

Organizadores:
Bartira Macedo de Miranda
Helvécio Damis de Oliveira Cunha
Diva Julia Safe Coelho

**DIREITO E PROCESSO
PENAL NOS 30 ANOS DA
CONSTITUIÇÃO CIDADÃ:
EXPERIÊNCIAS E DESAFIOS NO ÂMBITO
DA SEGURANÇA PÚBLICA, DA
CRIMINALIDADE E DA VIOLÊNCIA**

Coleção Experiência Jurídica
nos 30 anos da Constituição Brasileira

9

ESA/OAB-GO e PPGDP-UFG

Coordenadores:
Rafael Lara Martins
Saulo Pinto Coelho





Copyright© 2018 by Bartira Macedo de Miranda, Helvécio Damis de Oliveira Cunha
& Diva Julia Safe Coelho

Editor Responsável: Aline Gostinski

Capa e Diagramação: Carla Botto de Barros

CONSELHO EDITORIAL CIENTÍFICO:

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT

Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Investigador do Instituto de Investigações Jurídicas da UNAM - México

JUAREZ TAVARES

Catedrático de Direito Penal da Universidade do Estado do Rio de Janeiro - Brasil

LUIS LÓPEZ GUERRA

Magistrado do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Catedrático de Direito Constitucional da Universidade Carlos III de Madrid - Espanha

OWEN M. FISS

Catedrático Emérito de Teoria de Direito da Universidade de Yale - EUA

TOMÁS S. VIVES ANTÓN

Catedrático de Direito Penal da Universidade de Valência - Espanha

D635 Direito e processo penal nos 30 anos da constituição cidadã: experiências e desafios no âmbito da segurança pública, da criminalidade e da violência.

Organizadores: Bartira Macedo de Miranda, Helvécio Damis de Oliveira Cunha, Diva Julia Safe Coelho. – 1.ed. – Florianópolis : Tirant lo Blanch, 2018. (Coleção Experiências Jurídicas nos 30 anos da Constituição Brasileira ; 9) 232p.

ISBN 978-85-9477-235-0

1. Brasil. 2. Direito 3. Processo penal. 3. Constituição Brasileira. I. Título.

CDU: 342

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, inclusive quanto às características gráficas e/ou editoriais.

A violação de direitos autorais constitui crime (Código Penal, art.184 e §§, Lei nº 10.695, de 01/07/2003), sujeitando-se à busca e apreensão e indenizações diversas (Lei nº9.610/98).

Todos os direitos desta edição reservados à Tirant Empòrio do Direito Editorial Ltda.



Todos os direitos desta edição reservados à Tirant lo Blanch.

Av. Embaixador Abelardo Bueno, 1 - Barra da Tijuca

Dimension Office & Park, Ed. Lagoa 1, Salas 510D, 511D, 512D, 513D

Rio de Janeiro - RJ CEP: 22775-040

www.tirant.com.br - editora@tirant.com.br

Organizadores:
Bartira Macedo de Miranda
Hervécio Damis de Oliveira Cunha
Diva Julia Safe Coelho

**DIREITO E PROCESSO
PENAL NOS 30 ANOS DA
CONSTITUIÇÃO CIDADÃ:
EXPERIÊNCIAS E DESAFIOS NO ÂMBITO
DA SEGURANÇA PÚBLICA, DA
CRIMINALIDADE E DA VIOLÊNCIA**

Coleção Experiência Jurídica
nos 30 anos da Constituição Brasileira

9

ESA/OAB-GO e PPGDP-UFG

Coordenadores:
Rafael Lara Martins
Saulo Pinto Coelho



COLEÇÃO EXPERIÊNCIA JURÍDICA NOS 30 ANOS DA CONSTITUIÇÃO - ESA/OAB-GO E PPG-DP-UFG

Coordenação:

Rafael Lara Martins (ESA/OAB-GO) e

Saulo Pinto Coelho (PPGDP-UFG)

Conselho Científico da Coleção:

Profa. Dra. Alessandra Silveira (U.Minho - Portugal)

