à ampla defesa

O contraditório casa-se perfeitamente com a garantia do devido processo legal. O conteúdo da garantia do contraditório é a garantia do indivíduo ser ouvido sempre previamente à decisão. O professor Fernando Capez leciona que “as partes envolvidas na relação jurídica processual devem ter ciência de todos os atos e decisões, e oportunidade de se manifestarem previamente a respeito (art.5º, LV, da CF)”.<sup>10</sup>

O festejado professor Eugenio Pacelli ensina que “o contraditório, portanto, junto ao princípio da ampla defesa, institui-se como a pedra fundamental de todo processo e, particularmente, do processo penal. E assim é porque, como cláusula da garantia instituída para a proteção do cidadão diante do aparato persecutório penal, encontra-se solidamente encastelado no interesse público da realização de um processo *justo e equitativo*, único caminho para a uma posição da sanção de natureza penal”.<sup>11</sup>

Já a garantia da ampla defesa é aquela que outorga às pessoas a prerrogativa de apresentar suas alegações e elementos e meios de provas suficientes a sua defesa. E mais uma vez professor Pacelli doutrina que “enquanto o contraditório exige a garantia de participação, o princípio da ampla defesa vai além, impondo a *realização efetiva* desta participação, sob pena de nulidade, se e quando prejudicial ao acusado”.<sup>12</sup>

Estas garantias devem sempre estar presentes nos processos e administrativo. Permitem ao juiz assumir a posição de *garantidor*, sobretudo na fase de execução, protegendo os direitos fundamentais.

Por derradeiro, extrai-se que os argumentos supracitados são decorrentes do princípio titulado como *nulla probatio sine defensione*, por Luigi Ferrajoli, em sua festejada obra *Direito e razão*, o qual se traduz no “princípio do contraditório o da defesa, ou da falseabilidade”. É o décimo princípio, todos ordenados e conectados sistematicamente, os quais encontram-se inseridos em códigos e constituições dos ordenamentos, convertidos em princípios jurídicos do moderno Estado de Direito.

10. CAPEZ, Fernando. **Execução Penal**. 12. ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2006, p. 21.

11. OLIVEIRA, Pacelli Eugênio de. **Curso de Processo Penal**. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 28.

12. *Ibidem*. p. 29.



#### 4. APLICAÇÃO DE FALTA DISCIPLINAR

A manutenção do mandamento judicial, consubstanciado numa decisão penal condenatória, ante uma falta disciplinar, para que se preservem os efeitos preventivos e ressocializadores da pena, e até mesmo como forma de garantia da estabilidade social dentro do estabelecimento penitenciário, deve ser efetivada mediante a aplicação de uma sanção ao custodiado faltoso. Há de ser imposta com rigor, mas sem ultrapassar o limite do que seja necessário à manutenção da segurança e da estabilidade daquela ordem social.<sup>13</sup>

Os atos e procedimentos administrativos, em que se tomam providências no controle dos estabelecimentos penitenciários não estão regulamentados pela lei de execução penal, mas, a rigor, a eles deve aplicar-se a normatização no procedimento judicial.<sup>14</sup>

Apesar de apresentar aspectos administrativos, a execução penal possui caráter predominantemente jurisdicional (contraditório, devido processo legal, ampla defesa, juiz natural).

A Lei de Execução Penal – LEP – permite que o diretor de um estabelecimento prisional, através de um procedimento administrativo, aplique certos tipos de penalidades ao custodiado.

Os atos administrativos repercutem diretamente na vida do condenado submetido à pena privativa de liberdade ou à medida de segurança. Neles, a autoridade penitenciária aplica a sanção disciplinar, autorização de visitas, concessão de trabalho, condução para tratamento de saúde e tantas outras coisas. Logo, a regularidade desses atos e procedimentos administrativos devem ser submetidos ao judiciário, seja por iniciativa do próprio juiz, seja por provocação do próprio sentenciado, do Ministério público ou terceiro admitido no processo. Tanto direitos individuais, como coletivos se submetem ao crivo do judiciário, sob pena de se transformar os atos da execução penal em inquisitivos.

Ao acusado hão de ser garantidas a autodefesa e assistência jurídica por um defensor legalmente habilitado. O artigo 261 do código de Processo Penal reza

---

13. A falta disciplinar na execução penal e o devido processo legal. Análise ao que dispõem a Lei de Execução Penal e o Estatuto Penitenciário do Paraná sobre os procedimentos disciplinares. 09/jun/2003. Gisele Mara Durigan.

14. É da jurisprudência: Execução penal – Procedimento disciplinar – Ausência de defesa técnica por profissional habilitado – Nulidade – Inocorrência: [...] O procedimento para apurar falta disciplinar, cometida por condenado em presídio, não tem a natureza do processo administrativo, razão pela qual a falta de defesa técnica por profissional habilitado não constitui nulidade, desde que sejam garantidas ao mesmo a prévia ciência da infração imputada e sua oitiva pessoal, nos termos do art. 59 da LEP (RJDTACRIM 21/47).

que ninguém pode ser processado sem defensor, instituindo a necessidade de defesa técnica.<sup>15</sup>

O multitudine doutrinador Aury Lopes Junior assevera a necessidade da criação, sustentação e efetivação de um serviço público de defesa e aduz que “O Estado deve organizar-se de modo a instituir um sistema de ‘Serviço Público de Defesa’ tão bem estruturado como o Ministério Público, com a função de promover a defesa de pessoas pobres e sem condições de constituir um defensor. Assim como o Estado organiza um serviço de acusação, tem esse dever de criar um serviço público de defesa, **porque a tutela dos direitos do preso não é só um interesse individual, mas público.**”

As faltas disciplinares só poderão ser efetivamente apreciadas após sua apuração por meio de um procedimento legal, onde sejam assegurados os direitos a ele inerentes. Ademais, deve haver uma fiscalização sobre estes procedimentos, realizada pelo juiz da execução, pelos Defensores e pelo Ministério Público, com o desiderato de se afastar a prática de atos arbitrários em sede de apuração de falta disciplinar.

O apenado está sujeito à execução forçada, mas não aos desmandos estatais. Esse caráter jurisdicional faz com que a execução tenha de ocorrer num sistema jurídico-social de garantias, punições e direito e não algo que cultive o punir por punir. Deve-se exaltar o garantismo, através do qual se avaliza o sistema acusatório em sede de execução penal.

A Constituição Federal garante, no seu artigo 5º, LXIV, que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”. E nesse diapasão institui a Defensoria Pública, com previsão no seu artigo 134, como Instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.

Nos procedimentos administrativos, como relatado alhures, há a necessidade de observância do devido processo legal para aplicação de penalidades na execução penal. Neste sentido dispõe a exposição de motivos da LEP, nº 19.

A aplicação prática da sanção disciplinar por autoridade administrativa sem o acompanhamento defensorial impede o devido processo legal, à medida que

---

15. Art. 261. Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/L7210.htm>> Acesso em: 25 out. 2009.

não oportuniza a instrução de um procedimento judicial, tolhendo, destarte, a oportunidade de um possível recurso judicial.<sup>16</sup>

A LEP contempla a garantia do defensor no seu artigo 41 e o faz respaldada na condição de inferioridade que a privação de liberdade imprime ao custodiado. Embasa-se, também, a garantia do defensor, na própria efetivação do contraditório através da paridade das armas, como pressuposto, também, do fortalecimento da imparcialidade do juiz. A presença de um defensor atua também como garantidor do devido processo legal e protege o sistema processual penal, pois deve atuar segundo a lei buscando promover a justiça.<sup>17</sup>

## 5. O DEFENSOR PÚBLICO COMO PACIFICADOR SOCIAL

As nulidades baseiam-se no descumprimento dos princípios constitucionais e infraconstitucionais. Na execução penal, em especial, são aplicados os princípios da legalidade, devido processo legal, ampla defesa, contraditório, juiz natural, Individualização da pena, humanização da pena, igualdade, pessoalidade.

Segundo Salo de Carvalho “o garantismo penal é um esquema tipológico baseado no máximo grau de tutela dos direitos e na fiabilidade do juízo e da legislação, limitando o poder punitivo e garantindo a(s) pessoa(s) contra qualquer tipo de violência arbitrária, pública ou privada”.

A finalidade da execução deve sempre estar fundada em lei e sempre se estar sujeita a uma intervenção judicial. A abrangência da legalidade permeia todo o curso da execução penal, pois é comprometida com todo o sistema de direito e garantias. A legalidade na execução penal surge como garantia individual do apenado e como garantia comunitária, permitindo a segurança jurídica.

O princípio basilar do sistema legal brasileiro, dignidade da pessoa humana, tem sua vertente na execução penal, traduzido no princípio da humanização da pena. A aplicação de sanção administrativa inadequada impossibilita a ressocialização do condenado e, dessarte, imprime um desconforto no estabelecimento prisional, à medida que o custodiado descontente impede a pacificação social sobretudo no interior do estabelecimento prisional.

A necessidade de judicialização do procedimento de apuração de falta disciplinar é premente no escopo de impedir a violação dos princípios constitucionais

16. Ver nota nº 11.

17. LOPES JR, Aury Lopes. *In Revisitando o Processo de Execução Penal a Partir da Instrumentalidade Garantista*. In CARVALHO, Salo de (Coord.). **Crítica à Execução Penal**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 388.

e, como dito alhures, imprimir a pacificação social. Nesse mote, surge a necessidade da figura do Defensor como pacificador social.

A atuação da Defensoria Pública é imprescindível para impulsionar a anulação de processos onde não sejam observados os princípios constitucionais supracitados, na medida em que exista nulidade por conta do prejuízo e causalidade. O Estado aparelha o Ministério Público, órgão acusador, e para garantir a paridade das armas, tem de aparelhar a defesa do custodiado também. A efetivação da paridade das armas permite a não violação dos princípios, satisfação do condenado, pois dessa forma sabe que passou por um julgamento justo, e conseqüentemente desemboca na pacificação social.<sup>18</sup>

Destarte, há de se incorporar a imprescindibilidade da audiência de justificação ante a falta disciplinar com o condenado sempre acompanhado por defensor. É trivial a informação acerca da grande quantidade de trabalho nas varas de execução penal, e, assim, muitas audiências de justificação não são realizadas. A falta nunca é apurada definitivamente e essa pecha, da falta não apurada, impede o custodiado de efetivar os seus direitos na execução penal. Como forma de pontuar, de forma exemplificativa, um custodiado em regime semiaberto, contemplado com a saída temporária que não retorna no prazo estabelecido, fica meses sem poder justificar a sua falta e, destarte, muitas vezes, fica impedido de ser contemplado novamente a outra saída por conta dessa falta não justificada por falha operacional do sistema.

## 6. CONCLUSÃO

Conforme supracitado, uma das principais características da jurisdição é a substitutividade. Por meio desta o Estado substitui as pessoas envolvidas em dado conflito de interesses, que por si mesmas não conseguiram solucioná-lo, para solucioná-lo de acordo com as regras jurídicas preestabelecidas para tanto.

Ocorre que essa substituição, que confere tamanho poder ao Estado, o Poder Judiciário, não é gratuita ou meramente unilateral. Ao contrário, em troca nos é dada uma contrapartida, o estabelecimento de direitos e garantias individuais fundamentais.

18. Exemplo de decisões progressivas: “Nos termos da Lei de Execução Penal, faz-se imprescindível a presença do condenado para ser ouvido, em audiência, pelo juiz, e desse modo o amplo direito de defesa, pode e deve ser exercitado mediante oposição técnica, ao pedido de regressão requerido a realizar-se por seu patrono, constituído ou integrante da Defensoria Pública” (STJ, RHC 7262/DF, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 16/06/1998, DJ 22/02/1999, p. 102 a).

Dentre esses direitos e garantias individuais fundamentais existe um de suma importância, relativamente ao exercício de prestar a tutela jurisdicional, que é o do devido processo legal<sup>19</sup>.

Nesse mote, a execução penal tem de seguir as normas constitucionais, não escapando aos seus princípios, e, em hipótese alguma, pode se transformar em procedimentos meramente administrativos, sem capacidade de salvaguardar os mais importantes direitos e princípios constitucionais.

A efetivação do devido processo legal passa pela necessidade de aparelhamento adequado do Estado. Esse fato se dá através do fortalecimento das instituições que garantem a sobrevivência do sistema repressivo-defensivo. A paridade de armas é imprescindível para a efetivação das garantias fundamentais instituídas constitucionalmente.

O Defensor Público é instrumento para garantir a eficácia dessas garantias na medida em que garante um processo, julgamento e execução justos. A presença do defensor permite a instalação da pacificação social haja vista que o réu, condenado, custodiado tem a certeza que teve defesa e sobretudo atenção.

O contraditório, como reflexo do devido processo legal, há de ser efetivado, sobretudo no processo de execução penal, porque, na execução penal, na maioria das vezes, se tolhe um dos maiores direitos, que é o da liberdade, colocando-se em risco o maior dos princípios, o da dignidade da pessoa humana.

## 7. REFERÊNCIAS

ANDRADE, Cristiano José de. **O Problema dos Métodos de Interpretação Jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

BRASIL. **Código Penal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848compilado.htm)> Acesso em: 25 out. 2009.

\_\_\_\_\_. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 25 out. 2009.

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del4657.htm>> Acesso em: 25 out. 2009.

\_\_\_\_\_. **Lei 7.210, de 11 de julho de 1984**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm)> Acesso em: 25 out. 2009.

19. A Função Social do Defensor Público, o Devido Processo Legal e a Pacificação Social por conformação. Flávio Rodrigues Lélles. Defensor Público junto ao II Tribunal do Júri de Belo Horizonte. Professor de Direito Processual Penal. Pós-Graduando em Ciências Penais.

- CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. **Carta-Manifesto Contra o Exame Criminológico**. Disponível em: <[http://www.pol.org.br/pol/cms/pol/noticias/noticia\\_081125\\_003.html](http://www.pol.org.br/pol/cms/pol/noticias/noticia_081125_003.html)>. Acesso em: 5 set. 2009.
- LÉLLES, Flávio Rodrigues. **A Função Social do Defensor Público, o Devido Processo Legal e a Pacificação Social por conformação**. Disponível em: <<http://www.apadep.org.br/artigos/A-Funcao-Social-do-Defensor-Publico-o-Devido>>. Acesso em: 16 nov. 2009.
- FORTE, Alexandre. O princípio do contraditório no processo de execução fundado em título executivo extrajudicial e cabimento da ação anulatória incidental. **Boletim Jurídico**, Uberaba/MG, ano 1, n. 1. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=52>> Acesso em: 16 nov. 2009.
- CAPEZ, Fernando. **Execução Penal**. 12. ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2006.
- CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- COPOBIANCO, Rodrigo Julio. **Decisões Favoráveis à Defesa, Penal e Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Método, 2008.
- FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão, **Teoria di Garantismo Penal**. 3. ed. rev. São Paulo: RT, 2010.
- FERREIRA, Lélío Lauria. **Lei de Execução Penal em Perguntas e Respostas**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- FREDERICO, Frederico Rodrigues Viana de. **Defensoria Pública**. Salvador: JusPodivm, 2010.
- LOPES JR, Aury *In* Revisitando o Processo de Execução Penal a Partir da Instrumentalidade Garantista. *In* CARVALHO, Salo de (Coord.). **Crítica à Execução Penal**. 2. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- MARCÃO, Renato. Curso de Execução Penal. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MIRABETE, Júlio Fabrini. **Execução Penal**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2000.
- OLIVEIRA, Pacelli Eugênio de. **Curso de Processo Penal**. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2011.

## CAPÍTULO X

# NOTAS SOBRE O ESTATUTO PENITENCIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA

*Daniel Nicory do Prado<sup>1</sup>*

**SUMÁRIO:** 1. Introdução — 2. A competência dos entes federativos para legislar sobre direito penitenciário: 2.1. Os limites da competência regulamentar — 3. Hipóteses de remissão expressa da Lei de Execução Penal à legislação local — 4. O Estatuto Penitenciário do Estado da Bahia : 4.1. Os estabelecimentos penais; 4.2. Admissão e movimentação de presos; 4.3. Direitos do preso a prestações positivas do Estado; 4.4. Faltas disciplinares leves e médias; 4.5. Procedimento Administrativo Disciplinar; 4.6. Extinção da punibilidade da infração disciplinar; 4.7. Reabilitação e Classificação da Conduta Carcerária; 4.8. Recompensas administrativas; 4.9. Visitas e Revistas — 5. Conclusões — 6. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa a realizar uma análise jurídico-dogmática do Estatuto Penitenciário do Estado da Bahia, aprovado pelo Decreto nº 12.247, de 08 de julho de 2010, levando em conta a repartição constitucional da competência para legislar sobre direito penitenciário, as fontes formais da normatividade estadual sobre o tema e as hipóteses expressas de remissão da Lei de Execução Penal à legislação local.

Com o aporte de conteúdos da teoria geral do Direito, do Direito Constitucional, do Direito Administrativo e do Direito Processual Penal e de Execução Penal, analisar-se-ão as relações do Estatuto Penitenciário com as demais fontes normativas, a sua validade e os limites de sua incidência, em função da espécie de diploma (decreto do executivo) que o veiculou.

Por fim, comentar-se-ão as questões mais importantes e mais controversas dentre as abordadas pelo Estatuto, com o objetivo de esclarecer dúvidas de orientação prática para os profissionais de formações variadas e dos diversos órgãos da soberania que atuam na Execução Penal.

---

1. Defensor Público, Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia, Professor da Faculdade Baiana de Direito e dos cursos de Pós-Graduação em Ciências Criminais e Direito Público do JusPodivm, representante da Associação Nacional dos Defensores Públicos junto à Subcomissão de Crimes e Penas da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados.

## 2. A COMPETÊNCIA DOS ENTES FEDERATIVOS PARA LEGISLAR SOBRE DIREITO PENITENCIÁRIO

A divisão funcional do poder político, segundo o pensamento de Jürgen Habermas, largamente difundido no debate contemporâneo das ciências sociais, serve como uma garantia da autodeterminação do cidadão, em seu agir comunicativo, na medida em que indica a direção da circulação do poder e institucionaliza de forma legítima as práticas comunicacionais capazes de interferir na formação da vontade diretora do Estado, preservando assim o princípio da soberania popular e, por consequência, a primazia da legislação democrática<sup>2</sup>.

Por sua vez, a repartição regional das atribuições, nos Estados federais, seguiria uma lógica diversa, porém relacionada com a divisão dos poderes, baseada no modelo dos freios e contrapesos, com efeitos de bloqueio, retardamento e moderação, facilitando o controle externo da Administração Pública<sup>3</sup>.

Em sua tarefa essencial de organizar o Estado, as Constituições costumam enumerar, de forma bastante pormenorizada e até casuística, as competências dos principais órgãos públicos, não só do poder central, mas dos poderes locais, levando à identificação, pela dogmática jurídica, dos princípios da tipicidade e da indisponibilidade das competências<sup>4</sup>, segundo os quais a sua delegação é até possível, mas deve ser controlada e sujeita a limites materiais; além disso, o reconhecimento de poderes implícitos é admitido com reservas.

A Constituição Federal de 1988 (CF/88) adotou, concomitantemente, diversas técnicas de repartição das competências administrativas e legislativas, em função da matéria e da esfera de poder encarregada de exercê-las, e, embora seja muito difícil estabelecer, para todos os casos, uma lógica consistente para as escolhas do constituinte, admite-se, em geral, que essas opções políticas seguem o princípio da predominância do interesse<sup>5</sup>, cabendo à União as matérias de interesse nacional<sup>6</sup>, e aos demais entes a regulamentação das questões específicas de sua circunscrição territorial<sup>7</sup>.

---

2. HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. v.1. 2.ed. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 233-234.

3. *Ibidem*. p. 234-235.

4. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. 2. reimp. Coimbra: Almedina, 2003. p. 546-547.

5. TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1093.

6. ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 122.

7. CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. ver, ampl, atual. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 809.



É recorrente, na dogmática jurídica, o uso da expressão “condomínio legislativo”<sup>8</sup>, para definir a técnica de repartição de competências em que se atribui à União o poder de produzir as normas gerais, e aos estados-membros e ao Distrito Federal a normatização dos aspectos peculiares, sobre uma mesma matéria.

Embora a existência de competências concorrentes seja consensualmente vista como essencial ao federalismo<sup>9</sup>, são apontados diversos problemas para o seu exercício harmônico, seja porque os critérios do texto normativo são insuficientes para diferenciar a matéria a ser regulada por normas gerais, da que pode ser disciplinada por normas especiais<sup>10</sup>, seja porque, ao repartir e elencar os próprios temas entre as competências privativas e concorrentes, surge uma grande dificuldade na classificação de determinadas questões de caráter transdisciplinar<sup>11</sup>. No entanto, de acordo com a análise de André Ramos Tavares, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem feito uma “leitura pró-federal, no sentido de privilegiar a centralização federativa”<sup>12</sup>.

A CF/88, em seu art. 24, I, estabeleceu como competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal a legislação sobre o direito penitenciário<sup>13</sup>. Embora a expressão empregada no texto constitucional pareça convergir para a tese, já então superada, da natureza administrativa da Execução Penal<sup>14</sup>, e para a centralidade da pena privativa de liberdade, não há dúvida de que as competências distribuídas para os entes federativos compreendem uma produção de normatividade condizente com o caráter jurisdicional da expiação da pena<sup>15</sup> e com as suas diversas espécies de manifestação.

No “condomínio legislativo”, cabem aos Estados membros e ao Distrito Federal duas espécies de competência: (i) a complementar<sup>16</sup> ou suplementar,

- 
8. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 870; TAVARES. *Op. cit.* p. 1104. BORGES NETTO, André Luiz. André Luiz. **Competências legislativas dos estados-membros**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 122.
  9. CUNHA JÚNIOR. *Op. cit.* p. 808; BORGES NETTO. *Op. cit.* p. 73 e 121; ALMEIDA. *Op. cit.* p. 121.
  10. BORGES NETTO. *Op. cit.* p. 127-128; TAVARES. *Op. cit.* p. 1105; ALMEIDA. *Op. cit.* p. 128-133.
  11. TAVARES. *Op. cit.* p. 1097.
  12. *Ibidem*. p. 1104.
  13. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/103846/constituicao-da-republica-federativa-do-brasil-1988>>. Acesso em: 24 nov. 2010.
  14. PRADO, Daniel Nicory do. **Sobre a natureza jurídica da execução penal**. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1468, 9 jul. 2007. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/10124>>. Acesso em: 24 nov. 2010.
  15. *Ibidem*.
  16. BORGES NETTO. *Op. cit.* p. 137; ALMEIDA. *Op. cit.* p. 134-135.

prevista no art. 24, § 2º, da CF/88<sup>17</sup>, que representa o preenchimento dos espaços deixados pela norma geral nacional, tendo em vista o princípio da preponderância do interesse, para a disciplina das necessidades locais<sup>18</sup>, (ii) e a supletiva<sup>19</sup>, conferida pelo art. 24, § 3º da CF/88<sup>20</sup>, exercida apenas quando o legislador nacional se omitir, segundo a qual os entes federativos poderão disciplinar plenamente a matéria, até que a superveniência de lei federal sobre normas gerais suspenda a eficácia da lei estadual, no que esta lhe for contrária, de acordo com o art. 24, § 4º, da CF/88<sup>21</sup>. O veículo normativo adequado ao exercício de tais competências é a lei estadual em sentido formal e material<sup>22</sup>.

Quando o texto constitucional foi promulgado, já existia lei nacional regulando a matéria<sup>23</sup> e, embora tenha havido discussão jurisprudencial sobre a recepção ou não de alguns de seus dispositivos pela ordem vigente<sup>24</sup>, há consenso na doutrina quanto à plena vigência da Lei de Execução Penal na atualidade. Desta forma, restou apenas, para os estados, no caso do direito penitenciário, a competência complementar.

Segundo o art. 70, XII, da Constituição da Bahia<sup>25</sup>, cabe à Assembléia Legislativa, com a sanção do governador, legislar sobre direito penitenciário. Desta forma, repetindo o que já estava suficientemente claro na Constituição Federal, a produção de normatividade sobre a Execução Penal está adstrita à reserva de lei, segundo a qual, “do ponto de vista cognitivo, a administração não pode interferir nas premissas que se encontram na base de suas decisões”<sup>26</sup>.

17. “Art. 24. (...) § 2º – A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.” cf. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/103846/constituicao-da-republica-federativa-do-brasil-1988>> Acesso em: 28 nov. 2010.

18. MENDES; COELHO; BRANCO. *Op. cit.* p. 871.

19. TAVARES. *Op. cit.* p. 1119; BORGES NETTO. *Op. cit.* p. 122.

20. “Art. 24. (...) § 3º – Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades. cf. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/103846/constituicao-da-republica-federativa-do-brasil-1988>> Acesso em: 28 nov. 2010.

21. “Art. 24. (...) § 4º – A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.” *Ibidem*.

22. BORGES NETTO. *Op. cit.* p. 137.

23. BRASIL. Lei 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/109222/lei-de-execucao-penal-lei-7210-84>> Acesso em: 28 nov. 2010.

24. ROSSETTI, Janora Rocha. Remição de pena: adequação do art. 127 da Lei de Execução Penal ao texto constitucional. **Revista dos Tribunais**. São Paulo. ano 82. v. 697. nov. 1993.

25. BAHIA. Constituição (1989). **Constituição do Estado da Bahia**. Disponível em: <[http://www2.casacivil.ba.gov.br/NXT/gateway.dll/legsegov/constatual/const.xml?fn=document-frameset.htm&f=templates\\$3.0](http://www2.casacivil.ba.gov.br/NXT/gateway.dll/legsegov/constatual/const.xml?fn=document-frameset.htm&f=templates$3.0)> Acesso em: 28 nov. 2010.

26. HABERMAS. *Op. cit.* p. 217.

Apesar de todas essas advertências quanto à tipicidade da distribuição das competências, à formalidade em sua repartição e à reserva de lei, o Estatuto Penitenciário do Estado da Bahia (que poderá ser chamado, no texto, apenas de Estatuto) ingressou na ordem jurídica por meio do Decreto nº 12.247, de 08 de julho de 2010, do governador do estado<sup>27</sup>.

Com essa opção política, a Bahia deixou de exercer a competência legislativa complementar em sede de Execução Penal, que exigiria lei em sentido formal e material, exercendo apenas a competência regulamentar, necessária à fiel execução das leis, o que, aliás, foi explicitado no preâmbulo do próprio decreto, que atribuiu a sua expedição ao art. 105, V, da constituição estadual<sup>28</sup>. Sendo assim, qualquer dispositivo do Estatuto que colida com a Lei de Execução Penal ou invada o espaço protegido pela reserva de lei será inválido.

Mesmo sem se preocupar com as distinções entre lei e regulamento, nem entre lei nacional e lei federal, Andrei Zenkner Schmidt chega a uma conclusão semelhante, ao afirmar que a “legislação estadual não pode contrariar o disposto em legislação federal no que tange a direito penitenciário”<sup>29</sup>.

## 2.1. Os limites da competência regulamentar

Embora a veiculação do Estatuto, por meio de decreto do governador do Estado, tenha excluído determinadas matérias de suas possibilidades de normatização, é preciso reconhecer que, em princípio, o Decreto nº 12.247/2010 é válido e pode ser plenamente aplicado.

A questão crucial, em termos jurídico-dogmáticos, é a distinção, no caso concreto, entre as matérias que só poderiam ter sido reguladas pela lei estadual, ainda inexistente, e as que poderiam, como foram, ser tratadas validamente por decreto.

Para tanto, é preciso refletir sobre a natureza e as funções dos regulamentos no Direito brasileiro. Em geral, admite-se que, diante da configuração do princípio da legalidade em nosso ordenamento, só há espaço para os chamados regulamentos executivos, subordinados à lei<sup>30</sup>, destinados à sua operacionalização, e, mesmo para quem admite que a competência normativa do Poder Executivo

27. BAHIA. Decreto nº 12.247, de 08 de julho de 2010. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/823858/decreto-12247-10-bahia-ba>> Acesso em: 28 nov. 2010.

28. *Ibidem*.

29. SCHMIDT, Andrei Zenkner. A Crise de Legalidade na Execução Penal. In CARVALHO, Salo de (Coord.) **Crítica à Execução Penal**. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 29-76. p. 50.

30. JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 134. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 339.

possa suprir as omissões do legislador, com os chamados regulamentos autônomos, isso não pode representar a invasão da reserva de lei<sup>31</sup>.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, o principal limite à competência regulamentar estaria na própria Constituição, que, ao estabelecer, em seu art. 5º, II<sup>32</sup>, que somente a lei em sentido material e formal pode impor obrigações aos cidadãos, “não quis tolerar que o Executivo, valendo-se de regulamento, pudesse, por si mesmo, interferir com a liberdade ou a propriedade das pessoas”<sup>33</sup>. Diante disso, é comum a afirmação, na dogmática, de que só a lei tem “força de inovar originariamente a ordem jurídica”<sup>34</sup>.

Os regulamentos são editados “quando a lei pressupõe, para sua execução, a instauração de relações entre a Administração e os administrados cuja disciplina comporta uma certa discricionariedade administrativa”<sup>35</sup>. Geraldo Ataliba esclarece que o regulamento, por representar uma emanção do poder hierárquico do chefe do executivo, pode criar obrigações para os seus subordinados, ou para órgãos sujeitos à sua tutela, desde que sejam instrumentos de fiel execução das leis, mas não para os administrados, embora esses possam ser afetados indiretamente pelas rotinas burocráticas instituídas pelo ato normativo<sup>36</sup>.

Nessa tarefa de orientar os atos do agente público, o regulamento pode prever normas de procedimento para a execução da lei, bem como uniformizar a sua aplicação, com a positivação de avaliações técnicas destinadas a esclarecer fatos, situações ou comportamentos caracterizados em lei por conceitos vagos e, ainda, decompor analiticamente, com a técnica da enumeração de hipóteses, conceitos legais sintéticos<sup>37</sup>.

31. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 35. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 184; ARAGÃO, Alexandre Santos. Legalidade e regulamentos administrativos no direito contemporâneo (uma análise doutrinária e jurisprudencial). **Revista Forense**. v. 368. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 3-21. p. 12-13.

32. “Art. 5º (...) II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;” cf. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/103846/constituicao-da-republica-federativa-do-brasil-1988>> Acesso em: 30 nov. 2010.

33. MELLO. *Op. cit.* p. 341.

34. SILVEIRA, Ana Teresa Ribeiro da. **A Competência Regulamentar no Direito brasileiro**. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo. Disponível em: <[www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cp009119.pdf](http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cp009119.pdf)> Acesso em: 09 dez. 2010. p. 83.

35. MELLO. *Op. cit.* p. 357-358.

36. ATALIBA, Geraldo. Regulamento no direito brasileiro. **Revista Forense**. v. 297. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 39-49. p. 42.

37. MELLO. *Op. cit.* p. 362.

No entanto, apesar da identificação, em linhas gerais, dos espaços destinados a cada uma das espécies normativas, Marçal Justen Filho sustenta não ser possível extrair, do próprio ordenamento, para todos os casos, “uma resposta que permita afirmar com certeza a distinção entre os campos reservados à lei e ao regulamento”<sup>38</sup>.

### 3. HIPÓTESES DE REMISSÃO EXPRESSA DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL À LEGISLAÇÃO LOCAL

Entendidos, para os propósitos do presente trabalho, os limites da competência regulamentar, é preciso relacionar as matérias para as quais a própria Lei de Execução Penal exigiu expressamente a complementação por lei estadual.

Segundo a LEP, cabe à legislação local: (a) especificar as faltas disciplinares leves e médias, bem como as respectivas sanções<sup>39</sup>; (b) criar, se necessário, o Departamento Penitenciário Local, ou órgão equivalente<sup>40</sup>; e (c) estabelecer normas complementares para cumprimento de pena em regime aberto<sup>41</sup>. Além disso, deve constar da lei local de organização judiciária a competência dos Juízos de Execução<sup>42</sup>. Para esses temas, está vedada a normatização por decreto, diante da exigência específica da própria lei nacional.

Por outro lado, a LEP reconhece expressamente a competência regulamentar para: (a) especificar a natureza e a forma de concessão de regalias, ou seja, recompensas ao preso por seu bom comportamento<sup>43</sup>; e (b) disciplinar o procedimento administrativo de apuração das faltas disciplinares<sup>44</sup>.

Tais hipóteses expressas são coerentes com o entendimento doutrinário acerca do papel dos regulamentos, segundo o qual essas espécies normativas não podem

38. JUSTEN FILHO. *Op. cit.* p. 135.

39. “**Art. 49.** As faltas disciplinares classificam-se em leves, médias e graves. **A legislação local especificará as leves e médias, bem assim as respectivas sanções.** Parágrafo único. Pune-se a tentativa com a sanção correspondente à falta consumada.” (grifo nosso). BRASIL. Lei 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/109222/lei-de-execucao-penal-lei-7210-84>> Acesso em: 28 nov. 2010.

40. “**Art. 73.** **A legislação local poderá criar Departamento Penitenciário** ou órgão similar, com as atribuições que estabelecer.” (grifo nosso). *Ibidem*.

41. “**Art. 119.** **A legislação local poderá estabelecer normas complementares para o cumprimento da pena privativa de liberdade em regime aberto** (artigo 36, § 1º, do Código Penal)”. (grifo nosso). *Ibidem*.

42. “**Art. 65.** A execução penal competirá ao Juiz indicado na **lei local de organização judiciária** e, na sua ausência, ao da sentença.” (grifo nosso) *Ibidem*.

43. “**Art. 56.** São recompensas: I – o elogio; II – a concessão de regalias. Parágrafo único. **A legislação local e os regulamentos estabelecerão a natureza e a forma de concessão de regalias.**” (grifo nosso) *Ibidem*.

44. “**Art. 59.** Praticada a falta disciplinar, deverá ser instaurado o procedimento para sua apuração, **conforme regulamento**, assegurado o direito de defesa”. (grifo nosso). *Ibidem*.

criar novos direitos ou obrigações (não previstos em lei em sentido material e formal), mas, por outro, podem normatizar as formas de agir da Administração, destinadas ao cumprimento de uma lei, reduzindo o espaço da discricionariedade.

#### 4. O ESTATUTO PENITENCIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA

A tarefa confiada pelo ordenamento jurídico e pelas autoridades judiciais às unidades prisionais é, certamente, uma das mais difíceis dentre todas as previstas para os órgãos públicos: custodiar, contra a própria vontade, por um longo período de tempo, centenas de pessoas, assegurando, ao mesmo tempo, o exercício de seus direitos, o cumprimento dos objetivos da pena e a manutenção da disciplina carcerária.

O Decreto nº 12.247/2010 previu, de forma bastante minuciosa, os procedimentos a serem adotados pelos órgãos competentes – a Superintendência de Assuntos Penais (SAP), vinculada à Secretaria de Justiça, Cidadania e Direitos Humanos (SJCDH)<sup>45</sup>, e as próprias unidades prisionais, a ela submetidas – desde o ingresso do interno no estabelecimento até a sua libertação definitiva.

Após a edição do Estatuto, houve uma alteração na estrutura organizacional do Estado da Bahia, por meio da Lei 12.212, de 04 de maio de 2011, que levou à criação, entre outras providências, da Secretaria de Administração Penitenciária e Ressocialização (SEAP)<sup>46</sup>. Com isso, foi extinta a SAP e excluída do âmbito da SJCDH a competência para controlar o sistema prisional<sup>47</sup>, devendo ser interpretadas, no texto do Dec. 12.247/2010, as menções à antiga Superintendência como referidas à nova Secretaria de Estado, constituída para cumprir a mesma função do órgão extinto, sem que haja necessidade de imprimir qualquer alteração ao ato normativo que veiculou o Estatuto.

---

45. “Art. 2º – Compete à Superintendência de Assuntos Penais – SAP, nos termos do seu Regimento, aprovado pelo Decreto nº 9.665, de 21 de novembro de 2005, planejar, executar, coordenar, supervisionar, controlar e avaliar, em harmonia com o Poder Judiciário, os serviços penais do Estado.” BAHIA. **Decreto nº 12.247, de 08 de julho de 2010**. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/823858/decreto-12247-10-bahia-ba>> Acesso em: 28 nov. 2010.

46. “Art. 19. Fica criada a Secretaria de Administração Penitenciária e Ressocialização – SEAP, com a finalidade de formular políticas de ações penais e de ressocialização de sentenciados, bem como de planejar, coordenar e executar, em harmonia com o Poder Judiciário, os serviços penais do Estado, tendo a seguinte estrutura organizacional básica: (...)” *Idem*. Lei 12.212, de 04 de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/1027676/lei-12212-11-bahia-ba>>, Acesso em: 26 out. 2011.

47. “Art. 31 – Ficam excluídas da finalidade e competências da Secretaria da Justiça, Cidadania e Direitos Humanos – SJCDH, as atividades pertinentes à execução da política e da administração do Sistema Penitenciário do Estado. Art. 32 – Fica extinta, na SJCDH, a Superintendência de Assuntos Penais – SAP, ficando os seus bens patrimoniais e acervo transferidos para a Secretaria de Administração Penitenciária e Ressocialização – SEAP”. *Ibidem*.

Os comandos do diploma servem para operacionalizar não só a Lei de Execução Penal e os atos internacionais como as Regras Mínimas da ONU para o tratamento de prisioneiros<sup>48</sup>, mas também a Constituição e todas as leis direta ou indiretamente aplicáveis ao preso, enquanto pessoa, visto que, segundo o art. 3º da LEP, “ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei”.<sup>49</sup>

Aplicando os conteúdos expostos no item que tratou dos limites da competência regulamentar, pode-se observar que a Constituição e a legislação infra-constitucional estabelecem as espécies de prisão admitidas no ordenamento<sup>50</sup>, os princípios e regras materiais e processuais que limitam a resposta penal do Estado<sup>51</sup>, os estabelecimentos adequados ao cumprimento da pena de privação de liberdade em cada um de seus regimes<sup>52</sup>, e as consequências jurídicas da duração excessiva do encarceramento<sup>53</sup>. Dentro desse quadro normativo pré-estabelecido, o regulamento (nesse caso, o Estatuto Penitenciário do Estado da Bahia) visou a tornar viável, previsível e uniforme a atuação administrativa, cumprindo sua função apontada pela doutrina.

Nos itens seguintes, dar-se-á atenção às principais previsões regulamentares, de interesse prático para o jurista e para os envolvidos na administração

- 
48. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Regras Mínimas para o tratamento de prisioneiros.** Disponível em: <<http://www.cfappm.ma.gov.br/pagina.php?Acao=D&IdArq=27&Ext=pdf>> Acesso em: 03 dez. 2010.
49. Cf. BRASIL. **Lei 7.210, de 11 de julho de 1984.** Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/109222/lei-de-execucao-penal-lei-7210-84>> Acesso em: 30 nov. 2010.
50. “Art. 5º (...) LXI – ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;” BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em: < <http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/103846/constituicao-da-republica-federativa-do-brasil-1988>> Acesso em: 01 dez. 2010
51. São muitas as disposições do ordenamento disciplinando a resposta penal do Estado, impossíveis de reproduzir ou, sequer, de enumerar, nos limites deste trabalho, mas, como exemplo, pode-se indicar o Art. 5º, incisos XXXIX a LXVI, da CF/88. Cf. *Ibidem*.
52. “Art. 5º (...) XLVIII – a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;” *Ibidem*. Detalhando a Constituição, a LEP dispõe, em seus arts. 82 a 104, sobre as diversas espécies de estabelecimentos. Cf. BRASIL. **Lei 7.210, de 11 de julho de 1984.** Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/109222/lei-de-execucao-penal-lei-7210-84>> Acesso em: 01 dez. 2010.
53. “Art. 5º (...) LXV – a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária; (...) LXXV – o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença; (...) LXXVIII a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)”. Cf. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/103846/constituicao-da-republica-federativa-do-brasil-1988>> Acesso em: 01 dez. 2010.

prisional, organizadas em função da matéria. Pelas dimensões deste trabalho, é impossível tratar exaustivamente do texto do Estatuto, razão pela qual algumas de suas passagens, que possam ser de interesse do leitor, ficarão sem comentário.

#### 4.1. Os estabelecimentos penais

O Estatuto, em seus arts. 3º a 13, dispõe sobre os estabelecimentos penais, regulamentando os arts. 82 a 104 da LEP<sup>54</sup>. Concretizando o princípio da dignidade humana e a garantia constitucional da integridade física e moral dos presos<sup>55</sup>, a LEP impôs a colocação de mulheres e maiores de sessenta anos em local adequado à sua condição<sup>56</sup>. Por seu lado, o Estatuto ampliou a obrigação estatal para abranger os portadores de deficiências físicas e de doenças infecto-contagiosas.<sup>57</sup>

No mesmo sentido, a LEP dispõe, em seu art. 85, que “o estabelecimento penal deverá ter lotação compatível com a sua estrutura e finalidade”<sup>58</sup> e que “caberá ao juiz competente, a requerimento da autoridade administrativa definir o estabelecimento prisional adequado para abrigar o preso provisório ou condenado, em atenção ao regime e aos requisitos estabelecidos”<sup>59</sup>.

Diante disso, o Estatuto, reconhecendo as deficiências estruturais do próprio Estado, adotou solução bastante criativa, sintonizada com a orientação jurisprudencial mais recente do Superior Tribunal de Justiça<sup>60</sup> e preocupada com

54. Vide nota 44.

55. “Art. 5º (...) XLIX – é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral.” Cf. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/103846/constituicao-da-republica-federativa-do-brasil-1988>> Acesso em: 03 dez. 2010.

56. “Art. 82. (...) § 1º A mulher e o maior de sessenta anos, separadamente, serão recolhidos a estabelecimento próprio e adequado à sua condição pessoal.” Cf. *Idem*. **Lei 7.210, de 11 de julho de 1984**. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/109222/lei-de-execucao-penal-lei-7210-84>> Acesso em: 03 dez. 2010.

57. “Art. 5º (...) § 2º – As unidades do Sistema Prisional deverão destinar espaço adequado para acomodação de maiores de sessenta anos de idade, portadores de deficiências físicas e doenças infecto-contagiosas, assim como isolamento para aqueles que se encontrem sob ameaça ou risco. Cf. BAHIA. **Decreto nº 12.247, de 08 de julho de 2010**. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/823858/decreto-12247-10-bahia-ba>> Acesso em: 03 dez. 2010.

58. BRASIL. **Lei 7.210, de 11 de julho de 1984**. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/109222/lei-de-execucao-penal-lei-7210-84>> Acesso em: 03 dez. 2010.

59. *Ibidem*.

60. “HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. REGIME ABERTO. AUSÊNCIA DE VAGA EM CASA DE ALBERGADO OU INEXISTÊNCIA DESTA. REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA MAIS SEVERO. PRISÃO DOMICILIAR. POSSIBILIDADE. 1. Encontrando-se o condenado cumprindo pena em regime mais gravoso do que lhe fora imposto, em razão de inexistência de vaga em estabelecimento penal adequado ou inexistência deste, cabível a imposição de regime mais brando, em razão de evidente constrangimento ilegal. 2. É dever do Poder Público promover a efetividade da resposta penal, na dupla perspectiva da prevenção geral e especial; entretanto, não se podem



a efetivação de direitos, sem desrespeitar a natureza jurisdicional da execução da pena, ao dispor, em seu art. 11, Parágrafo Único, que, na hipótese de inexistência de vaga no estabelecimento adequado, “o preso deverá ser recolhido em estabelecimento cujo regime de execução seja mais brando do que aquele para o qual foi condenado, salvo se houver decisão judicial autorizando o contrário”<sup>61</sup>.

Por outro lado, um dos mais polêmicos e mais descumpridos dispositivos da Lei de Execução Penal, o que assegura ao condenado em regime fechado o alojamento em “em cela individual que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório”<sup>62</sup> com “área mínima de 6,00m<sup>2</sup> (seis metros quadrados)”<sup>63</sup>, foi regulamentado de forma inadequada pelo Estatuto que, ao tratar conjuntamente, no seu art. 6º, dos estabelecimentos de regimes fechado e semiaberto, entendeu possível, em seu inciso III, “a acomodação dos internos em cela individual ou coletiva”<sup>64</sup>.

A solução jurídico-dogmática para a questão é simples: o citado dispositivo deve ganhar interpretação conforme, que exclua de seu âmbito o alojamento coletivo para presos de regime fechado. No entanto, isso não altera, em nada, o imenso desafio que a Lei de Execução Penal impõe à Administração Pública.

Apesar da clareza indiscutível do texto da LEP, a garantia de uma cela individual digna está tão distanciada da realidade dos cárceres brasileiros que, numa das poucas vezes em que nossos tribunais superiores apreciaram a matéria, na discussão sobre a construção do Presídio Regional de Goiânia<sup>65</sup>, o Superior Tribunal de Justiça, em face de medida cautelar requerida pelo Ministério Público, destinada a obter efeito suspensivo a recurso especial a ser interposto pelo órgão, para suspender o repasse de verbas para a obra, até que o projeto arquitetônico fosse adequado aos ditames da LEP, indeferiu o pedido, considerando que, dado

---

exceder os limites impostos ao cumprimento da condenação, sob pena de desvio da finalidade da pretensão executória.3. Ordem concedida para restabelecer a prisão domiciliar do ora Paciente até o surgimento de vaga em estabelecimento adequado para o cumprimento da pena em regime aberto”. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 97940/RS**. Rel. Min. Laurita Vaz. DJe 08/09/2008. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&processo=97940&b=A COR](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=97940&b=A COR)> Acesso em: 01 dez. 2010.

61. Cf. BAHIA. **Decreto nº 12.247, de 08 de julho de 2010**. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/823858/decreto-12247-10-bahia-ba>> Acesso em: 03 dez. 2010.

62. Art. 88. Cf. BRASIL. Lei 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/109222/lei-de-execucao-penal-lei-7210-84>> Acesso em: 03 dez. 2010.

63. Art. 88, Parágrafo Único, *a. Ibidem*.

64. Cf. BAHIA. **Decreto nº 12.247, de 08 de julho de 2010**. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/823858/decreto-12247-10-bahia-ba>> Acesso em: 03 dez. 2010.

65. STJ: Presídio Regional de Goiânia continuará sendo construído. **Sítio de Internet do Superior Tribunal de Justiça**. 23/08/2001. Disponível em: <[http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/objeto/texto/impressao.wsp?tmp.estilo=&tmp.area=398&tmp.texto=68780](http://www.stj.gov.br/portal_stj/objeto/texto/impressao.wsp?tmp.estilo=&tmp.area=398&tmp.texto=68780)> Acesso em: 03 dez. 2010.

o caráter político-administrativo do ato impugnado, não poderia adentrar na complexidade da matéria fática, ante sua controvérsia, e que não se vislumbrava dano irreparável ou de difícil reparação ao requerente<sup>66</sup>.

Ao tratar das unidades destinadas ao cumprimento de penas de prisão em regime aberto e de limitação de fim de semana, o Estatuto dispõe sobre o pessoal responsável pela segurança interna e externa<sup>67</sup>, deixando claro que tal atividade não pode ter como fim a imposição de obstáculos físicos à fuga do interno, com o objetivo declarado de assegurar a sua conformidade com o art. 94 da Lei de Execução Penal<sup>68</sup>.

#### 4.2. Admissão e movimentação de presos

No título impropriamente chamado de “Execução Administrativa da Pena”, já que a natureza da execução penal é jurisdicional<sup>69</sup>, o Estatuto dispõe de forma bastante competente e pormenorizada sobre a admissão e movimentação de presos nas unidades do sistema.

66. “PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR. EFEITO SUSPENSIVO A RECURSO ESPECIAL A SER INTERPOSTO. ADEQUAÇÃO DE PROJETO ARQUITETÔNICO. ART. 88, DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL (Nº 7.492/84). CELAS INDIVIDUAIS AOS CONDENADOS QUE CUMPREM PENA EM REGIME FECHADO. DECISÃO A QUO DE CARÁTER POLÍTICO-ADMINISTRATIVO. INEXISTÊNCIA DO *FUMUS BONI IURIS* E DO *PERICULUM IN MORA*. 1. Medida Cautelar com o objetivo de ver atribuído efeito suspensivo a recurso especial a ser interposto. 2. A adoção de medidas cautelares (inclusive as liminares *inaudita altera pars*) é fundamental para o próprio exercício da função jurisdicional, que não deve encontrar obstáculos, salvo no ordenamento jurídico. 3. Decisão a quo que encerra matéria de natureza político-administrativa, não cabendo nesta via o exame de fatos controversos que envolvem o mérito da demanda. 4. A situação requerida na ação ajuizada no Juízo originário é deveras peculiar, fazendo-se prudente o exame das provas, de todas as respostas das partes réis e da legislação atinente ao tema debatido para que se conclua pelo deferimento, ou não, do pleito do requerente. 5. O conjunto dos fatos alegados, ao ser analisado com a legislação que rege a espécie, não provoca, de imediato, dano irreparável ou de difícil reparação ao requerente. 6. Ausentes os requisitos essenciais do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, há que se negar a concessão da medida acautelatória. 7. Medida Cautelar improcedente.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Medida Cautelar nº 3792/GO**. Rel. Min. José Delgado. 1ª Turma. DJ 24/09/2001, p. 236. Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsptipo\\_visualizacao=null&livre=cela+e+individual&b=ACOR](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsptipo_visualizacao=null&livre=cela+e+individual&b=ACOR)> Acesso em: 03 dez. 2010.

67. “Art. 7º – As unidades destinadas à custódia de sentenciados ao cumprimento de penas privativas de liberdade em regime aberto e de limitação de fim de semana devem garantir: I – seguranças interna e externa realizadas por servidores da Superintendência de Assuntos Penais, concursados ou contratados para prestação de serviços, ou, ainda, por empresas ou entidades contratadas pela Secretaria da Justiça, Cidadania e Direitos Humanos para este fim, e/ou outros meios eficientes, excetuadas situações anormais imprevisíveis.” BAHIA. **Decreto nº 12.247, de 08 de julho de 2010**. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/823858/decreto-12247-10-bahia-ba>> Acesso em: 03 dez. 2010.

68. “Art. 7º (...) Parágrafo único. A segurança prevista no inciso I deste artigo não se destina a obstaculizar a fuga dos internos, na conformidade do art. 94 da Lei nº 7.210/84”. *Ibidem*.