Prof. Dr. Alexandre Walmott (UFU)

Profa. Dra. Diva Julia Safe Coelho (UFU)

Prof. Dr. Felipe Bambirra (Uni-Alfa)

Prof. Dr. Gonçal Mayos Solsona (UB - Espanha)

Prof. Dr. Leonardo Nunes (UFOP)

Prof. Dr. João Porto (UniRV)

Prof. Dr. Platon Teixeira de Azevedo Neto (UFG)

Prof. Dr. Rogerio Gesta Leal (UNISC)

Prof. Dr. Saulo Pinto Coelho (UFG)

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO DA COLEÇÃO.....	7
Saulo Pinto Coelho (PPGDP-UFG) e Rafael Lara Martins (ESA/OAB-GO)	
APRESENTAÇÃO DO LIVRO.....	11
Bartira Macedo de Miranda Helvécio Damis de Oliveira Cunha Diva Julia Safe Coelho	
APRESENTAÇÃO DOS COORDENADORES E ORGANIZADORES..	15
APRESENTAÇÃO DOS AUTORES.....	17
PREFÁCIO	23
Antonio José F. de S. Pêcego	
MULTICULTURALISMO E PLURALISMO JURÍDICO NA CONSTITUIÇÃO CIDADÃ E SEU IMPACTO NO DIREITO PENAL CONTEMPORÂNEO.....	31
Alessandra Matos Portella Ilzver de Matos Oliveira	
A VERDADE COMO OBJETIVO DO PROCESSO PENAL	53
Muriel Amaral Jacob Fabrício Muraro Novais	
A REPARAÇÃO DE DANOS AO INDIVÍDUO PRESO NO BRASIL SOB A PERSPECTIVA DO ACÓRDÃO PROFERIDO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 580.252/MS	71
Jordana Mendes Silva Castilho Ynaê Yanomami Alves	
POPULAÇÃO CARCERÁRIA EM GOIÁS: DIAGNÓSTICO E PERSPECTIVAS.....	95
Joel Pacífico de Vasconcelos	
A EFETIVIDADE DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL EM ANÁPOLIS: PERSPECTIVA DA PROTEÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA.....	113
Rildo Mourão Ferreira Kátia Rúbia Leite Mirelly Kristhinny Gomes Silva Ravilla Leite Dias	

**ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL: ANÁLISE DA
RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR FALHAS
OCORRIDAS DENTRO DO SISTEMA CARCERÁRIO133**

Jéssyca Lorrane Nunes Dias
Leonardo Rodrigues de Souza

**CRIMES MILITARES NAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA
DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E
TERRITÓRIOS155**

Leandro Antunes e Silva
Bruno César Prado Soares

**BATMAN: CRIMINOLOGIA, O DIREITO PENAL
DO INIMIGO E VIOLAÇÕES ÀS GARANTIAS
CONSTITUCIONAIS E PROCESSUAIS NO ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO 181**

Pedro Sergio dos Santos
Pedro Guilherme Alfonso dos Santos

**JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO PARADIGMA JURÍDICO-
CRIMINAL: A LEGITIMAÇÃO DAS GARANTIAS
CONSTITUCIONAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO211**

Ana Paula da Silva Sotero
Luciano de Oliveira Souza Tourinho

**ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – SEÇÃO DE GOIÁS
– GESTÃO 2016-2018231**

APRESENTAÇÃO DA COLEÇÃO

Mais que um a Ciência, o Direito é uma *experiência*. Uma experiência social complexa. Experiência no sentido expressado por pensadores como Hegel e Gadamer. Assim, é experiência, tanto no sentido imediato (*Erlebnis*, em alemão), vivência concreta de algo na dimensão existencial da cognição-ação (práxis) humana; quanto no seu sentido mediato (*Erfahrung*), experiência refletida, organizada epistemologicamente.

No campo do Direito, a experiência jurídica foi pensada e priorizada como a categoria fundamental dessa realidade social por juristas como o italiano Paolo Grossi, ou o brasileiro Miguel Reale, dentre outros.¹ (COELHO, 2010, p. 98-115)

Experiência jurídica é o complexo movimento existencial do Direito, desde a sua elaboração, à sua concreção; da abstrata dimensão legislativa, antecedida da política legislativa e da *jurisgênese* da norma abstrata, à dinâmica concreção normativa dos direitos, tanto a concreção vivida espontaneamente (vivência jurídico social do Direito), como a concreção orquestrada profissionalmente (vivência jurídico institucional), e à aplicação do Direito, que também é, em alguma medida e com limites, um momento *jurisgenético*.² (COELHO, 2017) Entre a elaboração do Direito e a concreção dos direitos, a experiência jurídica ainda abarca os momentos hermenêuticos de categorização, sistematização e disputas retórico-interpretativas da linguagem

1 Para uma articulação desses autores no que diz respeito à compreensão do direito como experiência, veja-se o artigo *Valor e atualidade da busca por um conceito crítico-reflexivo e histórico-especulativo para o Direito*, de Saulo Pinto Coelho. (2010, p. 98-115)

2 Em *Modelos jurídicos e função atualizadora da hermenêutica em Miguel Reale: a dialética da experiência de concreção do Direito* (COELHO, 2017) é possível acessar detalhamentos acerca da dinâmica da experiência jurídica à qual nos referimos.

jurídica. Assim, é dentro da experiência jurídica que está a ciência jurídica, como uma parte dela; um momento importante do movimento do Direito na realidade social.

As lacunas e abismos entre uma ‘ciência do direito’ e uma ‘prática jurídica’ são mais uma patologia jurídica (Grossi), a expressão de uma realização patológica do Direito, que marca a modernidade jurídica de algumas nações, do que um traço propriamente definidor da experiência jurídica na sua realidade e racionalidade. O Direito é uma *práxis* (um fazer, uma experiência que exige agir e pensar sobre esse agir, crítica e performativamente), ao mesmo tempo que também é propriamente uma ciência, no sentido de que exige um momento concomitante de pensar organizado sobre essa experiência: uma ciência dessa experiência. Aí entra – ou deveria entrar – a Academia, as Faculdades, as Escolas de Direito, etc. Não há futuro bom, nem para a prática do Direito, nem para a Ciência do Direito, e nem para a sociedade, quando o fazer e o pensar, no Direito, se colocam em dimensões apartadas.

Por vezes, na experiência jurídica brasileira, percebe-se essa lacuna, esse abismo que mencionamos acima. Não estamos a falar de uma disputa, um antagonismo ou uma oposição entre teoria e prática. Antes fosse isso a nossa preocupação. Estamos a falar de um certo desprezo mútuo entre esses dois âmbitos do Direito: o dos acadêmicos e o dos práticos. Quando esse desprezo mútuo ocorre, se dá junto com ele a falência do Direito como experiência social. Quanto a isso, há que reverter esse estado de coisas. Há que resgatar a sinergia entre essas duas dimensões da experiência jurídica. Para tal, é preciso fomentar um duplo movimento de aproximação: desafiar e impulsionar a Academia a se preocupar e dedicar mais aos problemas práticos e concretos do Direito; e, por outro lado, conscientizar e convencer o mundo prático do Direito do valor e importância das teorizações jurídicas para a consolidação de uma linguagem e uma tradição jurídica capaz de dar consistência às práticas.

O Programa de Pós-Graduação em Direito e Políticas Públicas

da Universidade Federal de Goiás (PPGDP-UFG) e a Escola Superior da Advocacia da Ordem dos Advogados de Goiás (ESA/OAB-GO), desde 2016, vêm trabalhando juntos nesse propósito, conscientes desse desafio e da importância de levar a cabo essa tarefa.

O PPGDP-UFG é um Programa Profissional (atualmente contando com um Mestrado Profissional), pensado e concebido para aliar pesquisa jurídica de excelência à formação de *know-how* profissional e de aprimoramentos técnicos e institucionais, no campo da regulação, implementação e controle de políticas públicas no Brasil.