69. A nomenclatura mais adequada seria “Apoio administrativo à execução da pena”. Embora ainda haja alguma discussão doutrinária quanto à natureza da execução penal, prevalece o entendimento de que seu caráter é jurisdicional. Nesse sentido, ver PRADO. *Op. cit.*

#### 4.2.1. Admissão

Considerando que o Direito Penal é pautado pelo princípio da legalidade estrita<sup>70</sup>, e que os presídios são os espaços de concretização das penas e das medidas cautelares mais gravosas, é indispensável a definição de procedimentos rígidos de controle e identificação da população carcerária, para evitar que as pessoas sejam presas por engano (por homonímia ou por uso de nome falso pelos acusados e condenados), e para impedir que, mesmo quando corretamente encarceradas, elas permaneçam além do tempo devido, ou que sejam recapturadas em razão de penas já extintas ou de mandados de prisão já cumpridos.

Para tanto, o Estatuto indicou os documentos necessários à admissão do preso, relacionou os procedimentos de triagem, assistência, padronização e controle adotados no momento de seu ingresso, e disciplinou as transferências de internos entre os estabelecimentos.

No procedimento de admissão, podem-se vislumbrar, perfeitamente, as medidas administrativas destinadas a assegurar a eficácia de diversas garantias constitucionais. Se a CF/88 estabelece que ninguém será preso, salvo em flagrante delito, sem que haja ordem escrita de autoridade policial competente<sup>71</sup>, o Estatuto ordena que as unidades exijam o documento comprobatório da legalidade da prisão: auto de prisão em flagrante, acompanhado da comunicação ao juiz, mandado de prisão, para os provisórios, guia de recolhimento, guia de transferência ou, excepcionalmente, autorização da corregedoria de justiça, para os sentenciados<sup>72</sup>. Com isso, o regulamento reproduz a proteção prevista no Código de Processo Penal<sup>73</sup>.

70. Ver, por todos, TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5. ed. 14. tir. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 26-29.

71. Vide nota 45.

72. “**Art. 18** – O ingresso de custodiados nas unidades do Sistema Prisional dar-se-á, exclusivamente, mediante apresentação de Mandado de Prisão, do Auto de Prisão em Flagrante acompanhado da nota de culpa e da comunicação da custódia à autoridade judicial competente, da Guia de Recolhimento, da Guia de Transferência ou Autorização da Corregedoria de Justiça. Parágrafo único – Deverá também acompanhar o interno, quando do recebimento deste, expediente emitido pela autoridade competente, fornecendo informações quanto à qualificação do recluso e o motivo da custódia.” BAHIA. **Decreto nº 12.247, de 08 de julho de 2010**. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/823858/decreto-12247-10-bahia-ba>> Acesso em: 03 dez. 2010.

73. “**Art. 288**. Ninguém será recolhido à prisão, sem que seja exibido o mandado ao respectivo diretor ou carcereiro, a quem será entregue cópia assinada pelo executor ou apresentada a guia expedida pela autoridade competente, devendo ser passado recibo da entrega do preso, com declaração de dia e hora.”. BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/91622/codigo-processo-penal-decreto-lei-3689-41>> Acesso em: 03 dez. 2010.

Em seu art. 19, o Estatuto relaciona as providências de admissão de responsabilidade da Coordenação de Segurança, merecendo destaque:

- a) o “recolhimento e guarda de bens e valores, cuja posse não seja permitida no interior da unidade, mediante inventário e contra recibo”<sup>74</sup>, que serão devolvidos ao preso no momento de sua libertação, visto que o seu patrimônio não pode ser afetado (ainda mais) pelo encarceramento, fora das hipóteses legais de perda de bens de proveniência ilícita ou de constrição patrimonial para assegurar a indenização da vítima, ambas determinadas judicialmente;
- b) a “comunicação, no prazo de 24 horas, à família do preso ou pessoa por ele indicada, efetuada pelo setor de assistência social do estabelecimento penal, acerca da localização onde se encontra”<sup>75</sup>, destinada a efetivar a garantia do art. 5º, LXII, da CF/88<sup>76</sup>, e o direito de visita, previsto no art. 41, X, da LEP<sup>77</sup>;
- c) o “repasso das informações iniciais quanto às normas procedimentais a serem observadas, direitos e deveres”<sup>78</sup> e a “prestação de informações escritas ao preso, e verbais aos analfabetos ou com dificuldades de comunicação, sobre as normas que orientarão o seu internamento, as imposições de caráter disciplinar, bem como sobre os seus direitos e deveres”<sup>79</sup>, instrumentos concretizadores do art. 5º, LXIII, da CF/88<sup>80</sup>.

Mais uma vez, verificam-se as diferentes funções de cada espécie normativa: como regra geral, a Constituição e as leis estabelecem diversos direitos e

---

74. Art. 19, V. cf. BAHIA. **Decreto nº 12.247, de 08 de julho de 2010**. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/823858/decreto-12247-10-bahia-ba>> Acesso em: 03 dez. 2010.

75. Art. 19, IX. Cf. *Ibidem*.

76. “Art. 5º (...) LXII – 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;” BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/103846/constituicao-da-republica-federativa-do-brasil-1988>> Acesso em 03 dez. 2010.

77. “Art. 41. Constituem direitos do preso: (...) X – visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados.” BRASIL. **Lei 7.210, de 11 de julho de 1984**. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/109222/lei-de-execucao-penal-lei-7210-84>> Acesso em: 03 dez. 2010.

78. “Art. 19. (...) VI – repasse das informações iniciais quanto às normas procedimentais a serem observadas, direitos e deveres;” BAHIA. **Decreto nº 12.247, de 08 de julho de 2010**. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/823858/decreto-12247-10-bahia-ba>> Acesso em: 03 dez. 2010.

79. “Art. 19. (...) X – prestação de informações escritas ao preso, e verbais aos analfabetos ou com dificuldades de comunicação, sobre as normas que orientarão o seu internamento, as imposições de caráter disciplinar, bem como sobre os seus direitos e deveres.” *Ibidem*.

80. “Art. 5º (...) LXIII – o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;” BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/103846/constituicao-da-republica-federativa-do-brasil-1988>> Acesso em: 03 dez. 2010.

deveres, enquanto o regulamento determina, na estrutura do Estado, no que depende dele, quais são os órgãos encarregados de efetivar e cobrar cada um deles, bem como o seu modo de agir.

Adotadas as medidas pela Coordenação de Segurança, o preso, de acordo com o art. 20 do Estatuto, deve ser submetido a um minucioso atendimento médico inicial, destinado tanto a identificar as suas necessidades pessoais<sup>81</sup> como a verificar se o mesmo foi vítima de violência em outra unidade do sistema ou no trajeto até o estabelecimento de destino, sendo que, nesse último caso, o interno deverá ser encaminhado para realização de exame de corpo de delito<sup>82</sup>. Tal procedimento visa a esclarecer as responsabilidades de cada um dos agentes públicos em caso de abuso de poder.

#### 4.2.2. Movimentação

A movimentação de presos é disciplinada não só pelo Estatuto, mas também por Provimento da Corregedoria-Geral do Tribunal de Justiça (que tem, da mesma maneira, natureza regulamentar), estando atualmente em vigor o Provimento nº 07, de 30 de junho de 2010<sup>83</sup>.

De acordo com o art. 66, III, (g), da LEP, compete ao Juiz da Execução decidir sobre o cumprimento da pena ou medida de segurança em outra comarca.<sup>84</sup> Diante disso, o art. 27 do Estatuto reconheceu que a movimentação de presos é, em regra, um ato judicial, podendo ser ordenada, excepcionalmente, pelo Superintendente de Assuntos Penais (leia-se, a partir da Lei 12.212, pelo Secretário de Administração Penitenciária e Ressocialização), em situações emergenciais<sup>85</sup>.

- 
81. “Art. 20. Ao ingressar no Sistema Prisional, o interno deverá ser submetido a minucioso atendimento médico, que observará as suas condições de saúde, a capacidade física para o trabalho, a existência de peculiaridades que possam dificultar procedimentos de reinserção social e a predisposição a ter a saúde mental afetada com o aprisionamento, sinalizando as informações relevantes e adotando as providências pertinentes.” BAHIA. **Decreto nº 12.247, de 08 de julho de 2010**. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/823858/decreto-12247-10-bahia-ba>> Acesso em: 03 dez. 2010.
82. “Art. 20. (...) Parágrafo único – Verificando a existência de sinais de lesão, tortura ou similares no interno apresentado, ou havendo queixa por parte do interno, o mesmo deverá ser encaminhado para exame de corpo de delito, comunicando-se imediatamente o fato ao Conselho Penitenciário e ao defensor, sem prejuízo da imediata abertura de processo administrativo para apuração.” *Ibidem*.
83. BAHIA. Tribunal de Justiça. Corregedoria-Geral. **Provimento nº 07, de 30 de junho de 2010**. Disponível em: <<http://www.tjba.jus.br/site/arquivos/provimentocorregedoria.07.2010.pdf>> Acesso em: 03 dez. 2010.
84. BRASIL. **Lei 7.210, de 11 de julho de 1984**. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/109222/lei-de-execucao-penal-lei-7210-84>> Acesso em: 03 dez. 2010.
85. “Art. 27 – A movimentação do custodiado entre unidades será determinada judicialmente, e, em caráter excepcional, por ordem do Superintendente de Assuntos Penais, nos termos do Provimento próprio da Corregedoria Geral da Justiça e da Lei de Execução Penal, fazendo-se acompanhar, o transferido, de cópia de seu prontuário.” BAHIA. **Decreto nº 12.247, de 08 de julho de 2010**. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/823858/decreto-12247-10-bahia-ba>> Acesso em: 03 dez. 2010.

Esse alargamento da competência administrativa só é compatível com a LEP porque foi imposto ao Secretário o dever de pronta comunicação ao juízo competente e ao juiz corregedor dos presídios<sup>86</sup>, que poderão, se for o caso, determinar o retorno do interno à unidade de origem, sem prejuízo ao cumprimento da pena e sem usurpação da competência judicial.

O art. 30 do Estatuto descreve um procedimento cuidadoso e eficiente, segundo o qual é possível a transferência de presos, por interesse desses ou dos próprios estabelecimentos. Nos termos do regulamento, a petição deve ser encaminhada pelo preso à direção da unidade de origem que, concordando com a conveniência do pleito, o instruirá e encaminhará à unidade de destino, que emitirá manifestação, o encaminhará à SEAP para novo parecer e, por fim, ao juízo competente, para decisão<sup>87</sup>. Com isso, a transferência entre estabelecimentos “por conveniência da direção”, prática bastante comum, não depende apenas de comunicação ao juiz, mas de sua **autorização** escrita e fundamentada.

O procedimento descrito acima não impede que o preso, por seu defensor, requeira a transferência diretamente em juízo, apresentando, é claro, a documentação idônea à instrução do pedido.

A movimentação de presos é um dos problemas cruciais para a efetivação dos seus direitos em juízo. Embora não haja um diagnóstico confiável e

86. “**Art. 29** – A transferência, quando determinada pelo Superintendente de Assuntos Penais, ocorrerá em caráter excepcional e devidamente justificada, atendendo às seguintes circunstâncias: I – em casos de doença, quando a unidade não dispuser de infra-estrutura adequada; II – em situações emergenciais, com vistas à preservação da integridade física e moral de internos e/ou da segurança e disciplina da unidade. Parágrafo único – A remoção será comunicada, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, ao Juízo que detiver a responsabilidade pela manutenção da prisão do interno e ao Juiz Corregedor de Presídios, para avaliação, bem como ao Ministério Público, ao defensor e aos familiares.” *Ibidem*.

87. “**Art. 30** – Poderão ser realizadas transferências de internos entre as unidades do Sistema Prisional por interesse desses ou do estabelecimento, atentando para os seguintes trâmites: I – deverá ser requerida através de petição, encaminhada à direção da unidade de origem, contendo qualificação completa do custodiado e o motivo da transferência, anexando, quando possível, dados complementares ao estudo e conferência da veracidade das informações; II – após o recebimento do mencionado documento, e concordando com a conveniência do pleito, a direção da unidade de origem instruirá expediente motivado à unidade destinatária, anexando, à petição inicial, relatório jurídico-prisional do recluso (contendo informações alusivas a aspectos jurídicos e disciplinares, bem como de saúde, sociais, psicológicos, profissionais, educacionais quando julgado imprescindíveis) e parecer desta quanto à viabilidade da transferência; III – a direção da unidade destinatária, no prazo máximo de 15 (quinze) dias, deverá manifestar-se quanto ao pedido, podendo propor permuta por outro interno ali incluído, que será submetido aos mesmos procedimentos listados acima, devolvendo o expediente para que possam ser adotadas as providências cabíveis; IV – em seguida, o processo será encaminhado ao Superintendente de Assuntos Penais, para ciência e manifestação, e, após, ao Juízo competente para decisão, devendo o interessado ser informado quanto à deliberação final. Parágrafo único – Caso seja deferido o pleito, nova solicitação somente poderá ocorrer, com semelhante procedimento, depois de decorridos, no mínimo, 180 (cento e oitenta) dias do ingresso na unidade destinatária, salvo em casos excepcionais.” *Ibidem*.

metodologicamente consistente do quadro que será exposto, pode-se afirmar, sem dúvida, com base na experiência, que muitos dos presos que não têm reconhecidos os direitos decorrentes da Execução Penal (remição, progressão de regime, saídas temporárias, livramento condicional, etc.) foram transferidos para uma unidade prisional, mas o seu processo ainda está tramitando na comarca do estabelecimento de origem. Embora a remessa dos autos para a comarca de destino seja um procedimento muito mais simples do que a transferência do preso, as dificuldades estruturais do Poder Judiciário baiano costumam retardar esse encaminhamento<sup>88</sup>.

Além das transferências para outra unidade, os arts. 31 e 32 do Estatuto disciplinaram as saídas, por breve período, para retorno ao mesmo estabelecimento, com ou sem escolta. O regulamento não só repetiu as disposições da LEP, mas também estabeleceu novas hipóteses de saída com escolta, destinadas à confecção de documentos pessoais, ao registro de filhos e à realização de exames de lesão corporal<sup>89</sup>. Por fim, o regulamento trouxe uma cláusula aberta, segundo a qual se permite a saída com escolta “em outras situações, desde que comprovada a imperiosa necessidade, a conveniência administrativa e garantia da segurança da condução, tanto no tocante a escolta quanto com relação ao interno”<sup>90</sup>.

As hipóteses estatutárias sem correspondência legal são válidas e não excederam os limites da competência regulamentar, pois apenas operacionalizaram a garantia do art. 3º da LEP, aqui já mencionado, segundo o qual “ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei”<sup>91</sup>.

88. Sobre as atuais condições do Poder Judiciário baiano, ver, por exemplo, a anotação do Conselho Nacional de Justiça, em Inspeção preventiva: “Há dezenas de milhares de petições aguardando juntada há vários anos, sem qualquer controle para que as mais antigas sejam juntadas com prioridade. Na prática, as juntadas se dão quando há reclamação da parte interessada”. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Corregedoria. Auto Circunstanciado de Inspeção Preventiva: Justiça Comum Estadual da Bahia. **Inspeção nº 0002387-37.2008.2.00.0000**. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=8346&Itemid=1016](http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=8346&Itemid=1016)> Acesso em: 04 dez. 2010. p. 7.; “Há dezenas de milhares de processos aguardando despachos, decisões e sentenças por mais de cem dias, muitos há vários anos. Há, também, milhares de inquéritos policiais aguardando há anos regular andamento. *Ibidem*. p. 10.

89. “**Art. 32** – As saídas de presos, com escolta, serão autorizadas e normatizadas pela Superintendência de Assuntos Penais e, na ausência deste procedimento, pela direção da unidade, e ocorrerão nas seguintes circunstâncias: (...) V – para proceder à confecção de documentos pessoais ou registro de filhos; VI – se houver necessidade de ser submetido a exames de lesões corporais, em institutos específicos;” BAHIA. *Decreto nº 12.247, de 08 de julho de 2010*. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/823858/decreto-12247-10-bahia-ba>> Acesso em: 09 dez. 2010.

90. “Art. 32. (...) VIII – para participação de audiências, bem como ser apresentado em instituições policiais ou judiciais, por força de requisição expressa ou por necessidade;” *Ibidem*.

91. Vide nota 45.

### 4.3. Direitos do preso a prestações positivas do Estado

A Lei de Execução Penal trata da “assistência” material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa ao preso e ao egresso, em seus arts. 10 a 27. Tais disposições concretizam o princípio geral da dignidade humana e o princípio da humanidade das penas, e são complementadas pelas disposições das Regras Mínimas da Organização das Nações Unidas para o tratamento de prisioneiros<sup>92</sup>.

Seguindo as orientações contemporâneas da Teoria dos Direitos Fundamentais, seria mais adequado falar em direitos do preso a prestações positivas do Estado. Os direitos prestacionais em sentido estrito são definidos por Robert Alexy como “direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares”<sup>93</sup>.

Esse caráter de oferta potencial pela iniciativa privada é reconhecido pelo próprio Estatuto, que faculta “a aquisição de produtos permitidos e não fornecidos pela Superintendência”<sup>94</sup> e a contratação de profissionais e serviços de saúde, “desde que às suas expensas e com autorização expressa da direção da unidade”<sup>95</sup>. Nessa mesma linha, o regulamento proíbe “a prestação pessoal da assistência material por agente penitenciário ou servidor que de algum modo esteja vinculado à administração do sistema prisional”<sup>96</sup>, por reconhecer que a instauração de uma relação dessa natureza, mesmo a título gratuito para o preso, com os que velam por sua segurança, gera sérios riscos de corrupção e de extorsão de parte a parte.

No entanto, a prestação do serviço pelo próprio Estado é essencial e inegociável, e decorre não só da natureza da democracia social, mas do compromisso específico assumido com o interno de que não o privará de nenhum outro direito além daqueles excluídos pela sentença ou pelos demais efeitos legais da

92. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Op. cit.*

93. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 499.

94. “**Art. 34** – A assistência material será prestada através de um programa de atendimento às necessidades básicas do interno, sendo facultado ao mesmo a aquisição de produtos permitidos e não fornecidos pela Superintendência, sendo imprescindível a disponibilização de: (...)” BAHIA. **Decreto nº 12.247, de 08 de julho de 2010**. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/823858/decreto-12247-10-bahia-ba>> Acesso em: 03 dez. 2010.

95. “**Art. 35** – A assistência à saúde será de caráter preventivo e curativo, compreendendo o atendimento médico, psicológico, odontológico, do tipo ambulatorial e/ou hospitalar, dentro da unidade ou em instituição do sistema de saúde, bem como fornecimento integral dos medicamentos prescritos. § 1º – E facultado ao interno contratar os serviços de profissionais das áreas citadas no *caput* deste artigo, desde que às suas expensas e com autorização expressa da direção da unidade”. *Ibidem*.

96. Art. 34, Parágrafo Único. Cf. *Ibidem*.



condenação<sup>97</sup>. Esse conjunto de “assistências”, pela extensão da proteção e pelo caráter necessário de sua prestação, também pode ser definido como o direito do preso ao mínimo existencial<sup>98</sup>.

Nesse sentido, o Estatuto traz algumas previsões muito interessantes, que visam a conciliar, por exemplo, o direito à alimentação com o direito à saúde, com uma especificidade que a LEP não impôs, garantindo “alimentação balanceada, com cardápio elaborado por profissionais da área de nutrição, atentando para as necessidades básicas de um adulto, **bem como dietas, quando necessárias, mediante prescrição médica**”<sup>99</sup> (grifo nosso).

Ao tratar do direito à saúde, o Estatuto garante o “fornecimento integral dos medicamentos prescritos”<sup>100</sup> pelos profissionais que atenderem o interno, o que inclui medicação de alto custo, a ser obtida pelo estabelecimento junto à pessoa política responsável, no local, pela gestão do Sistema Único de Saúde.

Dispondo sobre a assistência jurídica gratuita, o regulamento reconhece a missão e a responsabilidade da Defensoria Pública para prestar o serviço público, embora aceite a colaboração de outras instituições, como o Patronato de Presos e Egressos, e prevê que o direito a uma defesa técnica será exercido inclusive nos procedimentos disciplinares<sup>101</sup>, no que garantiu uma proteção superior até mesmo à reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, na Súmula Vinculante nº 5, segundo a qual “a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a constituição”<sup>102</sup>. Para o exercício de suas atribuições, a Defensoria Pública deve contar com instalações condignas, o que

97. “Art. 3º. Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei.” BRASIL. **Lei 7.210, de 11 de julho de 1984**. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/109222/lei-de-execucao-penal-lei-7210-84>> Acesso em: 03 dez. 2010.

98. VILLAS-BOAS, Maria Elisa. A atuação da jurisprudência pátria na materialização de um mínimo existencial. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA**, Salvador, n. 15, 2007. p.69-99; TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. *In* SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 69-86.

99. Art. 34, I. Cf. BAHIA. **Decreto nº 12.247, de 08 de julho de 2010**. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/823858/decreto-12247-10-bahia-ba>> Acesso em: 03 dez. 2010.

100. “Art. 35 – A assistência à saúde será de caráter preventivo e curativo, compreendendo o atendimento médico, psicológico, odontológico, do tipo ambulatorial e/ou hospitalar, dentro da unidade ou em instituição do sistema de saúde, bem como fornecimento integral dos medicamentos prescritos.” *Ibidem*.

101. “Art. 37 – A assistência jurídica fornecida pelo Estado, que tem como objetivo garantir ao custodiado a defesa de seus direitos, de forma gratuita, durante a fase processual, na execução da pena e nos procedimentos disciplinares, será prestada pela Defensoria Pública do Estado e contará com a colaboração do Patronato de Presos e Egressos e de outras instituições.” *Ibidem*.

102. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 5. DJe nº 88, p. 1, em 16/5/2008**. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante&pagina=sumula\\_001\\_016](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante&pagina=sumula_001_016)> Acesso em: 03 dez. 2010.

só muito recentemente foi previsto pela LEP<sup>103</sup>, já tendo sido incorporada essa obrigação estatal pelo Estatuto.

Ao tratar das “assistências” social, religiosa e ao egresso, o Estatuto praticamente repete as disposições da LEP. É importante ressaltar que a assistência religiosa não é uma prestação positiva do Estado, mas configura os deveres de não intervenção do mesmo na liberdade de culto e de permissão de ingresso de sacerdotes e de celebrações religiosas no interior do estabelecimento.

#### 4.4. Faltas disciplinares leves e médias

O Estatuto definiu, em seus arts. 79 e 80, as faltas disciplinares leves e médias, invadindo, portanto, a reserva de lei estadual estabelecida pelo art. 24, I, da CF/88 e confirmada pelo art. 70, XII, da Constituição estadual e pelo art. 49 da LEP.

Como já foi dito nesse trabalho, o exercício da competência regulamentar não pode impor aos cidadãos novas obrigações (e a previsão de faltas disciplinares significa o estabelecimento de obrigações de não fazer), que só podem surgir por meio de lei formal e material, de acordo com o art. 5º, II, da CF/88.

Desta forma, quer pela previsão expressa da reserva de lei estadual, quer pelo entendimento jurídico-dogmático acerca dos limites da competência regulamentar, os arts. 79 e 80 do Estatuto Penitenciário do Estado da Bahia carregam o vício da inconstitucionalidade formal, e não serão comentados no presente trabalho.

O Tribunal de Justiça de São Paulo, apreciando questão semelhante, decidiu que os regulamentos prisionais não podem instituir qualquer espécie de falta ou de sanção disciplinar, mesmo que assegurem a tipicidade e anterioridade da infração, pois se trata de matéria adstrita às leis nacional e local<sup>104</sup>.

103. “**Art. 16.** As Unidades da Federação deverão ter serviços de assistência jurídica, integral e gratuita, pela Defensoria Pública, dentro e fora dos estabelecimentos penais. (Redação dada pela Lei nº 12.313, de 2010). § 1º As Unidades da Federação deverão prestar auxílio estrutural, pessoal e material à Defensoria Pública, no exercício de suas funções, dentro e fora dos estabelecimentos penais. (Incluído pela Lei nº 12.313, de 2010). § 2º Em todos os estabelecimentos penais, haverá local apropriado destinado ao atendimento pelo Defensor Público. (Incluído pela Lei nº 12.313, de 2010). § 3º Fora dos estabelecimentos penais, serão implementados Núcleos Especializados da Defensoria Pública para a prestação de assistência jurídica integral e gratuita aos réus, sentenciados em liberdade, egressos e seus familiares, sem recursos financeiros para constituir advogado. (Incluído pela Lei nº 12.313, de 2010).” *Idem.* **Lei 7.210, de 11 de julho de 1984.** Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/109222/lei-de-execucao-penal-lei-7210-84>> Acesso em: 03 dez. 2010.

104. “Agravos em execução – Provimento. Embora se afirme no artigo 45 que não haverá falta nem sanção disciplinar sem previsão legal ou regulamentar, a própria lei federal define as faltas disciplinares graves e as sanções aplicáveis (arts. 50 e 52), deixando à lei local a previsão das faltas médias e leves, bem como as respectivas sanções (art. 49). Nesses termos, não se pode instituir pelos regulamentos dos presídios qualquer outra falta disciplinar, nem criar outras sanções disciplinares além daquelas previstas na Lei de Execução Penal e nas leis locais.” SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Agravos em Execução**

#### 4.5. Procedimento administrativo disciplinar

Apesar da inconstitucionalidade formal do Estatuto na previsão das faltas médias e leves, o procedimento administrativo disciplinar para a aplicação de sanções, previsto nos arts. 95 a 114, é válido e passará a ser analisado, pelos mesmos motivos já expostos: além de o art. 59 da LEP ter atribuído expressamente ao regulamento a tarefa de descrever o procedimento administrativo, ela é coerente com a função de determinar o modo de agir da Administração.

O procedimento administrativo disciplinar deve ser instaurado por portaria do diretor do estabelecimento<sup>105</sup>, sendo concluído em até 30 (trinta) dias, prorrogáveis por igual período<sup>106</sup>, e poderá ser precedido de investigação preliminar<sup>107</sup>. Todos os servidores do estabelecimento têm o dever funcional de comunicar ao diretor qualquer falta que tenham presenciado ou de que tenham tido conhecimento por qualquer meio<sup>108</sup>.

Quando um fato descrito em lei como falta disciplinar envolver a conduta de servidor público, a sua responsabilidade será apurada em processo separado, regido por seu estatuto específico<sup>109</sup>.

O Estatuto prevê mecanismos de garantia da imparcialidade do procedimento, com a instituição de Conselho Disciplinar permanente, de que estará impedido de

---

**Penal nº 993080396337. Rel. Des. Wilson Barreira. Julgado em 31/07/2008.** Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6859632/agravo-em-execucao-penal-agepn-993080396337-sp-tj-sp>> Acesso em: 03 dez. 2010.

105. “**Art. 98** – O procedimento disciplinar será instaurado por meio de portaria do diretor do estabelecimento penal. Parágrafo único – A portaria inaugural deverá conter a descrição sucinta dos fatos, constando o tempo, modo, lugar, indicação da falta e demais informações pertinentes, bem como, sempre que possível, a identificação dos seus autores com o nome completo e a respectiva matrícula.” BAHIA. **Decreto nº 12.247, de 08 de julho de 2010.** Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/823858/decreto-12247-10-bahia-ba>> Acesso em: 03 dez. 2010.
106. “**Art. 99** – O procedimento deverá ser concluído em até 30 (trinta dias), podendo ser prorrogado por igual prazo na hipótese de justificada necessidade.” *Ibidem*.
107. “**Art. 100** – A investigação preliminar será adotada quando não for possível a individualização imediata da conduta faltosa do preso ou para identificar a autoria do fato, designando, se necessário, servidor para apurar preliminarmente os fatos. § 1º – Na investigação preliminar, deverá ser apurada a materialidade e a existência de indícios de autoria, inquirindo os presos, servidores e funcionários, bem como apresentada toda a documentação pertinente. § 2º – Findos os trabalhos preliminares, será elaborado relatório.” *Ibidem*.
108. “**Art. 96** – O servidor que presenciar ou tomar conhecimento de falta de qualquer natureza praticada por preso redigirá comunicado do evento com a descrição minuciosa das circunstâncias do fato e dos dados dos envolvidos e o encaminhará ao diretor do estabelecimento penal para a adoção das medidas cautelares necessárias e demais providências cabíveis. § 1º – O comunicado do evento deverá ser redigido no ato do conhecimento da falta, constando o fato no livro de ocorrências do plantão.” *Ibidem*.
109. “Art. 96. (...) § 2º – Nos casos em que a falta disciplinar do preso estiver relacionada com a má conduta de servidor público, será providenciada a apuração do fato envolvendo o servidor em procedimento separado, observadas as disposições pertinentes no estatuto legal respectivo.” *Ibidem*.

participar o servidor que tenha presenciado a infração ou que tenha provocado a atuação do diretor do estabelecimento<sup>110</sup>.

A fase de instrução do procedimento disciplinar pode ser descrita como uma fusão do rito ordinário atual do Processo Penal com o rito anterior, pois o interno é citado para comparecer à audiência (como no rito antigo)<sup>111</sup>, mas, nela, tem assegurado o direito de apresentar primeiro a defesa preliminar (seguindo a ordem do rito novo, embora esse ato seja escrito), à qual se seguirá a oitiva do ofendido, se houver, e de testemunhas, ocorrendo, por último, o interrogatório (como no rito novo)<sup>112</sup>.

A defesa técnica é garantida pela intimação do defensor constituído para a audiência<sup>113</sup>, pela notificação da Defensoria Pública, caso o interno não a possua<sup>114</sup> e pela designação de defensor dativo, caso o sentenciado compareça desacompanhado à audiência<sup>115</sup>. Como é dever da autoridade processante notificar a Defensoria Pública, responsável legal pela assistência jurídica, o defensor dativo só poderá suprir a ausência do defensor público se este, devidamente intimado, deixar de comparecer injustificadamente, sob pena de nulidade do procedimento.

Encerrada a instrução, o Conselho Disciplinar emitirá relatório e parecer<sup>116</sup>, para embasar a decisão do diretor do estabelecimento<sup>117</sup>, contra a qual cabe recur-

- 
110. “**Art. 101** – O Conselho Disciplinar será nomeado pelo Diretor para opinar sobre a conduta do preso, averiguar, processar e emitir parecer sobre as infrações disciplinares, no âmbito do estabelecimento penal, sendo composto por 03 (três) membros, dentre funcionários como exemplar folha de serviço. Parágrafo único – Não poderá participar como membro ou secretário do Conselho, em qualquer ato do procedimento, amigo íntimo ou desafeto, parente consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau inclusive, cônjuge, companheiro ou qualquer integrante do núcleo familiar do denunciante ou do acusado, bem como os servidores referidos nos artigos 95 e 99 deste Estatuto.” *Ibidem*.
111. “**Art. 105** – Caberá à autoridade que presidir o procedimento elaborar o termo de instalação dos trabalhos, com a presença do secretário, previamente compromissado e providenciar o que segue: I – designação de data, hora e local da audiência; II – citação do preso e intimação de seu defensor, cientificando-os sobre o comparecimento em audiência na data e hora designadas; III – intimação das testemunhas.” *Ibidem*.
112. “**Art. 106** – Na data previamente designada, será realizada audiência, garantida a apresentação de defesa preliminar, prosseguindo-se com a oitiva do ofendido, se houver, bem como das testemunhas arroladas pela Comissão e pela defesa, nesta ordem, seguida do interrogatório do preso e da defesa final oral ou por escrito.” *Ibidem*.
113. Vide nota 101.
114. “**Art. 105**. (...) § 2º – No caso de o preso não possuir defensor constituído, será providenciada a imediata comunicação à Defensoria Pública e à área de assistência jurídica do estabelecimento penal para designação de defensor.” *Ibidem*.
115. “**Art. 107** – Se o preso comparecer à audiência desacompanhado de advogado, ser-lhe-á designado, pela autoridade, defensor para a promoção de sua defesa.” *Ibidem*.
116. “**Art. 109** – Encerradas as fases de instrução e defesa, a autoridade designada para presidir o procedimento apresentará relatório final, no prazo de 03 (três) dias, contados a partir da data da realização da audiência, opinando fundamentadamente sobre a aplicação da sanção disciplinar, ou a absolvição do preso, encaminhando em seguida os autos para apreciação do diretor do estabelecimento penal. Parágrafo único – Nos casos em que reste comprovada autoria de fatos capazes de ensejar responsabilidade penal ou civil, deverá o Conselho, em seu relatório, manifestar-se, conclusivamente, propondo o encaminhamento às autoridades competentes.” *Ibidem*.
117. “**Art. 110** – O diretor do estabelecimento penal, após avaliar o procedimento, proferirá decisão final no prazo de 02 (dois) dias contados da data do recebimento dos autos.” *Ibidem*.

so administrativo, no prazo de 05 (cinco) dias<sup>118</sup>. Embora o Estatuto seja omissivo quanto à autoridade encarregada de apreciar o recurso, essa tarefa, considerando a estrutura do sistema penal do estado, cabe ao Secretário de Administração Penitenciária e Ressocialização<sup>119</sup>.

#### 4.6. Extinção da punibilidade da infração disciplinar

O Estatuto, em seus arts. 115 e 116, dispôs sobre as causas de extinção da punibilidade da infração disciplinar. Nesse caso, há uma notória omissão da LEP, sem delegação expressa, nem à competência complementar dos Estados, nem à competência regulamentar. Sendo assim, seria perfeitamente viável a regulação do tema, por lei estadual, graças à competência supletiva prevista no art. 24, § 3º, da CF/88, até a superveniência de lei nacional, como já foi discutido ao longo desse trabalho.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o *Habeas Corpus* nº 97611, entendeu ser competência privativa da União a produção de normatividade sobre a prescrição das faltas disciplinares, com base no art. 22, I, da CF/88<sup>120</sup>. No entanto, o STF partiu de uma premissa falsa, pois o dispositivo constitucional invocado trata da competência legislativa para o direito penal, sendo que as infrações disciplinares não têm natureza de ilícito penal e, mesmo quando isso ocorre, a apuração das responsabilidades e a imposição de sanções é independente, quer quanto às autoridades encarregadas, quer quanto ao procedimento e, por isso, a extinção da punibilidade de ambas também é diversa, tanto que, no mesmo julgado, o tribunal entendeu que a regressão de regime prisional independente do trânsito em julgado da ação penal, quando se tratar de fato previsto em lei como crime doloso.

118. “Art. 114 – No prazo de 05 (cinco) dias, contados a partir da ciência da decisão, caberá recurso da decisão de aplicação de sanção disciplinar.” *Ibidem*.

119. “Art. 2º – Compete à Superintendência de Assuntos Penais – SAP, nos termos do seu Regimento, aprovado pelo Decreto nº 9.665, de 21 de novembro de 2005, planejar, executar, coordenar, supervisionar, controlar e avaliar, em harmonia com o Poder Judiciário, os serviços penais do Estado.” *Ibidem*.

120. “EMENTA: HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. INFRAÇÃO DISCIPLINAR. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. ART. 109 DO CP. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO. REGRESSÃO DE REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA. TRÂNSITO EM JULGADO. DESNECESSIDADE. 1. Inexistindo norma específica quanto à prescrição da infração disciplinar, aplica-se o disposto no artigo 109 do Código Penal, considerando-se o menor lapso temporal previsto, que é de dois anos. Precedente. 2. O Regime Penitenciário do Rio Grande do Sul não tem a virtude de regular a prescrição. Isso porque compete privativamente à União legislar sobre direito penal [artigo 22, I, da CB/88]. 3. A prática de fato definido como crime doloso, para fins de aplicação da sanção administrativa da regressão, não depende do trânsito em julgado da ação penal respectiva. Precedente. Ordem indeferida.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 97611/RS. Rel. Min. Eros Grau. 2º Turma. DJE 06/08/2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2897611.NUME.+OU+97611.ACMS.%29&base=baseAcordaos>> Acesso em: 03 dez. 2010.

Portanto, sendo matéria de direito penitenciário, as faltas disciplinares, e a extinção de sua punibilidade, podem ser definidas, complementar e supletivamente, pela legislação estadual, apesar do entendimento contrário do STF. O problema que se impõe, contudo, é saber se a prescrição da infração disciplinar poderia ter sido tratada em regulamento.

Dois argumentos se opõem: de um lado, pelo paralelismo das formas, se as infrações disciplinares só podem ser criadas por lei, só a lei poderia torná-las impuníveis, pelo decurso do tempo (prescrição), pelo princípio da intrascendência (morte do agente), pela retroatividade benéfica ou por outras causas; de outro lado, como se trata de um instrumento de limitação do poder punitivo do Estado, nada impede que, indicando objetivamente as causas, o chefe do Executivo imponha uma autolimitação ao poder sancionador, e, assim, seria válida a definição, por decreto, das causas de extinção da punibilidade das infrações.

No entanto, prevalecendo a ideia de que o Estatuto é inválido, neste particular, restará um vazio a ser preenchido, visto que as infrações não podem ser simplesmente imprescritíveis por falta de previsão legal.

A solução adotada pelo Supremo Tribunal Federal (analogia com o prazo prescricional mínimo do Código Penal) não é adequada, tendo em vista a independência entre as esferas de ilicitude (civil, criminal, administrativo-disciplinar, etc.), registrada pelo próprio tribunal no julgamento da causa.

Uma alternativa é a aplicação analógica do prazo de cessação dos efeitos da falta grave, para a concessão do indulto, que, tradicionalmente, é de doze meses, compreendidos entre a data da conduta indisciplinada e o dia 25 de dezembro do ano a que se refere o decreto<sup>121</sup>. Esse é o melhor critério disponível no ordenamento, porque consiste na limitação dos efeitos da falta grave numa hipótese de extinção da punibilidade (indulto) e num caso de redução da pena imposta (comutação), ambos resultantes do perdão estatal (total ou parcial) ao

---

121. Com algumas alterações na redação, referentes à apuração da falta, que são irrelevantes para os propósitos do presente trabalho, a mesma previsão pode ser encontrada no art. 4º de cada um dos últimos quatro decretos de indulto. Cf. BRASIL. **Decreto nº 6.706, de 22 de dezembro de 2008**. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/92636/decreto-6706-08>> Acesso em: 25. set. 2009; *Idem*. **Decreto nº 6.294, de 11 de dezembro de 2007**. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/94230/decreto-6294-07>> Acesso em: 25 set. 2009; *Idem*. **Decreto nº 5.993, de 19 de dezembro de 2006**. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/95100/decreto-5993-06>> Acesso em: 25 set. 2009; *Idem*. **Decreto nº 5.620, de 15 de dezembro de 2005**. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/96192/decreto-5620-05>> Acesso em 25 set. 2009.

condenado. Por isso, com maior razão, também deve haver uma limitação temporal dos efeitos da falta grave, na apuração da responsabilidade do interno, pois não faria o menor sentido regredi-lo de regime e, logo depois, libertá-lo com a concessão do indulto.

#### 4.7. Reabilitação e classificação da conduta carcerária

Apesar da já apontada invalidade do regulamento na definição das faltas disciplinares leves e médias, bem como na fixação das causas de extinção da punibilidade, são perfeitamente válidos os procedimentos de reabilitação e a classificação da conduta carcerária pelo estabelecimento, indicados nos arts. 117 a 124 do Estatuto. Nesse caso, a função regulamentar de reduzir a discricionariedade administrativa é realizada de forma plena.

Para se valer dos diversos institutos que atenuam e até encurtam a privação de liberdade durante o cumprimento da pena (progressão para regimes mais brandos e, neles, as saídas temporárias, o trabalho externo, a participação em curso profissionalizante, a prisão domiciliar, o livramento condicional, entre outros), o sentenciado deve ter, basicamente, bom comportamento carcerário, ou seja, respeitar as regras disciplinares da instituição total, estar presente, nos horários adequados, nas instâncias de controle, ser assíduo no trabalho e na frequência a cursos dentro da unidade, evitar envolvimento em conflitos carcerários, em suma, respeitar a hierarquia e aceitar a condição de submissão que lhe é imposta<sup>122</sup>.

No entanto, a legislação não adota uma terminologia uniforme para conceituar o tipo de comportamento exigido como requisito para o reconhecimento dos direitos. Enquanto o Código Penal, ao disciplinar o livramento condicional, fala em “comprovado comportamento satisfatório”<sup>123</sup>; a Lei de Execução Penal exige, para a progressão de regime, “bom comportamento carcerário, comprovado

---

122. “Analisando-se tais deveres no plano normativo – até mesmo porque no plano fático dispensaria maiores comentários – resta patente, na LEP, a intenção do Estado em converter o preso num cidadão bom, disciplinado, obediente, urbano, respeitador, socializado, trabalhador, capaz de perceber seus erros, solidário, grato e, por fim, higiênico.” Cf. SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Direitos, Deveres e Disciplina na Execução Penal*. In CARVALHO, Salo de (Coord.). **Crítica à Execução Penal**. 2. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 207-267. p. 210.

123. “Art. 83 – O juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que: (...) III – comprovado comportamento satisfatório durante a execução da pena, bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído e aptidão para prover à própria subsistência mediante trabalho honesto; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).” BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/103275/codigo-penal-decreto-lei-2848-40>> Acesso em: 04 dez. 2010.

pelo diretor do estabelecimento”<sup>124</sup> e, para as saídas temporárias, requer “comportamento adequado”<sup>125</sup>.

Mesmo assim, é possível compreender o sentido das expressões legais e compatibilizá-las com a classificação adotada no regulamento. Segundo o art. 119 do Estatuto, a conduta do interno será considerada ótima, boa, regular ou má<sup>126</sup>, sendo ótimo o comportamento de quem não tem faltas registradas no prontuário e, além disso, já obteve recompensas<sup>127</sup>; bom o comportamento de quem não cometeu faltas, ou, mesmo que já as tenha cometido, tenha passado por posterior reabilitação<sup>128</sup>; regular o comportamento de quem ostenta faltas leves ou médias, sem reabilitação<sup>129</sup>; e mau o comportamento de quem praticou falta disciplinar grave, sem reabilitação<sup>130</sup>.

Como já foi dito, as faltas disciplinares leves ou médias deveriam ter sido previstas em lei estadual, mas isso não ocorreu, o que significa que, atualmente, só três classificações de comportamento são possíveis: ótimo, bom ou mau. Caso haja discordância quanto à classificação da conduta, cabe recurso do prejudicado, com efeito suspensivo, à diretoria da Secretaria de Administração Penitenciária e Ressocialização<sup>131</sup>.

Desta forma, para o preenchimento do requisito subjetivo para o reconhecimento dos direitos decorrentes da Execução, basta o bom comportamento

- 
124. “**Art. 112.** A pena privativa de liberdade será executada em forma progressiva com a transferência para regime menos rigoroso, a ser determinada pelo juiz, quando o preso tiver cumprido ao menos um sexto da pena no regime anterior e ostentar bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento, respeitadas as normas que vedam a progressão. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)” *Idem.* **Lei 7.210, de 11 de julho de 1984.** Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/109222/lei-de-execucao-penal-lei-7210-84>> Acesso em: 04 dez. 2010.
125. “**Art. 123.** A autorização será concedida por ato motivado do Juiz da execução, ouvidos o Ministério Público e a administração penitenciária e dependerá da satisfação dos seguintes requisitos: I – comportamento adequado;” *Ibidem.*
126. “Art. 119 – A conduta do preso recolhido em estabelecimento penal será classificada como: I – ótima; II – boa; III – regular; ou IV – má.” BAHIA. **Decreto nº 12.247, de 08 de julho de 2010.** Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/823858/decreto-12247-10-bahia-ba>> Acesso em: 04 dez. 2010.
127. “**Art. 120** – Ótimo comportamento carcerário é aquele decorrente de prontuário sem anotações de falta disciplinar, desde o ingresso do preso no estabelecimento penal até o momento da requisição do atestado de conduta, somado à anotação de uma ou mais recompensas.” *Ibidem.*
128. “**Art. 121** – Bom comportamento carcerário é aquele decorrente de prontuário sem anotações de falta disciplinar, desde o ingresso do preso no estabelecimento penal até o momento da requisição do atestado de conduta. Parágrafo único – Equipara-se ao bom comportamento carcerário o do preso cujo prontuário registra a prática de faltas, com reabilitação posterior de conduta.” *Ibidem.*
129. “**Art. 122** – Comportamento regular é o do preso cujo prontuário registra a prática de faltas médias ou leves, sem reabilitação de conduta.” *Ibidem.*
130. “**Art. 123** – Mau comportamento carcerário é o do preso cujo prontuário registra a prática de falta grave, sem reabilitação de conduta.” *Ibidem.*
131. “**Art. 124** – Caberá recurso, com efeito suspensivo, no prazo de cinco dias, dirigido à diretoria da Superintendência de Assuntos Penais, contra decisão que atestar conduta.” *Ibidem.*



carcerário. Segundo o art. 117, o preso infrator pode ter a conduta reabilitada, mesmo no caso de falta grave, caso transcorram 12 (doze) meses sem o cometimento de nova infração<sup>132</sup>.

Há uma problemática disposição, no art. 118, § 2º, do Estatuto, segundo a qual “o diretor do estabelecimento penal não expedirá o atestado de conduta enquanto tramitar procedimento disciplinar para apuração de falta”<sup>133</sup>. Tal preceito viola o art. 5º, XXXIV, (b), da CF/88, segundo o qual é assegurada a todos, independentemente do pagamento de taxas, a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal<sup>134</sup>. Na pendência de apuração disciplinar, o mais correto é certificar como boa a conduta, consignando observação de que há processo administrativo, para apuração de falta grave, em andamento.

#### 4.8. Recompensas administrativas

A LEP prevê, em seu art. 55, que as recompensas “têm em vista o bom comportamento reconhecido em favor do condenado, de sua colaboração com a disciplina e de sua dedicação ao trabalho”<sup>135</sup>, e, em seu art. 56, que o elogio e as regalias são suas espécies, definindo, em seu Parágrafo Único, que a “legislação local e os regulamentos estabelecerão a natureza e a forma de concessão de regalias”<sup>136</sup>.

Com base nisso, o Estatuto, em seus arts. 68 e 69, enumera as regalias, chamando-as de benefícios, que consistem na participação em atividades sócio-culturais e no recebimento de visitas extraordinárias. Observe-se que, para receberem adequadamente o título de “benefícios”, elas não se confundem com os direitos do preso, que incluem, entre outras coisas, a visita de parentes e amigos, a participação em atividades sócio-culturais e a divisão proporcional do tempo entre trabalho, descanso e recreação<sup>137</sup>.

Por esse motivo, o Estatuto indica que os benefícios pelo bom comportamento são concedidos em “épocas especiais, fora do horário de expediente da unidade

132. Cf. Art. 117. *Ibidem*.

133. *Ibidem*.

134. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/103846/constituicao-da-republica-federativa-do-brasil-1988>> Acesso em: 04 dez. 2010.

135. *Idem*. **Lei 7.210, de 11 de julho de 1984**. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/109222/lei-de-execucao-penal-lei-7210-84>> Acesso em: 12 dez. 2010.

136. *Ibidem*.

137. Cf. Art. 41, V, VI e X.. *Ibidem*.

prisional<sup>138</sup>, dando a entender que são uma contrapartida ao mérito do condenado, um acréscimo, além das atividades e visitas a que todo e qualquer interno tem direito.

#### 4.9. Visitas e revistas

O direito à visita do cônjuge, de parentes e amigos, previsto no art. 41, X, da LEP<sup>139</sup> costuma ser visto apenas como um direito do preso, já que a preservação de suas relações familiares e de afinidade é uma decorrência da garantia, já citada, de nenhum outro direito será afetado além daqueles expressamente restringidos pela sentença e pela lei. No entanto, é possível entender que a visita é também direito dos próprios visitantes, pois a Constituição garante, em seu art. 5º, XLV, que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido”, numa expressão do que se chama, na dogmática, de princípio da intranscendência das penas<sup>140</sup>.

##### 4.9.1. Procedimento para as visitas

O Estatuto, em seus arts. 132 a 138, disciplina o procedimento de visitas. É exigido o cadastramento prévio do visitante, com documentos que permitam a sua identificação e o conhecimento de seus antecedentes criminais e seu endereço, para a produção de carteira de visitante, com foto<sup>141</sup>, que será exigida na entrada do local destinado à visita<sup>142</sup>.

138. “Art. 68 – Constituem benefícios, concedidos aos presos pelo diretor do estabelecimento penal estadual: I – assistir a sessões de cinema, teatro, shows e outras atividades sócio-culturais, em épocas especiais, fora do horário de expediente da unidade prisional; II – assistir a sessões de jogos esportivos em épocas especiais, fora do horário de expediente da unidade prisional; III – praticar esportes em áreas específicas; e IV – receber visitas extraordinárias, devidamente autorizadas. § 1º – Poderão ser acrescidos, pela Superintendência de Assuntos Penais, mediante portaria, outros benefícios de forma progressiva, acompanhando as diversas fases de cumprimento da pena. § 2º – Os procedimentos para controlar e garantir ao preso a concessão e o gozo dos benefícios de que trata este artigo serão estabelecidos pela Superintendência de Assuntos Penais.” BAHIA. **Decreto nº 12.247, de 08 de julho de 2010**. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/823858/decreto-12247-10-bahia-ba>> Acesso em: 04 dez. 2010.

139. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/103846/constituicao-da-republica-federativa-do-brasil-1988>> Acesso em: 04 dez. 2010.

140. A esse respeito, ver VENÂNCIO, Firmiane. Princípio da intranscendência da pena e o modelo prisional vigente. In XIMENES, Rafson Saraiva; PRADO, Daniel Nicory (Org.). **Redesenhando a Execução Penal: a superação da lógica dos benefícios**. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2010. p. 95-105.