A ESA/OAB-GO, desde 2016, produziu uma guinada qualitativa em suas metas institucionais, voltando seus esforços para o fomento do aprimoramento técnico, científico e prático dos profissionais do Direito no seu contexto geográfico de atuação, com clara preocupação em induzir a conversação sinérgica entre teoria e prática no Direito.

Somando-se a várias outras iniciativas conjuntas, essas duas entidades, na ocasião do trigésimo aniversário da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, propuseram e organizaram uma Coleção de obras jurídicas voltadas a pensar a experiência jurídica brasileira nesses 30 anos da Constituição.

A Coleção Experiência Jurídica nos 30 anos da Constituição Brasileira (ESA/OAB-GO e PPGDP-UFG) busca fomentar o debate jurídico entre aqueles que vivenciam nossa experiência constitucional e social, tanto de um ponto de vista teórico, quanto prático, e em diferentes campos do Direito. A constitucionalização do debate jurídico nacional não encontra fronteiras em nenhum ramo jurídico específico, ainda que os campos do direito privado mantenham – e nisso não há nenhum problema, ao contrário – suas categorias e estatutos jurídico-conceituais próprios. Assim sendo, nas dez obras (dez coletâneas de textos inéditos) propostas pela Coleção, diferentes questões-chave da experiência jurídica brasileira contemporânea são enfocadas, em diferentes áreas do Direito, todas buscando relacionar

esses debates específicos com a realidade jurídico-político-social balizada por uma ‘Constituição Cidadã’, que de forma otimista eclode na realidade brasileira em 1988, marcando nossas interações sociais e jurídicas nos últimos 30 anos.

Assim, ainda em 2017, PPGDP-UFG e ESA/OAB-GO publicaram e divulgaram amplamente as convocatórias para apresentação de textos e contribuições aos livros da Coleção. Centenas de textos foram enviados à coordenação do projeto. Uma equipe com organizadores das obras, selecionada dentre *experts* com diversificada formação e advindos de sete diferentes Universidades brasileiras, em Goiás, Minas Gerais e Distrito Federal, avaliou e selecionou cuidadosamente os textos. Nos dez livros, os textos selecionados somam mais de uma centena de contribuições inéditas, com autores de oito diferentes estados brasileiros e mais de vinte diferentes Universidades.

Com a colaboração e suporte da respeitada e engajada Editora Empório do Direito, demos forma final aos livros da Coleção, que vem a lume em um momento de crise política, social, econômica e, em certo sentido, crise constitucional.

Sabe-se bem que a crise é uma excelente oportunidade para o aprimoramento e a inovação. O estado de desconforto que a crise provoca nos faz sair do nosso ‘modo automático’ e refletir sobre o caminho trilhado e as alternativas de rota. Que os livros desta Coleção possam servir a esse propósito!

Com agradecimentos aos organizadores, avaliadores, editores e autores,

Saulo Pinto Coelho (PPGDP-UFG)
e Rafael Lara Martins (ESA/OAB-GO)

Coordenadores da Coleção

APRESENTAÇÃO DO LIVRO

Ao tempo em que se completam trinta anos de vigência da Constituição Federal, a Escola Superior da Advocacia da Ordem dos Advogados do Brasil – Sessão Goiás lança, em parceria com o Programa de Pós-Graduação em Direito e Políticas Públicas, a Coleção “Experiência Jurídica e os 30 anos da Constituição”.

Trata-se de uma coleção de obras voltadas ao debate e divulgação do pensamento e da experiência jurídica, goiana e brasileira, nesses 30 anos de retomada do Estado Constitucional de Direito, que visa discutir e analisar os trinta anos de redemocratização e constitucionalização do país, em que ocorreram tanto avanços, como problemas, inovações e déficits de efetividade.

Entre os livros da Coleção, temos o prazer de apresentar à comunidade jurídica, a obra “Direito e Processo Penal nos 30 anos da Constituição Cidadã: experiências profissionais e desafios no âmbito da segurança pública, da criminalidade e da violência”.