141. “Art. 132. (...) § 3º – O cadastramento de visitantes será feito pelo Serviço Social da unidade, em dia previamente determinado, mediante atendimento individualizado, onde serão checadas e registradas informações imprescindíveis, oportunidade em que deverá ser apresentada original e cópia da Carteira de Identidade (ou Certidão de Nascimento quando menores de sete anos de idade), Certidão de Antecedentes Criminais e Comprovante de Residência, bem como duas fotografias, tamanho 3x4 cm, do visitante a ser

A entrada de menores de dezoito anos é possível, mas sofre diversas restrições, destinadas a concretizar o princípio da proteção integral da criança e do adolescente, tais como a autorização dos responsáveis legais, a presença obrigatória de acompanhante maior de idade e, em alguns casos, a autorização do Juiz de Infância e Juventude<sup>143</sup>.

As visitas são periódicas, preferencialmente duas vezes por semana, diurnas e não podem durar mais de 08 (oito) horas, podendo ser suspensas ou reduzidas, por questões de segurança, pela direção, que também poderá autorizar visitas extraordinárias<sup>144</sup>. Tal poder é previsto no art. 41, Parágrafo Único, da LEP, que exige “ato motivado” do diretor<sup>145</sup>. A prioridade legal para idosos, gestantes e portadores de deficiências deve ser assegurada nas visitas<sup>146</sup>.

As visitas íntimas se submetem a algumas formalidades adicionais, como a assinatura, por visitante e visitado, de termo de responsabilidade e ciência dos riscos do ato sexual praticado sem proteção, e a carência de 02 (dois) meses para a substituição de cônjuge ou companheiro, com parecer do Serviço Social e decisão da direção, só podendo haver cadastro de uma pessoa nessa condição a cada momento<sup>147</sup>. Tal limitação tem o objetivo de evitar a exploração da prostituição

---

cadastrado, aproveitando-se o ensejo para esclarecer quanto às normas de visitação.” BAHIA. **Decreto nº 12.247, de 08 de julho de 2010**. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/823858/decreto-12247-10-bahia-ba>> Acesso em: 04 dez. 2010.

142. “Art. 132. (...) § 6º – Para a entrada, em dias de visita, é imprescindível a apresentação da Identificação de Visitante, emitida quando do cadastramento acima referido, e de documento oficial, com fotografia, que comprove a sua identidade, este último não necessário para menores de 07 (sete) anos de idade, dos quais serão exigidas certidões de nascimento, caso não tenham o documento oficial com foto.” *Ibidem*.
143. “Art. 132 (...) § 5º (...) III – a visita de crianças e adolescentes deverá ocorrer em pátio destinado exclusivamente à visitação, ou, na falta deste, mediante autorização do Juízo da Infância e da Juventude;” *Ibidem*.
144. “Art. 133 – As visitas serão realizadas em dias e horários determinados pela direção da unidade, preferencialmente em um dia da semana e um dia no final de semana, sempre em período diurno e não superior a 08 (oito) horas. § 1º – As visitas ocorrerão em local próprio, em condições dignas e que possibilitem a vigilância pelo corpo de segurança da unidade. § 2º – Havendo riscos iminentes à segurança e disciplina do estabelecimento penal, a visitação poderá ser excepcionalmente suspensa ou reduzida, a critério da direção. § 3º – Em caso excepcional, poderá ser autorizada visita extraordinária, pela direção do estabelecimento, que fixará seus critérios e duração.” *Ibidem*.
145. “Art. 41. (...) Parágrafo único. Os direitos previstos nos incisos V, X e XV poderão ser suspensos ou restringidos mediante ato motivado do diretor do estabelecimento” **Lei 7.210, de 11 de julho de 1984**. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/109222/lei-de-execucao-penal-lei-7210-84>> Acesso em: 28 nov. 2010.
146. “Art. 135 – Idosos, gestantes e pessoas com deficiência terão prioridade nos procedimentos adotados para a realização da visita.” BAHIA. **Decreto nº 12.247, de 08 de julho de 2010**. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/823858/decreto-12247-10-bahia-ba>> Acesso em: 04 dez. 2010.
147. “Art. 137 – As visitas íntimas deverão obedecer às seguintes condições: I – quando do cadastramento, o cônjuge deverá portar Certidão de Casamento, mas fica dispensada a necessidade de prova quanto à união estável; II – se o visitante for menor de 18 (dezoito) anos, há de ser legalmente casado ou ter reconhecida judicialmente a união estável com o custodiado, comprovadas a relação familiar, respectivamente, por meio da certidão de casamento e de sentença judicial; III – somente será autorizado o registro de um

nos estabelecimentos penais, pelos próprios presos, por servidores públicos ou por pessoas de fora da comunidade carcerária.

#### 4.9.2. *Procedimento das revistas*

As revistas dos visitantes de presídios constituem um dos maiores problemas práticos de compatibilização entre os direitos individuais à intimidade, o princípio da dignidade humana e as exigências de segurança do sistema prisional. Todas as semanas, milhares de pessoas, especialmente mulheres, em todo o país, são submetidas a procedimentos extremamente invasivos de revista, que incluem a nudez total e a prática de movimentos corporais (por exemplo, agachamentos) para que o agente público se certifique de que o visitante não carrega, no próprio corpo, substâncias ou objetos proibidos no estabelecimento<sup>148</sup>.

Apesar de todas as advertências das autoridades quanto à amarga necessidade de tais procedimentos, para a suposta garantia da segurança do estabelecimento, as revistas periódicas (os chamados “baculejos”), realizadas nas celas pelos agentes penitenciários e pela Polícia, frequentemente encontram instrumentos impossíveis de carregar nas cavidades íntimas do corpo, como facas e serrotes, e até, num caso extremado, uma motosserra<sup>149</sup>.

Sendo assim, por mais que exista o risco de entrada de substâncias e objetos proibidos, como entorpecentes e celulares, no corpo dos visitantes, o ingresso de objetos mais ofensivos por outros meios demonstra que os procedimentos extremamente vexatórios, hoje adotados nas revistas, não se justificam, quando analisada a sua proporcionalidade, porque os mesmos nem sequer são adequados à consecução do objetivo declarado (garantia da segurança), muito menos necessários ou proporcionais em sentido estrito.

O Estatuto, em seu art. 134, trata da revista dos visitantes, dispondo, no § 1º, que a atividade “será realizada por funcionário do mesmo sexo, sem expor o revistado a constrangimento.”<sup>150</sup> A sua leitura permite a conclusão, com muita

---

cônjuge/companheiro, obedecendo, para substituição, o prazo mínimo de 02 (dois) meses, com parecer do Serviço Social do respectivo estabelecimento penal e decisão final da Direção da unidade; IV – a visita íntima somente será permitida mediante a assinatura, por ambos os parceiros, de termo circunstanciado de responsabilidade, contendo todas as informações pertinentes aos riscos de infecção por doenças sexualmente transmissíveis pela prática do ato sexual sem proteção.” *Ibidem*.

148. VENÂNCIO. *Op. cit.* p. 100.

149. LIMA, Luciana. **Agentes encontram motosserra dentro da Lemos Brito**. *Jornal A Tarde online*. 21/06/2009, às 14:36. Disponível em: <<http://www.atarde.com.br/cidades/noticia.jsf?id=1171550>> Acesso em: 04 dez. 2010.

150. “Art. 134. (...) § 1º – A revista será realizada por funcionário do mesmo sexo, sem expor o revistado a constrangimento.” BAHIA. **Decreto nº 12.247, de 08 de julho de 2010**. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/823858/decreto-12247-10-bahia-ba>> Acesso em: 28 nov. 2010.

clareza, de que as revistas com nudez total e agachamentos, mesmo em local reservado, estão proibidas, e a alternativa a elas é o investimento em tecnologia, com a aquisição de equipamentos de detecção de armas e drogas que já existem em outros locais, como os aeroportos<sup>151</sup>. No entanto, a questão é tão polêmica o Estatuto dispôs, em seu art. 141, que um ato próprio da Superintendência de Assuntos Penais (leia-se, Secretaria de Administração Penitenciária e Ressocialização) detalhará o procedimento de revista<sup>152</sup>.

## 5. CONCLUSÕES

Os estudos realizados permitem as seguintes conclusões:

Segundo o art. 70, XII, da Constituição da Bahia, cabe à Assembleia Legislativa, com a sanção do governador, legislar sobre direito penitenciário. Desta forma, repetindo o que já estava suficientemente claro na Constituição Federal, a produção de normatividade sobre a Execução Penal está adstrita à reserva de lei.

Apesar de todas essas advertências, quanto à tipicidade da distribuição das competências, à formalidade em sua repartição e à reserva de lei, o Estatuto Penitenciário do Estado da Bahia ingressou na ordem jurídica por meio do Decreto nº 12.247, de 08 de julho de 2010, do governador do estado.

Com essa opção política, a Bahia deixou de exercer a competência legislativa complementar em sede de Execução Penal, que exigiria lei em sentido formal e material, exercendo apenas a competência regulamentar, necessária à fiel execução das leis, o que, aliás, foi explicitado no preâmbulo do próprio decreto, que atribuiu a sua expedição ao art. 105, V, da constituição estadual. Sendo assim, qualquer dispositivo do Estatuto que colida com a Lei de Execução Penal ou invada o espaço protegido pela reserva de lei será inválido.

O regulamento é uma espécie normativa por meio da qual não podem ser criados novos direitos ou obrigações (não previstos em lei em sentido material e formal), mas, por outro, podem ser normatizadas as formas de agir da Administração, destinadas ao cumprimento de uma lei, reduzindo o espaço da discricionariedade.

A tarefa confiada pelo ordenamento jurídico e pelas autoridades judiciais às unidades prisionais é, certamente, uma das mais difíceis dentre todas as previstas para os órgãos públicos: custodiar, contra a própria vontade, por um longo

151. VENÂNCIO. *Op. cit.* p. 101.

152. “Art. 141 – A Superintendência de Assuntos Penais disporá sobre o procedimento de revista.” BAHIA. **Decreto nº 12.247, de 08 de julho de 2010.** Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/823858/decreto-12247-10-bahia-ba>> Acesso em: 28 nov. 2010.

período de tempo, centenas de pessoas, assegurando, ao mesmo tempo, o exercício de seus direitos, o cumprimento dos objetivos da pena e a manutenção da disciplina carcerária.

O Decreto nº 12.247/2010 previu, de forma bastante minuciosa, os procedimentos a serem adotados pelos órgãos competentes – a Superintendência de Assuntos Penais (SAP), vinculada à Secretaria de Justiça, Cidadania e Direitos Humanos (SJCDH), e as próprias unidades prisionais, a ela submetidas – desde o ingresso do interno no estabelecimento até a sua libertação definitiva.

Cabe lembrar que, após a edição do Estatuto, houve uma alteração na estrutura organizacional do Estado da Bahia, por meio da Lei 12.212, de 04 de maio de 2011, que levou à criação, entre outras providências, da Secretaria de Administração Penitenciária e Ressocialização (SEAP)<sup>153</sup>, tendo como consequência extinção da SAP e exclusão, do âmbito da SJCDH, da competência para controlar o sistema prisional<sup>154</sup>, devendo ser interpretadas, no texto do Dec. 12.247/2010, as menções à antiga Superintendência como referidas à nova Secretaria de Estado, constituída para cumprir a mesma função do órgão extinto, sem que haja necessidade de imprimir qualquer alteração ao ato normativo que veiculou o Estatuto.

Os comandos do Estatuto servem para operacionalizar não só a Lei de Execução Penal e os atos internacionais como as Regras Mínimas da ONU para o tratamento de prisioneiros, mas também a Constituição e todas as leis direta ou indiretamente aplicáveis ao preso, enquanto pessoa, visto que, segundo o art. 3º da LEP, ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei.

Aplicando os conteúdos expostos no item que tratou dos limites da competência regulamentar, pode-se observar que a Constituição e a legislação infraconstitucional estabelecem as espécies de prisão admitidas no ordenamento, os princípios e regras materiais e processuais que limitam a resposta penal do Estado, os estabelecimentos adequados ao cumprimento da pena de privação de liberdade em cada um de seus regimes, e as consequências jurídicas da duração

---

153. “Art. 19. Fica criada a Secretaria de Administração Penitenciária e Ressocialização – SEAP, com a finalidade de formular políticas de ações penais e de ressocialização de sentenciados, bem como de planejar, coordenar e executar, em harmonia com o Poder Judiciário, os serviços penais do Estado, tendo a seguinte estrutura organizacional básica: (...)” *Idem*. **Lei 12.212, de 04 de maio de 2011**. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/1027676/lei-12212-11-bahia-ba>>, Acesso em: 26 out. 2011.

154. “Art. 31 – Ficam excluídas da finalidade e competências da Secretaria da Justiça, Cidadania e Direitos Humanos – SJCDH, as atividades pertinentes à execução da política e da administração do Sistema Penitenciário do Estado. Art. 32 – Fica extinta, na SJCDH, a Superintendência de Assuntos Penais – SAP, ficando os seus bens patrimoniais e acervo transferidos para a Secretaria de Administração Penitenciária e Ressocialização – SEAP”. *Ibidem*.

excessiva do encarceramento. Dentro desse quadro normativo pré-estabelecido, o regulamento (nesse caso, o Estatuto Penitenciário do Estado da Bahia) visou a tornar viável, previsível e uniforme a atuação administrativa, cumprindo sua função apontada pela doutrina.

Considerando os limites do presente trabalho, é impossível esgotar todas as disposições do Estatuto, mas se pode afirmar, por exemplo, que a previsão de faltas disciplinares leves e médias, por regulamento, é inválida, por violar a reserva de lei, e padece, portanto, do vício da inconstitucionalidade formal. No geral, entretanto, o texto do Estatuto é válido e pode ser aproveitado como o regulamento penitenciário da Bahia, contribuindo para a uniformização e a transparência das práticas da administração carcerária.

## 6. REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- ARAGÃO, Alexandre Santos. Legalidade e regulamentos administrativos no direito contemporâneo (uma análise doutrinária e jurisprudencial). **Revista Forense**. v. 368. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 3-21.
- ATALIBA, Geraldo. Regulamento no direito brasileiro. **Revista Forense**. v. 297. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 39-49.
- BAHIA. Constituição (1989). **Constituição do Estado da Bahia**. Disponível em: <[http://www2.casacivil.ba.gov.br/NXT/gateway.dll/legsegov/constatual/const.xml?fn=document-frameset.htm&f=templates\\$3.0](http://www2.casacivil.ba.gov.br/NXT/gateway.dll/legsegov/constatual/const.xml?fn=document-frameset.htm&f=templates$3.0)> Acesso em: 28 nov. 2010.
- \_\_\_\_\_. **Decreto nº 12.247, de 08 de julho de 2010**. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/823858/decreto-12247-10-bahia-ba>> Acesso em: 28 nov. 2010.
- \_\_\_\_\_. **Lei 12.212, de 04 de maio de 2011**. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/1027676/lei-12212-11-bahia-ba>>, Acesso em: 26 out. 2011.
- \_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. Corregedoria-Geral. **Provimento nº 07, de 30 de junho de 2010**. Disponível em: <<http://www.tjba.jus.br/site/arquivos/provimentocorregedoria.07.2010.pdf>> Acesso em: 03 dez. 2010
- BORGES NETTO, André Luiz. **Competências legislativas dos estados-membros**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/103846/constituicao-da-republica-federativa-do-brasil-1988>> Acesso em: 24 nov. 2010.

- \_\_\_\_\_. **Decreto nº 6.706, de 22 de dezembro de 2008.** Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/92636/decreto-6706-08>> Acesso em: 04 dez. 2010.
- \_\_\_\_\_. **Decreto nº 6.294, de 11 de dezembro de 2007.** Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/94230/decreto-6294-07>> Acesso em: 04 dez. 2010.
- \_\_\_\_\_. **Decreto nº 5.993, de 19 de dezembro de 2006.** Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/95100/decreto-5993-06>> Acesso em: 04 dez. 2010.
- \_\_\_\_\_. **Decreto nº 5.620, de 15 de dezembro de 2005.** Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/96192/decreto-5620-05>> Acesso em: 04 dez. 2010.
- \_\_\_\_\_. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/103275/codigo-penal-decreto-lei-2848-40>> Acesso em: 04 dez. 2010.
- \_\_\_\_\_. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.** Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/91622/codigo-processo-penal-decreto-lei-3689-41>> Acesso em: 03 dez. 2010.
- \_\_\_\_\_. **Lei 7.210, de 11 de julho de 1984.** Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/109222/lei-de-execucao-penal-lei-7210-84>> Acesso em: 28 nov. 2010.
- \_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. Corregedoria. Auto Circunstanciado de Inspeção Preventiva: Justiça Comum Estadual da Bahia. **Inspeção nº 0002387-37.2008.2.00.0000.** Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=8346&Itemid=1016](http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=8346&Itemid=1016)> Acesso em: 04 dez. 2010.
- \_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 97940/RS. Rel. Min. Laurita Vaz. DJe 08/09/2008.** Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&processo=97940&b=ACOR](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&processo=97940&b=ACOR)> Acesso em: 01 dez. 2010.
- \_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. **Medida Cautelar nº 3792/GO. Rel. Min. José Delgado. 1ª Turma. DJ 24/09/2001, p. 236.** Disponível em: <[http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo\\_visualizacao=null&livre=cela+e+individual&b=ACOR](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=cela+e+individual&b=ACOR)> Acesso em: 03 dez. 2010.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 97611/RS. Rel. Min. Eros Grau. 2ª Turma. DJE 06/08/2009.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2897611.NUME.+OU+97611.ACMS.%29&base=baseAcordaos>> Acesso em: 03 dez. 2010.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 5. DJe nº 88, p. 1, em 16/5/2008.** Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudencia\\_SumulaVinculante&pagina=sumula\\_001\\_016](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudencia_SumulaVinculante&pagina=sumula_001_016)> Acesso em: 03 dez. 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7. ed. 2. reimp. Coimbra: Almedina, 2003.



- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 2 ed. ver, ampl, atual. Salvador: JusPodivm, 2008.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. v.1. 2.ed. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- LIMA, Luciana. **Agentes encontram motosserra dentro da Lemos Brito**. *Jornal A Tarde online*. 21/06/2009, às 14:36. Disponível em: <<http://www.atarde.com.br/cidades/noticia.jsf?id=1171550>> Acesso em: 04 dez. 2010.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 35. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2009.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4. ed., rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Regras Mínimas para o tratamento de prisioneiros**. Disponível em: <<http://www.cfappm.ma.gov.br/pagina.php?Acao=D&IdArq=27&Ext=pdf>> Acesso em: 03 dez. 2010.
- PRADO, Daniel Nicory do. **Sobre a natureza jurídica da execução penal**. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1468, 9 jul. 2007. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/10124>>. Acesso em: 24 nov. 2010.
- ROSSETTI, Janora Rocha. Remição de pena: adequação do art. 127 da Lei de Execução Penal ao texto constitucional. **Revista dos Tribunais**. São Paulo. Ano 82. v. 697. nov. 1993.
- SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Agravo em Execução Penal nº 993080396337. Rel. Des. Wilson Barreira. Julgado em 31/07/2008**. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6859632/agravo-em-execucao-penal-agepn-993080396337-sp-tj-sp>> Acesso em: 03 dez. 2010.
- SCHMIDT, Andrei Zenkner. A Crise de Legalidade na Execução Penal. In CARVALHO, Salo de (Coord.) **Crítica à Execução Penal**. 2. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 29-76.
- \_\_\_\_\_. Direitos, Deveres e Disciplina na Execução Penal. In CARVALHO, Salo de (Coord.). **Crítica à Execução Penal**. 2. ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 207-267.
- SILVEIRA, Ana Teresa Ribeiro da. **A Competência Regulamentar no Direito brasileiro**. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo. Disponível em: <[www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cp009119.pdf](http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cp009119.pdf)> Acesso em: 09 dez. 2010.

- STJ: Presídio Regional de Goiânia continuará sendo construído. **Sítio de Internet do Superior Tribunal de Justiça**. 23/08/2001. Disponível em: <[http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/objeto/texto/impressao.wsp?tmp.estilo=&tmp.area=398&tmp.texto=68780](http://www.stj.gov.br/portal_stj/objeto/texto/impressao.wsp?tmp.estilo=&tmp.area=398&tmp.texto=68780)> Acesso em: 03 dez. 2010.
- TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 1093.
- TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. 5. ed. 14. tir. São Paulo: Saraiva, 2008.
- TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 69-86.
- VENÂNCIO, Firmiane. Princípio da intranscendência da pena e o modelo prisional vigente. In XIMENES, Rafson Saraiva; PRADO, Daniel Nicory (Org.). **Redesenhando a Execução Penal: a superação da lógica dos benefícios**. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2010. p. 95-105.
- VILLAS-BOAS, Maria Elisa. A atuação da jurisprudência pátria na materialização de um mínimo existencial. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA**, Salvador, n. 15, 2007. p.69-99.

## *Aplicação*

---

*Alan Roque Souza de Araujo  
Soraia Ramos Lima  
André Maia de Carvalho Martins*



CAPÍTULO XI

# O QUE HÁ POR TRÁS DAS LENTES DA VIGILÂNCIA INDIRETA:

## UM ESTUDO CRÍTICO SOBRE O MONITORAMENTO ELETRÔNICO INSTITUÍDO PELA LEI 12.258/2010

*Alan Roque Souza de Araujo<sup>1</sup>*

**SUMÁRIO: 1. Introdução — 2. A globalização e os reflexos no direito:** 2.1. A globalidade; 2.2. O relacionamento da globalização com Direito Penal, Processual Penal e Execução Penal — **3. Monitoramento eletrônico do preso a serviço do capital: a execução penal em tempos neoliberais — 4. Generalidades sobre o monitoramento eletrônico:** 4.1. História do monitoramento eletrônico; 4.2. Experiências no direito alienígena; 4.3. Primeiros ensaios no Brasil até o advento da Lei 12.258/2010; 4.4. Finalidades da monitoração eletrônica; 4.5. Tecnologias de controle aplicáveis à monitoração eletrônica — **5. Principiologia do sistema de vigilância indireta — 6. Aplicação da vigilância indireta na Lei de Execução Penal:** 6.1. Monitoramento eletrônico na saída temporária; 6.2. Monitoramento eletrônico na prisão domiciliar — **7. Monitoramento eletrônico e o respeito ao princípio da irretroatividade da lei — 8. Monitoramento eletrônico e os reflexos no direito à imagem e intimidade — 9. Considerações finais — 10. Referências bibliográficas.**

### 1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem o propósito de enfrentar as principais questões atinentes ao uso dos meios tecnológicos pelo poder repressivo estatal, especialmente no âmbito da execução da pena.

Tema que desperta interesse a qualquer ator judiciário, o monitoramento eletrônico vem ganhando importância significativa na seara do Direito Processual Penal e Execução Penal, mormente após a edição da Lei 12.258 de 2010, da Lei 12.403 de 2011 e, mais recentemente, com a regulamentação da matéria pelo Decreto nº 7.627, de 24 de novembro de 2011.

---

1. Defensor Público Criminal – Defensoria Pública Geral do Estado da Bahia. Professor da Fundação Faculdade 2 de Julho. Professor da Estácio/FIB – Centro Universitário da Bahia. Foi presidente do Patronato de Presos e Egressos da Bahia. Especialista em Docência do Ensino Superior pela ABEC/Fundação Visconde de Cairú. Especialista em Direito Público pela Instituto de Educação Superior UNYAHNA. Coautor da obra “Redesenhando a execução penal: a superação da lógica dos benefícios”. Coordenada por Daniel Nicory do Prado e Rafson Saraiva Ximenes. Salvador: Faculdade Baiana de Direito. 2010.

Neste sentido, justifica-se a imperiosidade de abordar a relação imbricada entre a globalização e o direito, mais especificamente o Penal, Processual e Execução Penal. Após a demonstração deste relacionamento, fez-se necessária uma abordagem geral sobre a temática do monitoramento passando por sua história, experiências no direito estrangeiro, os primeiros ensaios no Brasil, bem como sua finalidade e tecnologias de controle.

Feita a apresentação genérica do tema, passou-se a discorrer sobre os princípios aplicáveis para, finalmente, tratar do monitoramento no âmbito da execução penal, especialmente na saída temporária e prisão domiciliar.

Outrossim, não se olvidou do espírito crítico necessário ao enfrentamento do assunto quando abordado o rastreamento frente à garantia fundamental da anterioridade da lei penal e do respeito à imagem do condenado.

Com efeito, lançando mão de pesquisa bibliográfica no direito brasileiro e alienígena, o estudo do monitoramento eletrônico não pode prescindir do vivenciado na realidade nacional em que o condenado muitas vezes é visto como inimigo da sociedade.

Desta maneira, está aberto o debate do monitoramento eletrônico numa espécie de Execução Penal informatizada, parafraseando Gilberto Gil: “eu quero entrar na rede promover um debate, juntar via Internet, um grupo de tientes de Connecticut”<sup>2</sup>

Assim, proceder-se-á o debate a começar pelas inquietações entre a Globalização e o Direito.

## 2. A GLOBALIZAÇÃO E OS REFLEXOS NO DIREITO

Tratar sobre a nova forma de vigilância e punição virtualizada sem falar sobre a globalização e sua influência no Direito seria um descalabro. Desta forma, sem a pretensão de esgotar a tema, necessário se faz uma breve abordagem do fenômeno globalizante, notadamente sua conceituação, interferência na forma de atuação do Estado, e no Direito, para, finalmente enfrentar a sua ingerência e reflexos no Direito Penal, Processual e Execução Criminal.

### 2.1. A globalidade

A globalização também chamada de globalidade, “insofismavelmente, ‘está na ordem do dia’. É, sem dúvida alguma, uma ‘palavra da moda’ que se transforma

---

2. GIL, Gilberto. **Pela Internet**. Disponível em <<http://letras.terra.com.br/gilberto-gil/46197/>>. Acesso em: 09 out. 2011.

rapidamente em lema, uma ‘encantação mágica’<sup>3</sup>. Sem esquecer de salientar a existência de estudiosos<sup>4</sup> sobre o tema que afirmam a precariedade do conceito atual de globalização, forçoso apontar algumas avaliações e características deste fenômeno irreversível.

Bernardo Gonçalves Fernandes traz a lume a significação dada por Anthony Giddens (1991, p 70), referência mundial sobre o estudo da globalização:

A globalização pode ser assim definida como a intensificação das relações sociais em escala mundial, que ligam localidades distantes de tal maneira que acontecimentos locais são modelados por eventos ocorrendo a muitas milhas de distância e vice-versa. Este é um processo dialético por que tais acontecimentos locais podem deslocar numa direção anversa às relações muito distanciadas que os modelam. A transformação local é tanto uma parte da globalização quanto a extensão lateral das conexões sociais através do tempo e do espaço.<sup>5</sup>

Ainda sobre o tema, Fernandes aponta para a conceituação de Jürgen Habermas como sendo a globalização um processo, em que ocorre a “intensificação das relações de troca, de comunicação e de trânsito, para além das fronteiras nacionais.”<sup>6</sup>

Eugenio Raúl Zaffaroni, em notável palestra sobre a Globalização, Sistema Penal e Ameaças ao Estado Democrático de Direito, trata do fenômeno como “um momento do poder mundial, como o foram o colonialismo, que foi produto da revolução mercantil, ou o neo-colonialismo, que foi produto da revolução industrial.”<sup>7</sup>. Enfim, ele se apresenta como “um momento do poder planetário e é produto da revolução tecnológica que estamos vivendo”.<sup>8</sup>

3. FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Direito Constitucional e Democracia: entre a globalização e o risco**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011. p. 25.

4. Veja o que afirma Anthony Giddens em “Mundo em Descontrole”, eis: “Segundo os céticos, toda conversa em torno da globalização não passa disso – é mera conversa. Sejam quais forem os seus benefícios, seus percalços e tribulações, a economia global não é especialmente diferente da que existiu em períodos anteriores. (...) A noção de globalização, segundo os céticos é uma ideologia espalhada por adeptos do livre mercado que desejam demolir sistemas de previdências e reduzir as despesas do Estado. (...) outros assumem uma posição muito diversa. Eu os chamo de radicais. Os radicais sustentam não que a globalização é muito real, como que suas consequências podem ser sentidas em toda parte. (Apud FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Direito Constitucional e Democracia: entre a globalização e o risco**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011. p. 27)

5. *Ibidem*. p.32.

6. *Ibidem*. p. 43.

7. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Conferência de abertura. In KARAM, Maria Lúcia (Org.). **Globalização, Sistema Penal e Ameaças ao Estado Democrático de Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2005. p. 17-38/20.

8. *Ibidem*. p. 20.

Em expressiva passagem musical, o grupo baiano, a Tribo de Jah remete a ideia do tema relacionando com a ditadura do capital, eis: “Globalização é a nova onda. O império do capital em ação. Fazendo sua rotineira ronda.”<sup>9</sup> E continua: “Os dirigentes do sistema impõem seu lema: Livre mercado, mundo educado para consumir e existir sem questionar”<sup>10</sup>.

Sem deslembrar a relação com o “novo” ciclo do sistema econômico capitalista, a passagem musical critica: “Não pensam em diminuir ou domar a voracidade. E a sacanagem do capitalismo selvagem. Com seus tentáculos multinacionais querem mais, e mais, e mais... Lucros abusivos. Grandes executivos são seus abastados serviços”<sup>11</sup>

E como não poderia ser diferente, alude às consequências perversas da conjuntura econômica capitalista: “Não se importam com a fome, com os direitos do homem. Querem abocanhar o globo, dividindo em poucos o bolo, deixando migalhas pro resto da gentalha, em seus muitos planos.”<sup>12</sup>

Como se tem afirmado, a concepção atual do capitalismo assassinou as barreiras do Estado Nacional em nome da ditadura do capital. As fronteiras ficaram cada vez mais invisíveis quer do ponto de vista da economia, da política, da cultura, a ambiental e, até mesmo, do direito. Neste sentido, a interrelação entre os países chegou a tal estágio que uma esfinge asiática provoca turbulências em todo o mundo e vice-versa. O capital tornou-se cada vez mais transacional, superando as antigas barreiras locais e ditando as regras da economia e da política neste mundo globalizado. Enfim, a noção de tempo e lugar transformou-se completamente. Parafraseando Habermas, as distâncias espaciais e temporais se atrofiaram.

Paul Krugman, tratando sobre a globalização e o pensamento econômico, dispara:

Trata-se de verdade universalmente reconhecida que a crescente mobilidade internacional de bens, capital e tecnologia alterou completamente o jogo econômico. A sabedoria convencional nos ensina que os países não mais dispõem do poder de controlar o seu próprio destino; os governos estão à mercê dos mercados internacionais.<sup>13</sup>

9. Tribo de Jah. **Globalização**. Disponível em: <<http://tribo-de-jah.musicas.mus.br/letras/304063>>. Acesso em: 02 nov. 2011.

10. *Ibidem*.

11. *Ibidem*.

12. *Ibidem*.

13. KRUGMAN, Paul R. **Globalização e globobagens: verdades e mentiras do pensamento econômico**. Rio de Janeiro: Campus, 1999. p. 83.



E com esse novo panorama político e econômico (mais econômico que político!) surge o que Ulrich Beck chamou de “globalismo”. Segundo este, a ideologia neoliberal provocou uma superposição do mercado sobre a política, reduzindo o fenômeno da globalização ao império da economia. Neste sentido, veja, mais uma vez, a citação que Bernardo Fernandes faz do notável professor de Berlim:

Globalismo designa a concepção de que o mercado mundial bane ou substitui, ele mesmo, a ação política; trata-se portanto da ideologia do império do mercado mundial, da ideologia do neoliberalismo. O procedimento é monocausal, restrito ao aspecto econômico, e reduz a pluridimensionalidade da globalização a uma única dimensão – a econômica – que, por sua vez, ainda é pensada de forma linear e deixa todas as outras dimensões – relativa à ecologia, à cultura, à política e à sociedade civil – sob o domínio subordinador do mercado mundial.<sup>14</sup>

Por derradeiro, a mesma passagem musical do já citado grupo Tribo de Jah encerra, ratificando a inexistência da ideia de lugar proporcionada pela fluidez do sistema, a saber: “Globalização é uma falsa noção do que seria a integração, com todo respeito a integridade e a dignidade de cada nação. É a lei infeliz do grande capital. O poder da grana internacional que faz de cada país apenas mais um seu quintal”<sup>15</sup>.

## 2.2. O relacionamento da globalização com Direito Penal, Processual Penal e Execução Penal

Neste panorama, a globalização afeta de forma substancial a democracia e o sistema jurídico. De outra forma é dizer, a influência externa própria da globalidade interfere de forma significativa na relação jurídica democrática existente no vetusto Estado nacional, conforme diagnosticado pelo notável Habermas (2003, p 106), eis:

Noutras palavras, caso o ente coletivo e os cidadãos nele associados queiram, não somente assumir sua autogestão, nas formas conhecidas do Estado constitucional democrático, mas também modelar politicamente sua sociedade, têm que ser independentes de influência externas. No entanto, a constelação pós-nacional elimina esse entrosamento construtivo que existia, no âmbito do estado territorial, entre política e sistema jurídico, de um lado, e os circuitos da economia e das tradições, de outro.<sup>16</sup>

14. *Apud* FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Direito Constitucional e Democracia: entre a globalização e o risco**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p.41.

15. *Ibidem*.

16. *Ibidem*. p.44.

Comungando do mesmo entendimento, o mestre Raúl Zaffaroni aborda a perda pelo Estado do poder de mediação entre o capital e o trabalho, a saber:

O efeito da globalização é o enfraquecimento do poder dos Estados nacionais. Os Estados nacionais perderam aquele poder de mediação entre capital e trabalho, entre as forças produtivas. Não existe mais um representante do capital; as grandes corporações são internacionais. E temos uma acumulação de imensas quantidades de dinheiro, numa coisa não muito clara que se chama conglomerados.”<sup>17</sup>.

De lado esta erosão do poder de gestão Estado nacional e a interferência no sentido de democracia propiciada pela globalização, necessário o enfrentamento, como mais especificidade, das mudanças operadas na conjuntura jurídica posta.

Como acima afirmado, o fenômeno globalizante não teria sua expansão não fosse a intensificação dos meios de comunicação, a qual possibilitou tornar instantânea as relações entre os diversos setores. É a “revolução tecnológica que estoura com maior força na tecnologia da comunicação”<sup>18</sup>. E falar desta potencialização dos meios de comunicação global é falar da *internet*, enfim, de tecnologias variadas servindo aos interesses do capital.

Nas suas primeiras feições, a *internet* foi engendrada para servir aos anseios militares no período da Guerra Fria, possibilitando uma comunicação mais segura e detalhada, neste sentido veja a passagem de Rogério Greco, citando Augusto Rossini em sua obra – “Informática, Telemática e Direito Penal”:

A idéia de uma rede interligada surgiu em 1962, durante a Guerra Fria, e foi imaginada, conforme esclarece Augusto Rossini “para proteger a rede de computadores do governo norte-americano após um ataque nuclear. Planos detalhados foram apresentados em 1967, tendo sido criada a ARPANET em 1968, estabelecendo-se o germe do que é hoje Internet”, concebida, dentre outros, por Paul Brand, da empresa Rand Corporation, também com a finalidade de suprir as deficiências e fragilidades da rede telefônica AT&T, utilizada, ainda, nos anos 80 e 90, como meio de comunicação científica interuniversitária.<sup>19</sup>

Pensar que o Direito pudesse passar incólume a tantas mudanças operadas na seara política, econômica, cultural, social, entre outras, seria muito simplista, até porque por ser “visto também como um ‘fenômeno histórico-cultural’, não poderia

17. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Conferência de abertura. In KARAM, Maria Lúcia (Org.). **Globalização, Sistema Penal e Ameaças ao Estado Democrático de Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2005. p. 17-38/20.

18. *Ibidem*. p. 20.

19. GRECO, Rogério. **Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade**. São Paulo: Saraiva. 2011. p. 380.

passar ao largo deste fenômeno mundial. Com efeito, as transformações provocadas pela globalização também atingiram o Direito, em todos os seus ramos”<sup>20</sup>.

Assim, são inegáveis as transformações que o sistema jurídico no seu conjunto experimentou, quer no Direito Civil, no Processual Civil, no Direito Administrativo, no Consumidor, Tributário etc, a exemplo dos negócios jurídicos e processos virtuais, do pregão eletrônico, as compras de produtos nos estabelecimentos virtuais, a tributação incidente sobre os provedores de acesso à internet e inúmeras outras situações em que a informatização atingiu de maneira significativa aqueles e outros ramos do Direito.

Referida mutação operada no sistema jurídico também trouxe consigo inúmeros problemas, o que Cinta Castillo Jiménez em “Protección del derecho a la intimidad y uso de las nuevas tecnologías de la información” chamou de “pesadelo jurídico”. Veja uma passagem da obra:

*Internet é um sonho para seus usuários e um pesadelo para os práticos do Direito. Por um lado, permite concluir transações com empresas e consumidores situados em qualquer lugar do planeta, agiliza a comunicação entre pessoas. Representa a liberdade mundial de informações e de comunicações; é um sonho transformado em realidade. Por outro lado, todo conjunto de atividades sociais precisa de uma regulamentação; as legislações nacionais avançam com muito atraso com relação às novas tecnologias. Isto dificulta as respostas legais aos numerosos litígios que podem suscitar as operações na Internet. Por isso, é também um pesadelo jurídico.*<sup>21</sup>

Neste panorama, a doutrina tem afirmado o surgimento de um “novo” ramo do Direito, brilhantemente noticiado pelo processualista baiano Rômulo Moreira, citando Guillermo Beltramone e Ezequiel Zabale em “El Derecho en la Era Digital”, eis:

Aliás, a internet, indiscutivelmente um dos símbolos mais evidentes da era da globalização, já permitiu o aparecimento do Direito Informático ou o Direito da Informática, definido como ‘el conjunto de normas y principios jurídicos que tienen por objetivo estudiar, reglar, definir e interpretar los distintos aspectos em que se relaciona la tecnología informática com una institución jurídica determinada en los diversos ámbitos Del Derecho’.<sup>22</sup>

No concernente ao Direito Penal, Processual Penal e Execução Penal, não poderia ser diferente. A globalização, e com ela a revolução pelo uso da *internet*,

20. MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Curso Temático de Direito Processual Penal**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2010. p. 921.

21. *Apud* GRECO, Rogério. **Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade**. São Paulo: Saraiva. 2011. p. 380.

22. MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Curso Temático de Direito Processual Penal**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2010. p. 921.

permitiram o surgimento de novos tipos penais, como a inserção de dados falsos em sistema de informações, a modificação ou alteração não autorizada de sistema de informações entre outros. Enfim, “o Direito Penal sem dúvidas foi atingido em cheio pela globalização, em vários aspectos, forçando, inclusive, o surgimento de legislação específica. O crime e os criminosos internacionalizaram-se; novos delitos apareceram; os meios também mudaram”<sup>23</sup>.

Além disso, com a globalização o processo penal autorizou a aplicação da figura do interrogatório por sistema de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real; a notificação do ofendido por meio eletrônico; o registro dos depoimentos dos investigados, indiciados, ofendidos e testemunhas por meio de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual; e, recentemente, o monitoramento eletrônico como medida cautelar alternativa à prisão processual.<sup>24</sup>

Já na seara da Execução Penal, a “nova” ordem mundial trouxe a possibilidade de o condenado perpetrar falta grave em razão da posse ou utilização de aparelho telefônico, de rádio ou similar; a fiscalização por meio da monitoração eletrônica; e, mais recentemente, a possibilidade da remição pelo estudo via metodologia de ensino à distância (EAD).

Como afirmado alhures, a globalização refletiu no poder punitivo estatal, o qual ganhou nova roupagem e fisionomia, advertência muito bem suscitada por Raúl Zaffaroni, em “La Globalización y las Actuales Orientaciones de La Política Criminal”, quando disparou que o “poder punitivo asumirá formas nuevas, pues el control penal em poco tiempo cambiará totalmente su fisionomía.”<sup>25</sup>

Dito isso, indispensável entender como essa nova forma de punição atende a interesses escusos sob o pretexto de promoção da segurança pública ou mesmo de eficiência na gestão penitenciária.

### 3. MONITORAMENTO ELETRÔNICO DO PRESO A SERVIÇO DO CAPITAL: EXECUÇÃO PENAL EM TEMPOS NEOLIBERAIS

O Direito Penal, como forma de controle social mais drástica e violenta, tem duas principais finalidades ou objetivos, quais sejam: a declarada ou oficial e a não

23. *Ibidem*. p. 923.

24. Inovação no Código de Processo Penal trazida pela Lei 12.403/2011, que modificou a redação do artigo 319, eis: “São medidas cautelares diversas da prisão: IX – monitoração eletrônica.” (BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 16 out. 2011.)

25. *Apud* MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Curso Temático de Direito Processual Penal**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2010. p. 923.

declarada, real ou clandestina. De outra forma é dizer: o sistema repressivo estatal possui objetivos declarados, venerados pelos teóricos da doutrina jurídica da pena, e “objetivos reais (ou latentes), identificados pelo discurso crítico da teoria criminológica da pena, correspondentes às dimensões de ilusão e de realidade de todos os fenômenos ideológicos das sociedades capitalistas contemporâneas.”<sup>26</sup>

Seria ingenuidade conceber que o aparato repressivo estaria disposto, tão somente, a proteger valores mais caros aos indivíduos e à sociedade, o que os defensores da teoria jurídica da pena cognominou de objetivos declarados do Direito Penal. Seus pressupostos, que não são postos à prova, dizem respeito à “noção de unidade (e não de divisão) social, de identidade (e não contradição) de classes, de igualdade (e não de desigualdade real) entre as classes sociais, de liberdade (e não de opressão) individual, de salário equivalente ao trabalho (não de expropriação)”<sup>27</sup> Desta forma, o discurso declarado ou oficial do Direito Penal seria a tutela de bens jurídicos indispensáveis aos cidadãos e mais caros à sociedade, legitimados, como não poderia deixar de ser, pela bandeira da igualdade, liberdade, justiça e bem comum<sup>28</sup>.

No que respeita ao objetivo não declarado ou clandestino do sistema punitivo, tem-se que a criminalização primária (momento em que é elaborada a lei penal) e a secundária (fase de sua aplicação efetiva) “seleciona sua clientela, sempre e arbitrariamente, entre os setores mais vulneráveis da sociedade, entre os mais miseráveis, enfim, reproduzindo desigualdades sociais materiais.”<sup>29</sup> Com efeito, sua finalidade verdadeira seria de instrumento assegurado do abismo social e econômico. Discorrendo sobre o assunto, veja os ensinamentos do professor Paulo Queiroz citando o notável Baratta:

Assinala-se assim que o direito, e o direito penal em particular, reflete uma contradição fundamental entre igualdade dos sujeitos de direito e desigualdade substancial dos indivíduos. A igualdade

26. SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 3. ed. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2008. p. 4.

27. *Ibidem*. p. 10.

28. Tratando sobre os fins do Direito Penal e da pena, veja a doutrina de Aníbal Bruno: “Mas a pena do Direito moderno não é só retribuição e aflição, mal com que o Estado ameaça o possível infrator da norma e o faz, uma vez tornado criminoso, expiar o seu delito. Alargou-se nos seus fins, assim como, naturalmente, no seu conceito. De meio de expiação do crime, passou a ser também instrumento prático de luta contra criminalidade, buscando preveni-la por ação geral sobre todos e especial sobre o próprio delinqüente.” E conclui: “Na realidade, o Direito Penal moderno está fazendo da pena o meio juridicamente instituído pelo qual o Estado procura promover a defesa social contra a agressão a bens jurídicos fundamentais, definida na lei como crime, atuando psicologicamente sobre a coletividade ou pelos processos convenientes de ajustamento social sobre o criminoso” (BRUNO, Aníbal. **Direito Penal – Parte Geral. Tomo III: pena e medida de segurança**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2009. p. 8)

29. QUEIROZ, Paulo. **Direito Penal – Parte Geral**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009. p. 106.

formal dos sujeitos de direito serve em realidade de instrumento de legitimação de profundas desigualdades materiais. Porque há, conforme assinala Baratta, um nexó funcional entre os mecanismos seletivos do processo de criminalização e a lei de desenvolvimento de formação econômica.<sup>30</sup>

Abordando o discurso crítico da teoria criminológica<sup>31</sup> e o objetivo real e não declarado do sistema repressivo, veja a primorosa advertência de Juarez Cirino dos Santos:

O discurso crítico da teoria criminológica da pena mostra que a prisão não pode ser explicada pelos objetivos declarados de correção do criminoso e de prevenção da criminalidade, mas pelos objetivos reais do sistema penal, de gestão diferencial da criminalidade e de garantia das relações sociais desiguais da contradição capital/trabalho assalariado das sociedades contemporâneas.<sup>32</sup>

Assim, afirma-se que o Direito Penal, Processual e a Execução Penal compõem um sistema de dominação social, vale dizer: o “Direito Penal e o sistema de justiça criminal constituem, no contexto dessa formação econômico-social, o centro gravitacional do controle social”.<sup>33</sup> Dito fato pode ser verificado, na seara da execução penal, quando facilmente depara-se com uma clientela recrutada da classe subalterna, o que só corrobora sua função de instrumento segregador. Neste ponto, Paulo Queiroz em “Do caráter subsidiário do direito penal: lineamentos para um direito penal mínimo”, adverte:

Os cárceres de toda parte, e do Brasil, em especial, não desmentem semelhante constatação. E não se deve pensar que tal seja algo facilmente superável: ainda que o próprio Deus ditasse as leis, ainda que os juízes fossem santos, ainda que promotores de justiça fossem super-homens, ainda que delegados e policiais formassem um exército de querubins, ainda assim o direito – e o direito penal em particular – seria um instrumento de desigualdade.<sup>34</sup>

Como decorrência do caráter protetivo dos interesses e necessidades da classe hegemônica, tem-se o estilo seletivo do sistema repressivo estatal, o qual elege no grupo social subalterno àqueles que serão objeto de estigmatização e exclusão pelo sistema econômico e social capitalista. Destaque-se que a metodologia desta

30. *Ibidem*. p. 106.

31. Abordando de forma primorosa a relação entre as 05 (cinco) escolas criminológicas (Positivismo, Escola de Chicago, Anomia, Subculturas e Interacionismo) e a LEP, confira o artigo publicado nesta obra de autoria de Rafson Saraiva Ximenes em “**O mito da modernidade. A Execução penal brasileira e a criminologia.**”

32. SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 3. ed. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2008. p. 14.

33. *Ibidem*. p. 09.

34. QUEIROZ, Paulo de Souza. **Do caráter subsidiário do direito penal: lineamentos para um direito penal mínimo**. Belo Horizonte: Del Rey. 1998. p. 30.

seleção não obedece à gravidade do delito ou à extensão do dano causado, conforme dispara o Professor de Direito Penal da Universidade Federal do Paraná:

Seja como for, é no processo de criminalização que a posição social dos sujeitos criminalizáveis revela sua função determinante do resultado de condenação/absolvição criminal: a variável decisiva da criminalidade secundária é a posição social do autor, integrada por indivíduos vulneráveis selecionados por estereótipos, preconceitos e outros mecanismos ideológicos dos agentes de controle social – e não pela gravidade do crime ou pela extensão social do dano.<sup>35</sup>

No contexto do monitoramento eletrônico, tem-se uma mudança no que respeita à marca da estigmatização e seleção, qual seja: a eleição dos indivíduos pertencentes ao contingente marginalizado deixa de ser disfarçada e escamoteada para tornar-se evidente e notória. Ou seja, se anteriormente ao rastreamento eletrônico o processo de criminalização se dava na classe marginalizada pelo capital, porém, não de maneira manifesta com a identificação corporal, com a Lei 12.258/2010 os vulneráveis selecionados levarão a marca física da exclusão, representada por meio de pulseiras ou tornozeleiras eletrônicas, quando submetidos à saída temporária e prisão domiciliar.

O mesmo não ocorre com os “selecionados” das classes hegemônicas dominantes que perpetraram crimes. Para eles, não há que se falar em marca evidente do cometimento de ilícitos penais, muito menos em monitoração, visto que os delitos praticados pelos integrantes da classe hegemônica têm um tratamento tão benevolente que a execução de uma suposta pena torna-se coisa inimaginável, o que só corrobora o objetivo não declarado e real do Direito Penal. Comungando deste entendimento, especialmente o tratamento penal bondoso para com a criminalidade desta esfera social, resultado do denominado Direito Penal Simbólico, veja, mais uma vez, as ponderações de Juarez Cirino dos Santos:

A criminalidade sistêmica econômica e financeira de autores pertencentes aos grupos sociais hegemônicos não produz conseqüências penais: não gera processos de criminalização, ou os processos de criminalização não geram conseqüências penais; ao contrário, a criminalidade individual violenta ou fraudulenta de autores dos segmentos sociais subalternos, especialmente dos contingentes marginalizados do mercado de trabalho, produz conseqüências penais: gera processos de criminalização, com conseqüências penais de rigor punitivo progressivo, na relação direta das variáveis de subocupação, desocupação e marginalização do mercado de trabalho.<sup>36</sup>

35. SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 3. ed. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2008. p. 13.

36. *Ibidem*. p. 13.

No mesmo sentido, o professor e criminólogo Nils Christie afirma que o sistema de controle formal concentra suas atenções em extratos determinados da população e, apenas em casos excepcionais, figuras poderosas sentam diante de um juiz. Veja a passagem de sua obra “La industria del control del delito: ¿nueva forma del holocausto?” em que aborda o assunto:

*Es casi obvio que todos los sistema formales de control concentran su atención en determinados estratos de la población, que se encuentran a una cierta distancia de quienes detentan el poder. Los casos excepcionales en que una figura poderosa llega ante el juez son simplemente eso: casos excepcionales. Una consecuencia mucho más problemática del accionar de la policía privada es que no protegen las áreas e intereses de las clases bajas.<sup>37</sup>*

Neste contexto, nem a nova roupagem do aparato econômico e político, agora globalizado, desvirtuou a finalidade do sistema repressivo estatal. Tratando da “ressurreição” da ideologia liberal e do enfraquecimento do poder interno em nome do capital, sem olvidar a exclusão dos mais vulneráveis, veja a arrebatadora passagem de Fábio Konder Comparato:

Ora, justamente, o diagnóstico da crise atual aponta para uma espécie de entropia ou desordem universal, causada por carência governativa, tanto no interior das nações, quanto na esfera internacional. A ressurreição da ideologia liberal, rerepresentada agora em nova embalagem propagandística, levou a um enfraquecimento generalizado do poder de governação, com o desbridamento das forças do mercado e das velhas rivalidades étnicas e culturais. Os perdedores, como sempre, são fracos, os pobres, os humildes.<sup>38</sup>

Isso mesmo! Parafraseando Konder Comparato os perdedores invariavelmente serão os pobres e humildes, os quais eram tratados como explorados e, diante da conjuntura globalizada, são concebidos, ultimamente, como excluídos. Assim, é possível afirmar que o sistema produtivo globalizado vem empregando menos pessoal, o que acarretou na quebra da dialética existente entre explorador e explorado, dando ensejo à criação de uma massa de excluídos, consoante advertência de mestre argentino Eugenio Raúl Zaffaroni:

Mas, se cada vez vai produzindo e empregando menos pessoal, então tem de inventar serviço, porque de outro jeito não vai ter demanda, vai cair a demanda. Mas, isso tem pouca importância

37. CHRISTIE, Nils. **La industria del control del delito: ¿nueva forma del holocausto?** Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2006. p. 115.

38. COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 536.



para a economia de especulação, economia das negociações de um dinheiro futuro.

E a expulsão paulatina de pessoal do sistema produtivo, a insuficiente invenção de serviços, isso vai criando uma massa de excluídos. Nos nossos países periféricos isso é muito mais claro, mas nos países centrais também está se anunciando.<sup>39</sup>

Continua o Ministro da Suprema Corte Argentina, tratando sobre o cenário de exclusão capitaneado pela globalização e o grupo de excluídos que incomoda e deve ser descartado:

Vamos ter uns 30% de incluídos e uns 70% de excluídos e vamos, então, ter a programação do tempo livre... O grande problema – escrevem alguns “teóricos” – vai ser o tempo livre do ser humano. Como se os 70% fossem ficar comendo hamburguesas, fossem ficar obesos, na frente da televisão todo o dia. Essa é a programação do tempo livre. Os 30% vão estar incluídos; os 70% vão ficar engordando na frente da televisão.

Mas, isto não é assim. E especialmente não é assim nos nossos países, onde o excluído está excluído. Está excluído e estar excluído não é o mesmo que ser explorado. Ser explorado é uma dialética; sem explorado, não existe o explorador, sem dúvida. Mas, o excluído não é necessário para o incluído. O incluído não necessita do excluído. O excluído perturba; é alguém que está demais, alguém que nasceu errado, que é descartado.<sup>40</sup>

Nesta lógica globalizada e neoliberal, a pena, além da função segregadora e excludente, passou a conferir uma função econômica à sua clientela “preferida”, não faltando quem propusesse a privatização<sup>41</sup> dos presídios sob o grotesco argumento de melhoria do tratamento e das condições degradantes que adjetivavam as penitenciárias, particularmente as brasileiras. Esta extração de lucros da violência encantou a iniciativa privada de tal forma que a vigilância indireta na execução penal não se distancia deste propósito.

Assim como a indústria em geral precisa de matéria-prima para sua manutenção e desenvolvimento econômico, o mesmo ocorre com a usina carcerária. De outro modo é dizer, conforme lúcida ponderação de Eric Lotke: “as indústrias madeireiras precisam de árvores; as siderúrgicas precisam de ferro;

39. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Conferência de abertura. In KARAM, Maria Lúcia (Org.). **Globalização, Sistema Penal e Ameaças ao Estado Democrático de Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2005. p. 17-38/22.

40. *Ibidem*. p. 22 e 23.

41. Abordando a temática da privatização de forma crítica e primorosa, confira o artigo publicado nesta obra de autoria de Andrea Tourinho Pacheco de Miranda em “**Muito além dos muros da prisão: uma crítica a privatização do sistema prisional no Estado Democrático de Direito.**”

as companhias de prisões usam pessoas como matérias primas. As indústrias enriquecem na medida em que conseguem apanhar mais pessoas.”<sup>42</sup> É a ditadura do capital invadindo o sistema repressivo.

Nesta linha de pensamento, a classe hegemônica, exercendo seu notável “empreendedorismo”, buscou extrair lucros da “precariedade” estatal em termos de vigilância da execução da pena privativa de liberdade, sem esquecer do questionável propósito de redução de custos. E qual deveria ser a saída para este panorama de insegurança e gastos excessivos com a massa carcerária? Supostamente transferir para iniciativa privada a gestão penitenciária concernente ao dever estatal de vigilância dos condenados fora dos muros da prisão. Com efeito, o monitoramento eletrônico emprega a tecnologia para fiscalização dos “sujeitos estigmatizáveis pela sanção penal”<sup>43</sup> atendendo ao lobby das grandes corporações de telefonia, as quais fornecerão os artefatos indispensáveis para a obtenção deste fim – conforme será analisado mais adiante.

E, seguindo a mesma lógica que permitiu o crescimento dos presídios privatizados, o rastreamento eletrônico deixou de ser exclusividade da execução da penal brasileira e passou a estender seus sustentáculos para o processo penal (com a Lei 12.403/2011), em busca, como não poderia se estranhar, de mais “compostos humanos” ou clientes da telefonia!

Ora, quanto mais pessoas sujeitas à monitoração, maior será a fatia de recursos públicos direcionados aos conglomerados econômicos especializados na vigilância eletrônica dos “estigmatizáveis”. A equação que se estabelece é muito simples: as empresas de telefonia fornecem os recursos tecnológicos para o rastreamento e o sistema carcerário incrementa fornecendo as pessoas “consumidoras”. Assim, a pretensa e lendária “ressocialização” não se harmoniza com a função sócioeconômica que a elite encontrou no mercado carcerário<sup>44</sup> composto por um exército de excluídos “imprestáveis” e que fora dos muros da prisão potencializa os índices de desempregados<sup>45</sup> no capitalismo neoliberal.

42. LOTKE, Eric. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 18, p.28. *Apud* MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Curso Temático de Direito Processual Penal**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2010. p. 128.

43. SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 3. ed. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2008. p. 11.

44. Cezar Roberto Bitencourt tratando do objetivo ressocializador na visão da Criminologia Crítica adverte: “Há um nexó histórico muito estreito entre o cárcere e a fábrica. A instituição carcerária, que nasceu junto com a sociedade capitalista, tem servido como instrumento para reproduzir a desigualdade e não para obter a ressocialização do delinqüente.” (BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal – Parte Geral**. vol. 1. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 121.)

45. Fazendo alusão ao propósito do Direito Penal de reduzir os índices de desempregados E. Raúl Zaffaroni descreve que “no marco de uma economia de serviços, o sistema penal se converteu em um fator de

Nesta linha de raciocínio político criminal com razão está Paulo César Busato quando aponta que o excluído vem ganhando a alcunha de inimigo da sociedade. Além do que, a classe hegemônica implementa um ciclo vicioso de promoção da cultura do risco e do medo como forma de legitimar a manutenção do seu “negócio carcerário” e extrair benefícios deste cenário. Enfim, “estamos vivendo um momento em que a realidade da sociedade de risco tem sido usada como argumento discursivo para justificar um nocivo processo de expansão que se apresenta embalado pelo rótulo de um Direito penal do inimigo.”<sup>46</sup>

Destarte, o rastreamento eletrônico, quer na execução, quer no processo penal (como alternativa à prisão cautelar), denota um expansionismo<sup>47</sup> penal perigoso a demonstrar e refletir a sanha avassaladora por “material humano” para o fomento da indústria tecnológica que tomou conta do aparato repressivo estatal.

Posto isso, necessário o enfrentamento desta nova feição do poder punitivo, especialmente sua forma de vigiar no contexto do mundo globalizado.

#### 4. GENERALIDADES SOBRE O MONITORAMENTO ELETRÔNICO

A monitoração eletrônica, como forma de vigilância indireta, diz respeito ao emprego de meios tecnológicos, buscando observar a presença ou ausência em determinado lugar, o período em que deva ou não estar em certo lugar, ou mesmo possibilitar um controle em tempo real da vida do indivíduo.

O estudo da vigilância indireta exige, para facilitação do seu entendimento, um breve retrospecto histórico, seu tratamento pelo direito alienígena, a descrição de sua primeira experiência no Brasil, sua finalidade, bem como as formas de tecnologias aplicáveis.

---

redução da taxa de desemprego ou mesmo em condição de plena ocupação” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Tradução: Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 61.) No mesmo sentido Nils Christie adverte trazendo à colação o exemplo “econômico carcerário” da Califórnia, eis: “El extraordinario aumento del número de presos en California que se produjo desde 1980 hasta 1990 es casi un misterio. Esos fueron años prósperos para California. Frank Zimring (1991, p. 22) incluye un diagrama de ese período que muestra cómo la tasa de desempleo cae drásticamente, mientras la tasa de encarcelamiento se va directo a las nubes.” (CHRISTIE, Nils. **La industria del control del delito: ¿nueva forma del holocausto?** Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2006. p. 119.)

46. BUSATO, Paulo César. O outro como inimigo: um discurso punitivo de exclusão. *In* CONDE, Francisco Muñoz; BUSATO, Paulo César. **Crítica ao direito penal do inimigo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011. p. 155-230; p. 157.

47. Ainda na literatura de Busato: “o discurso que aparece então é o da necessidade absoluta de segurança, que faz justificar um tratamento diferenciado e recrudescente ao delinqüente, **convertendo o modelo de controle social do intolerável em um modelo intolerável de controle social**, transformando-se de um Direito penal do risco em um Direito penal do inimigo.” (BUSATO, Paulo César. O outro como inimigo: um discurso punitivo de exclusão. *In* CONDE, Francisco Muñoz; BUSATO, Paulo César. **Crítica ao direito penal do inimigo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2011. p. 155-30; p. 161).

#### 4.1. História do monitoramento eletrônico

Não é recente o desejo da sociedade em vigiar seu semelhante, notadamente aqueles que estão sendo punidos em razão da prática de um ilícito penal. Neste sentido, os primeiros ensaios com a vigilância eletrônica emergiram dos campos militares norte-americanos, vindo, posteriormente, a ser utilizado por profissionais da biologia como o objetivo de fiscalizar animais, seja na terra ou mar. Desta forma, o Departamento de Defesa americano e biólogos foram os que visualizaram a possibilidade de vigiar utilizando artefatos eletrônicos, ainda que rudimentares.

Algum tempo depois, mais precisamente na década de 60, decidiu-se remeter tal experimento tecnológico para o campo penitenciário. Neste ponto, a literatura especializada dedica aos irmãos Robert Schwitzgebel e Ralph Schwitzgebel, as primeiras experiências com o uso de dispositivos móveis no sentido de controlar eletronicamente alguns detentos.

Segundo o projeto dos Schwitzgebel seria possível o acompanhamento diuturno comportamental do indivíduo monitorado através de uma comunicação muito próxima entre este e um terapeuta, o qual poderia guiar e corrigir o preso. Além disso, o detento poderia enviar sinais de ajuda àquele, quando fosse indispensável. Neste sentido, veja a lição de Faustino Gudín Rodríguez-Magariños em “La cárcel eletrônica. El modelo del derecho norteamericano”, eis:

O projeto de *Schwitzgebel* estava dirigido a desenvolver um programa de investigação eletrônica das condutas humanas, cujo propósito consistia em apresentar um novo desenho para o controle remoto do comportamento. Dentre as distintas possibilidades que oferecia o sistema, uma das que mais gerou literatura sobre o tema era a denominada *eletronic parole*: a criação de um sistema de reabilitação eletrônica para “reincidentes crônicos”. Nos anos setenta, *Ingraham/Smith* consideraram que a vigilância eletrônica podia ser uma alternativa real e geral ao cárcere e, inclusive, à *probation*. A invenção de *Schwitzgebel* permitia registrar acontecimentos comportamentais e incorporava um sistema de comunicação interativo entre um terapeuta e o condenado. Um sistema de comunicação através do qual o terapeuta podia guiar e corrigir o preso e, por sua vez, este podia enviar sinais de ajuda ao médico, quando fosse necessário.<sup>48</sup>

Com efeito, pode-se apontar a América do Norte como o berço da vigilância social e penal, enfim, da monitoração eletrônica.

48. *Apud* GRECO, Rogério. **Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade**. São Paulo: Saraiva. 2011. p. 386.

Estava lançada a ideia que se popularizou, notadamente após os idos de 1977 quando “o Juiz de Albuquerque, Novo México/EUA, Jack Love, inspirado por um episódio da série *Spiderman* (Homem-Aranha), persuadiu o perito em eletrônica, Michael Goss, a projetar e manufaturar um dispositivo de monitoramento”<sup>49</sup> Neste contexto, a vigilância indireta foi cunhada com a vertente repressiva pelo magistrado americano influenciado pelas histórias da série *Spiderman*, em que um artefato foi afixado no corpo do indivíduo permitindo seu rastreamento. Era o início da vulgarização da “prisão eletrônica” nos Estados Unidos e, tempos depois, na Europa.

Descrevendo como o Juiz de Albuquerque – EUA lançou mão do evento narrado na revista em quadrinhos para desenhar o monitoramento eletrônico, o professor Rogério Greco assim esclarece:

O mais interessante é que o Juiz Jack Love inspirou-se numa edição de Amazing Spider-Man de 1977, na qual o rei do crime havia prendido um bracelete ao Homem-Aranha a fim de monitorar seus passos pelas ruas de Nova Iorque. Após ler a história, o Juiz Jack Love achou que a ideia poderia, efetivamente, ser utilizada no monitoramento de presos, razão pela qual procurou seu amigo Mike Gross, técnico em eletrônica e informática, a fim de persuadi-lo a produzir os receptores que seriam afixados nos pulsos, tal como havia visto na história em quadrinhos.”<sup>50</sup>

Era o início de uma era em que a sociedade de controle sentiu a necessidade de fiscalizar os submetidos ao regime prisional. E como não poderia ser diferente, houve uma rápida disseminação da ideia, especialmente na Europa. Assim, indispensável uma rápida viagem no direito alienígena para conhecer outras experiências do monitoramento.

## 4.2. Experiências no direito alienígena

A grande maioria dos países que adotou o monitoramento eletrônico no sistema penitenciário, o fez de forma limitada aos delitos de menor gravidade, para as sanções criminais de curta duração ou mesmo no período terminal do cumprimento da pena imposta<sup>51</sup>. O propósito maior era a diminuição da população carcerária e a redução dos custos com a manutenção de alguns condenados no

49. MARIATH, Carlos Roberto. **Monitoramento eletrônico: liberdade vigiada**. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2601, 15 ago. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/17196>>. Acesso em: 20 nov. 2011.

50. *Apud* GRECO, Rogério. **Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade**. São Paulo: Saraiva. 2011. p. 386 e 387.

51. Uma espécie de monitoramento no que, aqui no Brasil, guarda uma certa semelhança com o livramento condicional.

ambiente prisional, estando excluídos, por sua vez, os delitos violentos, os de natureza sexual, dentre outros.

Sem a pretensão de esgotar o assunto, necessária uma ligeira abordagem da “prisão eletrônica” nos principais ordenamentos jurídicos.

No país “berço” do monitoramento eletrônico “em 1983, o Juiz Love sentenciou o primeiro criminoso a usar o monitoramento eletrônico. A partir de então, a solução foi implementada de tal sorte que, em 1988, havia 2.300 presos monitorados eletronicamente nos Estados Unidos.”<sup>52</sup> Em 1998, aproximadamente dez anos após, houve um extraordinário aumento do número de detentos estadunidenses monitorados eletronicamente, notadamente os adolescente infratores, os indivíduos dependentes de drogas e para os delitos de trânsito. Por conta disso, “nascia, também, naquele momento, conforme nos esclarece Edmundo Oliveira, a *National Incarceration Monitor and Control Services*, a primeira empresa a produzir instalações eletrônicas destinadas ao controle de seres humanos”<sup>53</sup>

Na Europa o monitoramento foi rapidamente difundido, a exemplo da Inglaterra em que era aplicado aos indivíduos que não tivessem perpetrado delitos sexuais ou violentos, sem olvidar um limite de punição previsto como pressuposto. Além disso, o condenado deveria comprovar residência fixa, dentre outros critérios indispensáveis à submissão da vigilância eletrônica, sem esquecer da análise do delito praticado.

Neste sistema britânico, o condenado experimenta o monitoramento eletrônico após o cumprimento de parcela da pena imposta, num “misto de prisão domiciliar vigiada”. Na lição de Carlos Roberto Mariath, citando Fábio Reis:

as principais formas do monitoramento na Inglaterra resumem-se ao HDC; ao *curfew orders* (ordens impostas aos condenados impedindo-os de permanecer ou obrigando-os a permanecer em local predeterminado); bem como aos experimentos em indivíduos liberados sob fiança, condenados por inadimplência voluntária de multas e os reincidentes em crime de bagatela. O número total de participantes dos programas estaria em torno de 70 (setenta) mil.<sup>54</sup>

52. MARIATH, Carlos Roberto. **Monitoramento eletrônico: liberdade vigiada**. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2601, 15 ago. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/17196>>. Acesso em: 20 nov. 2011.

53. GRECO, Rogério. **Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade**. São Paulo: Saraiva. 2011. p. 387.

54. MARIATH, Carlos Roberto. **Monitoramento eletrônico: liberdade vigiada**. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2601, 15 ago. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/17196>>. Acesso em: 20 nov. 2011.

Portugal também não fugiu à regra geral e lançou mão do monitoramento eletrônico como forma de diminuir sua população carcerária. Além deste propósito, o sistema português utilizou o monitoramento no âmbito da prisão processual, especialmente para reduzir os custos significativos com a manutenção do indivíduo no ambiente carcerário, esperando o momento do trânsito em julgado da ação penal. “Lá, a vigilância eletrônica obteve significativos índices de adesão tanto por parte dos magistrados, advogados e demais operadores do direito quanto por parte dos presos e seus familiares e da comunidade em geral.”<sup>55</sup> Referida adesão por parte dos acusados, remete à conceituação do princípio da voluntariedade, cujo fundamento e característica será abordado mais adiante.

Neste diapasão, em Portugal “a solução alcançou excelentes níveis de operacionalidade e eficácia, e os seus custos revelaram-se muito inferiores aos do sistema prisional, provando ser uma real alternativa à prisão preventiva”.<sup>56</sup>

Posto isso, indispensável mergulhar na experiência brasileira, sem esquecer que o monitoramento eletrônico também está presente em outros sistemas jurídicos, tais como: o Australiano, Sueco, Holandês, Belgo, Canadense e Argentino.

#### **4.3. Primeiros ensaios no Brasil até o advento da Lei 12.258/2010**

O sistema jurídico brasileiro passou a experimentar o uso da telemática e de meios tecnológicos a serviço do poder punitivo de forma pulverizada em alguns Estados da Federação, a exemplo de Criciúma/SC e São Paulo. Nesses Estados, condenados eram monitorados antes mesmo da edição da Lei 12.258 de 2010, “respaldado” em diplomas normativos estaduais sobre Direito Penitenciário.

Noticia-se que a aplicação da vigilância indireta em São Paulo teve início em meados de 2008, com fundamento na Lei Paulista de nº 12.906/2008. Abordando a experiência da legislação local com o monitoramento, veja a passagem de Renato Marcão:

Enquanto largamente adotado, e de variadas maneiras, em diversos países desenvolvidos (Estados Unidos e França, por exemplo), no Brasil até agora o que se tinha eram experiências locais, inclusive em razão de algumas leis estaduais equivocadas e inconstitucionais sob certos aspectos, como é exemplo a péssima Lei Paulista nº 12.906, de 14 de abril de 2008, que infelizmente serviu de base para a formulação de outras.<sup>57</sup>

---

55. *Ibidem*.

56. *Ibidem*.

57. MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 267.

Referido diploma normativo estadual visava a estabelecer normas suplementares de Direito Penitenciário e regular a vigilância eletrônica para a fiscalização da execução da pena. Seu âmbito de aplicação concernia à prisão em residência particular, à pena restritiva de direitos de proibição de frequentar determinados lugares, ao livramento condicional, à saída temporária ou prestação de trabalho externo.

Além de outros pontos, não se pode deixar de mencionar que o emprego da telemática e dos meios técnicos na execução penal paulista, trazia como pressuposto para sua aplicação além da aceitação do condenado, a reserva de jurisdição, ou seja, a sua análise obrigatoriamente pelo Estado-Juiz, e o parecer do Ministério Público, salvo em alguns delitos nela especificados.

Ademais, como já se esperava, a legislação estadual paulista enumerou inúmeros deveres para o monitorado, bem como punições diante do descumprimento da medida, tais como: a configuração de falta grave; a revogação do livramento condicional, da saída temporária ou da prestação de trabalho externo, sem esquecer do recolhimento em estabelecimento penal comum.

Neste panorama, já tramitava no Congresso Nacional o projeto de lei de autoria do Senador Magno Pereira Malta sobre o rastreamento de condenados durante a execução da pena, o que mais tarde, veio dar origem à Lei 12.258/2010. Mencionando acerca da tramitação tortuosa do projeto de lei, veja a preleção de Carlos Roberto Mariath:

Dentre as propostas que aportaram no Congresso Nacional, ganhou destaque o monitoramento eletrônico de presos (PL nº 4.342/01 e nº 4.834/01).

Em apertada síntese, a medida seria capaz de reduzir o número de presos, tornando factível a observância intramuros dos princípios fulcrados na LEP, além de potencializar a ressocialização extramuros dos monitorados, uma vez que a alternativa tecnológica permitiria o acesso ao trabalho, o convívio familiar e a participação de cursos e atividades educativas.

Contudo, diante de novas propostas (PL 337/2007; PL 510/2007; PL 641/2007; e PLS 165/2007), todas coligidas e discutidas em sede do Projeto de Lei do Senado nº 175/2007 (posteriormente, Substitutivo da Câmara dos Deputados ao Projeto de Lei do Senado (SCD) nº 175/2007), a idéia inicial sucumbiu diante da proposta de controle máximo.<sup>58</sup>

---

58. MARIATH, Carlos Roberto. **Monitoramento eletrônico: os caminhos tortuosos da Lei nº 12.258/2010.** Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2633, 16 set. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/17413>>. Acesso em: 20 nov. 2011.



Quanto ao teor do projeto de lei, imperioso apontar certa paridade com a Lei Paulista de nº 12.906/2008, notadamente em relação ao amplo espectro de incidência. Nesta linha de raciocínio, a redação original do projeto, previa a utilização da monitoração no regime aberto, na suspensão condicional da pena, no livramento condicional, na saída temporária, na prisão domiciliar e na pena restritiva de direitos, dentre outros. Vale ressaltar que, em face da incidência da monitoração em diversos institutos penais, o objetivo da lei era alterar dispositivos do Código Penal e Lei de Execução Penal (LEP).

Ocorre que, na etapa derradeira de sanção pelo Presidente da República, felizmente, vários dispositivos foram vetados, a exemplo do que previa a vigilância no regime aberto, no livramento condicional, nas penas alternativas à prisão, na suspensão condicional da pena, dentre outros. Assim, com o veto do então Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, somente a Lei de Execução Penal foi alterada, mantendo incólumes os dispositivos do Código Penal, foco do projeto de lei.

Enfim, em 15 de junho de 2010, nasce no sistema jurídico nacional a Lei 12.258 somente possibilitando o rastreamento fora dos muros da prisão no tocante aos condenados submetidos à saída temporária e prisão domiciliar, consoante será abordado mais adiante.

A despeito de ter a citada lei incidido, inicialmente, apenas na Lei de Execução Penal, consoante já mencionado, o desejo pelo controle da vida do indivíduo não se limitou à prisão como pena, tema central deste trabalho, visto que, aproximadamente 01 (um) ano depois, houve expansão para a seara processual penal. Nascia, então, a Lei 12.403, de 04 de maio de 2011, possibilitando o rastreamento dos indiciados ou acusados como alternativa à prisão cautelar.

Não bastasse, foi editada a regulamentação do monitoramento eletrônico no âmbito da execução e do processo penal com o recentíssimo Decreto nº: 7.627, de 24 de novembro de 2011.<sup>59</sup>

Destarte, é possível o rastreamento do indiciado (fase inquisitorial do processo penal), do acusado (quando já em curso a ação penal), bem como do condenado definitivo (momento da execução penal). As duas primeiras possibilidades dizem respeito ao monitoramento operado pelo Código de Processo Penal – alterado pela Lei 12.403/2011, já a última forma, é regulada pela Lei de Execução Penal, modificada pela Lei 12.258/2010.

Postas estas premissas, indispensável analisar as finalidades e tecnologias próprias da vigilância indireta.

---

59. Regulamenta a monitoração eletrônica de pessoas prevista no Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, e na Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal.

#### 4.4. Finalidades da monitoração eletrônica

Como afirmado acima, o monitoramento diz respeito ao emprego de artifícios tecnológicos de maneira que seja possível observar a presença ou ausência do indivíduo “em determinado local e o período em que ali deva ou não possa estar, cuja utilização deve ser feita mediante condições fixadas por determinação judicial”<sup>60</sup>.

Da conceituação do instituto defluem algumas finalidades ou objetivos do rastreamento, especialmente o de verificar a presença em apontado local, o de proibir a frequência em outros, ou mesmo o rastreamento inflexível da vida do monitorado.

Desta forma, é possível afirmar a existência de 03 (três) finalidades que podem ser obtidas através da vigilância indireta, quais sejam: a detenção, a restrição e a vigilância.

O acompanhamento, por meio do monitoramento, com o objetivo de detenção é aquele em que se colima verificar a permanência do indiciado, acusado ou condenado em determinado local. Como o próprio nome deixa transparecer, a finalidade é de retenção em local instituído judicialmente, de maneira que o a vigilância indireta indicará se o monitorado se afastou, sem autorização, dos limites indicados. Enfim, é o emprego dos meios tecnológicos com o caráter de confinamento.

Assim, esta finalidade de vigilância geralmente é aplicada buscando conservar o indiciado, acusado ou condenado em lugar predeterminado, normalmente sua residência. Não por outra razão, o monitoramento detentivo é preferido no instituto da prisão domiciliar, conforme será analisado mais adiante.

O segundo desígnio do rastreamento busca fiscalizar se o indiciado, acusado ou condenado está convivendo ou não em determinado local proibido na deliberação judicial. Sua finalidade é de restrição. Assim, ressoa um impedimento de conviver em certos lugares ou de manter contato com algumas pessoas. Não é demais afirmar que este objetivo guarda certa semelhança com a pena alternativa de interdição temporária de direitos na modalidade proibição de frequentar determinados lugares.<sup>61</sup>

60. LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. vol. I. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p. 1437.

61. Neste sentido, veja a redação do artigo 47 do Código Penal Brasileiro que trata de uma das penas restritiva de direitos, eis: “As penas de interdição temporária de direitos são: I – proibição do exercício de cargo, função ou atividade pública, bem como de mandato eletivo; II – proibição do exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público; III – suspensão de autorização ou de habilitação para dirigir veículo. IV – proibição de frequentar determinados lugares.” (BRASIL. **Código Penal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm)>. Acesso em: 16 out.2011.) (grifo nosso)

Por fim, o monitoramento com a finalidade de vigilância é aquele em que o indiciado, acusado ou condenado não é obrigado a ficar em local predefinido, podendo conviver em qualquer lugar, tendo o Estado o controle absoluto de sua vida. Nesta modalidade não há limitação direta da liberdade do indivíduo.

Com efeito, qualquer que seja a finalidade do rastreamento virtual, não estará afastada a sensação de aprisionamento típica do sistema carcerário, posto que a “substituição”<sup>62</sup> da prisão com muros pela “prisão da mente” não inibirá o aparecimento das “reações carcerárias”<sup>63</sup>. Neste sentido, disparou Luiz Flavio Gomes:

Na prática, no entanto, pode ser tão penoso (ou mais) que o presídio tradicional. De qualquer modo, a tendência claríssima (na era da sociedade telemática) passa pela ideia do fim do presídio tradicional, para dar lugar para o presídio eletrônico.<sup>64</sup>

De tudo quanto foi exposto, a monitoração pode ser detentiva, restritiva ou na forma de vigilância contínua, cuja maior efetividade dependerá do tipo de tecnologia empregada.

#### 4.5. Tecnologias de controle aplicáveis à monitoração eletrônica

Na esteira do que foi sustentado alhures, a globalização possibilitou uma expansão das formas de comunicação e transmissão de informações e dados. Nesta conjectura, como não poderia deixar de ser, operou-se um fantástico desenvolvimento tecnológico, sobretudo em razão da mudança no “conceito de tempo e espaço”.

Os artificios tecnológicos chegaram com toda força, impulsionados pela necessidade de comunicação e facilitação dos mais diversos tipos de transações. Nesta linha, instaurou-se um panorama de dependência destes artefatos e, conseqüente, expansão para todas as searas e atividades humanas. Finalmente, essas

---

62. Conforme será demonstrado mais adiante, o monitoramento eletrônico da forma como foi instituído na Lei de Execução Penal não é alternativa ao cárcere, o que justifica o emprego das aspas.

63. Segundo a brilhante tese de Doutorado de Cezar Roberto Bitencourt, fazendo alusão aos estudos de Erving Goffman: “certos aspectos das reações carcerárias representam um mecanismo que o interno utiliza para adaptar-se ao meio carcerário. Trata-se de uma resposta do interno às condições de vida que o ambiente penitenciário impõe. Sob esse ponto de vista, podem-se considerar muitas das reações carcerárias como resultado ‘natural’ do ambiente penitenciário, e, conseqüentemente, é pouco provável que possa ser eliminadas enquanto a prisão subsistir.” Finaliza o autor, abordando os efeitos psicológicos produzidos pela prisão: “Todos os transtornos psicológicos, também chamados de reações carcerárias, ocasionados pela prisão são inevitáveis. Se a prisão produz tais perturbações, é paradoxal falar em reabilitação do delinqüente em um meio tão traumático como o cárcere. Essa séria limitação é uma das causas que evidenciam a falência da prisão tradicional.” (BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 199.)

64. GOMES, Luiz Flavio. **Lei nº 12.258/2010: monitoramento eletrônico**. Jus Navigandi. Teresina, ano 15, n. 25554, 29 jun. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/15113>>. Acesso em: 11 set. 2011.

“novas descobertas tecnológicas” atingiram a execução penal de diversas formas, dentre as quais: o fechamento automático das carceragens; a vigilância ostensiva por meio de câmeras e circuitos internos de segurança, além do controle de entrada e saída de materiais efetuados por *scanners* corporais, dentre outros. Avanço ou não, o mundo da tecnologia chegou e está servindo ao poder repressivo estatal.

Rogério Greco, citando Juan José González Rus em “Control electrónico y sistema penitenciario”, discute a respeito da utilização da informática e eletrônica como ferramentas possibilitadoras do controle social e penal, a saber:

(...) esse fantástico desenvolvimento tecnológico, principalmente da eletrônica e da informática, permite que sejam utilizadas formas de vigilância extensivas e intensivas até então desconhecidas, possibilitando um controle que pode ser exercido sobre todas as pessoas de modo geral, ou, ainda, especificamente sobre determinados grupos. No que diz respeito ao sistema penal, propriamente dentre essas técnicas a mais desenvolvida refere-se à custódia em domicílio sob vigilância eletrônica, que teve um grande desenvolvimento teórico e prático, sobretudo nos Estados Unidos e no Canadá, cuja aplicação, hoje generalizada, pode determinar consequências relevantes sobre as técnicas de controle social e penal.<sup>65</sup>

Na busca das finalidades de detenção, restrição ou vigilância, as formas de tecnologias utilizadas pelo rastreamento podem variar, o que a literatura especializada chamou de sistemas de monitoração ou gerações.

A primeira forma diz respeito ao sistema ativo ou vigilância eletrônica ativa. Por meio deste, é instalado em determinado local, via de regra em residências, um dispositivo que transmite um sinal à central de monitoração, quando o vigiado se afastar do limite autorizado. Esta forma de tecnologia é composta de um aparelho transmissor fixado no corpo do indivíduo rastreado e de outro dispositivo estabilizado em determinado local, cuja função é recepcionar o sinal, assim como de uma central de monitoramento ou computador central, o qual é ativado quando o vigiado se afugenta do limite permitido.

Da maneira como esta tecnologia é formatada, propicia-se a consecução da finalidade detentiva, a qual, como visto acima, objetiva que o rastreado não sai de determinado local.

Já o segundo é conhecido como sistema passivo ou vigilância eletrônica passiva. Diferentemente do anterior, o rastreado é periodicamente acionado

---

65. GRECO, Rogério. **Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 384.

pela central de monitoração cujo objetivo é conhecer os locais por ele frequentado e garantir que não se afaste dos meandros onde deveria permanecer. Neste sistema, o vigiado é convocado via *pager* (também conhecido como radiomensagem ou radioprocura) ou telefone com o objetivo de realizar uma identificação por voz, mapeamento de íris, senhas, impressões digitais, dentre outros. Como se pode extrair, o sistema passivo dispensa a instalação de aparelhagem transmissora fixa na residência ou outro local, visto que o acionamento é feito pela central diretamente para o *pager* ou telefone, devendo ser atendido pessoalmente pelo vigiado.

Para Miguel Ángel Iglesias Río e Juan Antonio Pérez Parente, referidos na obra de Rogério Greco:

a principal vantagem do sistema passivo como controle de voz ou mecanismos digitalizados é sua menor estigmatização pública e, em certos casos, podia chegar-se a prescindir da instalação de transmissores no domicílio do vigiado.<sup>66</sup>

Assim, o sistema de vigilância ativo e o passivo compõem, na lição dos estudiosos, a chamada tecnologia de controle de primeira geração.

Além desses, aponta-se o sistema de posicionamento global<sup>67</sup>, cognominado de tecnologia de segunda geração. Esta estaria marcada pela busca, a um só tempo, da finalidade detentiva, restritiva e de vigilância, sobretudo pelos componentes utilizados, tais como: um dispositivo móvel a ser pregado no sujeito, várias estações de terra, o que eliminaria a instalação de artefatos na residência do rastreado, bem como um satélite.

Em razão da sua capacidade para precisar a exata posição do rastreado, sobretudo seu afastamento do local determinado (finalidade detentiva) e a frequência a outros vedados pela decisão judicial (finalidade restritiva) sem olvidar a vigilância diuturna (finalidade de vigilância), parece ser o preferido da sociedade de controle e do sistema penitenciário globalizado. Neste sentido, veja a lição do Doutor em Direito pela Universidade de Burgos:

A tecnologia de segunda geração foi implantada inicialmente nos Estados Unidos a partir do ano 2000, sendo utilizada posteriormente no Canadá e na Grã-Bretanha, cujo referente europeu é o denominado sistema Galileo. O sistema Galileo foi concebido desde o início como um projeto civil, em oposição ao GPS americano, ao GLONASS russo e ao Compass chinês, que são de origem militar,

66. GRECO, Rogério. **Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 383.

67. Mais conhecido como GPS – *Global Positioning System*.

tendo várias vantagens, a exemplo de maior precisão, maior segurança e menos sujeito a problemas.

Esse sistema de segunda geração tem capacidade não somente para controlar a permanência, em determinado lugar, da pessoa que está sendo objeto do monitoramento, senão que, milimetricamente, detecta sua presença fora do local que lhe havia sido delimitado, apontando, precisamente, o lugar em que esteve e o horário.<sup>68</sup>

Neste contexto, cabe salientar que o novel Decreto nº 7.627, de 24 de novembro de 2011, que regulamenta a monitoração na execução penal, no seu artigo 2º, após apresentar o conceito legal do monitoramento, parece ter simpatizado com o sistema de posicionamento global, eis:

Art. 2º Considera-se monitoração eletrônica a vigilância telemática posicional à distância de pessoas presas sob medida cautelar ou condenadas por sentença transitada em julgado, executada por meios técnicos que permitam indicar a sua localização.<sup>69</sup>

De outro lado, tem-se a tecnologia de controle de terceira geração. Segundo sua proposta, não bastaria o monitoramento preciso dos passos do indivíduo e sim a utilização de mecanismos corporais invasivos de controle. Agregando à vigilância realizada por meio de GPS, esta geração tecnológica permite que a central de monitoramento acompanhe e domine aspectos psicológicos, cardíacos, respiratórios e impulsos sexuais do rastreado. Para a consecução desta finalidade lança mão de ingerências no corpo do vigiado, notadamente por meio de *chips*, *microchips* ou *biochips*, o mesmo procedimento que vem sendo testado em animais. Neste ponto, não precisa muito esforço para concluir por sua total ilegitimidade constitucional, sob pena de coisificar o indivíduo monitorado com grave perigo para a garantia da dignidade humana.

Enfim, a tecnologia invadiu o sistema prisional, acarretando a substituição avassaladora e inevitável do homem pela máquina, mais especificamente, do controle realizado pelo homem para aquele efetivado pelos artefatos tecnológicos. Neste panorama, cabe pontuar, em razão de sua contemporaneidade, a derradeira manifestação tecnológica na seara da execução penal, qual seja: a possibilidade do envio de relatório circunstanciado da monitoração por meio eletrônico certificado digitalmente pelo órgão competente.<sup>70</sup> Enfim, é a tecnologia servindo à execução penal virtualizada.

68. *Ibidem*. p. 394.

69. BRASIL. Decreto nº 7.627, de 24 de novembro de 2011. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7627.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7627.htm)>. Acesso em: 21 nov. 2011.

70. Vide parágrafo único do artigo 4º do Decreto nº 7.627, de 24 de novembro de 2011, a saber: “A responsabilidade pela administração, execução e controle da monitoração eletrônica caberá aos órgãos de gestão penitenciária,

Superadas as generalidades do monitoramento eletrônico, forçoso o estudo dos princípios que devem reinar em termos de controle penal virtual.

## 5. PRINCIPIOLOGIA DO SISTEMA DE VIGILÂNCIA INDIRETA

Como sabido, o sistema jurídico é expresso por normas regras e normas princípios. Em outros termos, o Direito é normatizado por regras e princípios. Sem a pretensão de esgotar o tema, mister se faz apontar algumas diferenças primordiais, especialmente no que diz respeito ao espectro de incidência. Neste sentido, as normas regras têm um campo de incidência menor se comparado às normas princípios.

Assim, as normas regras são aplicáveis ou não em determinadas situações, podendo o hermenauta lançar mão das técnicas ordinárias de interpretação, visto que foram concebidas para regular determinados casos concretos. Como exemplo, na seara do monitoramento eletrônico, é possível mencionar as hipóteses legais taxativas de aplicação da vigilância indireta na execução penal, vale dizer, na saída temporária e na prisão domiciliar. Fora destas circunstâncias, não será possível sua aplicação, uma vez que, com o normas regras que são, elas seguem a “lógica do tudo ou nada (Dworkin),”<sup>71</sup> como mais adiante será enfrentado.

De outra banda, as normas princípios ostentam um campo de incidência bem maior, em razão, sobretudo, de serem formatadas com o propósito de regular uma multiplicidade de situações. Além disso, pelo fato dos princípios terem um espectro de incidência maior não se excluem, podendo conviver harmonicamente com outros. “São as diretrizes gerais de um ordenamento jurídico (ou de parte dele). Seu espectro de incidência é muito mais amplo que o das regras. Entre eles pode haver ‘colisão’, não conflito. Quando colidem, não se excluem.”<sup>72</sup> Em outros termos, por serem concebidos “como ‘mandados de otimização’ que são (Alexy), sempre podem ter incidência em casos concretos (às vezes, concomitantemente dois ou mais deles).”<sup>73</sup> Complementando, observe a conceituação de Humberto Ávila:

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementariedade e

---

cabendo-lhes ainda: Parágrafo único. A elaboração e o envio de relatório circunstanciado poderão ser feitos por meio eletrônico certificado digitalmente pelo órgão competente.” (Brasil. **Decreto nº 7.627, de 24 de novembro de 2011**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7627.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7627.htm)>. Acesso em: 21 nov. 2011)

71. GOMES, Luiz Flávio. **Normas, regras e princípios: conceitos e distinções**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7527>>. Acesso em: 11 out. 2011.

72. *Ibidem*.

73. *Ibidem*.

de parcialidade, para cuja aplicação demandam uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.<sup>74</sup>

Brilhante foi a distinção promovida por J. J. Gomes Canotilho, eis:

Os **princípios** interessar-nos-ão, aqui, sobretudo na sua qualidade de verdadeiras *normas, qualitativamente distintas* das outras categorias de normas, ou seja, das **regras jurídicas**. As diferenças qualitativas traduzir-se-ão, fundamentalmente, nos seguintes aspectos. Os princípios são normas jurídicas impositivas de *otimização*, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionamentos fácticos e jurídicos; as *regras* são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem) que é ou não é cumprida (nos termos de Dworkin: *applicable in all-or-nothing fashion*); a convivência dos princípios coexistem, as regras antinômica; os princípios coexistem, as regras antinômicas excluem-se. Consequentemente, os princípios, ao constituírem *exigências de otimização*, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à « lógica do tudo ou nada »), consoante o seu *peso* e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra *vale* (tem validade) deve cumprir-se na exacta medida das suas prescrições, nem mais nem menos.<sup>75</sup>

Não destoa Juarez Cirino dos Santos, amparado na doutrina de Alexy, eis:

A distinção entre *regras* e *princípios* jurídicos, como espécies da categoria geral *normas jurídicas*, é a base da teoria dos direitos fundamentais e a chave para resolver problemas centrais da dogmática penal constitucional. Normas jurídicas compreendem regras e princípios jurídicos, componentes elementares do ordenamento jurídico, que determinam o que é devido no mundo real: as *regras* são normas de conduta realizadas ou não realizadas pelos seres humanos; os *princípios* são normas jurídicas de *otimização* (*optimierungsgebote*) das possibilidades de realização jurídica dos mandados, das proibições e das permissões na vida real.<sup>76</sup>

No que respeita ao monitoramento eletrônico, é possível destacar alguns princípios reitores de sua aplicação, especialmente o da motivação, voluntariedade, excepcionalidade e proporcionalidade.

74. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 129.

75. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p 1145.

76. SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 3. ed. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2008, p. 19.



O princípio da motivação tem assento constitucional<sup>77</sup> e determina a necessidade de fundamentação de todas as decisões judiciais, o que não afasta sua aplicação quando da determinação do uso do monitoramento eletrônico. Olvidar a necessária motivação quanto à vigilância indireta seria um descabimento, até porque a liberdade do penitente ficará mais limitada face o aumento do campo interventivo do poder repressivo estatal. Assim, declinar as razões para o emprego da vigilância indireta é medida indispensável para sua legitimidade. Não por outra razão, o parágrafo único do art. 122 da Lei de Execução Penal – LEP – faz menção à condição: “quando assim determinar o juiz da execução”<sup>78</sup>.

Ao lado do princípio da motivação, tem-se a necessidade de observar o da voluntariedade. De acordo com este, o uso do dispositivo de vigilância indireta passa pela aquiescência do sujeito (que pode ser instrumentalizada e comprovada através de um “termo de aceitação voluntária”), não obstante pareça a Lei 12.258/2010 ter trilhado caminho diverso haja vista a omissão do legislador quanto à indispensável aceitação do vigiado, o que, vale ressaltar, por si só não afasta sua observância como forma de legitimar o emprego da monitoração.<sup>79</sup>

Assim, o princípio em tela pode ser utilizado como meio de inibir e obstar uma possível ação reparatória de dano pela mácula ao direito de imagem e intimidade que o monitoramento eletrônico poderia proporcionar, mormente em razão do cunho invasivo que o rastreamento acarreta na vida do sujeito. Desta maneira, a concordância do vigiado, formalizada por meio do “termo de aceitação,” legitimaria a disponibilidade de sua imagem e intimidade afastando, portanto, eventual dever de indenização, conforme será objeto de estudo mais adiante.

Com efeito, o princípio da voluntariedade afasta a imposição da monitoração eletrônica pelo magistrado. Nesta linha de raciocínio, veja a lição de Luiz Flavio Gomes, inclusive criticando a omissão legislativa:

Princípio da voluntariedade: a lei nova não exige anuência do condenado. É de se lamentar essa omissão, visto que, pelo menos

77. Neste sentido, o art.93, inciso IX da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, prevê: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação” (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 16 out. 2011.

78. BRASIL. **Lei de Execução Penal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210.htm)>. Acesso em: 16 out. 2011.

79. Na legislação alienígena, porém, tem-se notícia da necessária anuência do condenado quanto ao uso do dispositivo de monitoração, notadamente na Itália.

como linha de princípio, é a anuência do preso que confere legitimidade à medida.<sup>80</sup>

Mais recentemente, o novel Decreto nº 7.627, de 24 de novembro de 2011, que regulamenta a monitoração eletrônica no processo e execução penal, no seu artigo 3º, exigiu a ciência do indivíduo rastreado dos direitos e deveres os quais estaria submetido, eis:

Art. 3º A pessoa monitorada deverá receber documento no qual constem, de forma clara e expressa, seus direitos e os deveres a que estará sujeita, o período de vigilância e os procedimentos a serem observados durante a monitoração.<sup>81</sup>

Ora, a referida ciência do monitoramento pode ser decodificada como o germe do princípio da voluntariedade, visto que sem ele o indivíduo não poderá ser submetido às agruras do rastreamento eletrônico.

Se o princípio da voluntariedade não contou com a atenção do legislador, o mesmo não ocorreu com o da excepcionalidade. Segundo este, o monitoramento eletrônico é extraordinário, como o próprio nome do princípio deixa transparecer; é uma forma de vigilância somente utilizada quando demonstrada cabalmente (aqui não se pode olvidar a harmonia com o princípio da motivação) a necessidade de sua utilização, especialmente em razão da possível afronta a outras garantias constitucionais do acusado. Assim, a aplicação do monitoramento eletrônico tem caráter subsidiário, somente tendo cabimento quando necessário e adequado, tratando-se, portanto, de medida de exceção. Neste sentido, insta transcrever primorosa passagem do Doutor em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade Complutense de Madri:

A lei nova (Lei 12.258/2010), no entanto, não transitou por esse caminho. De qualquer modo, ainda que a medida (o monitoramento) não seja benéfica ao réu, quando necessária, deve ser adotada. Caberá ao juiz fundamentar essa necessidade, em cada caso concreto, mesmo porque não se pode esquecer que o monitoramento significa profunda afetação da intimidade e da privacidade (Luana Souza Delitti). Será erro crasso partir da premissa de que o monitoramento eletrônico seja regra (cf. Ricardo Avelino Carneiro). Ele é exceção.<sup>82</sup>

80. GOMES, Luiz Flavio. **Lei nº 12.258/2010: monitoramento eletrônico**. Jus Navigandi. Teresina, ano 15, n. 25554, 29 jun. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/15113>>. Acesso em: 11 set. 2011.

81. BRASIL. Decreto nº 7.627, de 24 de novembro de 2011. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7627.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7627.htm)>. Acesso em: 21 nov. 2011.

82. GOMES, Luiz Flavio. **Lei nº 12.258/2010: monitoramento eletrônico**. Jus Navigandi. Teresina, ano 15, n. 25554, 29 jun. 2010. Disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/15113>>. Acesso em: 11 set. 2011.

Com efeito, analisando o princípio em questão, pode-se depreender ser possível a concessão de direitos da execução penal, notadamente a saída temporária e a prisão domiciliar, sem o rastreamento eletrônico, haja vista o caráter excepcional e subsidiário deste.

Não bastasse, o uso da telemática como forma de vigilância exige a observância do princípio da proporcionalidade, especialmente a pertinência entre sua utilização e o caso concreto. Não foi por outro motivo que a LEP, com as modificações trazidas pela Lei 12.258/2010, fez referência à necessidade e adequação no art. 146-D.<sup>83</sup>

Quando o legislador exige para a revogação da monitoração eletrônica a desnecessidade e inadequação, ressoa, de forma cristalina, que, para a sua aplicação, é indispensável a observância da proporcionalidade, a qual se desdobra em necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito. Comungando deste entendimento, insta trazer à colação a lição de Luiz Flávio Gomes:

O inciso I do art. 146-D determina a revogação do monitoramento eletrônico quando desnecessário ou inadequado. Aqui podemos vislumbrar as pistas do princípio da proporcionalidade (adequação e necessidade). Interpretado a *contrario sensu* verifica-se que o juiz jamais pode decretar o monitoramento eletrônico sem a observância estrita do princípio da proporcionalidade.<sup>84</sup>

Ora, se a vigilância indireta perde seus efeitos, vale dizer, não terá mais cabimento, frente à desnecessidade e inadequação é porque, no momento de sua decretação (sempre fundamentada) até enquanto durar a medida, a monitoração será regida pela pertinência a ser aferida no caso concreto. Neste sentido, veja outra passagem da doutrina de escol:

Uma outra crítica que pode ser lançada contra a nova lei consiste em que ela não cuidou, de forma clara, da proporcionalidade. Mas não há dúvida de que todas as medidas restritivas de direitos estão sujeitas a esse princípio, que pressupõe (a) a legalidade assim como (b) a legitimidade constitucional da finalidade da medida. Exige ainda: decisão fundamentada, que demonstre a idoneidade da medida, sua necessidade assim como a proporcionalidade entre

83. Veja a redação do dispositivo legal que trata da revogação da monitoração eletrônica, eis: “Art. 146-D. A monitoração eletrônica poderá ser revogada: I – quando se tornar desnecessária ou inadequada;” (BRASIL. **Lei de Execução Penal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210.htm)>. Acesso em: 12 out. 2011).

84. GOMES, Luiz Flavio. **Lei nº 12.258/2010: monitoramento eletrônico**. Jus Navigandi. Teresina, ano 15, n. 25554, 29 jun. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/15113>>. Acesso em: 11 set. 2011.

os custos e os benefícios. O juiz, todas as vezes que vai determinar o monitoramento eletrônico, deve necessariamente analisar o caso concreto (o réu concreto) e demonstrar a sua pertinência.<sup>85</sup>

Do exposto, o emprego dos recursos tecnológicos pelo poder repressivo não pode colocar o indivíduo como objeto das ações estatais, ou mesmo olvidar garantias inalienáveis do condenado em nome da segurança pública. Assim, o princípio da motivação, voluntariedade, excepcionalidade e proporcionalidade podem conviver harmonicamente, de maneira a degradar minimamente aquele submetido à monitoração eletrônica.

Postos os princípios, necessário conhecer as hipóteses legais passíveis de aplicação da medida na execução penal.

## **6. APLICAÇÃO DA VIGILÂNCIA INDIRETA NA LEI DE EXECUÇÃO PENAL**

A Lei de Execução Penal passou por significativas reformas em 2010, com especial destaque para a Lei 12.258/2010, que deu um novo colorido ao tema saída temporária e prisão domiciliar. Neste contexto, houve o acréscimo da Seção VI, do Capítulo I (Das penas privativas de liberdade) do Título V (Da execução das penas em espécie), notadamente com o desmembramento do artigo 146 da Lei 7.210/84 – LEP.

Cabe pontuar, por indispensável, que a presente abordagem ficará centrada na monitoração eletrônica no âmbito da execução penal, malgrado seja sabido da existência do mesmo instituto com a feição de substitutivo da prisão cautelar, consoante introduzido no sistema processual brasileiro com a Lei 12.403, de 04 de maio de 2011<sup>86</sup>.

Neste panorama de modificações, necessário o estudo a respeito da monitoração eletrônica na saída temporária e prisão-albergue na forma domiciliar.

### **6.1. Monitoramento eletrônico na saída temporária**

Ante de adentrar na significativa modificação realizada pela lei de monitoramento eletrônico no direito de saída temporária, necessário um breve esclarecimento do que seja o instituto, de maneira especial, apontando as características do regime semiaberto e a sua distinção com a permissão de saída.

---

85. *Ibidem*.

86. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências.

Como sabido, no regime semiaberto a legislação aumenta o *status libertatis* do condenado, sobretudo em razão da necessidade de “ressocialização” do indivíduo, permitindo um maior contato com o ambiente externo, sem necessidade de escolta, ao contrário do que ocorre com o regime fechado. É também conhecido em pelo fato de possibilitar a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento adequado<sup>87</sup>, diferente do fechado, em que a pena é cumprida em penitenciária de segurança máxima ou média.<sup>88</sup> Tratando da diminuição do rigor penitenciário, veja a lição de Juarez Cirino dos Santos:

O regime semi-aberto de execução da pena privativa de liberdade possui rigor intermediário, entre os regimes fechado e aberto, é cumprido em colônia agrícola, industrial ou similar e destina-se, imediatamente, aos condenados primários a pena privativa de liberdade superiores a 4 (quatro) e inferiores a 8 (oito) anos, e mediatamente aos condenados submetidos ao regime fechado (art. 33, §2º, b, CP) pelo critério de progressividade dos regimes de execução.<sup>89</sup>

Nesta linha de raciocínio, em que o condenado ganha mais liberdade, ele é obrigado a trabalhar em comum no período diurno, porém sem necessidade de isolamento durante a noite, como ocorre no regime fechado. Além disso, conta com a faculdade de estudar e trabalhar fora do estabelecimento, medida que é excepcional no regime fechado.<sup>90</sup> Tratando sobre o tema, não destoa Claudio Brandão:

O regime semi-aberto é cumprido em penitenciária agrícola ou industrial, ou ainda em estabelecimento similar. O regime semi-aberto possibilita o recolhimento durante o repouso noturno em celas coletivas, não se obrigando ao isolamento celular. O trabalho

87. Neste sentido é o artigo 91 da Lei de Execução Penal com a seguinte redação: “Art. 91. A Colônia Agrícola, Industrial ou Similar destina-se ao cumprimento da pena em regime semi-aberto.” (BRASIL. **Lei de Execução Penal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210.htm)>. Acesso em 12 out. 2011.) Não destoa o artigo 33, § 1º, “b” do Código Penal Brasileiro: Art. 33 – § 1º – Considera-se: b) regime semi-aberto a execução da pena em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar; (BRASIL. **Código Penal Brasileiro**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm)>. Acesso em: 16 out. 2011).

88. Este é o entendimento do artigo 33, § 1º, “a” do Código Penal, vejamos: Considera-se: a) regime fechado a execução da pena em estabelecimento de segurança máxima ou média; (BRASIL. **Código Penal Brasileiro**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm)>. Acesso em: 16 out. 2011. e 87 da Lei de Execuções Penais.) Na mesma linha é o artigo 87 da Lei de Execução Penal, eis: Art. 87. A penitenciária destina-se ao condenado à pena de reclusão, em regime fechado. (BRASIL. **Lei de Execução Penal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210.htm)>. Acesso em: 16 out. 2011).

89. SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 3. ed. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2008, p. 527.

90. No regime fechado o condenado só poderá trabalhar em obras e serviços públicos, mediante escolta, consoante a redação do artigo 34, § 3º do Código Penal Brasileiro, eis: “§ 3º – O trabalho externo é admissível, no regime fechado, em serviços ou obras públicas.” (BRASIL. **Código Penal Brasileiro**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm)>. Acesso em: 16 out. 2011).

deve ser realizado em comum, sendo admissível mesmo quando for externo à unidade prisional. Também é permitida a frequência a cursos educacionais, quer sejam superiores, de ensino fundamental ou médio, quer sejam ainda profissionalizantes.<sup>91</sup>

Neste contexto, com vistas a estreitar os laços com a família<sup>92</sup> e possibilitar um contato maior com o meio exterior, é que se coloca o direito<sup>93</sup> de saída temporária no regime semiaberto.<sup>94</sup> Espécie do gênero autorização de saída, pode ser conceituada como sendo um passaporte de saída em sentido estrito ou limitado, destinada somente aos presos do regime semiaberto<sup>95</sup>, sem a necessidade de escolta, nos casos de frequência a curso profissionalizante, de instrução, visita aos familiares ou participação em outras atividades “ressocializantes”<sup>96</sup>. Na esteira da doutrina, a saída temporária do estabelecimento:

- 
91. BRANDÃO, Claudio. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p.290.
92. Abordando de forma crítica e arrebatadora o direito de saída temporária e as relações de família, confira o artigo publicado nesta obra de autoria de Cláudia Ferraz em “**A família na execução penal: um olhar sobre o afeto, a convivência e a reintegração**”.
93. Trata-se de verdadeiro direito público subjetivo do condenado. Assim, deve ser rechaçada a pecha de “benefício” ao instituto da saída temporária, como, infelizmente, vem pregando uma parte da doutrina, a exemplo de Cleber Masson quando afirma: “A Lei de Execução Penal, ao disciplinar a execução das penas privativas de liberdade, prevê as autorizações de saída do estabelecimento prisional, consistentes em benefícios aplicáveis aos condenados inseridos nos regimes fechado ou semi-aberto. Dividem-se em permissão de saída, com fulcro na dignidade do condenado, e saída temporária, endereçada à reinserção social do preso.” – MASSON, Cleber Rogério. **Direito penal esquematizado – Parte geral**. 2. ed. São Paulo: Método, 2009. p. 556.
94. Só por amor ao debate, necessário registrar que no regime fechado o penitente faz jus ao denominado direito de permissão de saída, o qual não se confunde com a saída temporária. Naquele, que terá cabimento no regime fechado, semiaberto e para o preso provisório, o condenado é autorizado a ausentar-se do estabelecimento, por ordem do diretor, mediante escolta, para uma das finalidades descritas no art. 120 da Lei de Execução Penal, com especial destaque para o tratamento de sua saúde ou com o objetivo de amparar seus familiares no caso de morte ou doença grave. Seu fundamento é a cláusula constitucional da dignidade da pessoa humana.
95. Vale salientar que o Supremo Tribunal Federal, em decisão da lavra do Min. Celso de Mello, admitiu a concessão da saída temporária aos condenados no regime aberto. Neste sentido, a doutrina, ampliando a autorização legal, traz à colação a referida manifestação, eis: “os destinatários da prisão legal são, em princípio, somente os presos que se encontram em regime *semiaberto*. Entretanto, apesar da especificidade legal se referir somente aos sentenciados em regime *semiaberto*, concordamos com o Ministro Celso de Mello, quando afirma que ‘as saídas temporárias – não obstante as peculiaridades do regime penal aberto – revelam acessíveis aos condenados que se acham cumprido a pena em prisão-albergue, pois, o instituto da autorização de saída constitui instrumento essencial, enquanto estágio necessário que é, do sistema progressivo de execução das penas privativas de liberdade. Mais do que isso, impõe-se não desconsiderar o fato de que a recusa desse benefício ao preso albergado constituirá verdadeira *contradictio in terminis*, pois conduziria a uma absurda situação paradoxal, eis que o que cumpre pena em regime mais grave (semiaberto) teria direito a um benefício legal negado ao que, precisamente por estar em regime aberto, demonstrou possuir condições pessoais mais favoráveis de reintegração à vida comunitária (Despacho publicado no *Diário da Justiça*, Seção, I, 3 ago. 1995, p. 22277) – MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Legislação penal especial**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 190.
96. Não se pode esquecer a conhecida crítica a este famigerado termo, até porque é difícil ressocializar quem nunca foi socializado!

é destinada aos condenados que cumprem pena em regime semi-aberto, sem vigilância direta, nos seguintes casos: (1) visita à família; (2) frequência a curso supletivo profissionalizante, bem como de instrução do 2º grau ou superior, na Comarca do Juízo da Execução; e (3) participação em atividades que concorram para o retorno ao convívio social.<sup>97</sup>

Ademais, diferente da permissão de saída, ela é submetida à cláusula de reserva de jurisdição, posto que caberá ao Juiz da Execução Penal, consoante aponta o artigo 66, IV, da LEP, sua autorização ou não.

Posto isso, necessário o enfrentamento dos seus requisitos objetivos e subjetivos, para, finalmente, apontar as modificações operadas pela Lei 12.258/2010.

A saída temporária exige, como afirmado acima, manifestação fundamentada do magistrado da execução, a oitiva do Ministério Público e da administração penitenciária ante o cumprimento de mais de 1/6 (um sexto) da pena para os primários e mais de 1/4 (um quarto) para os reincidentes<sup>98</sup>.

Quando aplicado o regime semiaberto de forma mediata, vale dizer, após o exaurimento do critério de progressividade da execução da pena, o percentual para obtenção do direito de saída temporária leva em conta o tempo de pena experimentado no regime fechado, como de há muito vem apontando a doutrina e jurisprudência.<sup>99</sup>

Não bastasse, o condenado deverá demonstrar comportamento adequado, a ser aferido por declaração do diretor do estabelecimento penal, sem esquecer a necessária compatibilidade entre a saída e os objetivos da pena.<sup>100</sup>

---

97. TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 1275 e 1276.

98. Não se pode deslembrar a conceituação de reincidência, nos termos do artigo 63 do Código Penal Brasileiro, eis: “Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.” (BRASIL. **Código Penal Brasileiro**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm)>. Acesso em: 16 out. 2011).

99. Dita observação não passou despercebida por Masson, eis: “No tocante ao percentual de cumprimento da pena (1/6 ou 1/4), o período já descontado no regime fechado – se era o regime inicial da pena privativa de liberdade –, será computado para fins de saída temporária. É o que estabelece a Súmula 40 do Superior Tribunal de Justiça: ‘Para obtenção dos benefícios de saída temporária e trabalho externo, considera-se o tempo de cumprimento da pena no regime fechado’.” (MASSON, Cleber Rogério. **Direito penal esquematizado – Parte geral**. 2. ed. São Paulo: Método, 2009, p. 557.)

100. Neste sentido, veja o artigo 123 da Lei de Execução Penal, eis: “A autorização será concedida por ato motivado do Juiz da execução, ouvidos o Ministério Público e a administração penitenciária e dependerá da satisfação dos seguintes requisitos: I – comportamento adequado; II – cumprimento mínimo de 1/6 (um sexto) da pena, se o condenado for primário, e 1/4 (um quarto), se reincidente; III – compatibilidade do benefício com os objetivos da pena.” (BRASIL. **Lei de Execução Penal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210.htm)>. Acesso em: 16 out. 2011).

Outrossim, o prazo de duração da saída será de até 07 (sete) dias, podendo ser repetida por mais 04 (quatro) vezes, totalizando 05 (cinco) saídas, portanto.<sup>101</sup>

Neste contexto, importante trazer à colação decisão do Supremo Tribunal Federal, em Habeas Corpus impetrado pela Defensoria Pública da União, consagrando a necessária inspiração garantista que deve permear o processo de execução penal, malgrado tenha pecado no que respeita ao número de saídas temporárias, a saber:

EMENTA: PRESO – SAÍDAS TEMPORÁRIAS – CRIVO. Uma vez observada a forma alusiva à saída temporária – gênero –, manifestando-se os órgãos técnicos, o Ministério Público e o Juízo da Vara de Execuções, as subseqüentes mostram-se consecutório legal, descabendo a burocratização a ponto de, a cada uma delas, no máximo de três temporárias, ter-se que formalizar novo processo. A primeira decisão, não vindo o preso a cometer falta grave, respalda as saídas posteriores. Interpretação teleológica da ordem jurídica em vigor consentânea com a organicidade do Direito e, mais do que isso, com princípio básico da República, a direcionar à preservação da dignidade do homem. (HABEAS CORPUS 98.067 / RS – RIO GRANDE DO SUL, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Julgamento: 06/04/2010, Órgão Julgador: Primeira Turma, Publicação DJe-091 DIVULG 20-05-2010 PUBLIC 21-05-2010)<sup>102</sup>

Com efeito, preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos, que são cumulativos, o magistrado determinará a observância de algumas condições, as quais estão umbilicalmente relacionadas ao novo panorama inaugurado pela Lei 12.258/2010, que possibilita a vigilância indireta. Ditas obrigações podem ser classificadas como legais, posto que previstas expressamente no artigo 124 da LEP<sup>103</sup>, ou mesmo judiciais, especialmente pelo fato de caber ao magistrado, verificando o caso concreto, sua estipulação.

---

101. Neste sentido, veja o artigo 124 da Lei de Execução Penal, eis: “A autorização será concedida por prazo não superior a 7 (sete) dias, podendo ser renovada por mais 4 (quatro) vezes durante o ano.” (BRASIL. **Lei de Execução Penal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210.htm)>. Acesso em: 16 out. 2011).

102. Disponível no domínio eletrônico: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=PRESO+%2D+SA%CCDDAS+TEMPOR%CCRIAS&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 16 out. 2011.

103. A Lei de Execução Penal disciplina as condições para saída temporária no seu artigo 124, a saber: “§ 1º Ao conceder a saída temporária, o juiz imporá ao beneficiário as seguintes condições, entre outras que entender compatíveis com as circunstâncias do caso e a situação pessoal do condenado: I – fornecimento do endereço onde reside a família a ser visitada ou onde poderá ser encontrado durante o gozo do benefício; II – recolhimento à residência visitada, no período noturno; III – proibição de frequentar bares, casas noturnas e estabelecimentos congêneres.” (BRASIL. **Lei de Execução Penal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210.htm)>. Acesso em: 16 out. 2011).



Destaca-se no rol das obrigações legais do condenado, que fez jus ao direito público subjetivo da saída temporária, o compromisso de apontar o endereço para ser encontrado e o da sua família a ser visitada; o dever de recolhimento no período noturno e, por fim, a proibição de frequentar determinados lugares propensos à prática delitiva. Neste contexto, o monitoramento eletrônico teria o propósito de observar o cumprimento das obrigações assumidas pelo vigiado fora dos muros da prisão, alcançando este objetivo através de uma das modalidades tecnológicas abordadas anteriormente.

Não se pode deixar de salientar, por imprescindível, que a possibilidade de monitoração eletrônica seria inaplicável, do ponto de vista detentivo e restritivo, se o condenado não indicasse o endereço da família a ser visitada; aquele onde deveria recolher-se no período noturno; bem como não assumisse a obrigação de não comparecer a certos lugares. Em outros termos, a finalidade detentiva da vigilância indireta está intimamente relacionada com as obrigações constantes no artigo 124, § 1º, I e II da LEP. De outro lado, a obrigação contida no inciso III do mesmo artigo, qual seja, o de não frequentar bares, casas noturnas e estabelecimentos congêneres, relaciona-se com a finalidade de restrição do monitoramento eletrônico, o que não afasta, é bem verdade, a finalidade de vigilância a depender do tipo de tecnologia empregada na monitoração.

Com efeito, o monitoramento eletrônico na saída temporária tem cunho de nova modalidade de fiscalização, desta feita, indireta, notadamente em razão de não ter ampliado as possibilidades da autorização programada de saída do sistema prisional.

## 6.2. Monitoramento eletrônico na prisão domiciliar

Como sabido, o regime aberto baseia-se na autodisciplina e no senso de responsabilidade do penitente, tendo como o maior “mérito” possibilitar a manutenção de contato com seus familiares e com a sociedade<sup>104</sup>, bem como a obrigatoriedade do trabalho<sup>105</sup>.

104. Veja o que informa a legislação: “Art. 36 – O regime aberto baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado.

§ 1º – O condenado deverá, fora do estabelecimento e sem vigilância, trabalhar, freqüentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga.” – BRASIL. **Código Penal Brasileiro**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm)>. Acesso em: 16 out. 2011.

105. A obrigatoriedade do trabalho é objeto de severas críticas da doutrina especializada, mormente em razão de afrontar a legalidade constitucional. Neste ponto, ver o que ensina Andrei Zenkner Schmidt em “Crise de Legalidade na Execução Penal”. (In CARVALHO, Salo. **Crítica à Execução Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007. p. 29-76)

Neste regime, o apenado só permanecerá recolhido durante o repouso noturno e nos dias de folga em casa de albergado e egresso<sup>106</sup> ou em estabelecimento similar – consoante art. 33, § 1º, “c” do Código Penal<sup>107</sup>. “Inspira-se esse regime em precedentes adotados em outros países, onde recebe o nome de ‘detenção noturna’, ‘semiprisão’ etc”<sup>108</sup>

Versando sobre a execução da pena privativa de liberdade neste regime, assista a preleção de Juarez Cirino dos Santos:

O regime aberto é o modo menos rigoroso de execução da pena privativa de liberdade, deve ser cumprido em casa de albergado e destina-se, *imediatamente*, aos condenados primários e penas iguais ou inferiores a 4 (quatro) anos, e *mediatamente*, aos condenados submetidos a outros regimes (art. 33, §2º, c, CP), segundo o critério da progressividade. O regime *aberto* tem por fundamento a autodisciplina e o senso de responsabilidade do condenado (art. 36, CP) e se caracteriza pela liberdade *sem restrições* para o trabalho externo, frequência a cursos e outras atividades autorizadas durante o dia e pela liberdade *restringida* durante a noite e dias de folga, mediante recolhimento em *casa de albergado* – ou na própria residência do condenado (art. 36, § 1º, CP).<sup>109</sup>

Segue o autor, apontando para a possibilidade do recolhimento noturno ocorrer na casa do condenado, vale dizer, em prisão domiciliar:

A permissão do recolhimento noturno e nos dias de folga na própria casa do condenado aparece como alternativa prática, necessária e justa para evitar os efeitos nocivos da prisão sobre a personalidade do preso, em face da ausência generalizada de casas de albergado no Brasil.<sup>110</sup>

Neste panorama, a prisão domiciliar, erroneamente chamada de prisão-albergue<sup>111</sup>, se apresenta como uma espécie de regime aberto, direcionada para atender a situações peculiares de alguns condenados ou a pessoas que deles necessitam.

---

106. Neste estabelecimento, caberá a execução da pena restritiva de direitos de limitação de fim de semana, consoante o artigo 48 do Código Penal, eis: “a limitação de fim de semana consiste na obrigação de permanecer, aos sábados e domingos, por 5 (cinco) horas diárias, em casa de albergado ou outro estabelecimento adequado.” – BRASIL. **Código Penal Brasileiro**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm)>. Acesso em: 16 out. 2011.

107. Veja o que informa a legislação: “Art. 33 do CP: § 1º – Considera-se: c) regime aberto a execução da pena em casa de albergado ou estabelecimento adequado.” – BRASIL. **Código Penal Brasileiro**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm)>. Acesso em: 16 out. 2011.

108. NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. vol. 1. 9. ed. São Paulo: Saraiva. 1973. p. 230.

109. SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 3. ed. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2008, p. 527-528.

110. *Ibidem*. p. 528.

111. Lúcida a diferença posta por Renato Marcão, eis: “Não se pode confundir a prisão-albergue com a prisão domiciliar. O regime aberto ou prisão-albergue como regra não admite a execução da pena em residência particular.” – MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 187.

Ela é admitida em situações excepcionais, notadamente pela redação do artigo 117 da LEP<sup>112</sup> ao trazer o advérbio “somente” abrindo o dispositivo legal, o que, para uma parte da doutrina, traduz rol taxativo<sup>113</sup>.

Para a concessão da prisão domiciliar, com gênero que é do regime aberto, a LEP exigiu a presença de alguns requisitos para sua aplicação, quais sejam: condenado maior de 70 (setenta) anos, acometido de grave doença, condenada com filho menor ou deficiente mental, a condenada gestante.

Quando aplicada ao maior de 70 (setenta) anos, cabendo ressaltar que o Estatuto do Idoso não interferiu no pressuposto da idade prevista na LEP, leva em consideração a diminuta possibilidade de reiteração de delitos, bem assim a menor resistência em tolerar os efeitos da pena. Assim, a senilidade conduziu um tratamento mais brando no que respeita ao dever de pernoitar na casa de albergado e egresso. Valendo salientar que a idade deverá ser aferida quando da execução da pena privativa de liberdade em regime aberto, portanto, “nada impede o início do cumprimento da pena em casa de albergado e, ultrapassados os 70 (setenta) anos de idade, seja concedida a prisão domiciliar.”<sup>114</sup>

Outra hipótese do bom emprego da prisão domiciliar diz respeito ao condenado acometido de grave doença. Nesta, o sujeito necessita de maior atenção ao estado periclitante de sua saúde que, até mesmo, poderá estar em risco, em razão da gravidade da moléstia, tais como o câncer, AIDS, dentre outras. Segundo a doutrina, existe uma presunção da lei que a necessidade “de longo tratamento ou, ainda, o fato de o rigor do cumprimento da pena agravar a situação do sentenciado, colocando sua vida em risco, possibilitam o cumprimento da pena em sua própria residência.”<sup>115</sup>

Além dessas, será possível a prisão-albergue na modalidade domiciliar para a condenada ou condenado com filho menor, deficiente físico ou mental, quando

112. Confira a excepcionalidade de aplicação da prisão domiciliar pela redação do dispositivo, eis: “Art. 117. Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de: I – condenado maior de 70 (setenta) anos; II – condenado acometido de doença grave; III – condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental; IV – condenada gestante.” (BRASIL. **Lei de Execução Penal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210.htm)>. Acesso em: 16 out. 2011).

113. Neste contexto, Alexandre de Moraes e Gianpaolo Poggio Smanio peremptoriamente não admitem a aplicação da prisão domiciliar quando ausente casa de albergado e egresso, visto que não se pode violar a lei sob a justificativa de inércia do Poder Executivo. Com o devido respeito aos renomados autores, dita posição não pode ser admitida, visto que haveria uma verdadeira violação à legalidade constitucional se falência do Estado pudesse ser interpretada em prejuízo do condenado.

114. MASSON, Cleber Rogério. **Direito penal esquematizado – Parte geral**. 2. ed. São Paulo: Método, 2009. p. 566.

115. MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Legislação penal especial**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 183.

comprovada a necessidade da assistência dos pais para com aqueles. Diferente das demais hipóteses, a LEP contemplou a prisão domiciliar em função dos filhos que dependem de cuidados especiais dos pais, seja do sexo masculino ou feminino, malgrado a redação do inciso III do artigo 117 tenha se referido tão somente à condenada<sup>116</sup>.

Por fim, terá cabimento em relação à condenada gestante, mormente com o objetivo de lhe proporcionar meios mais condizentes e dignos durante a gestação. Com efeito, nesta última modalidade, o legislador teve como foco “proporcionar melhores condições de saúde e higiene durante o período de gestação e do parto.”<sup>117</sup> Após este, por razões evidentes, a condenada permanecerá em prisão domiciliar, visto que se amolda na situação anterior, qual seja, condenada com filho menor.

Portanto, a prisão domiciliar, com é fácil de ser constatado, configura verdadeira exceção plenamente justificada pelas condições pessoais do agente ou da pessoa que dele necessita.

Por amor ao debate, apesar de não fazer parte do objeto deste trabalho, cabe apontar a atualidade do tema prisão domiciliar, notadamente em razão de sua inserção como medida cautelar alternativa à prisão processual. “Não se trata, por evidente, de uma nova modalidade de prisão cautelar, mas apenas de uma especial forma de cumprimento da prisão preventiva, restrita aos poucos casos estabelecidos no art. 318 do CPP”.<sup>118</sup> Nesta senda, o Código de Processo Penal, com a alteração experimentada pela Lei 12.403 de 2011 previu a possibilidade da prisão domiciliar como substituto da prisão preventiva, quando o indiciado ou acusado: for maior de 80 (oitenta) anos; estiver extremamente debilitado por motivo de doença grave; for imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência e na hipótese de gestante a partir do 7º (sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco. Com efeito, após leitura perfunctória do dispositivo legal, resta patente o maior rigor quanto às hipóteses em que possível substituir o cárcere cautelar pela possibilidade de recolhimento em residência particular.

Posto isso, necessário debater e criticar a necessidade do monitoramento eletrônico na prisão domiciliar.

116. Não comporta fazer distinção entre os sexos em razão da isonomia assegurada constitucionalmente. Não destoa a doutrina: “Note-se que, em face do art. 5º, I, da Constituição Federal (‘homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição’), essa hipótese de prisão-albergue domiciliar também terá aplicabilidade ao sentenciado do sexo masculino, por aplicação analógica” – MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Legislação penal especial**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 183.

117. *Ibidem*. p. 183.

118. LOPES JR, Aury. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas: Lei 12.403/2011**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 137.

Antes, porém, cabe salientar que a ausência de obstáculos para a fuga, a peculiaridade de localizar-se no centro urbano, bem como o fato de figurar como último estágio entre a liberdade e o cárcere, o regime aberto “baseia-se na confiança que o Estado deposita no condenado”<sup>119</sup>. Com efeito, a “facilidade em fugir, em virtude da ausência de obstáculos físicos, é mais uma prova por que terá que passar o condenado.”<sup>120</sup> Não foi por outra razão, além do fato de gerar um custo desmedido para o erário público, que o texto final da Lei 12.258/2010 não previu a possibilidade de monitoramento eletrônico quando o condenado estiver no regime aberto. Neste sentido, veja o comentário de Luiz Flávio Gomes sobre o veto presidencial, eis:

Considerando-se o veto do texto novo, impossível colocar o condenado em regime aberto sob monitoramento eletrônico. Conclusão: o condenado em regime aberto continuará sem vigilância (direta ou indireta), nos termos da redação (e do espírito) do Código Penal.

Razões dos vetos (de todos os vetos, ou seja, deste e dos outros que virão logo abaixo):

“A adoção do monitoramento eletrônico no regime aberto, nas penas restritivas de direito, no livramento condicional e na suspensão condicional da pena contraria a sistemática de cumprimento de pena privativa no ordenamento jurídico brasileiro e com isso, a necessária individualização, proporcionalidade e suficiência da execução penal. Ademais, o projeto aumenta os custos com a execução penal sem auxiliar no reajuste da população dos presídios, uma vez que não retira do cárcere quem lá não deveria estar e não impede o ingresso de quem não deva ser preso...”<sup>121</sup>

Todavia, a mesma linha de raciocínio não foi seguida quando a sobredita reforma da LEP possibilitou a vigilância indireta na prisão domiciliar.

Ora, se a prisão “em residência” figura como espécie do gênero prisão-albergue; como derradeira etapa entre o cárcere e a liberdade, além do fato de caracterizar uma verdadeira prova de fidelidade do condenado com as características do regime, não é lógico e adequando crescer mais uma forma de fiscalização, agora, indireta. Em outros termos, o rastreamento do condenado nesta hipótese demonstra uma contradição em termos, visto que o indivíduo para gozar os direitos do regime aberto deve ter demonstrado aptidão para tanto, senão estaria

119. GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. vol. I. 13. ed. Rio de Janeiro: Impetus. 2011. p. 512.

120. *Ibidem*. p. 512

121. GOMES, Luiz Flávio. **Lei nº 12.258/2010: monitoramento eletrônico**. Jus Navigandi. Teresina, ano 15, n. 25554, 29 jun. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/15113>>. Acesso em: 11 set. 2011.

no regime anterior. Assim, quando o Estado impõe mais uma forma de fiscalização na prisão domiciliar (“categoria” de regime aberto, repita-se) é um sinal claro da quebra da fidedignidade depositada e reconhecida quando do deferimento da transferência para o regime aberto. É como se o Estado reconhecesse o direito ao regime mais favorável contaminado de sérias dúvidas quanto ao cumprimento de suas obrigações e deveres por parte do condenado, não restando outra solução, salvo o monitoramento!

Enfim, a mesma raiz hermenêutica que conduziu o reconhecimento da desnecessidade de monitoração no regime aberto (felizmente vetado!) deverá ser utilizada para esmaecer a legitimidade da nova forma de vigilância na prisão domiciliar, espécie que é daquele.

Ademais, as situações que justificam a concessão da prisão domiciliar enfraquecem qualquer possibilidade, ainda que remota, de desvio quanto aos deveres e normas de conduta do regime aberto<sup>122</sup>. Nesta linha de pensamento, esqueceu o legislador, quando permitiu mais uma forma de vigilância na prisão domiciliar, das peculiaridades das situações que justificam a medida, tais como: a idade, o estado de saúde do condenado, de sua prole menor ou deficiente físico ou mental, ou ainda do processo de gestação. Assim, as circunstâncias autorizadoras do instituto, previstas no artigo 117 da LEP, invariavelmente, conduzirão o penitente a ausentar-se da própria residência em razão das emergências que possam decorrer de sua situação excepcional. Com efeito, seria supérflua e inconveniente a monitoração de quem goza da prisão domiciliar, notadamente pela necessidade do penitente ter que ausentar-se da residência para fazer frente à situação periclitante que ensejou a medida.

Superada esta fase de críticas, indispensável apontar que a principal característica do monitoramento eletrônico na prisão domiciliar tem feição de detenção, na medida em que visa fiscalizar se o sujeito encontra-se ou não no interior de sua residência no período noturno. Deste modo, sua finalidade é menos ampla se comparada à aplicação da vigilância indireta no instituto da saída temporária, a qual, como dito acima, tem cunho, no mínimo, detentivo e restritivo.

Neste panorama, não se pode deixar de apontar, como igualmente ocorre na saída temporária, que o monitoramento eletrônico na prisão domiciliar tem

---

122. Advertência que não passou despercebida por uma parte da doutrina, eis: “O fato de o condenado recolher-se em residência particular não significa que esteja dispensado das normas de conduta do regime. Restrições, obrigações e horários deverão ser observados pelo condenado, sob pena de revogação do regime.” – MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Legislação penal especial**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p 184.

a feição de nova forma de fiscalização, desta feita, indireta. Em outros termos, a novata modalidade de vigilância instituída com a Lei 12.258/2010, não teve o propósito de substituir, ainda que paulatinamente, a pena de privação de liberdade. A essa conclusão é possível chegar pelo simplório fato dos direitos da execução penal representados, aqui neste trabalho, pela saída temporária e prisão domiciliar, já existirem com o mesmo aspecto e grau de aplicabilidade. Enfim, o monitoramento somente veio a potencializar a sanha repressora na execução penal.

Tratando sobre o assunto, bem como fazendo referência ao monitoramento eletrônico como medida cautelar alternativa à prisão processual, instituído com a novel Lei 12.403/2011, veja a lição de Renato Brasileiro de Lima:

De mais a mais, ao contrário do que ocorre com o monitoramento eletrônico previsto na Lei de Execução Penal, cabível apenas em relação àqueles beneficiados com saídas temporárias no regime semiaberto e aos que estiverem em prisão domiciliar, ou seja, representando um “plus” no controle de pessoas que já foram condenadas, a previsão do monitoramento eletrônico no art. 319, inc. IX, do CPP, se apresenta como alternativa à privação da liberdade de locomoção tendente a reduzir a superpopulação prisional.<sup>123</sup>

Por derradeiro, não se pode deixar de observar que a principiologia da vigilância indireta não se coaduna com sua aplicação na prisão domiciliar fora das hipóteses expressamente previstas no artigo 117 da LEP. Assim, apesar de anuir com a possibilidade de aplicação da prisão albergue na modalidade domiciliar, para, por exemplo, na circunstância de ausência de casa de albergado e egresso na comarca, o princípio da excepcionalidade e legalidade, que deve nortear a monitoração, afasta seu cabimento quando o recolhimento domiciliar só foi utilizado para suprir a deficiência na construção de estabelecimento próprio do regime aberto. Enfim, fora das hipóteses taxativamente previstas no artigo 117 da LEP não terá lugar o rastreamento eletrônico.

Destarte, uma coisa é dilatar o âmbito de aplicação da prisão domiciliar diante da falência do Poder Executivo na gestão penitenciária, outra, completamente diversa, é estender o espaço de domínio do poder repressivo estatal, “sob pena de sua banalização gerar um expansionismo ilegítimo de controle penal, com sérios riscos à liberdade individual e à própria dignidade da pessoa humana.”<sup>124</sup>

123. LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. vol. I. Rio de Janeiro: Impetus. 2011. p. 1440.

124. LOPES JR, Aury. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas: Lei 12.403/2011**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 135.

## 7. MONITORAMENTO ELETRÔNICO E O RESPEITO AO PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE DA LEI

Como dito alhures, a vigilância indireta possibilita um controle excessivo da liberdade e dignidade do penitente, especialmente quando registra a permanência ou não em determinado local, bem como possibilita o registro de todos os passos do rastreado. Não por acaso, indispensável se faz o manejo de um instrumental que venha a legitimar essa novel forma de controle da vida social do submetido ao monitoramento eletrônico.

Neste contexto, sem olvidar os princípios aplicáveis ao rastreamento eletrônico e já debatidos anteriormente, a exemplo daquele concernente à motivação, excepcionalidade, voluntariedade e proporcionalidade, mister se faz trazer ao debate um dos axiomas que legitimam a intervenção penal, especialmente o da legalidade, na feição anterioridade.

Como sabido, o princípio da legalidade “é o mais importante instrumento constitucional de proteção individual no moderno Estado Democrático de Direito, porque proíbe (a) a retroatividade como criminalização ou agravamento de crimes e penas”<sup>125</sup>. Ele possui uma relevância tão transcendental que foi consagrado como “patrimônio cultural da humanidade, da civilidade e da cidadania.”<sup>126</sup> Além disso, o referido mandado de otimização afasta o costume incriminador, o emprego da analogia para estender o âmbito de incriminação, assim como não dá espaço para tipos penais polissêmicos e vagos. Desta maneira, o comando legal deverá ser anterior, escrito, estrito e certo.<sup>127</sup>

125. SANTOS, Jurez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 3. ed. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2008. p. 20.

126. GOMES, Luiz Flávio. Sobre a garantia da legalidade em direito penal. In GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia. (Coord.). **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000. p 294-308; p. 295.

127. Sobre as garantias mínimas relacionadas com a execução penal Luiz Flávio Gomes, tratando sobre o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro, adverte que o princípio da legalidade é uma garantia não “propriamente específica da execução penal, mas aqui está sendo considerada pelo que representa de avanço na área, que tradicionalmente se notabilizou pelo arbítrio das autoridades administrativas, em detrimento dos direitos fundamentais ‘residuais’ do condenado. Na verdade, devemos sempre nos referir a um único princípio da legalidade (previsto no art. 5º, II, da CF), que irradia sua eficácia para todo o ordenamento jurídico. No que concerne ao âmbito criminal, do princípio citado emanam várias dimensões garantistas, como a legalidade criminal (*nullum crimen sine lege* – CF, art. 5º, XXXIX; CP, art. 1º), a legalidade penal (*nulla poena sine lege* – CF, art. 5º, XXXIX; CP, art. 1º), a legalidade processual (*nulla coatio sine lege* ou *due processo o f law* – CPP, art. 1º) e a legalidade executiva (*nulla executio sine lege* – LEP, art. 2º). (GOMES, Luiz Flávio. As garantias mínimas do devido processo criminal nos sistemas jurídicos brasileiro e interamericano: estudo introdutório. In GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia. (Coord.). **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2000. p 181-259; p. 254).



Tratando destas características, indispensável trazer à colação os ensinamentos de Guillermo Jorge Yacobucci em “Los Desafios del Nuevo Derecho Penal”, eis:

*Las consecuencias fundamentales de esse principio fueron la necesidad de que la ley penal contuviera de forma determinada la conducta reprochada y la respuesta sancionadora. Por eso se dice que la ley penal debe ser escrita – repudia la costumbre como instrumento de ilicitud –, debe ser previa – pues rechaza la retroactividad normativa que no sea em beneficio del imputado –, debe ser estricta – para no dar lugar a la analogia – y debe ser cierta – para permitir la motivación del ciudadano y la seguridad en su libre comportamiento.<sup>128</sup>*

Neste panorama, o princípio da irretroatividade da lei penal, o qual figura como um dos axiomas do garantismo penal<sup>129</sup> está intimamente relacionado com o princípio da legalidade e busca assegurar o que Luigi Ferrajoli denominou de “certeza do direito penal mínimo”, ao lado da proibição da analogia *in malam partem*. Veja a lição do pai do garantismo citando Hobbes:

*A irretroatividade das leis penais é um corolário do princípio de mera legalidade, cuja formulação completa é nulla poena, nullum crimen sine praevia lege poenali. Se “a pena”, afirma Hobbes, “supõe um fato considerado pela lei como sendo uma transgressão”, “o dano infligido por um fato cometido antes de existir uma lei que o proíba não é um fato punível, mas um ato de hostilidade, pois antes da lei não existe transgressão da lei”, por isso “nenhuma lei elaborada depois de realizar-se uma ação pode fazer dela um delito”. Por outro lado, o princípio da irretroatividade costuma vir contemplado nos textos constitucionais juntamente com o princípio de legalidade: “ninguém pode ser punido senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada anteriormente ao delito”, diz o art 5º da Declaração de 1789;<sup>130</sup>*

Continua o Professor de Filosofia do Direito e de Teoria Geral do Direito na Università de Camerino Itália:

Está claro que a “lei prévia” exigida por tais princípios é somente a lei propriamente penal, quer dizer, desfavorável ao réu. Os mesmos motivos pelos quais esta deva ser irretroativa – a injustificabilidade

128. YACOBUCCI, Guillermo Jorge. Los Desafios del Nuevo Derecho Penal. In FÖPPEL, Gamil. (Coord.). **Novos Desafios do Direito Penal no Terceiro Milênio: Estudos em Homenagem ao Prof. Fernando Santana**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008. p. 29-44; p.32.

129. A teoria do garantismo penal se propõe a apresentar critérios e parâmetros de racionalidade e civilidade (por meio das técnicas de minimização do poder institucionalizado) para a intervenção penal, afastando qualquer modelo de controle social que coloca a “defesa social” acima dos direitos e garantias fundamentais. Neste ponto, confira a obra de Luigi Ferrajoli, **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

130. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 351.

de agravamentos não predeterminados legalmente ou que não se consideram mais necessários –, determinam que a lei penal mais favorável ao réu deva ser ultra-ativa em relação à mais desfavorável, se é mais antiga que esta, e retroativa, se é mais nova.<sup>131</sup>

Nesta senda, nem a LEP ficou imune à incidência do princípio da irretroatividade, especialmente quando a modificação legislativa vem no sentido de limitar, ainda mais, a esfera de liberdade pública do penitente. E um grande exemplo disso, indene de questionamentos, diz respeito ao novo comando legal que dilata as hipóteses de regressão de regime penal, antes limitadas às hipóteses do artigo 118 da LEP<sup>132</sup>. Tal modificação legislativa, localizada topograficamente no artigo 146-C da LEP com a redação dada pela Lei 12.258/2010, teria a natureza de lei penal mais rigorosa, não podendo ter aplicação aos crimes perpetrados antes de sua entrada em vigor, como parece ser indubitável.

Tratando sobre a aplicação da irretroatividade da lei penal, inclusive na seara da execução penal, e não poderia ser diferente, veja lição do Pós-doutor em Política Criminal e Filosofia do Direito Penal:

A proibição da retroatividade da lei penal é o principal fundamento político do *princípio da legalidade*, regido pela fórmula *lex praevia*, que incide sobre a *norma de conduta* e sobre a *sanção penal* do tipo legal: a) no âmbito da *norma de conduta* proíbe todas as mudanças dos *pressupostos de punibilidade* prejudiciais ao réu, compreendendo os *tipos legais*, as *justificações* e as *exculpações*; b) no âmbito da *sanção penal* abrange as penas (e as medidas de segurança), os efeitos da condenação, as condições objetivas de punibilidade, as causas de extinção da punibilidade (especialmente os prazos prescricionais) os regimes de execução (incluindo os critérios de progressão e de regressão de regimes) e todas as hipóteses de excarceração.<sup>133</sup>

Este raciocínio foi que deu ensejo a novel súmula 471<sup>134</sup> do Superior Tribunal de Justiça sobre o requisito objetivo para a progressão de regime dos crimes

131. *Ibidem*. p. 351.

132. Veja a redação do artigo 118 da LEP: “A execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado: I – praticar fato definido como crime doloso ou falta grave; II – sofrer condenação, por crime anterior, cuja pena, somada ao restante da pena em execução, torne incabível o regime (artigo 111).” Além disso, o parágrafo primeiro do mesmo artigo dispõe: “O condenado será transferido do regime aberto se, além das hipóteses referidas nos incisos anteriores, frustrar os fins da execução ou não pagar, podendo, a multa cumulativamente imposta.” (BRASIL. **Lei de Execução Penal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210.htm)>. Acesso em: 24 out. 2011).

133. SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 3. ed. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2008, p. 21.

134. Veja a redação do verbete, eis: “Os condenados por crimes hediondos ou assemelhados cometidos antes da vigência da Lei nº 11.464/2007 sujeitam-se ao disposto no art. 112 da Lei nº 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) para a progressão de regime prisional.”

hediondos ou assemelhados. Neste panorama, a mesma inteligência que deu origem ao referido verbete de súmula poderá ser aplicada à tese ora defendida de irretroatividade das consequências postas pela lei de monitoramento eletrônico, quais sejam: a possibilidade de regressão de regime penal; a revogação da autorização de saída temporária e a revogação da prisão domiciliar.

Ora, pela dicção do artigo 146-C da LEP<sup>135</sup>, instituído com a Lei 12.258/2010, o condenado monitorado eletronicamente que venha a descumprir um dos deveres da vigilância indireta, entre eles o de “receber visitas do servidor responsável pela monitoração eletrônica, responder aos seus contatos e cumprir suas orientações”, bem como o de “abster-se de remover, de violar, de modificar, de danificar de qualquer forma o dispositivo de monitoração eletrônica ou de permitir que outrem o faça”, estará sujeito a regredir para o regime fechado, na hipótese de vigilância indireta na saída temporária, ou mesmo retornar para o semiaberto, quando a monitoração for aplicada na prisão domiciliar.

Além disso, não se pode deslembrar que a regressão, no mais das vezes, traz efeitos perversos na vida do penitente, daí ser uma forma de sancionamento mais grave, posto que além de possibilitar o retorno para um regime prisional mais gravoso, resultará em dupla punição, vale dizer: um verdadeiro e nefasto *bis in idem*. Pois bem. Veja o fundamento que autoriza o entendimento sobre a regressão de regime do semiaberto para o fechado, quando violados os deveres do monitoramento, constituir o funesto *bis in idem*.

No momento em que é imposta a mudança do regime semiaberto para o fechado, diante da violação dos deveres da vigilância indireta, a dúplice penalidade ressoa da revogação indireta do direito de saída temporária que a transferência produz. Ora, se o indivíduo experimenta a regressão de regime estará, de igual forma, sentindo os efeitos de outra punição pela quebra dos deveres do monitoramento, especialmente a revogação do direito de saída temporária. Dita constatação resta cristalina em razão de inexistir no “novo” regime (o fechado,

135. Necessária a transcrição do dispositivo legal, eis: “Art. 146-C. O condenado será instruído acerca dos cuidados que deverá adotar com o equipamento eletrônico e dos seguintes deveres: I – receber visitas do servidor responsável pela monitoração eletrônica, responder aos seus contatos e cumprir suas orientações; II – abster-se de remover, de violar, de modificar, de danificar de qualquer forma o dispositivo de monitoração eletrônica ou de permitir que outrem o faça; III – (VETADO);

Parágrafo único. A violação comprovada dos deveres previstos neste artigo poderá acarretar, a critério do juiz da execução, ouvidos o Ministério Público e a defesa: I – a regressão do regime; II – a revogação da autorização de saída temporária; III – (VETADO); IV – (VETADO); V – (VETADO); VI – a revogação da prisão domiciliar; VII – advertência, por escrito, para todos os casos em que o juiz da execução decida não aplicar alguma das medidas previstas nos incisos de I a VI deste parágrafo.” (BRASIL. **Lei de Execução Penal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210.htm)>. Acesso em: 24 out. 2011).

claro!) o direito às saídas programadas do estabelecimento, por ser exclusivo do regime semiaberto. Com efeito, operada esta hipótese de regressão, o indivíduo terá como consequência a revogação indireta da saída temporária, daí a importância de reverenciar os princípios limitadores da lei penal mais gravosa no tempo, notadamente o da anterioridade.

Desta maneira, uma leitura da inovação legislativa à luz dos princípios constitucionais, por todos o da irretroatividade da lei penal mais rigorosa, consagrado no texto da Carta Política de 88 no art. 5º, XL, afasta a aplicação de qualquer das penalidades que implique maior limitação da liberdade do monitorado eletronicamente que venha a violar um dos deveres previstos no artigo 146-C da LEP, especialmente a regressão, por ser a forma de sanção mais gravosa.

Ademais, o comando legislativo que trata sobre as hipóteses de regressão tem natureza eminentemente de norma de direito processual material, ou, como afirma a doutrina, lei material de execução, não escapando da incidência dos princípios cujo objetivo é limitar o poder interventivo estatal, de maneira especial o da legalidade e seus desdobramentos.

Tratando sobre a diferença entre normas da execução penal material e formal, bem como o “momento critério” do bom emprego do preceito penal no tempo, veja a lição de Andrei Zenkner Schmidt:

Com base nas argumentações antecedentes, pode-se afirmar, agora, que as normas materiais de execução penal sujeitam-se ao princípio da irretroatividade da *lex gravior*, bem como à retroatividade da *lex mitior* e da *abolitio*, enquanto as normas formais de execução, ao princípio da aplicação imediata. Assim, teríamos de fixar o “momento critério” de aplicação da lei penal no tempo, quanto à normas processuais penais materiais, no *tempus delicti*, ou seja, devem ser aplicáveis as normas processuais – caso sejam elas mais leves – em vigor à época da ação ou omissão delituosa (art. 4º do CPB), prescindido-se, para tanto, da análise da legislação vigente à época em que o processo penal teve início. Justifica-se tal investigação pelo simples fato de a Lei 7.210/84, em seu Título I, disciplinar o Objeto e a Aplicação da Lei de Execução Penal, sem fazer menção, entretanto, a qualquer norma expressa que regule a aplicação da lei de execução no tempo.<sup>136</sup>

Não bastasse necessário apontar quais preceitos da LEP possuem natureza estritamente material daqueles de cunho processual material ou formal. Para tanto, veja, mais uma vez, o que ensina Schmidt:

136. SCHMIDT, Andrei Zenkner. A Crise de Legalidade na Execução Penal. In CARVALHO, Salo. (Coord.). *Crítica à Execução Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007. p. 29-76; p. 40.

A execução da pena encontra-se regulada por normas de direito material (p. ex., as penas de reclusão e detenção), de direito processual material (p. ex., as condições impostas à progressão de regime) e de direito processual formal (p. ex., a expedição da guia de recolhimento como condição necessária ao início do cumprimento da pena privativa de liberdade). No primeiro caso, o princípio da legalidade, bem como seus desdobramentos, possui inteira aplicabilidade. Assim, se à época da prática do delito (art. 4º do CPB) o fato era punido com pena de detenção, a lei nova que determine a pena de reclusão não se aplica retroativamente, dada a sua natureza de *lex gravior*. Da mesma forma, se o *quantum* de pena autorizava o início de seu cumprimento em regime semi-aberto, a lei superveniente que determinava a satisfação inicial da pretensão executória do Estado em regime fechado não pode ser aplicável aos delitos anteriores à sua efetiva entrada em vigor. O mesmo se diga, por fim, no que tange à supressão do regime aberto de cumprimento de pena.<sup>137</sup>

Assim, ratifica-se a natureza de norma processual material prevista no parágrafo único do artigo 146-C da LEP, que, não obstante tenha observado a proporcionalidade na aplicação da sanção, e não poderia ser diferente, molesta direitos fundamentais do condenado.

De outro lado, há quem proponha a aplicação retroativa das consequências legais para a quebra dos deveres do monitoramento, neste sentido, veja a lição de Luiz Flávio Gomes:

A eficácia de toda norma que impõe deveres está subordinada às sanções. Norma imperativa sem sanção vira mera recomendação. Se o condenado descumprir seus deveres está sujeito a quatro tipos de sanção: (a) regressão de regime (quem está no regime semi-aberto pode ser regredido para o fechado); (b) revogação da saída temporária (de quem está no regime semiaberto); (c) revogação da prisão domiciliar (que implicará o recolhimento no regime semiaberto ou fechado); (d) advertência (caso o juiz entenda não ser cabível sanção mais grave). As sanções são sempre graduáveis: a menor é a advertência; as mais rígidas são a regressão de regime e revogação de benefícios.<sup>138</sup>

Com o devido respeito ao ilustre doutrinador, não é possível mudar as regras do jogo, quando a liberdade é colocada em risco. Assim, se inexistia a possibilidade de revogação da saída temporária, de cassação da prisão domiciliar, ou

137. SCHMIDT, Andrei Zenkner. A Crise de Legalidade na Execução Penal. In CARVALHO, Salo. (Coord.). **Crítica à Execução Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007. p. 29-76; p. 40.

138. GOMES, Luiz Flavio. **Lei nº 12.258/2010: monitoramento eletrônico**. Jus Navigandi. Teresina, ano 15, n. 25554, 29 jun. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/15113>>. Acesso em: 11 set. 2011.

mesmo, de regressão de regime penal, quando o condenado praticou o delito, não é crível possa ser surpreendido com a edição de regras mais rígidas, se ele as desconhecia quando praticou a infração penal a qual cumpre pena.

Destarte, todo crime perpetrado antes da edição da Lei 12.258/2010, ou seja, que tenha como “*tempus delicti*”<sup>139</sup> qualquer momento anterior ao referido diploma legal, não pode ser submetido à regressão ou revogação do direito de saída temporária ou prisão domiciliar, quando muito, para que não se afirme ser mera recomendação, a sanção de advertência.

Posta a análise das consequências da não observância dos deveres do rastreamento à luz do princípio da anterioridade, necessário o enfrentamento crítico do monitoramento eletrônico frente aos direitos inatos do homem.

## 8. MONITORAMENTO ELETRÔNICO E OS REFLEXOS NO DIREITO À IMAGEM E INTIMIDADE

Consoante sustentado alhures, a globalização, e com ela a *internet*, trouxe inúmeros reflexos no Direito, especialmente no ramo do Direito Penal, Processo e Execução Penal.

Tem-se propalado que a “tendência” seria a substituição dos muros da prisão pelos artefatos tecnológicos controladores da vida do condenado, o que, inexoravelmente, conduziria a uma espécie de “prisão virtual”.

Segundo os “patrocinadores” desta vertente, seria uma opção menos invasiva à esfera da dignidade da pessoa humana caso o penitente deixasse os muros das prisões para ser vigiado diuturnamente pelo Estado, notadamente por meio do monitoramento eletrônico. Tratando sobre a utilização das alternativas tecnológicas para a grave chaga que adjectiva o sistema carcerário nacional veja o que aponta Rogério Greco:

Hoje, mesmo vivendo em um tempo em que ainda necessitamos da aplicação da pena de privação de liberdade, chegou o momento, tal como aconteceu no século XVIII, de encontrar alternativas que visem garantir a dignidade da pessoa humana. Essas alternativas estão na aplicação da tecnologia “a serviço da Justiça Penal.”<sup>140</sup>

139. O “*tempus delicti*” é o momento da ação ou omissão, consoante o art. 4º do Código Penal Brasileiro, eis: Art. 4º – Considera-se praticado o crime no momento da ação ou omissão, ainda que outro seja o momento do resultado. (BRASIL. **Código Penal Brasileiro**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm)>. Acesso em: 16 out. 2011).

140. GRECO, Rogério. **Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade**. São Paulo: Saraiva. 2011. p. 381.

Por este posicionamento, com o qual não se deve aquiescer, seria perfeitamente aceitável a supressão ou redução de alguns direitos fundamentais do condenado, tais como a imagem e intimidade, para evitar a contaminação do penitente com o ambiente delitígeno do cárcere. Neste panorama, veja o que afirma os defensores da possibilidade de renúncia de direitos inatos ao homem, eis:

Esse direito à intimidade deve ceder no caso concreto quando estivermos diante da possibilidade de monitoramento eletrônico. Na verdade, essa limitação ao direito à intimidade é levada a efeito em benefício do próprio condenado, uma vez que, sujeitando-se ao monitoramento eletrônico, ficará livre do ambiente pernicioso do cárcere.

O sistema prisional, com toda certeza, não seria o melhor ambiente para o cumprimento da pena aplicada ao condenado, que, em muitos países da América Latina, eliminaria a sua personalidade.<sup>141</sup>

Finaliza, apontando a necessidade de mitigação da intimidade do condenado, não obstante admita os transtornos causados pela monitoração:

Assim, por mais que tenhamos de proteger o direito à intimidade daqueles que foram condenados pela Justiça Penal, para nós a submissão do autor da infração penal ao monitoramento eletrônico deve ser entendida em seu benefício, mesmo que venha a causar pequenos transtornos.<sup>142</sup>

Ora, olvidou a respeitável doutrina que o monitoramento eletrônico na execução penal não tem feição alguma de substituir a pena de privação de liberdade<sup>143</sup>, mesmo para aqueles crimes considerados de menor gravidade, como apontado no capítulo referente à saída temporária e prisão domiciliar. Assim, a visão doutrinária de utilização dos artefatos tecnológicos para diminuir os efeitos perversos da prisão não tem lugar quando em jogo o monitoramento eletrônico na execução penal. Neste panorama, além de constituir reforço na sistemática de fiscalização, jamais substitutivo ou alternativa à prisão, a vigilância indireta não pode ser empregada de forma desmedida e arbitrária – com o desprezo de sua principiologia – sob o argumento, recorrente, da precariedade do sistema carcerário.

Assim, a monitoração na execução penal mutila um rol de direitos inalienáveis e indisponíveis do condenado, notadamente a imagem e intimidade, quando

---

141. *Ibidem*. p. 402.

142. *Ibidem*. p. 402.

143. Com isso, a utilização das alternativas tecnológicas impedirá o problema, hoje crônico, da chamada superlotação carcerária, permitindo que somente os que praticaram crimes considerados mais graves, extremados, que requeiram um tratamento mais rigoroso, possam, ainda, enquanto não surtir outra alternativa, ser, efetivamente, segregados nos centros penitenciários. (GRECO, Rogério. **Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade**. São Paulo: Saraiva. 2011. p. 402.)

a Constituição Federal de 88 assegura o respeito à integridade física e moral dos presos<sup>144</sup>, sem esquecer outra garantia fundamental da inviolabilidade da intimidade, vida privada, imagem e honra<sup>145</sup> de qualquer pessoa, inclusive, os privados de liberdade.

Cabe salientar, por indispensável, que o novíssimo Decreto nº 7.627, de 24 de novembro de 2011, que regulamenta a monitoração na execução penal, no seu artigo 5º, 6º e 7º, não deixou passar despercebida a preocupação com os direitos inatos ao homem, eis:

Art. 5º O equipamento de monitoração eletrônica deverá ser utilizado de modo a respeitar a integridade física, moral e social da pessoa monitorada.

Art. 6º O sistema de monitoramento será estruturado de modo a preservar o sigilo dos dados e das informações da pessoa monitorada.

Art. 7º O acesso aos dados e informações da pessoa monitorada ficará restrito aos servidores expressamente autorizados que tenham necessidade de conhecê-los em virtude de suas atribuições.<sup>146</sup>

Consoante afirmado, a monitoração eletrônica dos condenados que experimentam a saída temporária e prisão domiciliar proporciona uma indevida exposição social, assim como permite a intromissão indevida do poder repressivo na esfera mais recatada do indivíduo. Enfim, constitui um meio degradante de fiscalização.

Nesta senda, a intimidade e imagem são concebidas como direitos personíssimos, os quais, por sua vez, estão intimamente relacionados à dignidade da pessoa humana<sup>147</sup>, que “enfeixando todos os valores e direitos que podem ser reconhecidos à pessoa humana, englobando a afirmação de sua integridade física, psíquica e intelectual, além de garantir a sua autonomia e livre desenvolvimento

144. Neste sentido o art. 5º, inciso XLIX da Constituição da República Federativa do Brasil de 88, prevê: “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral” (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 12 out. 2011).

145. No mesmo sentido o art. 5º, inciso X da Constituição da República Federativa do Brasil de 88, prevê: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 12 out. 2011).

146. BRASIL. Decreto nº 7.627, de 24 de novembro de 2011. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7627.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7627.htm)>. Acesso em: 21 nov. 2011.

147. Para o Professor da Faculdade de Direito de Coimbra e da Universidade Autónoma de Lisboa, a dignidade da pessoa humana é o “núcleo essencial da República” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina. 2002. p. 226.)



da personalidade”<sup>148</sup> Discorrendo a respeito da dignidade da pessoa humana, veja Gilmar Ferreira Mendes, em obra coletiva, citando o notável Miguel Reale:

Em um dos seus mais refinados escritos – Pessoa, Sociedade e História – Miguel Reale afirmou que toda pessoa é única e que nela já habita o todo universal, o que faz dela um todo inserido no todo da existência humana; que, por isso, ela deve ser vista antes como centelha que condiciona a chama e a mantém viva, e na chama a todo instante crepita, renovando-se criadoramente, sem reduzir uma à outra; e que, afinal, embora precária a imagem, o que importa é tornar claro que dizer pessoa é dizer singularidade, intencionalidade, liberdade, inovação e transcendência, o que é impossível em qualquer concepção transpersonalista, a cuja luz a pessoa perde os seus atributos como valor-fonte da experiência ética para ser vista como simples ‘momento de um ser transpessoal’ ou peça de um gigantesco mecanismo, que, sob várias denominações, pode ocultar sempre o mesmo ‘monstro frio’: ‘coletividade’, ‘espécie’, ‘nação’, ‘classe’, ‘raça’, ‘idéia’, ‘espírito universal’ ou ‘consciência coletiva’.<sup>149</sup>

Abordando a dignidade da pessoa humana na República Portuguesa J. J. Gomes Canotilho enfatiza a necessidade de o indivíduo figurar como centro das atenções estatais, a saber:

Perante as experiências históricas da aniquilação do ser humano (inquisição, escravatura, nazismo, stalinismo, polpotismo, genocídios étnicos) a dignidade da pessoa humana como base da República significa, sem transcendências ou metafísicas, o reconhecimento do *homo noumenon*, ou seja, do indivíduo como limite e fundamento do domínio político da República. Neste sentido, a República é uma organização política que serve o homem, não é o homem que serve os aparelhos políticos-organizatórios.<sup>150</sup>

Ainda de acordo com literatura constitucional, Alexandre de Moraes, enfatizando o afastamento do predomínio da concepção transpessoalista de Estado e Nação, trata sobre a temática, a saber:

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável

148. FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil – Teoria Geral**. 8. ed. 2 tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2010. p.124.

149. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires Coelho; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 150.

150. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p 225.

que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.<sup>151</sup>

Sobre a conceituação dos direitos da personalidade, Orlando Gomes afirma ser aqueles indispensáveis ao desenvolvimento físico e natural do homem. “É o direito da pessoa humana a ser respeitada e protegida em todas as suas manifestações imediatas dignas de tutela jurídica, assim como na sua esfera privada e íntima.”<sup>152</sup>

Só por amor ao debate, cabe ressaltar a distinção feita por Gustavo Tepedino, citando Fabio de Mattia, em relação aos direitos humanos frente aos da personalidade<sup>153</sup>, eis:

Daí considerar-se que “os direitos humanos são, em princípio, os mesmos da personalidade; mas deve-se entender que quando se fala dos direitos humanos, referimo-nos aos direitos essenciais do indivíduo em relação ao direito público, quando desejamos protegê-los contra as arbitrariedades do Estado. Quando examinamos os direitos da personalidade, sem dúvida nos encontramos diante dos mesmos direitos, porém sob o ângulo do direito privado, ou seja, relações entre particulares, devendo-se, pois defendê-los frente aos atentados perpetrados por outras pessoas.”<sup>154</sup>

E falar da esfera mais recôndita do indivíduo é tratar da intimidade e imagem, atributos que são violados quando da utilização do monitoramento eletrônico como mais uma forma de vigilância na saída temporária e prisão domiciliar. Portanto, sem deslembrar dos efeitos negativos (ainda que diminutos se comparados aos produzidos pelo cárcere tradicional) sobre o autoconceito do recluso<sup>155</sup>, o monitoramento põe em jogo aspectos de sua intimidade e imagem.

---

151. MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 52.

152. GOMES, Orlando. **Novos Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p 254. *Apud*. TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 30.

153. A doutrina civilista costuma distinguir os direitos da personalidade em integridade física e moral. “No primeiro grupo situam-se o direito à vida, o direito ao próprio corpo e o direito ao cadáver. No segundo, encontram-se o direito à honra, o direito à liberdade, o direito ao recato, o direito à imagem, o direito ao nome e o direito do autor” (TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 30).

154. TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 33.

155. Cezar Roberto Bitencourt abordando os efeitos negativos sobre o autoconceito do penitente aduz: “Inegavelmente, a reclusão em um centro penitenciário produz um efeito negativo sobre o conceito que a pessoa tem de si mesma, sem ignorar que grande parte dos delinquentes já chega à prisão com crise de identidade e deformação de personalidade.” (BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 199 e 200).

Mas o que seria esta imagem que o monitoramento viola? A resposta passa pela análise da proteção jurídica deste corolário da integridade moral<sup>156</sup>.

O direito à imagem numa conceituação elástica, diz respeito à proteção constitucional que compreende a imagemretrato<sup>157</sup>, imagematributo e imagemvoz<sup>158</sup>. Em outros termos, concerne “à exteriorização da personalidade, englobando, a um só tempo, a reprodução fisionômica do titular e as sensações, bem assim como as características comportamentais que o tornam particular, destacado, nas relações sociais”<sup>159</sup>.

No caso específico da vigilância indireta, o aspecto da imagem posto à prova é aquele referente à imagematributo, a qual “é consecutório natural da vida em sociedade, consistindo no conjunto de características peculiares da apresentação e identificação social de uma pessoa, referindo aos seus qualificativos sociais, aos seus comportamentos reiterados.”<sup>160</sup> Assim, dependendo da tecnologia empregada no monitoramento eletrônico, a “figura moral” do condenado, vale dizer, sua identificação social, seus predicados sociais, inevitavelmente, estarão violados de morte.

O mesmo ocorre com o direito da personalidade moral e da intimidade. Este, que se insere na estrutura da proteção judicial da vida privada, pode ser conceituado como sendo o consistente “em resguardar dos sentidos alheios as informações que dizem respeito, apenas, ao titular.”<sup>161</sup> Consoante os civilistas baianos, tratando sobre o direito à vida privada e sua relação com o direito à intimidade:

Também considerada inviolável pelo inciso X do art. 5º da CF, a vida privada é entendida como a *vida particular* da pessoa natural

156. Neste sentido, a doutrina conceitua a integridade moral como sendo a concernente “à proteção conferida aos atributos psicológicos relacionados à pessoa, tais como a honra, a liberdade, o recato, a imagem, a vida privada e o nome. Tutela, pois, a higidez psíquica da pessoa, sempre à luz da necessária dignidade humana. São atributos relacionados à incolumidade moral, destinados à preservação do conjunto psicológico da estrutura humana. São emanções da alma, essencialmente incorpóreas, distintas das projeções físicas do indivíduo” (FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil – Teoria Geral**. 8. ed. 2 tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 185).

157. A imagemretrato diz respeito às “características fisionômicas do titular, à representação de uma pessoa pelo seu aspecto visual, enfim, é o seu pôster, à sua fotografia.” (FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil – Teoria Geral**. 8. ed. 2 tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 186)

158. No mesmo sentido, a dupla civilista da Bahia e Minas conceitua a imagemvoz: “caracterizada pelo timbre sonoro, que também serve para a identificação de uma pessoa, até mesmo porque não poderia imaginar que a personalidade não se evidencia menos na voz que nas características fisionômicas. (FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil – Teoria Geral**. 8. ed. 2 tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 187)

159. *Ibidem*. p. 186.

160. *Ibidem*. p. 187.

161. *Ibidem*. p. 194.

(*right of privacy*) compreendendo como uma de suas manifestações o direito à intimidade. (...)

O elemento fundamental do direito à intimidade, manifestação primordial do direito à vida privada, é a exigibilidade de respeito ao isolamento de cada ser humano, que não pretende que certos aspectos da sua vida cheguem ao conhecimento de terceiros.<sup>162</sup>

Enfim, os direitos da personalidade como sendo aqueles mais essenciais ao homem, característica devidamente retratada em passagem musical do poeta baiano Caetano Veloso – “Cada um sabe a dor e a delícia de ser o que é...”<sup>163</sup> – possui a natureza de ser imprescritível, inalienável, geral, absoluto, extrapatrimonial, e intransmissível.

Conforme essas peculiaridades, pode-se afirmar, em harmonia com o sustentado no capítulo da principiologia aplicável ao monitoramento eletrônico, que o postulado da voluntariedade afastaria a possibilidade de reparação do dano pela violação aos direitos da personalidade, notadamente a intimidade e imagem. Tratando sobre a vigilância indireta e a dignidade da pessoa humana, Carlos Roberto Mariath, após afirmar que o interesse público representado pelo monitoramento deveria suplantar o interesse individual<sup>164</sup>, o que deve ser visto com reservas, propõe a necessária aceitação do sujeito quanto ao uso do dispositivo eletrônico:

De toda sorte, entendemos que para seu aperfeiçoamento, a medida deve contar necessariamente com o consentimento prévio do

---

162. GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2002. p.180.

163. VELOSO, Caetano. **Dom de Iludir**. Disponível em: <<http://letras.terra.com.br/caetano-veloso/44719/>>. Acesso em: 15 nov. 2011.

164. Veja o cotejo feito pelo autor frente ao princípio da proporcionalidade: “O postulado da proporcionalidade não se confunde com a idéia de proporção em suas mais variadas manifestações. Ele se aplica a situações em que há relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim, de tal sorte que se possa proceder aos três exames fundamentais: o da adequação (o meio promove o fim?), o da necessidade (dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos restritivo do(s) direitos(s) fundamentais afetados?) e o da proporcionalidade em sentido estrito (as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio?). Por certo, o cotejo entre os princípios em tela nos aponta para a sobreposição do interesse público. Diante da necessidade premente de se suplantar o caos penitenciário e dos valores que estão em jogo, o monitoramento eletrônico se revela uma medida capaz de atingir as finalidades a que se propõem (alívio da massa carcerária e manutenção do poder de vigilância), restringindo em menor proporção os direitos envolvidos (liberdade e privacidade). Ademais, ao revés de manifestações contrárias, o sistema eletrônico de vigilância surge em socorro da dignidade da pessoa humana, posto que evita o ingresso de acusados da prática de determinadas condutas delitivas em um sistema débil e perverso, bem como acelera a saída dos que lá já se encontram (estes indubitavelmente marcados pelas agruras que lhes são “naturalmente” impostas).” (MARIATH, Carlos Roberto. **Monitoramento eletrônico de presos. Dignidade da pessoa humana em foco**. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2340, 27 nov. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/13919>>. Acesso em: 18 nov. 2011.)

indivíduo a ser monitorado. Afinal, embora haja o amparo constitucional para preservação de seu núcleo, a dignidade é um valor individual que pode (e deve) ser ponderado pela pessoa sujeita ao monitoramento, pois somente ela terá condições de aferir o grau de invasividade, e por seu turno, de desconforto que o dispositivo eletrônico lhe proporcionaria.<sup>165</sup>

Referida afirmação somente é possível em razão do caráter intransmissível e inalienável, vale dizer, são prerrogativas indisponíveis. Não obstante esse caráter, a doutrina afirma ser uma indisponibilidade relativa, o que permitiria seu arrefecimento no caso concreto por vontade do seu titular, a saber:

Todavia, a compreensão dos direitos da personalidade deve ocorrer em perspectiva de relativa indisponibilidade, impedido que o titular possa deles dispor em caráter permanente ou total, preservando, assim, a sua própria estrutura física, psíquica e intelectual.

Desta maneira, muito embora os direitos da personalidade sejam indisponíveis ao seu titular, admite-se, eventualmente, a cessão do seu exercício, em determinadas situações e dentro de certos limites. Significa, pois, a possibilidade do titular de um direito da personalidade dele dispor, dê que em caráter relativo, não sacrificando a própria dignidade.<sup>166</sup>

Desta maneira, a vigilância indireta não deixa de aprisionar a pessoa humana submetida ao cárcere, todavia é um aprisionamento da mente, da imagem e da intimidade. Dita prisão virtual só estará legitimada com a observância dos princípios atinentes ao monitoramento, especialmente o da voluntariedade, sob pena de gerar inevitável mácula aos direitos personalíssimos do condenado, com sérios danos à intimidade e imagem, ensejando, como não poderia deixar de ser, o dever de reparação da lesão. Destarte, o cabimento do rastreamento eletrônico será indene de questionamentos, quando o condenado monitorado aquiescer quanto à sua utilização, o que compatibiliza o seu emprego com a disponibilidade relativa dos direitos personalíssimos.

Com razão, Gustavo Tepedino, quando afirma que a “cibernética, cujos avanços são alvissareiros, pode conceber rebentos enxeridos e mesquinhos, cabendo à sociedade enquadrá-los, submetendo os robôs mais assanhados à disciplina de caserna”<sup>167</sup>.

---

165. MARIATH, Carlos Roberto. **Monitoramento eletrônico de presos. Dignidade da pessoa humana em foco.** Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2340, 27 nov. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/13919>>. Acesso em: 18 nov. 2011.

166. FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil – Teoria Geral.** 8. ed. 2 tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 140.

167. TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil.** 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 481.

## 9. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os estudos realizados permitem a tomada de algumas conclusões.

A globalização, como mais um fenômeno da economia mundial, transformou significativamente a noção de tempo e espaço, notadamente pela potencialização das relações sociais, políticas e econômicas o que refletiu significativamente no sistema jurídico.

As mudanças foram propiciadas, sobretudo, pela revolução tecnológica que acompanhou a globalidade. Nesta linha de raciocínio, houve uma mutação na arquitetura e formatação do poder punitivo, com especial destaque para a Execução Penal que passou a permitir a penetração de artefatos e produtos oriundos da parafernália informática que ganhou o mundo.

A monitoração eletrônica aparece como fruto dessa intensificação das comunicações, porém servindo ao poder repressivo estatal. Para além disso, o rastreamento de presos está intimamente interligado com o objetivo não declarado do Direito Penal de manter a estratificação social e econômica. Com isso, o monitoramento inaugura uma forma não escamoteada de seleção da clientela preferida do poder punitivo, na medida em que a estigmatização passa a ser evidenciada pelo uso de aparelhos afixados no corpo daqueles excluídos do sistema capitalista.

Além disso, a vigilância indireta serve aos interesses da classe hegemônica, quando recruta um exército de desviados que passarão a consumidores forçados dos “produtos” fornecidos pelos grandes conglomerados da telefonia.

Sua origem histórica vale dizer, o berço de sua criação, é a América do Norte, com posterior difusão para a Europa e para os países latinos. No Brasil, sua primeira experiência ocorreu de forma pulverizada em alguns Estados, até o advento da Lei 12.258 de 2010, a partir de quando ganhou espaço em outras searas do ordenamento jurídico nacional, especialmente como medida cautelar alternativa à prisão processual.

Concebido como sendo o emprego de artifícios tecnológicos de maneira que seja possível observar a presença ou ausência do indivíduo em determinado local e o período em que ali deva ou não possa estar, o monitoramento pode ser dirigido com a finalidade de detenção, restrição ou vigilância. Ditos desígnios podem ser alcançados por meio do sistema passivo, ativo ou misto, conhecidos, também, como formas tecnológicas da vigilância ostensiva eletrônica.

Como todo instituto jurídico, a monitoração eletrônica deverá observar um conjunto de princípios legitimadores do seu bom emprego, notadamente o dogma

da motivação, voluntariedade, excepcionalidade e proporcionalidade. Sem estes, a utilização dos recursos informáticos pelo poder repressivo colocaria o indivíduo como objeto das ações estatais com graves prejuízos à dignidade humana.

Apontou-se, igualmente, que na execução penal somente será possível a vigilância indireta, quando da concessão do direito de saída temporária e prisão domiciliar, sendo que na primeira hipótese ressoa com maior ênfase a finalidade detentiva e de restrição. Já na segunda proposição, qual seja, na prisão domiciliar, o monitoramento limita-se mais ao cunho detentivo. De uma maneira ou de outra, o monitoramento eletrônico tem a feição de nova forma de fiscalização, desta feita, indireta. De outra forma, é dizer: a novel modalidade de vigilância instituída pela Lei 12.258/2010, não teve o propósito de substituir ou afastar a pena de privação de liberdade, especialmente por não ter ampliado as possibilidades da saída temporária ou da prisão domiciliar. A essa conclusão é possível chegar pelo simples fato dos direitos da execução penal em que é cabível o rastreamento já existirem com o mesmo aspecto e grau de aplicabilidade. Com efeito, o monitoramento somente veio a potencializar a fúria repressiva na execução penal.

De mais a mais, o comando legislativo da LEP, modificado pela Lei 12.258 de 2010, que trata sobre as hipóteses de regressão tem natureza eminentemente de norma de direito processual material ou de lei material de execução, o que não afasta o respeito ao princípio da anterioridade, notadamente quando a transformação legislativa previu mais uma hipótese de regressão como uma das consequências do descumprimento das condições e deveres do monitoramento eletrônico.

Outrossim, o rastreamento dos condenados que experimentam a saída temporária ou a prisão domiciliar proporciona uma inconveniente exibição social, assim como permite a intromissão indevida do poder repressivo na esfera mais recatada do indivíduo. Desta maneira, institui um meio degradante de fiscalização, ferindo de morte o direito à imagem atributo e intimidade.

Como forma de legitimar o emprego da monitoração eletrônica e evitar a mácula aos direitos personalíssimos do condenado, necessária a obediência irrestrita de sua principiologia, com especial destaque para o princípio da voluntariedade.

Destarte, é indispensável atentar para a lente que fiscaliza e serve ao poder repressivo estatal por meio do monitoramento eletrônico, sob pena de promoção de um expansionismo segregador desmedido e a colocação em risco de um grupo inalienável de direitos da pessoa humana. Até porque o “cérebro eletrônico” não pode substituir o homem, não pode chorar por ele, não pode pensar por ele, não pode sentir por ele, como expressou o poeta Gil, eis:

O cérebro eletrônico faz tudo  
Faz quase tudo  
Faz quase tudo  
Mas ele é mudo

O cérebro eletrônico comanda  
Manda e desmanda  
Ele é quem manda  
Mas ele não anda

Só eu posso pensar  
Se Deus existe  
Só eu  
Só eu posso chorar  
Quando estou triste  
Só eu  
Eu cá com meus botões  
De carne e osso  
Eu falo e ouço. Hum

Eu penso e posso  
Eu posso decidir  
Se vivo ou morro por que  
Porque sou vivo  
Vivo pra cachorro e sei  
Que cérebro eletrônico nenhum me dá socorro  
No meu caminho inevitável para a morte  
Porque sou vivo  
Sou muito vivo e sei

Que a morte é nosso impulso primitivo e sei  
Que cérebro eletrônico nenhum me dá socorro  
Com seus botões de ferro e seus  
Olhos de vidro<sup>168</sup>

## 10. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. **Tratado de Direito Penal – Parte Geral: volume 1**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRANDÃO, Claudio. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

---

168. GIL, Gilberto. **Cérebro Eletrônico**. Disponível em: <<http://letras.terra.com.br/gilberto-gil/46197/>>. Acesso: 02 nov. 2011.



- BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 16 out. 2011.
- \_\_\_\_\_. **Código Penal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm)>. Acesso em: 16 out. 2011.
- \_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 16 out. 2011.
- \_\_\_\_\_. **Decreto nº 7.627, de 24 de novembro de 2011**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7627.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7627.htm)>. Acesso em: 21 nov. 2011.
- \_\_\_\_\_. **Lei de Execução Penal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7210.htm)>. Acesso em: 16 out. 2011.
- BRUNO, Aníbal. **Direito Penal – Parte Geral – Tomo III: pena e medida de segurança**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- BUSATO, Paulo César. O outro como inimigo: um discurso punitivo de exclusão. In CONDE, Francisco Muñoz; BUSATO, Paulo César. **Crítica ao direito penal do inimigo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 155-230.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.
- CHRISTIE, Nils. **La industria del control del delito: ¿nueva forma del holocausto?** Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2006.
- COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil – Teoria Geral**. 8. ed. 2 tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Direito Constitucional e Democracia: entre a globalização e o risco**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo curso de direito civil: parte geral**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- GIL, Gilberto. **Pela Internet**. Disponível em: <<http://letras.terra.com.br/gilberto-gil/46197/>>. Acesso em: 09 out. 2011.
- \_\_\_\_\_. **Cérebro Eletrônico**. Disponível em: <<http://letras.terra.com.br/gilberto-gil/46197/>>. Acesso: 02 nov. 2011.
- GOMES, Luiz Flávio. **Normas, regras e princípios: conceitos e distinções**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7527>>. Acesso em: 11 out. 2011.

- \_\_\_\_\_. **Lei nº 12.258/2010: monitoramento eletrônico.** Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 25554, 29 jun. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/15113>>. Acesso em: 11 set. 2011.
- \_\_\_\_\_. As garantias mínimas do devido processo criminal nos sistemas jurídicos brasileiro e interamericano: estudo introdutório. In GOMES, Luiz Flavio; PIOVESAN, Flávia. (Coord.). **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p 181- 259.
- \_\_\_\_\_. Sobre a garantia da legalidade em direito penal. p. 295. In \_\_\_\_\_. **O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p 294-308.
- GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte Geral.** vol. I. 13 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.
- \_\_\_\_\_. **Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade.** São Paulo: Saraiva, 2011.
- JAH, Tribo de. **Globalização.** Disponível em: <<http://tribo-de-jah.musicas.mus.br/letras/304063>>. Acesso em: 02 nov. 2011.
- KRUGMAN, Paul R. **Globalização e globobagens: verdades e mentiras do pensamento econômico.** Rio de Janeiro: Campus, 1999.
- LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal.** vol. I. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.
- LOPES JR, Aury. **O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas: Lei 12.403/2011.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- MARCÃO, Renato. **Curso de execução penal.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MARIATH, Carlos Roberto. **Monitoramento eletrônico de presos. Dignidade da pessoa humana em foco.** Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2340, 27 nov. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/13919>>. Acesso em: 18 nov. 2011.
- \_\_\_\_\_. **Monitoramento eletrônico: liberdade vigiada.** Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2601, 15 ago. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/17196>>. Acesso em: 20 nov. 2011.
- \_\_\_\_\_. **Monitoramento eletrônico: os caminhos tortuosos da Lei nº 12.258/2010.** Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2633, 16 set. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/17413>>. Acesso em: 20 nov. 2011.
- MASSON, Cleber Rogério. **Direito penal esquematizado – Parte geral.** 2. ed. São Paulo: Método, 2009.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires Coelho; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MORAES, Alexandre. **Direito Constitucional.** 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

- MORAES, Alexandre de; SMANIO, Gianpaolo Poggio. **Legislação penal especial**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2002.
- MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Curso Temático de Direito Processual Penal**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2010.
- NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. vol. 1. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1973.
- QUEIROZ, Paulo de Souza. **Do caráter subsidiário do direito penal: lineamentos para um direito penal mínimo**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.
- \_\_\_\_\_. **Direito Penal – Parte Geral**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 3. ed. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2008.
- SCHMIDT, Andrei Zenkner. A Crise de Legalidade na Execução Penal. In CARVALHO, Salo. (Coord.). **Crítica à Execução Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 29-76.
- TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2011.
- TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- VELOSO, Caetano. **Dom de Iludir**. Disponível em: <<http://letras.terra.com.br/caetano-veloso/44719/>>. Acesso em: 15 nov. 2011.
- YACOBUCCI, Guillermo Jorge. Los Desafíos del Nuevo Derecho Penal. In FÖPPEL, Gamil. (Coord.). **Novos Desafios do Direito Penal no Terceiro Milênio: Estudos em Homenagem ao Prof. Fernando Santana**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 29-44.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Conferência de abertura. In KARAM, Maria Lúcia (Org.). **Globalização, Sistema Penal e Ameaças ao Estado Democrático de Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 17-38.
- \_\_\_\_\_. **O inimigo no direito penal**. Tradução: Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.



## CAPÍTULO XII

# A ILEGALIDADE DO USO DE DELEGACIA COMO PRISÃO

*Soraia Ramos Lima*<sup>1</sup>

**SUMÁRIO:** 1. Introdução — 2. Da ilegalidade do uso das delegacias como prisões — 3. Não aplicação da lei de execução penal aos presos em delegacias — 4. Referências bibliográficas.

“Há um mal econômico, que é a errada distribuição da riqueza. Há um mal político, que é o fato de a política não estar a serviço dos pobres.”

(José Saramago)

### 1. INTRODUÇÃO

A igualdade entre os homens sempre foi um dos maiores desafios da humanidade, haja vista a desigualdade ser a causa de vários problemas e conflitos entre os seres humanos.

Entretanto, as tentativas de buscar a igualdade sempre pararam na fase teórica, já que, na prática, é a acumulação de riquezas e poder a busca principal do ser humano e para que uns acumulem riquezas, necessariamente outros deverão ter menos. Essa é a lógica da dissimulação do verdadeiro objetivo: manter a “necessária” desigualdade.

Para Gauer<sup>2</sup>, as políticas pautadas pelo critério de igualdade teriam motivado a eliminação do desigual – e não da desigualdade –, potencializando práticas ostensivas de violência.

Nessa perspectiva, o cerne do problema reside no fato de que as práticas adotadas em prol da igualdade, alinharam-se a uma pretensão de controle social e dominação dos desiguais, de modo que foram criadas novas formas de exclusão, relacionadas à perda do *status* de cidadão dos indivíduos hipossuficientes.

---

1. Defensora Pública.

2. GAUER, Ruth M. Chittó. **A fenomenologia da violência**. Curitiba: Juruá, 1999. *Apud*: CATALDO Neto, A.; DEGANI, E. P. **Em busca da igualdade prometida. Criminologia e Sistemas Jurídico – Penais contemporâneo II**. p. 16.

Para Rousseau, a propriedade está na origem da desigualdade entre os seres humanos:

“O verdadeiro fundador da sociedade civil foi o primeiro que, tendo cercado o terreno, lembrou-se de dizer *isto é meu* e encontrou pessoas suficientemente simples para acreditá-lo”.<sup>3</sup>

Dessa forma, foi necessário criar estruturas a fim de garantir a propriedade, bem como as promessas de segurança para a sociedade e dessa forma o sistema penal seria indispensável para cumprir a função da sociedade capitalista.

Assim, também o sistema penal como um todo sofreu um alargamento no seu âmbito de incidência, diante da nova imposição de tutela aos bens jurídicos.

Nesse contexto, em que pese a existência do conflito entre a busca (teórica e ilusória) pela igualdade e a discriminação (real) dos “indesejáveis” fomentada pelo próprio Estado, a Constituição de 1824 previu a organização de um código criminal, com base na justiça e equidade (art. 179, XVIII). Contudo, a utilização do poder punitivo fazia-se intensamente utilizada pelas organizações judiciária e policial para proteção das riquezas e poder, de modo que a desigualdade era mantida pelo poder público com a utilização do direito de punir.

Seguindo a mesma dinâmica, porém com tentativas mais concretas e objetivas de se buscar a isonomia, a Constituição de 1988 erigiu o princípio da igualdade como um dos mais importantes direitos fundamentais. O Estado reconhece que não basta declarar a igualdade perante a lei, assumindo a responsabilidade de “promover o bem de todos”, mediante providências objetivas. Todavia, o poder punitivo continua sendo o organizador do controle social e as prisões o centro de uma estratégia de dissociação política da criminalidade das classes inferiores.

Como bem adverte Salo de Carvalho, o texto constitucional alavancou um sistema criminalizador em contraposição ao inexistente ao Estado Social:

“Tem-se, desta forma, na história recente do constitucionalismo nacional, a formação de um núcleo constitucional-penal programático cujo efeito é aliar os mais diferenciados projetos políticos que, sob o manto retórico da construção/solidificação do Estado Democrático de Direito, optam, em realidade, pela edificação de um Estado Penal como “alternativa” ao inexistente Estado Social.”<sup>4</sup>

3. ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. São Paulo: Nova Cultural, 1988, p. 63.

4. CARVALHO, Salo de. **A Ferida Narcísica do Direito Penal** (primeiras observações sobre as (dis)funções do controle penal na sociedade contemporânea). *A Qualidade do Tempo: para além das aparências históricas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 179-211.

Ainda segundo Salo de Carvalho, “O século XX assistiu ao processo de edificação, de consolidação e de crise das instituições totais punitivas (manicômios e cárcere). Se na constituição do projeto político-criminal oficial da Modernidade a prisão aparece como importante mecanismo humanizador, deixando de ser espaço de sequestro preventivo para substituir as penas cruéis, sobretudo, a pena capital, ao longo do século passado a penitenciária perderá, gradual e definitivamente, a legitimidade auferida pelas teses racionalizadoras de intervenção.”<sup>5</sup>

É incontestável que no âmbito penal atual há um crescimento sem precedentes da pena de prisão, muitas vezes desnecessária, o que tem levado à total falência deste tipo de punição. Já dizia Montesquieu em O Espírito das Leis: “*Toda pena que não deriva da necessidade é tirânica.*”

Muito se discute sobre a real função da prisão, aliada à política repressiva e criminalizante da parte mais pobre da população, havendo autores, a exemplo de Maria Ignez Lanzellotti Baldez Kato<sup>6</sup>, que demonstram que a prisão serve como controle social dos excluídos.

Diz, ainda, a citada autora, que resta evidenciado o compromisso do legislador com a política criminal do controle social, na medida em que, por exemplo, estabelece pressupostos legais que revelam a discriminação das camadas despossuídas.

É possível compreender a funcionalidade das instituições prisionais como mecanismos de imobilização e exclusão dos setores indesejáveis da sociedade. A prisão pode ser vista hoje não mais como forma de disciplinar e normatizar condutas e sim de eliminar e excluir. Para Wacquant:

“(...) a internacionalização do senso penal comum visando a criminalizar a miséria, embora assumam formas mais ou menos modificadas e irreconhecíveis, acompanha a lógica econômica e social fundada no individualismo e na mercantilização, na verdade é sua tradução e complemento em matéria de justiça.”<sup>7</sup>

Na visão de Alessandro De Giorgi<sup>8</sup> “o encarceramento desempenha a função de “regulação” do *surplus* de força de trabalho, como o objetivo implícito de

- 
5. CARVALHO, Salo. **Criminologia e Sistemas Jurídicos-Penais contemporâneos**, II: Substitutivos penais na era do grande encarceramento. Porto Alegre: EdiPUCRS, 2010, p. 147.
  6. KATO, Maria Ignez Lanzellotti Baldez. **A (Dês) Razão da Prisão Provisória**. São Paulo: Lumen Juris, p.2. Coleção Pensamento Crítico.
  7. WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p.18-19.
  8. DE GIORGI, Alessandro. **A miséria governada através do sistema penal**. Tradução: Sérgio Lamarão, p. 49-50.

consolidar o exército industrial de reserva de que falava Marx”. Ressalta, ainda, que a relação entre desemprego e encarceramento é direta.

Para De Giorgi, o Criminólogo marxista Steven Splitz descreve esse processo com maestria, quando afirma que “o *suplus* de força do trabalho pode ser subdividido em *social junk* e em *social dynamite*. O primeiro termo se refere à parcela da população desempregada que representa um “**destrito social**”, **ino-fensivo** em relação aos aparelhos do poder, **passíveis de manobra** e, portanto, necessários ao capitalismo; o segundo é a fração do *suplus* **potencialmente ex-plosiva** e, portanto, perigosa para a ordem constituída, **que deve ser tratada pelo sistema repressivo carcerário.**”<sup>9</sup>

Nessa perspectiva, uma demonstração de que o Direito Penal serve como forma de excluir os desiguais, em mutirão realizado pela Defensoria Pública da Bahia, nas delegacias de Salvador, Madre de Deus e Dias D’Ávila, nos meses de setembro de 2009 a abril de 2010, através da Central de Atendimento a Presos em Delegacias – CAPRED<sup>10</sup>, verificou-se que cerca de 80% das prisões em flagrante ocorrem nos delitos chamados patrimoniais de pouca monta, a maioria furto e roubos de aparelhos celulares usados, cujo valor não ultrapassa R\$200,00 (duzentos reais), e tráfico de, no máximo, 10 pedras de crack, ou seja, um claro exemplo de que o direito penal exerce um controle sobre a criminalidade baixa, praticada pelos “excrementos”, “os indesejáveis”, “os sujeitos que não são úteis” e devem ser “armazenados”, “estocados”. Por outro lado, é quase nulo o percentual de presos quando se trata dos crimes contra a economia, a ordem tributária ou quando a atividade criminosa é proveniente de organização criminosa e lavagem de dinheiro.

Notadamente que o papel desempenhado pelos aparelhos repressivos é no sentido da estocagem de indivíduos que fazem parte de grupos sociais considerados perigosos à ordem constituída, sobretudo os jovens negros das periferias e favelas.

Portanto, de fato, a Polícia ostensiva basicamente controla a periferia, concede segurança aos bancos e ao comércio, sem desenvolver papel mais importante no combate à criminalidade da classe dominante.

A polícia civil, por sua vez, ao invés de exercer de forma mais eficaz sua verdadeira função de investigar grandes crimes e seus autores, está sendo utilizada como agente carcereiro, “vigilantes”, dessa camada social indesejada e

9. SPITZER, Steven. Toward a Marxian Theory of Deviance. Social Problem. 1975, p. 22. *Apud* DE GIORGI, Alessandro. **A miséria governada através do Sistema Penal**. Tradução: Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro, 2006.

10. Relatório apresentado pela Coordenação da Capred à Defensora Pública Geral e arquivado no gabinete.



repudiada pelo sistema capitalista, que está encarcerada ilegalmente em delegacias, na quase totalidade em razão de pequenos crimes patrimoniais e de tráfico de algumas pedras crack.

Portanto, nossa estrutura de segurança pública acaba apenas dedicando-se a cuidar dos delitos contra o patrimônio, cometidos pelos agentes mais pobres da nossa sociedade. Tudo isso com a aquiescência da sociedade, que diariamente é bombardeada com a afirmação de que é essa criminalidade a causa de toda a violência e crise conflitual geradora do sentimento de insegurança, quando na verdade serve para manter o coletivo controlado e silente e acobertar os crimes da classe dominante.

Essa realidade é demonstrada quando se percebe que as penas dos delitos patrimoniais, que em grande parte é praticada por pessoas pertencentes às camadas mais baixas da sociedade, “os excrementos”, são, desproporcionalmente, superiores aos delitos cometidos contra a integridade física, a saúde e até mesmo a vida, que podem ser praticados por pessoas abonadas e das mais altas camadas da sociedade. A exemplo do furto qualificado que tem a mesma pena (2 a 8 anos) da lesão corporal gravíssima, o roubo de um celular, praticado por duas pessoas, que tem a pena mínima de 5 anos e 4 meses e o homicídio simples que tem a pena mínima de 6 anos, bem como o latrocínio que tem a pena mínima quase o dobro da pena do homicídio qualificado e quase o triplo da de um homicídio simples.

Foucault insere o controle da criminalidade no horizonte político das lutas sociais. Define a Lei Penal como instrumento de classe produzida por uma classe para aplicação às classes inferiores<sup>11</sup>.

Nessa linha de pensamento, com maestria, Juarez Cirino dos Santos demonstra que o crime está diretamente ligado à economia e este à política. O crime é obra do capitalismo que pune os oprimidos de forma a manter o sistema e acoberta os crimes da classe dominante, pois “a justiça penal constitui mecanismo de dominação de classe, caracterizado pela *gestão diferencial* das ilegalidades; a prisão é a instituição central da estratégia de dissociação política da criminalidade, com *repressão* da criminalidade das classes inferiores e *imunização* da criminalidade das elites de poder econômico e político”.<sup>12</sup>

Para o citado Professor e ideólogo, os *objetivos ideológicos aparentes* do sistema punitivo, quais sejam, repressão da criminalidade, controle e redução do crime e ressocialização, se contrapõem aos *objetivos reais ocultos* que são a

11. FOUCAULT, Michel. **Vigiar Punir**. 36. ed. Petrópolis-RJ: Vozes, 2009.

12. SANTOS, Juarez Cirino dos. **A Criminologia Radical**. Rio de Janeiro: Forense 2006.

repressão seletiva da criminalidade, de modo que o sistema penal estaria fracassado nos moldes dos *objetivos ideológicos aparentes*, e no ápice do êxito para os *objetivos reais ocultos do sistema punitivo*.

Destarte, com a massificação de tornar verdade absoluta da ideia de falsos mitos como o Princípio da igualdade da Lei para todos, da proteção de interesses de todas as pessoas, da relevância preponderante da criminalidade individual, que deve ser combatida com todo rigor como forma de segurança para a sociedade, conduz à constatação de Baratta de que “a aplicação seletiva do direito penal tem como resultado colateral a cobertura ideológica dessa mesma seletividade”.<sup>13</sup>

Nesse diapasão, fica fácil concluir que o Sistema Penal é o recurso moderno para contenção e eliminação de setores da sociedade que não são úteis ao Capitalismo.

Realmente, como lembra Eduardo Galeano – citando um arcebispo de San Salvador assassinado em 1980 –, “*A justiça é como as serpentes: só morde os descalços.*”<sup>14</sup>

## 2. DA ILEGALIDADE DO USO DAS DELEGACIAS COMO PRISÕES

As delegacias de polícia são prédios administrativos cujas funções se inserem no âmbito da investigação policial, do atendimento ao cidadão, e de outros procedimentos de sua competência.

Delegacias de polícia deveriam servir para manter suspeitos logo após a detenção em flagrante até a lavratura do auto de prisão, isto é, no máximo 24 horas, e os presos em decorrência de mandados de prisão por tempo determinado, no caso de prisão temporária 30 dias, prorrogável por mais 30 dias (para crimes hediondos) e 5 cinco dias, prorrogável por mais 5 para os demais e, no caso de prisão preventiva, até a comunicação à autoridade judicial e à Defensoria Pública, de acordo com a Lei nº 12.430/11. Após os procedimentos, o acusado deveria ser imediatamente transferido para o sistema prisional.

Com efeito, as autoridades investigativas não deveriam também acumular a função de autoridades prisionais, devido à probabilidade de abusarem de seu poder de vigilância e aplicar pressões indevidas sobre os suspeitos que estão sob sua custódia. Além disso, os inquéritos ficam comprometidos, pois os delegados e os investigadores atuam quase que exclusivamente como carcereiros.

13. BARATTA, Alessandro, *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*, p. 165.

14. GALEANO, Eduardo: *De Pernas pro ar: a escola do mundo ao avesso*. 8. ed. Porto Alegre: LPM, p. 79.

Resultado: inquéritos mal feitos, uso de tortura para obter confissão, abuso de poder, desvio de funções, etc.

Apesar de ser totalmente ilegal, um grande número de presos no Brasil permanece por longos períodos de tempo sob a autoridade da polícia, chegando ao absurdo de cumprir a integralidade da pena nesses estabelecimentos administrados pela Secretaria de Segurança Pública ao invés de irem para o sistema prisional, em locais próprios para custódia dos presos provisórios e condenados.

Em todo o estado brasileiro é essa realidade. Segundo o Relatório da Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados Federais de 2009<sup>15</sup>, os estabelecimentos penais do país somente mantêm 61,4% da população carcerária total, enquanto o restante está mantido em delegacias e cadeias sob o controle das Secretarias de Segurança Pública estaduais.

Nas visitas aos 16 Estados Brasileiros, essa comissão encontrou diversas irregularidades e desrespeitos aos mínimos direitos Constitucionais. Foram constatadas torturas, agressões físicas com pedaços de madeira, barras de ferro, chicotes e até mesmo tiro de balas de borracha, homens e mulheres na mesma cela, presos condenados cumprindo a pena nessas unidades, enfim, total desrespeito à Lei de Execução Penal e aos Direitos Humanos.

Ainda segundo o relatório dessa comissão, no Estado do Amazonas a Secretaria de Segurança introduziu o critério da “produtividade” nas delegacias como forma de controle da criminalidade. Isto estimula flagrantes forjados, torturas para obter confissão, prisões para “averiguação”, o que aumenta mais a superlotação das cadeias. Dessa forma, os parlamentares identificaram problemas como superlotação, presos condenados sem progressão de regimes, remições ou saídas temporárias, falta de banho de sol, problemas graves de saúde, dentre outros.

Em todos os Estados em que houve a visita, o problema era o mesmo, sobretudo nas cidades do interior, onde a quase totalidade de detidos, homens ou mulheres, provisórios ou condenados, estão encarcerados nas minúsculas celas das circunscrições policiais, a exemplo do Ceará que tem 10% dos condenados nestas unidades e Espírito Santo que tem cerca de 1.500 nas mesmas condições.

Outra avaliação de extrema importância é a constante no anuário do Fórum brasileiro de Segurança Pública<sup>16</sup>, com a constatação de que em vários estados do Brasil a situação é alarmante, a exemplo do Paraná, que lidera o ranking

---

15. Disponível em: <<http://www.prsp.mpf.gov.br/prdc/area-deatatuacao/Relatoriosituacaooprisional/Comissao deDireitosHumanos>>

16. Fonte: <<http://www.forumseguranca.org.br>>

nacional, com cerca de 16 mil presos em delegacias, destes aproximadamente 10 mil já foram sentenciados e estão aguardando vagas nas unidades prisionais, sendo que não lhes é garantido nenhum direito previsto na Lei de Execuções Penais, como progressão de regime, saída temporária, acesso ao trabalho e estudo e, conseqüentemente, remição, visita íntima, dentre outros, além de estarem confinados junto a presos provisórios. Dessa forma, há notória violação das normas internacionais que determinam a separação dos presos acusados de crime ainda sem Sentença daqueles condenados. Vale ressaltar que as celas destas unidades têm cerca de 12 m<sup>2</sup> e acomodam aproximadamente 25 internos.

No 3º Encontro Nacional de Justiça, em 2009, o então Presidente do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o Ministro Gilmar Mendes declarou que no Brasil mais de 60 mil presos estavam ilegalmente em delegacias, provisoriamente ou cumprindo pena.<sup>17</sup>

O quadro penitenciário baiano não destoa da realidade brasileira, haja vista que tem mais de 50% de sua população carcerária “vivendo” em delegacias, que não têm condições físicas para abrigar nem os mais ferozes dos animais, são utilizadas para armazenar nosso “surplus”, nosso “*Social Dynamite*”, nossos “indesejáveis”. De acordo com os dados do supracitado Relatório da situação prisional, da Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados, a Bahia abriga 6.948 presos nas dependências das 437 delegacias da Capital e do interior, num total de 12.254 detidos.

Para piorar ainda a situação de ilegalidade, foi constatado durante o mutirão da Central de Atendimento a Presos em Delegacia da Defensoria Pública, nos anos de 2009/10, as chamadas “prisões para averiguações”, prisões essas que não decorrem de nenhum flagrante delito ou mandado judicial e até casos de mulheres dividindo a cela com homens, o que, inclusive foi objeto de notícias na imprensa escrita local e Nacional e objeto de impetração de Habeas Corpus, cujo número é 0028568-62.2010.805.001. Os demais dados estão relatados no Relatório apresentado à Defensora Pública Geral.<sup>18</sup>

Várias outras ilegalidades e desrespeito aos Direitos Humanos foram verificados durante o mutirão nas delegacias de Salvador, a exemplo da cidade de Dias D’Ávila, onde se constatou que cerca de 10 presos dividiam celas de 5m<sup>2</sup>, sendo que 4 dormiam nos beliches e 6 dormiam no chão com as pernas dobradas, dado à falta de espaço para esticarem-nas. Algumas dessas celas também

17. Fonte: Agência CNJ de notícias.

18. Relatório e projeto de atuação diferenciada nas delegacias arquivado no gabinete da Defensora Pública Geral.

não tinham energia elétrica e havia presos há mais de 2 anos sem banho de sol ou visita de familiares.<sup>19</sup>

De fato, na maioria das cidades do interior do Estado não há direito de visita dos familiares, tampouco visita íntima ou sequer o banho de sol, o que causa deficiências orgânicas, infecções respiratórias e cutâneas, próprias da falta de vitamina E. Além disso, muitas vezes há a exploração do trabalho dos presos por parte dos policiais, principalmente nas cidades onde não há delegados, como lavagem de carro, conserto, manutenção e limpeza do prédio, preparo de alimentos, etc, e não há contagem para fins de remição.

Em algumas delegacias de Salvador, a exemplo do Complexo da Baixa do Fiscal, os detentos só têm direito a visitas a cada 15 dias ou uma vez por mês, haja vista que os delegados, agentes de polícias e demais servidores, além das atividades normais inerentes à função, têm que fazer a segurança do prédio, fornecer a alimentação, banho de sol (em algumas unidades não ocorre), levar os acusados para audiências, médicos (excepcionalmente), de modo que não têm condições de organizar as visitas semanais com segurança para os familiares, detentos e os próprios policiais, sem falar que não possuem treinamento e preparo necessários à função de agentes penitenciários.

Assim, ao invés de manter por um ou dois dias os presos em flagrante ou após cumprimento de algum mandado de prisão, as delegacias de muitos estados atuam de forma distorcida, mantendo presos condenados.

Se os presídios, penitenciárias e casas de albergado brasileiros não têm condições de manter seres humanos com mínimas condições de sobrevivência, o que dizer das celas existentes nas delegacias? Nelas, inexitem camas ou colchões, vasos sanitários, cobertas e algumas vezes nem espaço no chão para dormir, pequenas condições para uma subsistência digna e humana. As delegacias de polícia são construídas como estabelecimentos pequenos de detenção temporária e não oferecem infra-estrutura para o trabalho, lazer, educação, visitas ou outras atividades, garantidas aos condenados, ao contrário estas celas são símbolos do terror, do medo, da tortura psicológica, do aviltamento da integridade física e moral.

**Diante das estatísticas do Ministério da Justiça, comprovando que a baixa escolaridade aumenta a reincidência, o governo divulgou que irá ampliar(?) as vagas no ensino básico profissional para presos.<sup>20</sup> Mais uma vez,**

19. Relatório da situação da delegacia da Comarca de Dias D'Ávila foi apresentado à Defensora Pública Geral e encaminhado para o Ministério Público, o Tribunal de Justiça e para a Secretaria de Justiça.

20. Fonte: site do Ministério da Justiça.

**os detidos nas delegacias serão prejudicados, haja vista a impossibilidade desse projeto governamental ser aplicado nessas unidades.**

**Ademais, além das péssimas condições físicas das delegacias, a possibilidade (na verdade, a probabilidade, ou melhor, em muitos casos a certeza) de tortura por policiais constitui mais uma importante razão para a transferência dos presos para o sistema penitenciário o mais rápido possível.**

Como a Comissão parlamentar da situação prisional descreveu em seu relatório, após visitas às delegacias e presídios de 16 Estados brasileiros, o maior problema da manutenção dos acusados nas unidades policiais é a tortura de suspeitos, especialmente logo após a prisão para obter confissões, abuso de autoridade, corrupção, acordos com advogados inescrupulosos – nas cidades onde não há Defensores Públicos – dentre outros crimes.

É fato que grande parte da polícia no Brasil frequentemente vale-se da tortura como meio de interrogatório de suspeitos criminosos e isso foi verificado *in loco* pelas autoridades que formavam a comissão da situação prisional do Brasil. Então, ao invés de afastar as vítimas de seus algozes, o Estado entrega a esses a custódia dos outros.

Segundo grupos brasileiros de direitos humanos,<sup>21</sup> um número significativo de delegacias policiais no Brasil, talvez até mesmo a maioria delas, possui uma cela de tortura. Em inspeção realizada nas delegacias de Salvador, no ano de 2008, pelo judiciário baiano, foram encontrados vários instrumentos que são usados na prática de tortura, fato este que foi noticiado pela imprensa baiana. Todavia, pouco mudou, pois hoje ainda ocorrem vários casos de espancamentos em delegacias, apesar dos relatos dos detentos, durante o mutirão da Central de Atendimento a Presos em Delegacia da Defensoria Pública da Bahia, de serem as agressões mais atribuídas à Polícia Militar, no momento da prisão, e não mais dentro do cárcere, pela polícia civil.

Boa parte dessa mudança deve-se à presença diária da Defensoria Pública nas delegacias do estado, o que evita, sobremaneira, as torturas, as prisões para averiguações e o abuso de poder.

Após a análise do relatório do mutirão Capred (Central de Atendimento a Presos em Delegacia), realizado a partir de 2009, a Defensoria Pública da Bahia, através do então Subdefensor Público Geral<sup>22</sup>, apresentou ao então Secretário

21. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/dados/estudos/dh/br/torturabr.htm>>

22. Projeto elaborado pelo Subdefensor Público Geral, Clériston Cavalcante de Macedo, que foi apresentado pela Defensoria Pública Geral ao Secretário de Justiça e Cidadania e ao Secretário Nacional da Reforma do Judiciário, em 2009.

de Justiça e ao Secretário Nacional para reforma do Judiciário, um projeto de criação de uma Central única de Flagrantes, onde todos os flagranteados seriam encaminhados imediatamente após a prisão e lá, na presença do delegado, que lavraria o auto, do promotor, do defensor e do juiz, seria feita a análise da prisão, realizado o interrogatório, sem coação e tortura, evidentemente, verificaria e decidiria se (des)necessária a manutenção da custódia cautelar e a imediata transferência do detido para uma unidade prisional adequada e as delegacias seriam imediatamente esvaziadas e não mais seriam usadas como unidades de custódia.

A novel Lei nº 12.403/11 veio como forma de diminuir a manutenção no cárcere, sobretudo nas delegacias, dos acusados de cometimento de pequenos delitos, aos quais dificilmente se imporia uma pena de prisão em regime fechado após a condenação, pois que, absurdamente, em muitos casos era mais vantajoso para o acusado ser condenado imediatamente, mesmo sem garantia da ampla defesa e de outros direitos processuais e ter aplicado um regime de cumprimento adequado, além dos direitos da Lei de execução penal, a ficar preso indefinidamente nos porões das unidades policiais e ao final ter uma absolvição, uma pena alternativa, um regime aberto ou até mesmo o semi-aberto.

Contudo, na prática, apesar do intuito da nova Lei, observa-se que pouco mudou e as delegacias continuam abarrotadas. Grande parte se deve a falta de mudança do comportamento dos atores de justiça, haja vista que muitos delegados não estão arbitrando fiança para os crimes cuja pena seja inferior a 4 anos ou arbitram em valores elevados e os juízes se negam a dispensar o pagamento, bem como muitos juízes arbitram fianças com valores impossíveis de serem pagos pela população que é detida, ou seja, o “*surplus*”, os “excrementos”, além de “criar” formas de decretar a prisão preventiva, em total dissonância com os objetivos da norma.

Tal situação é compactuada com a sociedade, que se mantém fiel ao mito de que quanto mais esses indivíduos estão presos, mais existe segurança.

A crise no sistema prisional não é um problema só dos presos, é um problema social e toda sociedade sofrerá (já está sofrendo) agravamento das consequências de sua própria omissão. Os detidos um dia irão sair e conviver com todos nós e tudo o que ele aprendeu no cárcere vai replicar na rua.

Há um projeto de Lei nº 1594/2011, de autoria da Deputada Federal Rose de Freitas (PMDB-ES), proibindo a custódia em unidades Policiais, para que delegados, investigadores e demais servidores deixem de exercer a função de agente penitenciário e dediquem-se exclusivamente às suas verdadeiras funções.

Segundo a proposta legislativa, o preso só ficará na delegacia até a lavratura do auto de prisão em flagrante e a assinatura da nota de culpa pela autoridade

policial. Após a entrega da nota de culpa ao preso, ele será imediatamente transferido para o sistema prisional.

Contudo, não basta apenas proibir a manutenção dos presos nas delegacias e, de forma simplista, transferi-los para estabelecimentos prisionais nas vagas já existentes, totalmente abarrotadas e sem condições de um ser humano viver, mesmo os “excrementos”, como ocorreu no Estado do Rio de Janeiro<sup>23</sup>, sem melhorar as condições destas unidades que só servem para armazenar e estocar os “*social dynamites*” desprezado pelo capitalismo e, dessa forma, mantendo o problema igualmente.

### 3. NÃO APLICAÇÃO DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL AOS PRESOS EM DELEGACIAS

A manutenção de presos em delegacias fere princípios Constitucionais, como o da Igualdade de todos perante a Lei, previsto no art. 5º, *caput*; proibição de pena que passa da pessoa do condenado art. 5º, XLV; da Individualização da pena, art. 5º, XLVI; de local adequado para o cumprimento de pena, de acordo com a natureza do delito e idade do preso, art. 5º, XLVII; respeito à integridade física e moral do detento e do presidiário, art. 5º, XLIX, dentre outros, na medida em que se verifica a existência de violência quando da execução da prisão, os espancamentos, os maus tratos, as torturas físicas e psicológicas, comuns no ato de prender, nos interrogatórios policiais e como castigo preliminar; a superlotação das celas das cadeias, os presos enjaulados em cômodos sem iluminação, circulação e mínima higiene, com colchões ou esteiras espalhados no chão, um vaso sanitário coletivo, sujeira e mau cheiro, num absoluto desrespeito à dignidade humana.

Além disso, a família termina por ser penalizada, haja vista a ausência de visitas, que também (sobretudo) é um direito das mães, pais, filhas, filhos, irmãs, irmãos, etc, ou, quando esta ocorre, pelas revistas tão constrangedoras e humilhantes que muitas vezes são piores que a própria pena que recebeu ou receberá o acusado, de modo que, de fato, a pena passa da pessoa do condenado.

Outro desrespeito absurdo é a mistura, no mesmo espaço e na mesma cela, de presos condenados e de pessoas presas provisoriamente, bem como de primários e reincidentes, de presos por furtos e presos que cometeram crimes mais graves, a exemplo de estupros, latrocínio, homicídios qualificados, que, com absoluta certeza sairão piores do que entraram.

---

23. Relatório da Situação Prisional do Brasil, realizado pela Comissão parlamentar de Direitos Humanos.



**Com efeito, a manutenção de presos em Delegacias de Polícia, sejam, eles presos provisórios ou condenados fere princípios Constitucionais e vários direitos previstos na legislação de execução da pena.**

**É exatamente a Lei de Execução Penal, por sua vez, que determina aos apenados o cumprimento de pena ou prisão provisória em presídios, que os detentos sejam alojados em celas individuais de no mínimo seis metros quadrados, com condições salubres adequadas à existência humana, dotadas de instalações higiênicas como aparelho sanitário e lavatório, além de áreas e serviços para assistência, educação, trabalho, recreação e prática esportivas e que presos primários sejam separados dos reincidentes.<sup>24</sup>**

**Para quem conhece os amontoados humanos que são as celas das Delegacias de Polícia, onde não há sequer espaço para todos deitarem no chão, onde celas de cinco metros abrigam até dez presos, a norma soa como piada. Mas não é, são direitos legais do prisioneiro, sistematicamente desrespeitados.**

**Com efeito, além do desrespeito às condições de cumprimento de pena em local digno e com mínimas condições de uma sobrevivência humana, há ainda o fato de que os presos em delegacias não têm garantido seus direitos previstos na Lei de Execução Penal, como por exemplo, progressão de regime, livramento condicional, saída temporária, a remição da pena e, até mesmo, extinção da pena em função de terem cumprido o tempo de prisão determinado pela Justiça.**

Percebe-se uma total desigualdade entre os indivíduos que estão cumprindo pena nas delegacias, que não dispõem de meios para cumprir essas determinações legais, a exemplo do projeto do Ministério da Justiça de criar/ampliar vagas de educação básica e profissional, daquele que se encontra em estabelecimentos prisionais, pois, em tese, estes teriam a possibilidade de exercer todos esses direitos e outros elencados na lei, apesar da prática demonstrar outra realidade.

---

24. Art. 10. A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade.

Art. 12. A assistência material ao preso e ao internado consistirá no fornecimento de alimentação, vestuário e instalações higiênicas.

Art. 83. O estabelecimento penal, conforme a sua natureza, deverá contar em suas dependências com áreas e serviços destinados a dar assistência, educação trabalho, recreação e prática esportiva.

Art. 84. O preso provisório ficará separado do condenado por sentença transitada em julgado.

Art. 88. O condenado será alojado em cela individual que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório. Parágrafo único. São requisitos da unidade celular:

a) Salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de areação, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana;

b) Área mínima de seis metros quadrados.

**Somados a todas as precárias condições físicas e ausência dos direitos da Lei de Execução Penal, a grande maioria dos presos que cumprem pena nas unidades policiais em regime fechado (às vezes na sua integralidade) foram condenados ao regime semi-aberto e até mesmo no aberto.**

Nesse contexto, o Superior Tribunal de Justiça decidiu pela Ilegalidade do uso das Delegacias de Polícia como local de cumprimento de pena na falta de local adequado, como exposto no Acórdão do Recurso em Habeas Corpus nº 2000/0054650-0, da quinta Turma, da relatoria do Ministro Gilson Dipp.

*“Reconhece-se a ocorrência de constrangimento ilegal, se demonstrado que o paciente, condenado a regime prisional semi-aberto, encontra-se recolhido nas dependências de uma delegacia de polícia, em regime fechado, uma vez que não se pode exceder aos limites impostos ao cumprimento da condenação, sob pena de desvio da finalidade da pretensão executória. Precedentes. II. Recurso parcialmente provido para determinar que o paciente cumpra, imediatamente, a pena no regime certo, ou, não sendo isto possível, para permitir que aguarde a abertura de vaga no regime semi-aberto em regime aberto, a ser cumprido em Casa de Albergado. Acórdão. Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em conformidade com os votos e notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso para que o paciente cumpra, imediatamente, a pena no regime certo, ou não sendo isto possível, para permitir que aguarde a abertura de vaga no regime semi-aberto em regime aberto, a ser cumprido em Casa de Albergado. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Felix Fischer e José Arnaldo, Ausentes, ocasionalmente, o Sr. Ministro Edson Vidigal e, justificadamente, o Sr. Ministro Jorge Scartezzin”.*  
(sem grifos no original)

Como se vê, é uma decisão com relevante ponto de vista jurídico, mas só aplicado para casos isolados, pois há muitos presos encarcerados em Delegacias, em regime fechado, quando deveriam estar no semi-aberto, aberto ou até mesmo em liberdade, dado que a grande maioria dos custodiados está acusada por crime de furto ou tráfico de pequena quantidade de droga.

**De fato, essa é a realidade de flagrante inconstitucionalidade e violação aos mínimos direitos humanos que se verifica em todos os Estados brasileiros, pois o que encontramos nas delegacias de polícias são seres (quase) humanos, amontoados numa minúscula cela, quase nus, às vezes há dias sem tomar banho, com várias enfermidades cutâneas contagiosas, sujos, suados, barba por fazer, dormindo com as pernas dobradas, em revezamento ou em pé, defecando, urinando, vomitando em um pequeno vaso sanitário, localizado dentro de cubículos de poucos metros quadros. É dessa forma que a**

**nossa Lei quer “ressocializá-los” e, quando enfim conseguem a liberdade e voltam a delinquir, são punidos novamente com a reincidência, pois o Direito Penal e os julgadores consideram não terem aproveitado a “oportunidade” de aprender a não mais cometer crimes e, conseqüentemente, deverão voltar a passar mais tempo neste inferno para mais uma tentativa de se “arrependerem de seus erros”, “aprenderem a conviver em sociedade!, vale dizer “ressocializarem-se.”**

Por conseguinte, denota-se que nosso sistema carcerário encontra-se falido, não se consagrando o papel que estas instituições precisam exercer para reinserção (?) destes indivíduos na sociedade. Se tal intento não é alcançado no sistema prisional, muito menos será nas delegacias de policia. Estas, por fim, servem para abrigar os “eternos hóspedes”, “os excrementos”, a classe perigosa, ou seja, o “*social dymamite*” do “*surplus*”, perpetuando a sua condição de não inseridos.

O atual modelo adotado pelo estado, baseado na negação ao individuo de ser custodiado em ambiente digno, se constitui um retrocesso à idade medieval, na contramão de todas as políticas mundiais pautadas nos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo estado brasileiro.

Dessa forma, não há como esperar que um ser humano que ficou confinado nessas miseráveis e medievais condições não saia violento e com total desprezo pelo seu “semelhante”.

Ademais e de uma vez por todas, é preciso compreender que a política criminal que desconsidera o sistema de gradação e substituição de penas baseada numa valoração individual da conduta do cidadão, ou ainda que hipertrofia a lesividade dos crimes de natureza patrimonial não apenas gera um encarceramento excessivo, mas é ineficaz no alcance do objetivo de frear a violência, ratificando o posicionamento de Foucault quando diz que “**a verdadeira eficácia da prisão se encontra exatamente na capacidade de fabricar a delinquência.**”<sup>25</sup>

Necessário se faz, portanto, a desconstrução desse modelo de controle social pelo Direito Penal, com a criação de mecanismos práticos voltados à efetivação dos princípios e garantias constitucionais, numa nova dinâmica que assegure o desenvolvimento econômico e social de toda a sociedade brasileira sem que para isso se relegue seres humanos a uma estrutura falida de contenção prisional.

Afinal, como precisamente asseverado por R.L. Stevenson: “todos nós, mais cedo ou mais tarde, somos forçados a tomar lugar num banquete de conseqüências.”

---

25. FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. 36. ed. Petrópolis-RJ: Vozes, p. 32.

#### 4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARENDDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia da Letras, 1989.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999.
- BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: Martin Claret, 2002.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: Causas e alternativas**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- CARVALHO, Salo (Coord.). **Crítica à Execução Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- CARVALHO, Salo de. A Ferida Narcísica do Direito Penal (primeiras observações sobre as (dis)funções do controle penal na sociedade contemporânea). In GAUER, Ruth (Org.). *A Qualidade do Tempo para Além das Aparências Históricas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, pp.179-211.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 36. ed. Tradução: Raquel Ramalheite. Petrópolis-RJ: Vozes, 2009.
- FREIRE, Christiane Russomano. **A violência do sistema Penitenciário Brasileiro Contemporâneo**. Monografia Premiada. São Paulo, IBCCRIM, 2005.
- GALEANO, Eduardo: **De Pernas pro ar: a escola do mundo ao avesso**. 7. ed. Porto Alegre: LPM, 1999.
- GAUER, Ruth M. Chittó. **A fenomenologia da violência**. Curitiba: Juruá, 1999. *Apud* CATALDO Neto, A.; DEGANI, E. P. **Em busca da igualdade prometida. Criminologia e Sistemas Jurídico. Penais contemporâneo II**. Porto Alegre: EdIPU-CRS, 2010.
- DE GIORGI, Alessandro. **A miséria governada através do sistema penal**. Tradução: Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia/Revan, 2006. Coleção Pensamento Criminológico, n. 12.
- KATO, Maria Ignez Lanzellotti Baldez. **A (Dês) Razão da Prisão Provisória**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. Coleção Pensamento Crítico.
- MOARAES, Pedro Rodolfo Bôde. **Punição, Encarceramento e Construção**. São Paulo, IBCCRIM, 2005.
- LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. vol. I. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. **A Criminologia Radical**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**, vol. 1. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

## CAPÍTULO XIII

# A SAÍDA TEMPORÁRIA E A (IN)EXIGIBILIDADE DO REQUISITO OBJETIVO AO PRESO QUE INICIA O CUMPRIMENTO DA PENA NO REGIME SEMIABERTO

*André Maia de Carvalho Martins<sup>1</sup>*

**SUMÁRIO:** 1. Considerações iniciais — 2. Do instituto da saída temporária e seus requisitos legais — 3. Dos princípios da isonomia, razoabilidade, proporcionalidade, individualização e humanização da pena — 4. Da necessária interpretação restritiva da norma inserta no art. 123, inc. II da LEP — 5. A saída temporária e os crimes hediondos e a eles equiparados — 6. Da jurisprudência — 7. Conclusão — 8. Referências bibliográficas.

“É que, para não ser um ato de violência contra o cidadão,  
a pena deve ser, de modo essencial, pública, pronta,  
necessária, a menor das penas aplicáveis nas circunstâncias  
dadas, proporcionada ao delito e determinada pela lei.”<sup>2</sup>  
(Cesare Beccaria, *Dos Delitos e Das Penas*)

### 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente trabalho tem por escopo tratar de um assunto de grande relevância teórica, mas principalmente prática para a execução penal, qual seja a saída temporária, espécie do gênero autorizações de saída, ou simplesmente “saidão”, como é comumente conhecido entre aqueles apenados das classes menos favorecidas e que constituem o público-fim da instituição Defensoria Pública. Analisar-se-á especificamente a (des)necessidade do cumprimento do requisito objetivo (art. 123, inc. II da LEP) para aquele indivíduo que inicia a execução de sua pena já no regime semiaberto e suas implicações, caso seja levado a efeito o quanto exigido no citado dispositivo legal nesse caso. Eis a problemática posta à apreciação!

Assunto de grande relevância principalmente prática, pois, todos aqueles que militam efetivamente no ramo da execução penal, área essa denominada de o

---

1. Defensor Público do Estado da Bahia, graduado em Direito pela UFBA.  
2. BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**. Tradução: Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 107.

“*patinho feio do Direito Penal*”<sup>3</sup>, nos dizeres de Renato de Oliveira Furtado, ou mesmo o “*primo pobre do processo penal*”<sup>4</sup>, nas palavras de Renato Marcão, e, em razão desse mister, conhecem as suas agruras e particularidades, já devem ter se deparado ao menos uma vez, senão muitas (como é o meu caso!), com questões intrigantes na aplicação da própria LEP como esta que ora nos é submetida à análise.

Visa o autor deste texto, com sua experiência desenvolvida na área da execução penal, aliada ao aprendizado decorrente de pesquisas doutrinárias e jurisprudenciais acerca do tema, bem assim discussões com Membros da própria Defensoria Pública, da Magistratura, do Ministério Público, Advogados e, por que não dizer, com os próprios apenados/assistidos, fazer uma detida análise acerca da saída temporária, aqui em especial para aquele preso que já ingressa na execução de sua penalidade em regime semiaberto, e suas inerentes contradições, apresentando para tanto soluções teóricas e práticas, como também sugestões simples, mas necessárias, para que se altere futuramente a LEP nesse tocante.

Para isso, buscar-se-á fazer uma leitura da legislação de execução penal a partir da Constituição Federal de 1988, lei-maior do nosso ordenamento jurídico pátrio, a qual muitas vezes é preterida no processo interpretativo, e não o contrário, como alguns (e não são poucos!) ainda insistem em proceder, interpretando a Carta Magna a partir da legislação infraconstitucional, aqui em específico a LEP.

Deve-se partir, ademais, de uma visão precípua e essencialmente garantista da execução penal, na linha original do garantismo penal idealizado pelo jurista italiano Luigi Ferrajoli<sup>5</sup> com a brilhante adaptação/adequação de sua teoria na área da execução penal pelo não menos brilhante Amilton Bueno de Carvalho<sup>6</sup>, deixando o mero apego a normas concretas e formais, para fazer incidir valores e diretrizes maiores norteadores de todo direito que são os princípios. Com isso, não se está deixando de aplicar as normas da LEP, mas sim interpretá-las conforme a constituição, a fim de corrigir as distorções existentes.

E aqui, a execução penal, como um ramo misto do direito penal e processual penal, porquanto contém normas materiais e processuais, em nada se diferencia das outras áreas do direito, devendo-se privilegiar os postulados principiológicos, pois a partir deles é que se deve interpretar todo o restante do arcabouço jurídico.

3. MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, abas.

4. MARCÃO, *Op. cit.* p. XXX.

5. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2. ed. Tradução: Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luis Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

6. CARVALHO, Amilton Bueno de Carvalho. **Garantismo aplicado à execução penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

Só assim, portanto, poder-se-á dirimir seriíssimas incongruências contidas no bojo da própria LEP, alcançando-se um resultado satisfatório do ponto de vista não só prático, mas também teórico, porém evitando-se principalmente tratamento desigual entre apenados em situações “semelhantes” ou tratamento igualitário entre aqueles de conjunturas díspares, ou seja, nada mais do que efetivar a tão almejada isonomia material.

Nesse contexto, a abordagem, apesar de conter um viés eminentemente prático e funcional, também se preocupará com a verdadeira natureza e finalidade do instituto jurídico submetido à análise, perpassando por princípios constitucionais, legais e extralegais aplicáveis à matéria, a exemplo da individualização e humanização da pena, isonomia, proporcionalidade e razoabilidade, assim como a aplicação de técnica interpretativa restritiva do tema.

Trar-se-á, outrossim, à colação julgados pertinentes ao tema oriundos do STJ e de Tribunais de Justiça Estaduais, não só para fins de ilustração, mas sim para se ter a noção (ou mesmo convicção!) de que a LEP possui contradições gravíssimas que ela por si só não consegue solucionar, cabendo aos aplicadores do direito a tarefa, muitas vezes árdua, mas de igual modo apazível, sem qualquer contradição nesse sentido, de extrair a correta interpretação das normas, a fim de minorar as mazelas iminentes ao cárcere, de buscar e efetivar soluções justas para tais incoerências.

Nessa caminhada, não podemos nos esquecer do ensinamento posto pelo já citado eminente professor, doutrinador e desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul Amilton Bueno de Carvalho, quando, ao discorrer em notas introdutórias acerca do garantismo aplicado à execução penal em uma de suas obras, citando Luigi Ferrajoli, assim sentencia:

Talvez, por trás de tudo, esteja uma desconfiança maior e anterior: no poder que tem no Direito Penal sua ponta mais cruel – eleger alguns indesejados e puni-los. É que todo o poder, inexoravelmente, tende ao abuso.

Então, ao se desconfiar do poder – tendência ao abuso – e, por consequência, do Direito Penal e seu resultado prisão – sua face mais cruel –, é que olhamos o Direito como um sistema de garantias do cidadão contra todo o poder abusivo (aqui, neste livro, o de enviar pessoas ao cárcere), na pretensão de controlá-lo racionalmente, naquilo que for possível.

Segue-se, portanto, algumas máximas ferrajolianas: menor sofrimento possível ao desviante; proteção do débil contra o abuso de poder de punir – débil, que no momento do crime é a vítima; durante o processo, o acusado; durante a execução, o condenado (o qual, neste livro que trata de execução criminal, é o cerne de

atuar); busca de um freio racional à fúria persecutória; o sonho de um Estado social máximo e de um Estado punitivo mínimo; enfim, compromisso radical com os direitos do cidadão.

Assumimos a não-docilidade com o poder, embora fazendo parte do próprio poder. Não atuamos com a razão do Estado, mas sim com a das garantias do débil – este, para nós, é o *ethos* do juiz. E cientes de que isso causa, sim, ‘ranger de dentes’ daqueles comprometidos com a fúria persecutória – hipócrita, por certo, porque alcança o ‘outro’, aqueles oriundos das classes subalternas.<sup>7</sup>

O aludido jurista, trazendo efetivamente para o campo da execução penal os ensinamentos garantistas de Ferrajoli, decreta sem maiores delongas e com a sinceridade que lhe é peculiar:

Ferrajoli, ao tratar do ‘Direito de Polícia’ (um não-direito), alerta que nós, juristas, somos cícosos em relação às garantias do acusado durante o processo, mas abandonamos – diria eu insensivelmente – teoricamente o indiciado no momento do inquérito, local onde as garantias são alijadas. E diz que tudo se resume porque lá os perseguidos pertencem às classes menos favorecidas, logo, o abuso é, por nós, passivamente, ‘aceito’.

Gostaria de deslocar a fala de Ferrajoli para a execução penal: os ‘nossos iguais’ não habitam os cárceres! Lá estão eles: esta patuléia fétida. Então, por qual razão nós estaríamos preocupados com eles? Qual a razão para elaborarmos um saber com eles comprometidos?

Ora, o resultado é por demais óbvio: raros são os trabalhos doutrinários que abordem seriamente a execução penal.

Conseqüência? O poder atua desenfreadamente, sem qualquer limite, o abuso é espetacular. Os direitos do apenado são abalados diuturnamente sem qualquer resistência de nós, operadores jurídicos. Uma falta de resistência porque não há – além da falta de comprometimento com as garantias do débil – um saber minimamente crítico, minimamente sofisticado, minimamente sério, que estruture racionalmente (leia-se: democraticamente) o aparato executivo penal.<sup>8</sup>

E assim, absorvendo a lição proposta pelo ilustre escritor e julgador gaúcho, aliada à teoria do garantismo penal proposta pelo também antes mencionado doutrinador italiano, é que se propõe o autor do presente texto a fazer uma abordagem diferenciada acerca do tema saída temporária e seu requisito fracionário objetivo-temporal. Tudo isso numa nova roupagem (para a maioria, pois já antiga para uma minoria), em contraponto àquela já habitualmente conhecida,

7. CARVALHO, *Op. cit.* p. 2.

8. CARVALHO, *Op. cit.* p. 2-3.



ensinada nos tradicionais manuais de execução penal e seguida por muitos como um verdadeiro dogma, porquanto se limitam os doutrinadores a comentar aquilo que está disposto nos artigos 122 a 125 da LEP, quase que reproduzindo literalmente os dispositivos ali presentes, sem nada acrescentar sob o ponto de vista constitucional e principiológico, ao revés, abordam-no com uma parcimônia que salta aos olhos, sem querer enfrentar o tema com a importância que ele reclama.

Perde, assim, a maior parte da doutrina uma oportunidade ímpar de discutir e encarar com seriedade os pontos nevrálgicos acerca do instituto da saída temporária, analisando de forma pormenorizada as contradições ali existentes com o escopo de dirimir o choque entre as normas postas e se chegar a uma conclusão segura a respeito do tema.

Eis o objetivo deste trabalho, com a mais absoluta modéstia, haja vista não ter o seu autor a pretensão de esgotar o assunto em destaque, todavia, sem qualquer receio de esmiuçá-lo (doar a quem doar!). Se, ao final, conseguir incutir pelo menos o questionamento na mente do leitor a respeito da (des)necessidade do preenchimento do lapso temporal para a concessão da saída temporária ao apenado que inicia o cumprimento de sua sanção privativa de liberdade no regime semiaberto, já me darei por satisfeito, pois restará ultrapassada a barreira da manifesta (ou melhor dizendo, nefasta!) literalidade da lei. Contudo, não tenho a ambição de querer ser o dono da verdade, jamais! Quero fomentar a discussão, trazendo questionamentos decorrentes da simples aplicação conjugada do quanto disposto nos artigos 122, *caput* e 123, inciso II da LEP e suas verdadeiras distorções práticas, ao passo que também apresento soluções no sentido de corrigi-las.

Parafraseando certa propaganda<sup>9</sup> de um canal televisivo e educativo, “*não são as respostas que movem o mundo, são as perguntas*”. Logo, não posso me calar a tamanho abuso existente na execução penal, comumente tratado com certa “normalidade” pelos operadores do direito, seja no atuar cotidiano da atividade forense, seja ao realizar uma breve leitura em manuais que tratam da execução penal, seja ao ler (infelizmente, para muitos!) a própria LEP nos artigos concernentes ao tema. Vamos ao debate, então!

## **2. DO INSTITUTO DA SAÍDA TEMPORÁRIA E SEUS REQUISITOS LEGAIS**

A LEP trouxe no seu Título V – DA EXECUÇÃO DAS PENAS EM ESPÉCIE, Capítulo I – DAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE, Seção III

---

9. Disponível em: <[http://www.futura.org.br/videos/?tubepress\\_search=perguntas&tubepress\\_page=2](http://www.futura.org.br/videos/?tubepress_search=perguntas&tubepress_page=2)>.

– Das autorizações de saída, e, por fim, Subseção II – Da saída temporária, o instituto jurídico-penal da saída temporária ou, como já dito antes, simplesmente “saidão”, como se convencionou chamá-lo dentro do próprio sistema carcerário e também no meio forense.

Possui a saída temporária natureza jurídica de verdadeiro direito público subjetivo do condenado, ou seja, uma vez preenchidos os requisitos legais atinentes, deverá ela ser-lhe oportunizada, não constituindo sua concessão mera faculdade do juiz da execução penal, sob pena de configuração de manifesto constrangimento ilegal, e passível, portanto, de impetração de ordem de *habeas corpus* para ver sanada a ilegalidade ao direito de ir e vir do apenado.

A matéria normativa concernente à saída temporária é tratada na LEP em seus artigos 120 a 125 e ali, a princípio, estão previstas as condições para a sua concessão, regulamentação e revogação. Assim, faz-se necessária a transcrição de alguns dos principais dispositivos para melhor compreensão da temática em voga. Vejamos:

**Art. 122. Os condenados que cumprem pena em regime semia-  
berto poderão obter autorização para saída temporária do es-  
tabelecimento, sem vigilância direta, nos seguintes casos:**

I – visita à família;

II – frequência a curso supletivo profissionalizante, bem como de instrução do 2º grau ou superior, na Comarca do Juízo da Execução;

III – participação em atividades que concorram para o retorno ao convívio social.

Parágrafo único. A ausência de vigilância direta não impede a utilização de equipamento de monitoração eletrônica pelo condenado, quando assim determinar o juiz da execução.

**Art. 123. A autorização será concedida por ato motivado do juiz da  
execução, ouvidos o Ministério Público e a administração peniten-  
ciária e dependerá da satisfação dos seguintes requisitos:**

I – comportamento adequado;

**II – cumprimento mínimo de 1/6 (um sexto) da pena, se o con-  
denado for primário, e 1/4 (um quarto), se reincidente;**

III – compatibilidade do benefício com os objetivos da pena. (gri-  
fos aditados)

Como se colhe da simples leitura do *caput* do artigo 122 da LEP, nos seus pre-  
cisos termos, os apenados que cumprem pena exclusivamente no regime semia-  
berto poderão usufruir de autorização para saída temporária do estabelecimento

prisional em que se encontrem custodiados, sem vigilância direta, nas hipóteses de visita à família, frequência a curso profissionalizante ou educacional na comarca e participação em atividades de cunho ressocializatório.

Por uma análise perfunctória do dispositivo sob exame, fácil notar ser pressuposto necessário para a obtenção do direito à saída temporária que o apenado se encontre cumprindo pena no regime intermediário. Logo, exclui-se, de plano, a concessão de tal instituto ao preso provisório, porquanto sequer condenado e se encontrando privado de sua liberdade em caráter cautelar, bem como ao preso em regime fechado, pois constitui este em fase precedente e mais gravosa no sistema progressivo da execução da pena, sendo seus objetivos diversos daqueles previstos no regime semiaberto. No tocante ao apenado em regime aberto, apesar de não ser, em princípio, destinatário direto da norma, nada impede sua concessão, porquanto as saídas temporárias revelam-se não só acessíveis, mas também compatíveis àqueles que se encontrem em prisão-albergue, por se tratar de regime de pena mais brando até mesmo do que o próprio regime semiaberto, objeto direto da norma<sup>10</sup>.

A respeito das regras do regime semiaberto, imperioso também trazer à colação os dispositivos legais regentes da matéria previstos no CP e na LEP, respectivamente, *ad litteram*:

CP – Regras do regime semiaberto

Art. 35 – Aplica-se a norma do art. 34 deste Código, *caput*, ao condenado que inicie o cumprimento da pena em regime semiaberto.

§ 1º – **O condenado fica sujeito a trabalho em comum durante o período diurno, em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar.**

§ 2º – **O trabalho externo é admissível, bem como a frequência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior.**

LEP – Da Colônia Agrícola, Industrial ou Similar

Art. 91. **A Colônia Agrícola, Industrial ou similar destina-se ao cumprimento da pena em regime semiaberto.** (grifos adotados)

Destarte, percebe-se que o local adequado para o cumprimento da pena privativa de liberdade em seu estágio intermediário é a colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar, em que o apenado fica sujeito ao trabalho em comum

---

10. AGRADO EM EXECUÇÃO Nº 70011533916, QUINTA CÂMARA CRIMINAL, RELATOR DES. AMILTON BUENO DE CARVALHO, TJRS.

durante o dia, sendo permitido, ainda, o trabalho externo, bem assim a frequência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior.

Apesar das disposições legais acima transcritas e superficialmente analisadas, com bons propósitos abstratos, não é essa a realidade verificada por quem atua no âmbito da execução penal. O que se vê é o constante desrespeito de direitos daqueles que se encontram cumprindo pena no regime semiaberto. Os presos que trabalham no interior das unidades prisionais não são maioria dentro do contingente populacional carcerário. O trabalho externo, por sua vez, é exceção, tendo uma parcela ínfima dos presos autorização para laborar fora dos estabelecimentos prisionais e se recolherem no período noturno e finais de semana.

Por mais absurdo que isso possa parecer, até mesmo por contrariar dispositivos da própria LEP, os apenados do regime intermediário dividem as mesmas celas com aqueles que se encontram cumprindo a medida privativa de liberdade no regime mais gravoso, frequentam os mesmos pátios e ambientes do sistema carcerário e terminam por ter quase os mesmos “direitos” e deveres dos que se encontram no regime fechado.

Aqui, no particular, uma ressalva: alguns apenados do regime semiaberto terminam por gozar da saída temporária, verdadeira “pedra de toque” deste regime para diferenciá-lo, na prática, do regime fechado. Direito esse, todavia, que não é concedido pela grande maioria dos julgadores para todo e qualquer integrante do regime semiaberto, o que será objeto de análise e discussão em tópico seguinte, até mesmo porque constitui assunto intrinsecamente correlato (senão ele próprio!) ao tema principal deste texto.

Ademais, o que se nota pela redação do artigo 123 da LEP, transcrito alhures, é que, a princípio, a concessão da saída temporária dar-se-á por decisão judicial, após colhido o parecer do Ministério Público, assim como a oitiva da direção do estabelecimento prisional, para o apenado em regime semiaberto, desde que preencha determinados requisitos de ordem subjetiva e objetiva, a saber: a) comportamento adequado; b) cumprimento mínimo de 1/6 (um sexto) da pena, se primário, e 1/4 (um quarto), se reincidente; c) ser tal direito compatível com os objetivos da pena.

Quanto ao primeiro requisito, de ordem subjetiva, não há muito que ser dito a seu respeito, pois a interpretação da norma é clara, sendo indispensável que se comprove o comportamento satisfatório do apenado, sem haver sido reconhecida a prática de qualquer falta disciplinar, aferível através de simples certidão emitida pelo Diretor da unidade prisional, através dos dados coletados e arquivados em sua ficha individualizada junto ao CRC – Centro de Registro e Controle ou mesmo Secretaria de cada estabelecimento prisional.

O terceiro requisito, qual seja, a compatibilidade da saída temporária com os objetivos da pena, também não reclama maiores indagações, exigindo, contudo, redobrada cautela e bom senso do juiz da execução, sob pena de se inviabilizar a concessão do instituto por inteiro se levada ao extremo a complexa e filosófica análise das teorias acerca dos objetivos e fins da pena, impondo-se uma análise mais empírica do que propriamente filosófica nesse sentido.<sup>11</sup>

O segundo dos requisitos, por seu turno, propositalmente deixado por último, é o mais intrigante de todos eles, apesar de possuir caráter objetivo, pois relativo ao tempo de cumprimento mínimo de pena. Exige o inciso II do artigo 123 da LEP a satisfação de 1/6 (um sexto) da pena, se o condenado for primário, e 1/4 (um quarto), se for ele reincidente.

Aparentemente simplória, tal condição comporta uma série de questionamentos e contestações, pois, se levada ao pé-da-letra, numa interpretação estritamente literal, é capaz de produzir verdadeiras aberrações jurídicas, ou seja o surgimento de situações esquisitas sob o prisma da própria execução penal em clarividente contrariedade a diversos princípios que devem nortear a execução da pena, conforme veremos mais adiante e de forma pormenorizada.

Os artigos 124 e 125 da LEP tratam da regulamentação e da revogação e da recuperação da saída temporária, respectivamente, não exigindo também maiores dilações interpretativas.

A autorização será concedida por prazo não superior a 7 (sete) dias, podendo ser ela renovada por mais 4 (quatro) vezes durante o ano, estabelecendo o juiz da execução algumas condições para o regular exercício daquele direito pelo apenado, bem assim com prazo mínimo de 45 (quarenta e cinco) dias de concessão de intervalo entre uma e outra. Inobstante, há que ser ressaltado que a limitação legal é quanto ao número de dias – 35 (trinta e cinco) durante todo o ano, inexistindo qualquer impedimento legal de que tal benefício ocorra em mais de 5 (cinco) oportunidades, como já vem entendendo a jurisprudência de vanguarda.<sup>12</sup>

Dar-se-á a revogação da saída temporária, outrossim, quando o condenado praticar (aqui, leia-se for condenado por sentença transitada em julgado em processo judicial) crime doloso ou for punido por falta grave ou mesmo descumprir as condições determinadas na própria autorização ou revelar baixo grau de aproveitamento do curso. Não é demais lembrar que, como processo judicial

11. MARCÃO, *Op. cit.* p. 159.

12. AGRAVO EM EXECUÇÃO Nº 70011533916, QUINTA CÂMARA CRIMINAL, RELATOR DES. AMILTON BUENO DE CARVALHO, TJRS.

que é a execução da pena, em caso de configuração de qualquer das hipóteses de revogação da saída temporária, deverá ser previamente ouvido o apenado e oportunizado o seu direito de defesa, inclusive através de advogado ou defensor público, tudo isso em respeito aos princípios do *due process of law* (devido processo legal) e seus corolários do contraditório e da ampla defesa.

Determina a lei que a recuperação do direito à saída temporária dependerá da absolvição (a meu ver, inconstitucional tal exigência, pois fere frontalmente o princípio do estado de inocência, haja vista que a presunção é de inocência do réu e não de sua culpa, devendo ele perder o direito a saída temporária somente se condenado definitivamente ou, então, se houver prisão provisória que impeça a sua saída em virtude da cautelaridade desta medida) no respectivo processo penal em que se deu o suposto cometimento de fato previsto como crime na forma dolosa, não importando a que fundamento, ou do cancelamento da punição disciplinar ou da demonstração do merecimento do condenado, quando restar operada a reabilitação, cujo prazo na Bahia é de 1 (um) ano para as faltas disciplinares de natureza grave a partir do término do cumprimento da sanção disciplinar correspondente – art. 117, *caput* e inc. III do Decreto Estadual nº 12.247, de 8 de julho de 2010, que aprovou o Estatuto Penitenciário do Estado da Bahia.

Por fim, é de se perguntar, então: o requisito objetivo temporal de 1/6 (primário) e 1/4 (reincidente) deve ser exigido a todo e qualquer apenado que se encontre no regime semiaberto, inclusive aqueles que já iniciem o cumprimento da pena no regime intermediário, ou a norma prevista no artigo 123, inciso II da LEP deve ser aplicável tão-somente àqueles apenados que iniciaram o cumprimento da pena no regime mais gravoso, a saber o fechado, e, em virtude de progressão, agora se encontram no regime semiaberto?

Antes de se buscar respostas para tais questionamentos, imprescindível se faça uma análise dos princípios constitucionais, legais e extra-legais acerca do presente tema.

### **3. DOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA, RAZOABILIDADE, PROPORCIONALIDADE, INDIVIDUALIZAÇÃO E HUMANIZAÇÃO DA PENA**

Hodiernamente, muito se fala da aplicação dos princípios jurídicos, todavia, questão difícil ocorre quando se depara o operador do direito com a contraposição de normas-princípios e normas-regras num dado caso concreto. E é o que ocorre na situação em tela, como se poderá depreender mais a seguir. Não há uma disciplina normativa a esse respeito e o que se vê muitas vezes, em verdade, é a indevida sobrepujança de normas-regras em detrimento de valores principiológicos muito maiores que aquelas.

Humberto Ávila, em sua obra *Teoria dos Princípios – da definição à aplicação dos princípios jurídicos*<sup>13</sup> – conseguiu com maestria dar as coordenadas para a efetiva aplicação prática dos princípios jurídicos, estabelecendo suas origens, identificando-os individualmente e a forma como devem interagir com as demais fontes do direito na discussão jurídica e na própria aplicação do direito.

Tudo isso a partir dos ensinamentos da teoria do direito desde Ronald Dworkin, passando pelas teorias da interpretação e argumentação propostas por Robert Alexy, bem como acolhendo as lições de Norberto Bobbio na sua teoria do ordenamento jurídico e superando, por fim, a pirâmide jurídica proposta por Hans Kelsen, através de um estudo sistemático, contudo, crítico do que são os princípios jurídicos. Preencheu, dessa forma, tal lacuna com uma sabedoria extremada, auxiliando o aplicador do direito na interpretação e argumentação jurídica.

Inovou, ainda, o doutor gaúcho ao ir além da dicotomia entre as normas-regras e normas-princípios e sua distinção propriamente dita, ampliando sua concepção com um plano adicional, acrescentando às regras e princípios os denominados postulados.

Nesse novo patamar valorativo, encontram-se critérios como a proporcionalidade e a razoabilidade, por exemplo, objeto de análise na presente obra, pois de fundamental importância para se tentar chegar a uma conclusão lógica e plausível acerca do tema submetido à apreciação.

Os princípios e regras formariam as chamadas normas de primeiro grau, tendo ambos eficácia normativa, superando-se a crença outrora existente de que os princípios teriam dimensão puramente axiológica, ética, sem eficácia jurídica ou aplicabilidade direta e imediata. Os postulados estariam, então, localizados num metapiano, acima do plano das regras e dos princípios, formando um novo grupo de normas, qual seja normas de segundo grau ou normas de aplicação.

Não se descuidou, todavia, o insigne doutrinador de proceder à distinção entre regra e princípio, ambos compreendidos em igual medida como normas, não obstante com critérios de aplicação distintos. As regras possuem descrição direta de um comportamento ou mesmo a atribuição de uma competência como objeto, visando apenas indiretamente à obtenção de um fim. Já os princípios, por sua vez, têm por objetivo, de modo inverso, a direta consecução de uma finalidade, com influência tão-somente indireta no comportamento ou mesmo na atribuição de competência necessária nesse sentido.

---

13. ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. São Paulo: Malheiros, 2011.

Extremamente interessante, até mesmo pelos propósitos a que se destina o presente texto, trazer à baila o escólio do citado doutrinador:

É verdade que o importante não é saber qual a denominação mais correta desse ou daquele princípio. O decisivo, mesmo, é saber qual é o modo mais seguro de garantir sua aplicação e efetividade. Ocorre que a aplicação do Direito depende precisamente de processos discursivos e institucionais sem os quais ele não se torna realidade. A matéria bruta utilizada pelo intérprete – o texto normativo ou dispositivo – constitui uma mera possibilidade de Direito. A transformação dos textos normativos em normas jurídicas depende da construção de conteúdos de sentido pelo próprio intérprete. Esses conteúdos de sentido, em razão do dever de fundamentação, precisam ser compreendidos por aqueles que os manipulam, até mesmo como condição para que possam ser compreendidos pelos seus destinatários. É justamente por isso que cresce em importância a distinção entre as categorias que o aplicador do Direito utiliza. O uso desmesurado de categorias não só se contrapõe à exigência científica de clareza – sem a qual nenhuma Ciência digna desse nome pode ser erigida –, mas também compromete a clareza e a previsibilidade do Direito, elementos indispensáveis ao princípio do Estado Democrático de Direito.<sup>14</sup>

Reportando-se ao tema em questão – a (des)necessidade de cumprimento do requisito objetivo inserto no inciso II do art. 123 da LEP para os apenados que iniciem o cumprimento de pena no regime semiaberto, faz-se indispensável a conceituação e análise pormenorizada de cada um dos postulados/princípios aplicáveis para a solução da problemática posta.

O primeiro deles é com certeza o da igualdade, considerado direito fundamental. O art. 5º, *caput*, da CF consagra a máxima de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Deve-se ter em vista, pela lição de Humberto Ávila que a igualdade ora pode funcionar como regra, ora como princípio, ora como postulado, a depender da situação verificada.

A igualdade pode funcionar como regra, prevendo a proibição de tratamento discriminatório; como princípio, instituindo um estado igualitário como fim a ser promovido; e como postulado, estruturando a aplicação do Direito em função de elementos (critério de diferenciação e finalidade da distinção) e da relação entre eles (congruência do critério em razão do fim).

A concretização do princípio da igualdade depende do critério-medida objeto de diferenciação. Isso porque o princípio da igualdade, ele próprio, nada diz quanto aos bens ou aos fins de que se serve a

---

14. ÁVILA, *Op. cit.* p. 24-25.



igualdade para diferenciar ou igualar as pessoas. As pessoas ou situações são iguais ou desiguais em função de um critério diferenciador.<sup>15</sup>

Busca-se com tal princípio não somente alcançar a igualdade formal, consagrada no liberalismo clássico, mas também a material, na medida em que a lei deverá tratar igualitariamente os iguais e de forma desigual os diferentes, na exata medida de suas diversidades.

No âmbito da execução penal, não se pode descurar de tal postulado/princípio/regra em seu real sentido axiológico, sob pena de se chegar a “soluções” esdrúxulas e incompatíveis com o instituto jurídico a ser aplicado no caso concreto.

O segundo é a razoabilidade, a qual há de ser entendida como postulado a partir de três valores, segundo classificação de Humberto Ávila: razoabilidade como equidade, como congruência e como equivalência.

A razoabilidade estrutura a aplicação de outras normas, princípios e regras, notadamente das regras. A razoabilidade é usada com vários sentidos. Fala-se em razoabilidade de uma alegação, razoabilidade de uma interpretação, razoabilidade de uma restrição, razoabilidade do fim legal, razoabilidade da função legislativa. Enfim, razoabilidade é utilizada em vários contextos e com várias finalidades.

[...]

Relativamente à razoabilidade, dentre tantas acepções, três se destacam. Primeiro, a razoabilidade é utilizada como diretriz que exige a relação das normas gerais com as individualidades do caso concreto, quer mostrando sob qual perspectiva a norma deve ser aplicada, quer indicando em quais hipóteses o caso individual, em virtude de suas especificidades, deixa de se enquadrar na norma geral. Segundo, a razoabilidade é empregada como diretriz que exige uma vinculação das normas jurídicas com o mundo ao qual elas fazem referência, seja reclamando a existência de um suporte empírico e adequado a qualquer ato jurídico, seja demandando uma relação congruente entre a medida adotada e o fim que ela pretende atingir. Terceiro, a razoabilidade é utilizada como diretriz que exige a relação de equivalência entre duas grandezas. São essas acepções a ser investigadas.<sup>16</sup>

O terceiro postulado/princípio, por seu turno, é o da proporcionalidade. Boa parte da doutrina costuma classificar a razoabilidade e a proporcionalidade como princípio único. Considera-os um só corpo, em essência, no sentido de que

15. ÁVILA, *Op. cit.* p. 162.

16. ÁVILA, *Op. cit.* p. 163-164.

consubstanciam uma pauta axiológica emanada direto de ideais de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins, e que precedem e condicionam a própria positivação jurídica, inclusive na órbita constitucional. Ao termo, serve ainda, enquanto princípio geral do direito, de regra interpretativa para todo o arcabouço jurídico. Ávila, no entanto, diferencia-os:

O postulado da proporcionalidade exige que o Poder Legislativo e o Poder Executivo escolham, para a realização de seus fins, meios adequados, necessários e proporcionais. Um meio é adequado se promove o fim. Um meio é necessário se, dentre todos aqueles meios igualmente adequados para promover o fim, for o menos restritivo relativamente aos direitos fundamentais. E um meio é proporcional, em sentido estrito, se as vantagens que promove superam as desvantagens que provoca. A aplicação da proporcionalidade exige a relação de causalidade entre meio e fim, de tal sorte que, adotando-se o meio, promove-se o fim.<sup>17</sup>

Importante se ter a noção exata, ainda que sucinta, do significado desses dois importantes postulados axiológicos.

Para fins de conceituação, Alberto Silva Franco disserta sobre o princípio/postulado da proporcionalidade:

O princípio da proporcionalidade exige que se faça um juízo de ponderação sobre a relação existente entre o bem que é lesionado ou posto em perigo (gravidade do fato) e o bem que pode alguém ser privado (gravidade da pena). Toda vez que, nessa relação, houver um desequilíbrio acentuado, estabelece-se, em consequência, inaceitável desproporção. O princípio da proporcionalidade rechaça, portanto, o 'estabelecimento de cominações legais' (proporcionalidade em abstrato) e a imposição de penas (proporcionalidade em concreto) que careçam de relação valorativa com o fato cometido considerado em seu significado global. Tem, em consequência, um duplo destinatário: o poder legislativo (que tem de estabelecer penas proporcionadas, em abstrato, à gravidade do delito) e o juiz (as penas que os juízes impõem ao autor do delito têm de ser proporcionadas à sua concreta gravidade).<sup>18</sup>

O almejado raciocínio da proporcionalidade definitivamente não se trata de uma tarefa de simples aferição, porquanto não constitui em mero mecanismo aritmético que se possa chegar simplesmente a um denominador comum. A quase-proporção, é inegável, encontra-se no talião, isto é, no olho por olho, dente

17. ÁVILA, *Op. cit.* p. 171.

18. SILVA FRANCO, Alberto. **Crimes hediondos**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 84.

por dente. Contudo, embora aparentemente proporcional, o talião ofende o princípio da humanidade, pilar indispensável em uma sociedade na qual se tem em mira a dignidade da pessoa humana.<sup>19</sup>

O princípio/postulado da proporcionalidade, consagração do constitucionalismo moderno, muito embora fosse reclamado por Beccaria já no século XVIII em sua clássica obra *Dos delitos e das penas*<sup>20</sup>, não foi expressamente adotado pelo texto constitucional, contudo inteiramente recepcionado pela constituição federal brasileira, sendo possível extraí-lo implicitamente de outros princípios concretamente positivados no âmbito constitucional – artigo 5º, incisos XLVI, XLVII, XLII, XLIII e XLIV, bem assim de leis infraconstitucionais – artigo 68, CP, como verdadeiros postulados que são.

A noção de razoabilidade, dessarte, é muito bem posta por Cezar Roberto Bitencourt, definindo-o a partir da distinção e identificação da proporcionalidade:

Os princípios da *proporcionalidade* e da *razoabilidade* não se confundem, embora estejam intimamente ligados e, em determinados aspectos, completamente identificados. Na verdade, há que se admitir que se trata de princípios fungíveis e que, por vezes, utiliza-se o termo “razoabilidade” para identificar o princípio da proporcionalidade, a despeito de possuírem origens completamente distintas: o princípio da proporcionalidade tem origem germânica, enquanto a razoabilidade resulta da construção jurisprudencial da Suprema Corte norte-americana. *Razoável* é aquilo que tem aptidão para atingir os objetivos a que se propõe, sem, contudo, representar excesso algum.

Pois é exatamente o *princípio da razoabilidade* que afasta a invocação do exemplo concreto mais antigo do princípio da proporcionalidade, qual seja, a “lei do talião”, que, inegavelmente, sem qualquer razoabilidade, também adotava a o princípio da proporcionalidade. Assim, *a razoabilidade exerce função controladora* na aplicação do princípio da proporcionalidade. Com efeito, é preciso perquirir se, nas circunstâncias, é possível adotar outra medida ou outro meio menos desvantajoso e menos grave para o cidadão.<sup>21</sup>

Assim, o princípio/postulado da razoabilidade, com recente previsão constitucional no artigo 5º, inciso LXXVIII, através de uma de suas espécies – previsão da razoável duração do processo, funciona nada mais nada menos que um contrapeso ao próprio princípio/postulado da proporcionalidade, controlando-o,

19. GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004, p. 85.

20. BECCARIA, *Op. cit.*

21. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal : parte geral, volume 1**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 23-24.

sem, contudo, com ele se confundir. Almeja-se, com sua aplicação, a incidência de uma medida que seja proporcional, dadas as circunstâncias colocadas, mas inteiramente plausível e menos gravosa ao cidadão, considerando-o a partir de uma ótica da indisponibilidade de seus direitos fundamentais, não cabendo ao Estado dispor deles, mas, em certeza, respeitá-los e, mais ainda, garanti-los.

Quanto aos dois últimos princípios, da individualização e da humanização da pena, apesar de versarem sobre matéria afeta à pena, também não se confundem, sendo bastante clara a distinção entre ambos.

A garantia fundamental da individualização da pena está expressamente consagrada como princípio vetor no artigo 5º, inciso XLVI da CF, e significa que se deve eleger a justa e adequada sanção penal, não só quanto ao montante, mas também ao perfil e aos efeitos penderes sobre o condenado, tornando-o único e distinto dos demais transgressores, fugindo-se da nefasta padronização da pena.

Repousa ele no ideal de justiça, consoante o qual se deve distribuir a cada indivíduo o que lhe cabe, conforme características específicas comportamentais, o que em matéria penal denota dever ser levado em conta na aplicação da pena não a norma penal em abstrato, mas, especialmente, os aspectos subjetivos e objetivos do delito. Nelson Hungria explica-o:

A fórmula unitária foi assim fixada: *retribuir o mal concreto do crime com o mal concreto da pena, na concreta personalidade do criminoso*. Ao ser cominada *in abstracto*, a pena é individualizada objetivamente; mas, ao ser aplicada *in concreto*, não prescinde da sua individualização subjetiva. Após a individualização convencional da lei, a individualização experimental do juiz, ao mesmo tempo objetiva e subjetiva. É conservada a prefixação de *minima* e *maxima* especiais; mas, suprimida a escala legal de graus intermédios, o juiz pode mover-se livremente entre aqueles, para realizar a “justiça do caso concreto”.<sup>22</sup>

Quanto ao princípio da humanização da pena, significa que deve esta respeitar os direitos fundamentais do condenado como ser humano que é, podendo ser extraído dos seguintes dispositivos constitucionais: a) artigo 5º, inciso XLIX da CF – respeito assegurado à integridade física e moral dos presos; b) artigo 5º, inciso XLVII da CF – o Estado não pode dispensar nenhum tratamento cruel, desumano ou degradante ao preso, razão por que veda as penas de morte, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis e prisão perpétua. Busca-se, por meio da execução penal, a integração social do condenado.

---

22. HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1949. v. I, p.86.

Paulo Lúcio Nogueira ensina:

Em particular, deve-se observar o princípio da *humanização da pena*, pelo qual deve-se entender que o condenado é sujeito de *direitos e deveres*, que devem ser respeitados, sem que haja excesso de regalias, o que tornaria a punição desprovida da sua finalidade.<sup>23</sup>

E Zaffaroni conclui dizendo que o princípio da humanização da pena ou tão-só princípio de humanidade determina o seguinte:

[...] a inconstitucionalidade de qualquer pena ou consequência do delito que crie uma deficiência física (morte, amputação, castração ou esterilização, intervenção neurológica etc.), como também qualquer consequência jurídica inapagável do delito.<sup>24</sup>

O princípio da humanização da pena encerra a noção de que nenhuma pena privativa de liberdade, nem a mais grave de todas elas, terá finalidade atentatória contra a incolumidade da pessoa como ser social.<sup>25</sup>

Logo, em resumo, os postulados normativos de interpretação não se confundem com as normas-princípios, mas têm a finalidade de estabelecer como os princípios e as regras devem ser aplicadas, servindo de fiel guia na atividade interpretativa, estabelecendo parâmetros e diretrizes na ponderação dos interesses envolvidos na aplicação do direito.

Assim, uma vez entendido toda essa base principiológica, que configura verdadeiro alicerce valorativo da execução penal, podemos enfrentar o tema propriamente dito do presente trabalho no tópico que adiante se delinea.

#### **4. DA NECESSÁRIA INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA DA NORMA INSERTA NO ART. 123, INC. II DA LEP**

Caro leitor, na linha do entendimento já esposado, seguindo os ensinamentos postos por ninguém menos que Ferrajoli<sup>26</sup> e sua teoria do garantismo penal e, em especial, Amilton Bueno de Carvalho<sup>27</sup>, que, por sua vez, trouxe tal doutrina para o âmbito da execução penal, parte o presente autor de premissas básicas para o desenvolvimento do raciocínio que ora expõe: a da não-neutralidade e da cristalina defesa do garantismo penal, aqui sob o enfoque da execução penal.

23. NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Comentários à Lei de Execução Penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 7.

24. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Derecho Penal – Parte General*. 6. ed. Buenos Aires: Ediar, 1991, p. 139.

25. BITENCOURT, *Op. cit.* p. 16.

26. FERRAJOLI, *Op. cit.*

27. CARVALHO, *Op. cit.*

O comprometimento do escrito *in casu* é com a proteção e preservação das garantias do cidadão, não importa quem seja ele (quicá um “monstro” como “pintam” os programas sensacionalistas tão em voga nos dias atuais), nem o crime perpetrado (até mesmo uma “atrocidade” digna de “condenação” prévia pela opinião pública com superexposição pela mídia, sem qualquer obediência ao devido processo legal, ampla defesa e contraditório).

E Amilton Bueno de Carvalho ministra magnífica lição nesse sentido:

Temos profunda desconfiança em relação ao Direito Penal: não cumpre suas promessas, suas intenções declaradas – o prevenir crimes e o recuperar aqueles que ousam atacá-lo.

Por outro lado, agora muito mais do que desconfiança, não cremos na pena de prisão – diria Zaffaroni: não justificada racionalmente, mas como ela aí está temos que a aplicar em situações especialíssimas, de caos, como ensina Calera: limite ao intolerante máximo e não a qualquer intolerante.<sup>28</sup>

Diante disso, é que se faz imperioso restringir a interpretação da norma inserida no artigo 123 e seus incisos da LEP, harmonizando-a com o próprio artigo 1º do mesmo estatuto, que objetiva efetivar as disposições contidas na sentença e proporcionar condições para a harmônica integral social do apenado, com o artigo 35 do CP, que dispõe acerca das regras do regime semiaberto, dentre elas a perfeita sujeição e compatibilidade ao trabalho e estudo, inclusive em meio externo, bem assim com as demais normas-princípios constitucionais (isonomia, individualização e humanização da pena, proporcionalidade e razoabilidade).

Como já explicitado retro, a LEP permite em seu artigo 122 que se conceda a saída temporária do estabelecimento prisional ao condenado do regime semiaberto como elemento inerente à finalidade do cumprimento da pena e sua função ressocializadora. No entanto, condiciona a sua concessão ao implemento de elementos de ordem subjetiva e objetiva. De maior interesse ao presente tema somente aquele de natureza objetiva: o cumprimento de 1/6 (um sexto) da pena, se primário o condenado, ou de 1/4 (um quarto) da sanção, se o apenado for reincidente.

Não obstante, imprescindível aduzir que aludida exigência legal somente poderá ser levada à efeito para o apenado do regime semiaberto que adveio do regime fechado mediante progressão. Ou seja, a única interpretação possível, levando-se em conta os princípios aplicáveis à matéria (isonomia, individualização e humanização da pena, proporcionalidade e razoabilidade), é que a exigência do

---

28. CARVALHO, *Op. cit.* p. 2.

cumprimento fracionário da pena de 1/6 (um sexto) ou 1/4 (um quarto), a depender se primário ou reincidente, em respectivo, é aplicável tão-somente ao preso que inicia o cumprimento da pena no regime mais gravoso e assim progride para aquele intermediário, excluindo-se de tal atividade hermenêutica o apenado que já inicia no regime semiaberto.

Tal exigência legal, se assim fosse levada à risca para todo e qualquer apenado que se encontrasse no regime semiaberto, provocaria um disparate desproporcional concernente ao dogma de que a pena é proporcional à culpabilidade e de que é ela individualizada conforme a situação pessoal do agente.

Isso porque, na esteira do verbete sumular nº 40 do STJ, que dispõe ser o tempo de cumprimento de pena no regime fechado perfeitamente aproveitável para a obtenção dos benefícios da saída temporária e trabalho externo, verifica-se que o apenado que ingressa no regime semiaberto advindo do fechado já satisfaz a exigência do artigo 123, inciso II da LEP.

Não é possível pensar em sentido contrário, como querem muitos (a maioria da doutrina, ressalte-se), ainda que de forma involuntária (o que para mim é irrelevante, pois o resultado prático é o mesmo, qual seja, a indevida negativa de um direito ao apenado!), porquanto limitam-se a transcrever literalmente nos manuais aquilo que é posto no dispositivo legal, sem atentar para as contradições decorrentes de tal entendimento e os princípios constitucionais aplicáveis à hipótese que se sobrepõem à norma. E argumentos não faltam nesse contexto.

A inconstitucionalidade seria flagrante, por ofensa aos princípios da isonomia e proporcionalidade.

Isso porque se estaria fornecendo tratamento desigual a apenados que estariam em igual situação, qual seja no mesmo regime de cumprimento de pena. Não se pode querer atribuir tratamento diferenciado a pessoas que enfrentam situação similar. Todos aqueles que estejam cumprindo pena no regime semiaberto, seja por meio de progressão advinda do regime fechado, seja por já iniciar o cumprimento da pena no regime semiaberto, devem ter obrigatoriamente o mesmo tratamento, sem qualquer distinção no tocante à concessão ou vedação de direitos, sob pena de violação do princípio constitucional da isonomia ou igualdade.

Ora, não se pode cogitar na concessão da saída temporária para aquele condenado que progrediu do regime fechado para o semiaberto, pois cumpridor do mínimo de 1/6 (um sexto) do total da pena que lhe foi imposta (exigência do artigo 112 da LEP – primário ou reincidente), na linha do pacífico entendimento contido na súmula nº 40 do STJ, e negá-lo a quem já ingressa diretamente no semiaberto, em virtude de ter sido este o regime inicial imposto em sentença

condenatória. Trocando em miúdos, seria como conceder o direito a quem praticou delito mais gravoso (e por isso teve seu regime inicial fechado) e recusá-lo a quem cometeu crime mais brando (e em razão disso teve determinado pelo juízo da condenação um regime menos severo – semiaberto).

A título de exemplificação, criaremos duas situações hipotéticas a fim de verificarmos a absoluta contradição criada se tal entendimento (inteiramente equivocado sob o prisma constitucional) for levado a efeito (o pior é que, de fato, tem sido ele levado à efeito por muitos aplicadores do direito, inclusive advogados e defensores, para a nossa perplexidade e indignação!):

**Situação 1:** Um indivíduo que aqui chamaremos de “Razoabilidade” teve contra si uma condenação de 6 (seis) anos de reclusão, em regime inicialmente semiaberto, pela prática do crime de roubo simples (artigo 157, *caput*, CP). Foi considerado réu primário pelo juízo prolator da decisão, bem assim se encontra preso desde 01.01.2011 por força de prisão preventiva, a qual restou mantida na sentença que o condenou. Em 20.12.2011, formulou, através da Defensoria Pública, pedido de saída temporária para o período natalino do ano de 2011, alegando a desnecessidade do cumprimento do requisito temporal de 1/6 (um sexto), por já ter iniciado o cumprimento da pena no regime semiaberto, bem assim por ostentar bom comportamento carcerário, consoante atestado de conduta carcerária emitido pelo diretor do estabelecimento prisional em que permanece custodiado. O Juiz da Execução da comarca em que se encontra “Razoabilidade” cumprindo pena, nominado “Dr. Legalista”, entendeu por bem lhe negar o direito à saída temporária de natal sob a única justificativa de que não preencheu o requisito objetivo, apesar de satisfeito o critério subjetivo.

**Situação 2:** Outro indivíduo, que, por sua vez, nomearemos de “Proporcionalidade”, também teve contra si uma sentença condenatória, somente que com *quantum* de 9 (nove) anos de reclusão, em regime inicial fechado, pelo cometimento do delito de roubo “qualificado” (artigo 157, § 2º, inciso I do CP). Também foi considerado réu primário pelo juízo prolator da decisão, assim como se encontra preso desde 01.06.2010 por força de prisão preventiva, a qual restou mantida na sentença que o condenou. Na data de 20.12.2011, pleiteou, de igual forma, por meio da Defensoria Pública, progressão para o regime semiaberto e consequente saída temporária para o período natalino do ano de 2011, alegando o preenchimento do requisito objetivo de 1/6 (um sexto), quer para a progressão, quer para a saída temporária, invocando com relação a esta última a aplicação da súmula nº 40 do STJ, bem como por ostentar bom comportamento carcerário, conforme certificado em atestado de conduta carcerária expedido pela direção da unidade prisional onde está preso. O Juiz da Execução da comarca em que



se encontra “Proporcionalidade” cumprindo pena, “Dr. Legalista”, deferiu-lhe ambos os pedidos formulados, fundamentando seu *decisum* na satisfação dos requisitos objetivos e subjetivos atinentes à hipótese submetida à sua apreciação.

**Conclusão 1:** “Razoabilidade” praticou delito mais brando, a saber o de roubo simples, tipificado no art. 157, *caput*, CP, tendo exercido a grave ameaça sem qualquer utilização de arma, e, em razão disso, bem assim da pena que lhe foi imposta, teve fixado o regime inicial semiaberto. Por haver cumprido somente 11 (onze) meses e 20 (vinte) dias de sua pena, logo não preenchido o período mínimo de 1/6 (um sexto), foi-lhe negado o direito à saída temporária de natal de 2011, apesar de possuir comportamento adequado na prisão. Resta à “Razoabilidade” a seguinte pena a cumprir na data de 20.12.2011: 5 (cinco) anos e 10 (dez) dias.

**Conclusão 2:** “Proporcionalidade” cometeu crime mais grave, a saber o de roubo “qualificado”, previsto no art. 157, § 2º, inciso I, CP, tendo exercido a grave ameaça com o emprego de arma de fogo, o que resultou na imposição de penalidade maior e regime de cumprimento mais grave. Todavia, por já haver cumprido 1 (um) ano, 6 (seis) meses e 20 (vinte) dias de sua pena, logo mais do que o período mínimo de 1/6 (um sexto), correspondente a 1 (um) ano e 6 (seis) meses, teve deferido o direito tanto à progressão para o regime semiaberto, como, consequentemente, à saída temporária de natal de 2011. À “Proporcionalidade”, falta cumprir ainda 7 (sete) anos, 5 (cinco) meses e 10 (dez) dias de pena.

**Conclusão 3:** “Razoabilidade” e “Proporcionalidade”, em razão dos delitos praticados e das penas impostas, chegaram ambos ao mesmo regime – semiaberto, todavia, tal regime será qualitativamente mais rigoroso para “Razoabilidade” e isto se deve (in)justamente ao fato de ter ele cometido crime menos grave que o perpetrado por “Proporcionalidade” e ter fixada contra si pena menor. Verdadeira injustiça!

Como se pode facilmente perceber pelos casos acima ilustrados, o entendimento que tem predominado relativo ao tema em questão gera uma absurda incongruência, ferindo de morte princípios constitucionais regentes da matéria – isonomia, proporcionalidade, razoabilidade, individualização da pena, para parar por aqui.

Não é possível conceber que “Proporcionalidade”, condenado em regime inicial mais grave e que ainda tem 7 (sete) anos, 5 (cinco) meses e 10 (dez) dias de reclusão a cumprir pela frente faça jus ao direito e “Razoabilidade”, que iniciou o cumprimento de sua pena no regime intermediário, e tem tão-somente mais 5 (cinco) anos e 10 (dez) dias de pena a cumprir, logo 2 (dois) anos e 5 (cinco) meses a menos, veja negada sua saída temporária sob o (in)fundado argumento de que não preencheu o requisito de cumprimento de 1/6 (um sexto) da pena.

Tal entendimento nos conduziria à perplexidade, como, de fato, nos conduz, pois comumente o direito à saída temporária é negado sob essa justificativa (inadmissível, reitere-se!). Sem qualquer sombra de dúvida, violaria, como, em verdade, viola, os princípios da isonomia, proporcionalidade, razoabilidade e da individualização da pena. O que mais causa irresignação é que a situação apresentada apenas no plano hipotético no presente texto ocorre diuturnamente na vida real, nos fóruns desse Brasil afora, negando-se direitos a apenados que, ainda que no plano da norma-regra, não satisfaça o requisito legal, todavia, sob o enfoque principiológico, fazem jus à saída temporária sim, com o escopo de se garantir a efetiva aplicabilidade das normas-princípios em questão (isonomia, proporcionalidade, razoabilidade, individualização e humanização da pena).

Ainda se valendo dos exemplos imaginariamente aqui propostos (mas muito reais nas mentes daqueles que têm seus direitos desrespeitados na execução de suas penas!), seria razoável “Dr. Legalista” conceder a saída temporária a “Proporcionalidade” e negá-la à “Razoabilidade”? E proporcional? Houve respeito à isonomia em tais decisões? Tratou-se igualmente os iguais ou mesmo desigualmente os desiguais? A almejada individualização de cada uma das penas restou preservada? E o caráter humanitário de ambas? Tenho certeza que a resposta a tais indagações é uma só: obviamente, NÃO! Ou estou equivocado? Continuo convicto que estou correto em tal pensamento, não por vaidade, mas sim por estrita observância às garantias fundamentais já tão comentadas por essas bandas.

Fica a lição de que, ao condenado que ingressa diretamente no regime semiaberto, hão de ser observadas tão-somente aquelas condições necessárias à concessão do direito dispostas no artigo 123, incisos I e III da LEP, excluída a do inciso II.

A primeira delas é o comportamento adequado, que aqui deve ser entendido como o bom comportamento no decorrer da execução de sua pena, tal qual exigido à concessão do livramento condicional e progressão de regime, indicado, fundamentalmente, pela ausência de registro de falta grave no respectivo prontuário do preso.<sup>29</sup>

E aqui, o bom comportamento carcerário deve ser presumido, até prova em contrário, em obediência ao princípio do estado de inocência, não sendo necessário aguardar qualquer lapso temporal mínimo para se saber a efetiva conduta

---

29. MARCÃO, *Op. cit.* p. 158.

carcerária do interno. O entendimento é simples: o apenado inicia o cumprimento de sua pena com presumido comportamento adequado. A menos que se reconheça a prática de falta disciplinar no decorrer da execução da pena e devidamente apurada em procedimento apropriado é que não se concederá tal direito, por ausência de mérito do interno.

A outra, a compatibilidade da saída temporária com os objetivos da pena corresponde à situação, considerada sob uma ótica objetiva, que possa vir a contra-indicar a concessão do direito em si mesmo, ou seja, que seja relacionada à circunstância da própria saída, mostrando-se incompatível com a execução da pena, como, por exemplo, saída temporária de apenado durante o período carnavalesco, uma vez que se considere tal época desfavorável ao retorno do convívio social.

Exigir-se mais do que isso é, ao meu ver, criar requisito que a lei não criou e, por tabela, haveria nova ofensa (além daquelas já relacionadas retro), desta vez ao princípio da legalidade (artigo 5º, incisos II e XXXIX da CF), que rege qualquer Estado de Direito que se preze e considerado como um dos mais importantes princípios (senão o maior deles!) do direito penal e processual penal.

Forçoso notar, ademais, que a exigência ao condenado em regime inicial semiaberto de que cumpra 1/6 (um sexto) ou 1/4 (um quarto) da pena para poder usufruir da saída temporária levaria a um paradoxo sobre a inutilidade do benefício por dois motivos simplórios: a) antes deste prazo, sua situação seria similar a do regime fechado, caracterizando um desvio na própria execução da pena, pois lhe seria tolhido o direito de ter alguns dias em liberdade com sua família ou para qualificação educacional/profissional ou participação em atividades educativas; b) após o cumprimento de tais prazos ou até mesmo antes dele (no caso de reincidente, pois obteria a progressão com 1/6 – um sexto – e a saída temporária com somente 1/4 – um quarto – quando provavelmente já teria progredido para o regime aberto), observados quase os mesmos requisitos, o apenado poderia progredir ao regime aberto, o que tornaria a previsão inócua.

Assim sendo, é manifesta a necessidade de interpretação restritiva do artigo 123, inciso II da LEP, para somente fazer incidir-lo àqueles apenados oriundos do regime fechado e que, com a progressão de regime, aproveitem o tempo de cumprimento de pena no regime mais gravoso para fins de saída temporária, a teor do que dispõe a súmula nº 40 do STJ, afastando sua aplicação aos condenados que iniciem a pena em regime semiaberto e se permita a estes a obtenção imediata do direito à saída temporária prevista no art. 122 da LEP tão logo iniciem o cumprimento de suas penas, sempre que for possível a aferição dos requisitos subjetivos favoráveis.

## 5. A SAÍDA TEMPORÁRIA E OS CRIMES HEDIONDOS E A ELES EQUIPARADOS

Há de se perguntar, ainda: e com relação aos delitos hediondos e a ele equiparados, previstos na lei nº 8.072/90, a qual foi modificada pela lei nº 11.464/2007, que alterou a redação do § 2º do seu artigo 2º, exigindo, para fins de progressão de regime, o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente, vale a mesma argumentação desenvolvida no tópico anterior? Somente se aplicaria àqueles apenados que iniciassem o cumprimento de suas penas no regime fechado e, portanto, já trouxessem na progressão para o regime semiaberto como “bagagem” o tempo de pena necessário para fins de saída temporária? As respostas a tais perguntas caminham na linha do quanto já foi esposado até agora, apenas com algumas ressalvas.

A lei nº 8.072/90, já com a modificação trazida pela lei nº 11.464, de 29 de março de 2007, tratou no § 1º do artigo 2º que a pena decorrente de crime hediondo ou a ele equiparado, outrora cumprida em regime integralmente fechado (já tendo sido declarado inconstitucional pelo STF no julgamento do HC 27.259), agora deverá ser cumprida em regime inicialmente fechado (o que, ao meu sentir, continua sob a mácula da inconstitucionalidade, pois afronta substancialmente o princípio individualizador da pena esculpido no artigo 5º, inciso XLVI da CF, “jogando na vala comum” todo aquele que porventura tenha cometido um crime dotado de hediondez ou a ele equiparado, como se não existissem grandes e pequenos traficantes, *serial killers* e homicidas de “primeira e única viagem” ou mesmo fosse indiferente um latrocida de um falsificador de cosméticos e saneantes – mas isso é assunto para um outro texto...).

Logo, têm-se duas situações delineadas: a) a primeira delas, o apenado que foi condenado por crime hediondo ou a ele equiparado a cumprir pena no regime inicial fechado, não importa se primário ou reincidente, e que obtém a progressão para o regime semiaberto; b) a segunda delas, o apenado que, apesar de condenado pela prática de delito hediondo ou a ele equiparado, tem imposto pelo juízo da condenação regime inicial diverso do fechado, aqui, a saber, o semiaberto.

A primeira conjuntura não reclama maiores problemas, haja vista que o apenado condenado por crime hediondo praticado após a edição da lei nº 11.464/2007, em regime inicial fechado, quando progredir para o regime semiaberto, trará consigo ao menos 2/5 (dois quintos), se primário, ou 3/5 (três quintos), se reincidente, requisitos objetivos tais que satisfarão aqueles exigidos para fins de saída temporária no artigo 123, inciso II da LEP, quais sejam 1/6 (um sexto), se primário, e 1/4 (um quarto), se reincidente.

A segunda situação é que demanda maior cautela. Aqui, não se mostra recomendável fazer-se um mero exercício aritmético de memória, contrapondo os requisitos objetivos da progressão de regime (2/5 e 3/5) com os da saída temporária (1/6 e 1/4).

Nesse ponto, encontro-me na linha de entendimento de Amilton Bueno de Carvalho, que em um de seus inúmeros julgados como desembargador, com a característica extremada do garantismo penal, entende que a exigência do requisito temporal não se justifica em qualquer hipótese. E ele dá as coordenadas para tanto:

Entretanto, desde meu ponto de vista, a exigência de tais prazos não se justifica em hipótese alguma: (a) um sexto é o mesmo lapso temporal para progressão de regime carcerário; logo, o apenado alcançaria direito à saída temporária no mesmo momento da progressão de regime, com o que restaria esvaziado o benefício; e (b) um quarto é superior ao lapso temporal para a progressão; logo, o apenado teria direito à progressão antes mesmo de usufruir das saídas temporárias.<sup>30</sup>

Assim, entende ele como teratológicos aludidos requisitos objetivos pois num deles exige-se lapso temporal equivalente e noutro superior ao exigido à progressão de regime.

Ainda na esteira argumentativa garantista do ilustre doutrinador gaúcho, não se pode olvidar que a tônica da execução penal é justamente o gradual retorno do apenado ao convívio social, ainda que se tenham severas críticas ao modelo do sistema progressivo.

E o que diferencia o regime fechado do semiaberto, principalmente na prática, é exatamente o maior ou menor contato do apenado com o mundo fora do cárcere, o que é proporcionado através do gozo da saída temporária, em que se pode observar seu senso de autodisciplina e de responsabilidade, requisitos esses intrínsecos ao regime aberto (artigo 36 do CP).

Até mesmo porque, ao se exigir o cumprimento do requisito de 1/6 (um sexto) ou 1/4 (um quarto) ao apenado por crime hediondo ou a ele equiparado que já inicia no regime semiaberto, para usufruir da saída temporária, está se incorrendo nas mesmas violações aos princípios constitucionais (isonomia, proporcionalidade, razoabilidade etc.) outrora tratados.

Ademais, aludida exigência também tornaria o regime semiaberto, nesses casos, um “verdadeiro regime fechado” em quase a metade do tempo em que

---

30. AGRADO EM EXECUÇÃO Nº 70014843387, QUINTA CÂMARA CRIMINAL, RELATOR DES. AMILTON BUENO DE CARVALHO, TJRS.

o apenado permanecesse nesse regime, tanto no caso de ser ele primário como também reincidente.

Novamente, cumpre trazer à baila exemplos com o escopo de melhor ilustrar a situação em apreço, senão vejamos.

**Situação 3:** O mesmo “Razoabilidade” teve contra si condenação de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicialmente semiaberto, somente que pela prática do crime de tráfico de drogas (art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06), sendo réu primário, de bons antecedentes e não dedicado, nem integrante de organização criminosa. Encontra-se preso desde 01.06.2011, por força de prisão preventiva, a qual foi mantida, por sua vez, na sentença que o condenou. Em 31.07.2011, foi requerida em seu favor a saída temporária para o dia dos pais do ano de 2011, sustentando ser dispensável o preenchimento do lapso temporal de 1/6 (um sexto), assim como diante do bom comportamento carcerário por ele apresentado. Não obstante, o Juiz “Dr. Legalista” negou o direito a referida saída temporária sob o fundamento simplório do não preenchimento do requisito objetivo, apesar de satisfeito o critério subjetivo.

**Situação 4:** “Proporcionalidade” também teve contra si uma sentença condenatória pelo crime de tráfico de drogas, somente que pelo *caput* do art. 33 da Lei nº 11.343/06. Foi-lhe imposta uma pena de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, reconhecida sua primariedade e estando custodiado desde 01.08.2009 por força de prisão preventiva, a qual restou mantida na sentença condenatória. Na data de 31.07.2011, foram pleiteados em seu benefício a progressão para o regime semiaberto e a saída temporária para o dia dos pais de 2011, sob o pretexto de restarem cumpridos os requisitos objetivos de 2/5 (dois quintos) e 1/6 (um sexto), respectivamente, com a aplicação, inclusive da súmula nº 40 do STJ, bem como diante do bom comportamento carcerário. O Juiz “Dr. Legalista” acolheu ambos os pleitos, reconhecendo como satisfeitos os requisitos objetivos e subjetivo exigidos à hipótese.

**Conclusão 4:** Apesar de “Razoabilidade” e “Proporcionalidade” terem praticado o delito de tráfico de drogas, o primeiro incorreu em espécie menos grave (art. 33, § 4º, Lei nº 11.343/06) que o segundo (art. 33, *caput*, Lei nº 11.343/06), razão pela qual teve fixada sanção em menor patamar, bem como o seu regime de cumprimento de pena foi mais brando. Contudo, o que se verificou foi que, a despeito de “Razoabilidade” haver incorrido em tipo penal mais brando que “Proporcionalidade”, teve ele negado o direito a saída temporária, pois, à época da formulação de seu pedido, em 31.07.2011, não tinha ele completado o requisito de 1/6 (um sexto) da pena, qual seja fração de 3 (três) meses e 10 (dez) dias, apesar de ostentar comportamento carcerário satisfatório na prisão.

Já “Proporcionalidade” usufruiu o direito à saída temporária, pois já tinha completado mais de 2/5 (dois quintos) da pena total, motivo por que também progrediu do regime fechado para o semiaberto, e logicamente mais de 1/6 (um sexto), para ter reconhecido o direito a saída temporária. Resta à “Razoabilidade” a seguinte pena a cumprir na data de 31.07.2011: 1 (um) ano e 6 (seis) meses. À “Proporcionalidade”, falta cumprir na data de 31.07.2011 a seguinte pena: 3 (três) anos. “Razoabilidade” e “Proporcionalidade”, em face dos crimes perpetrados e das sanções impostas, chegaram ambos ao regime semiaberto, contudo, tal regime será mais rigoroso (sob uma ótica qualitativa) para “Razoabilidade” do que para “Proporcionalidade”. Retrato da injustiça!

Pelos exemplos acima citados, percebe-se que, pelo entendimento tradicional (ora veementemente combatido!) da doutrina e da jurisprudência pátrias, exigir-se-ia do apenado iniciante no regime semiaberto que permanecesse sem usufruir das saídas temporárias e do trabalho externo em boa parte do período neste regime, elementos esses diferenciais do regime intermediário comparado àquele mais gravoso. A distorção e desvio de finalidade da pena persistiriam, portanto!

Tolher esse direito do apenado por crime hediondo ou a ele equiparado seria um verdadeiro contrasenso ou mesmo uma negativa ao próprio princípio da humanização da pena, em que se deve possibilitar, sempre que possível, o retorno gradual do apenado ao convívio social, no qual a saída temporária revela-se inteiramente propícia para tal finalidade. É a máxima de que se deve apostar no cidadão-apanado a qualquer custo, buscando sua ressocialização, até que se prove o contrário!

Por fim, somente a título de esclarecimento, na hipótese de haver sido o crime hediondo praticado sob a égide anterior da lei nº 11.464/2007, logo antes de 29 de março de 2007, tem-se que o requisito objetivo para fins de progressão de regime é único, qual seja 1/6 (um sexto), seja o apenado primário ou reincidente. Assim, no que concerne às saídas temporárias, tudo aquilo que foi dito no tópico anterior aqui se aplica em sua inteireza.

## **6. DA JURISPRUDÊNCIA**

A jurisprudência, ainda que timidamente, mostra-se acolhedora dos argumentos trazidos ao debate, possibilitando a concessão da saída temporária de pronto ao apenado que inicia o cumprimento de sanção privativa de liberdade no regime semiaberto, sem ter, contudo, o requisito fracionário da pena em sua completude.

Inobstante sob enfoque distinto, mas aplicável ainda que indiretamente ao tema em questão, convém transcrever o verbete sumular do enunciado nº 40 do

STJ, *in verbis*: “40. Para obtenção dos benefícios da saída temporária e trabalho externo, considera-se o tempo de cumprimento da pena no regime fechado.”<sup>31</sup>

A seguir, alguns julgados oriundos do STJ acerca do assunto:

Admite-se o trabalho externo a condenado em regime semi-aberto, independentemente do cumprimento de 1/6 da pena, em função das condições pessoais favoráveis verificadas (primariedade, bons antecedentes, residência fixa, família constituída e exercício de trabalho fixo há mais de 11 anos na mesma empresa) e diante do critério de razoabilidade que sempre incide na adaptação das normas de execução à realidade social e à sua própria finalidade, ajustando-as ao caso concreto. Precedente. Ordem concedida para permitir que o paciente saia durante o dia para trabalhar, recolhendo-se a noite ao estabelecimento onde se encontra, sujeitando-se, por óbvio, às devidas cautelas legais — que ficarão a cargo do Juízo da execução.<sup>32</sup>

Encontrando-se devidamente demonstradas nos autos as condições pessoais favoráveis do ora paciente (réu primário, de bons antecedentes e com personalidade e conduta social normais), deve ser-lhe permitido o benefício do trabalho externo, independentemente do cumprimento de 1/6 da pena. Precedentes do STJ.<sup>33</sup>

No âmbito dos Tribunais de Justiça Estaduais, depreende-se brilhante aresto do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, da lavra do Eminentíssimo Desembargador relator Amilton Bueno de Carvalho sobre a temática:

EXECUÇÃO DA PENA. SAÍDA TEMPORÁRIA. REQUISITOS. ART. 123 DA LEP.

– O requisito “comportamento adequado” corresponde ao bom comportamento no decorrer da execução, tal qual se exige à concessão do livramento condicional e à progressão de regime.

– Os requisitos temporais previstos no art. 123, II, da LEP, revelam-se teratológicos: exige-se lapso temporal equivalente ou superior ao exigido à progressão de regime!

– O requisito “compatibilidade do benefício com os objetivos da pena” corresponde à situação, objetivamente considerada, que possa vir a contra-indicar a concessão do benefício, isto é, que diga respeito à circunstância da saída e se mostre incompatível com a execução da pena.

À unanimidade, rejeitada a preliminar, deram provimento<sup>34</sup>

31. Verbete sumular do enunciado nº 40 do STJ.

32. STJ, HC nº 11.845/RS, 5ª Turma, rel. min. Gilson Gipp, unânime, DJU de 10.04.2000, p. 105.

33. STJ, RHC nº 14.325/RS, 5ª Turma, rel. min. Laurita Vaz, unânime, DJU de 15.09.2003, p. 330.

34. AGRAVO EM EXECUÇÃO Nº 70014843387, QUINTA CÂMARA CRIMINAL, RELATOR DES. AMILTON BUENO DE CARVALHO, TJRS.



DIREITO PENITENCIÁRIO. SERVIÇO EXTERNO. REGIME SEMI-ABERTO. DESNECESSIDADE DE ATENDER AO REQUISITO DE 1/6.

– A teor dos arts. 36 e 37 da Lei de Execuções Penais, o requisito do cumprimento de 1/6 da pena seria exigível somente dos apenados do regime fechado.

– É ilógico permitir o trabalho externo somente quando o apenado já tenha implementado o requisito à progressão para o regime aberto, que, por natureza, já possibilita o trabalho externo.

– Sempre que possível, há que se possibilitar trabalho ao cidadão preso.

À unanimidade, negaram provimento ao recurso.<sup>35</sup>

Aqui na Bahia, mais especificamente na vara da execução penal da comarca de Itabuna, também se colhe belo precedente em sede de 1ª instância, da lavra da Excelentíssima Juíza de Direito Cláudia Valéria Panetta, *verbo ad verbum*:

[...] 6. No caso dos autos verifica-se que o sentenciado encontra-se cumprindo pena no Conjunto Penal de Itabuna – CPI, no regime semiaberto; ao qual foi condenado, conforme Certidão acostada aos autos, tem boa conduta carcerária; a saída temporária do sentenciado está relacionada como sistema progressivo da pena e visa fortalecer os laços familiares, propiciando a efetiva ressocialização, mormente quando se trata comemoração natalina, a ocorrer no período de 22/12/09 a 02/01/2010, fato ligado à liberdade fundamental do cidadão e de sua família, e sempre com a intenção primordial de reinserção e retorno ao convívio social.

7. A exigência de cumprimento de 1/6 da pena a aqueles que ingressam diretamente no regime semiaberto fere os princípios norteadores da Execução Penal, principalmente, proporcionalidade, razoabilidade e individualização da pena.

8. Exigir-se o cumprimento de 1/6 da pena ao apenado que foi condenado ao regime inicial semiaberto é o mesmo que negar-lhe os direitos previstos na lei de Execuções Penais para tal regime, conferindo tratamento privilegiado aos presos que praticaram crimes mais graves e por isso ingressaram no regime inicial fechado.

9. Além disso, não podemos esquecer que ao apenado que ingressa no regime semiaberto e cumpre 1/6 da pena, presentes os requisitos subjetivos progredirá ao regime aberto, de modo que passará todo tempo no regime semiaberto sem usufruir das benesses desse sistema prisional.

35. AGRAVO EM EXECUÇÃO Nº 70011425634, QUINTA CÂMARA CRIMINAL, RELATOR DES. AMILTON BUENO DE CARVALHO, TJRS.

[...] Por fim, vale ressaltar que o deferimento da saída temporária aos ingressos no regime semiaberto, independentemente do requisito temporal, já era prática acertada desse juízo da Execução Penal em casos anteriores (anos anteriores), não havendo razão para a mudança neste período natalino.

Por tais motivos, não existe razão para o indeferimento do pedido, haja vista o bom comportamento carcerário demonstrado pelo requerente.<sup>36</sup>

Como se vê através dos julgados ora transcritos, a jurisprudência pátria, apesar de ainda incipiente na linha da argumentação ora proposta, não se mostra vacilante em reconhecer a saída temporária àqueles apenados iniciantes do regime intermediário que não hajam cumprido o requisito temporal.

Oxalá, todavia, que tais “sementes” (precedentes jurisprudenciais) germinem e possam trazer bons frutos, a ponto de que “pássaros” (operadores do direito) possam espalhá-las pelos mais diversos “campos” (tribunais superiores ou mesmo outras jurisdições), efetivando as garantias do apenado!

## 7. CONCLUSÃO

Como já fartamente argumentado no decorrer de todo o texto, aqui em arremate, não se pode admitir a exigência do cumprimento fracionário da pena indicado no dispositivo legal da LEP (inciso II do artigo 123) ao apenado que inicie a execução de sua pena no regime semiaberto. Tão-somente aplicável aludido requisito àquele que inicia o cumprimento da pena em regime fechado, sob pena de se gerar um verdadeiro absurdo, um paradoxo indecifrável, que é exigir o menos àquele que pode o mais ou mesmo afrontar flagrantemente princípios constitucionais como a isonomia, individualização e humanização da pena, proporcionalidade e razoabilidade sob o pretexto de se fazer valer a força normativa de uma norma-regra em total inversão de valores principiológicos e seus postulados.

A interpretação da referida norma há de ser feita de forma restritiva, com o escopo de harmonizá-la com aqueles princípios apontados e com a própria sistemática da LEP e do CP no que se refere à execução da pena em seu regime intermediário, permitindo-se aos apenados que nele ingressem inicialmente a imediata obtenção do direito à saída temporária do art. 122 da LEP, sempre que os requisitos subjetivos lhes sejam favoráveis.

Ou melhor seria não se exigir tais prazos insertos no artigo 123, inciso II da LEP em qualquer caso, na linha do quanto proposto por Amilton Bueno de Carvalho!

---

36. Processo 52417-5/2009, Vara da Execução Penal da comarca de Itabuna, Juíza Cláudia Valéria Panetta, TJBA.

Que se proceda, então, a devida alteração legislativa na redação do art. 123, inc. II, determinando o cumprimento do requisito objetivo fracionário tão-somente àqueles apenados que iniciem o cumprimento da pena no regime fechado mas que se encontrem no regime semiaberto por força de progressão, excluindo os do regime inicial semiaberto. Ou mesmo que se suprima tal exigência temporal para os apenados do regime intermediário, deixando tão-somente aquelas de caráter subjetivo. Ou, então, que se respeite a constituição desse país, tão comumente rasgada pelos seus intérpretes.

O saudoso cantor baiano Raul Seixas, baiano e egresso da Faculdade de Direito da UFBA<sup>37</sup>, em uma de suas mais belas músicas – Ouro de Tolo, trata da inquietude acerca da sua própria vida e do egoísmo inerente que a cerca. E é essa inquietude que nós operadores do direito temos que ter para com aqueles “débeis” que se encontram marginalizados nos porões da prisão, os quais, na sua maioria esmagadora, são menos abastados, “necessitados de todas as necessidades básicas”, com o perdão da redundância, tendo muitas vezes alijados seus direitos e suas garantias, com a complacência de nós, operadores do direito, os “desiguais”, posto que não habitamos o cárcere e talvez nunca saibamos o real “gosto” de estar lá. Que fique a lição do “maluco beleza”, como era conhecido, ou mesmo “poeta do apocalipse”, título que lhe foi rendido após a composição dessa música! Espero, assim, ter contribuído efetivamente para fomentar o debate!

“É você olhar no espelho  
Se sentir  
Um grandessíssimo idiota  
Saber que é humano  
Ridículo, limitado  
Que só usa dez por cento  
De sua cabeça animal...

E você ainda acredita  
Que é um doutor  
Padre ou policial  
Que está contribuindo  
Com sua parte  
Para o nosso belo  
Quadro social...

Eu que não me sento  
No trono de um apartamento  
Com a boca escancarada

---

37. Disponível em: <[http://pt.wikipedia.org/wiki/Faculdade\\_de\\_Direito\\_da\\_Universidade\\_Federal\\_da\\_Bahia](http://pt.wikipedia.org/wiki/Faculdade_de_Direito_da_Universidade_Federal_da_Bahia)>.

Cheia de dentes  
Esperando a morte chegar...

Porque longe das cercas  
Embandeiradas  
Que separam quintais  
No cume calmo  
Do meu olho que vê  
Assenta a sombra sonora  
De um disco voador...<sup>38</sup>

(Raul Seixas, *Ouro de Tolo*)

## 8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AVENA, Norberto. **Processo penal: esquematizado**. São Paulo: Método, 2009.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**. Tradução: Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2003.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. vol. 1. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- CAPOBIANCO, Rodrigo Julio. **Decisões favoráveis à defesa: penal e processo penal**. 6. ed. São Paulo: Método, 2010.
- CARVALHO, Amilton Bueno de Carvalho. **Garantismo aplicado à execução penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- CARVALHO, Salo. **Antimanual de Criminologia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- \_\_\_\_\_. (Coord.). **Crítica à Execução Penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- COSTA, Leonardo Luiz de Figueiredo. O benefício de trabalho externo e o cumprimento de pena em regime semi-aberto. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, v. 13, n. 159, p. 18, fev. 2006.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2. ed. Tradução: Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luis Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 38. ed. Tradução: Raquel Ramallete. Petrópolis-RJ: Vozes, 2010.
- FUTURA. <[http://www.futura.org.br/videos/?tubepress\\_search=perguntas](http://www.futura.org.br/videos/?tubepress_search=perguntas)>.

---

38. Raul Seixas, **Ouro de Tolo**, Album Krig-ha, Bandolo! 1973.

- GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.
- HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1949. v. I.
- LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- LIMA, Roberto Gomes; PERALLES, Ubiracyr. **Teoria e prática da execução penal**. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. vol I. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- \_\_\_\_\_. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. vol II. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MASSON, Cléber. **Direito penal esquematizado – Parte geral**. 2. ed. São Paulo: Método, 2009.
- NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Comentários à Lei de Execução Penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- PRADO, Daniel Nicory. **Temas de Metodologia da Pesquisa em Direito**. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2011.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- SCHMITT, Ricardo Augusto. **Sentença penal condenatória**. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2011.
- SEIXAS, Raul. **Ouro de Tolo. Album Krig-ha, Bandolo!** Produção Marco Mazzola e Raul Seixas, Gravadora Philips, 1973.
- SILVA FRANCO, Alberto. **Crimes hediondos**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- XIMENES, Rafson Saraiva; PRADO, Daniel Nicory (Org.). **Redesenhando a Execução Penal: a superação da lógica dos benefícios**. Salvador: Faculdade Baiana de Direito, 2010.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Derecho Penal – Parte General**. 6. ed. Buenos Aires: Ediar, 1991.