A proposta é arrojada. É certo que nesses 30 anos, no campo do Direito e do Processo Penal houveram alguns avanços (embora seja difícil apontá-los), mas muitos problemas se avolumaram. Talvez nunca tenha sido tão desafiador pensar o Direito Penal e o Processo Penal como no tempo presente. Isto porque, para além de todo arcabouço teórico acumulado ao longo dos séculos, acrescentados os desafios perturbadores da criminologia e sua crítica impenitente ao sistema penal desde os anos de 1960, chegamos nesse primeiro quartel de século XXI sem o privilégio de poder dizer que os problemas da segurança pública, da criminalidade e da violência não pertencem

aos pensadores do Direito e do Processo Penal. Por outro lado, não se pode reportar que o Direito e o Processo busquem a efetividade na solução dos problemas de violência e segurança. A relação entre direito (penal e processo penal) e segurança pública é emblemática.

Explico. Se, de um lado, o Direito e o Processo Penal não são e não podem ser instrumentos da segurança pública; de outro, os juristas não podem continuar como autistas diante da realidade concreta da violência e da criminalidade.

Esta tomada de consciência não significa que na sua prática diária os operadores do direito devam se portar de modo a combater o crime. Esta atitude bélica, longe de significar qualquer contribuição à redução da violência, importa no aumento do arbítrio e a mitigação do processo penal. Não obstante, usando aqui uma expressão do Alessandro Baratta, os juristas se sentem “lutando do lado justo”. O resultado dessa conduta, nesses últimos trinta anos, é um enorme *déficit* de processo penal e um pensamento quase hegemônico de que os direitos e garantias do processo penal devem ceder às necessidades da segurança pública, no sentido de que, entre as garantias individuais e a defesa da sociedade, esta deve prevalecer sobre aquela. Esta contraposição entre processo penal e segurança pública tem constituído um empecilho epistemológico para se pensar as políticas públicas de segurança, eis que, em seu cerne, esta crença traz uma contradição entre a segurança individual e a segurança pública, onde, naturalmente, a segurança pública não implica na segurança de todos, mas na segurança de uns (ou de alguns grupos) em detrimento de outros. A pergunta que se formula ao cabo dessas três décadas de retomada constitucional é como se faz segurança pública no estado democrático de direito.

Há, sem dúvida, um importante acúmulo de crítica teórica à violência do próprio sistema punitivo, mas no que diz respeito à construção de projetos e políticas para a redução da violência, o país está com quase tudo por se fazer. Alterar o desenho institucional da segurança pública no Brasil é uma tarefa muito difícil. A segurança

pública é um campo de intensas relações de poder. É o campo do controle social, da manutenção e da imposição da ordem. É onde se gestam as políticas, os discursos e as ideologias que definem o modo de atuação do aparato estatal repressor. É, por excelência, o *locus* do exercício do poder. E o poder sempre tende à expansão e ao arbítrio. Cabe ao Direito e ao Processo Penal, por meio das normas jurídicas, regular e (portanto) conter a expansão do poder punitivo, para mantê-lo dentro de certo marco legal. Daí, a tensão e a conflitualidade entre direito e segurança pública.

O cenário teórico é complexo. O Brasil é um país de origem escravocrata e isso diz muito sobre o tipo de sistema penal que aqui se formou. Também somos um país que tomou como seu modelo de processo o projeto Rocco, da Itália fascista. No entanto, a nossa legislação sempre apresentou um ar de elegância francesa. Não foi sem razão as palavras de Magalhães Noronha, sobre o Código Penal de 1940, que o legislador “ascendeu uma vela para Carrara e outra para Ferri”. Afinal, se a legislação se mantinha liberal no período escravocrata (afirmando que todos são iguais perante a lei) e até mesmo após a Proclamação da República (com o Código Penal de 1890), foi na reforma de Vargas que o fascismo entrou desavergonhadamente na legislação brasileira, para dar tratamento desigual aos considerados desiguais. Tudo em nome da defesa social.

O discurso de defesa social – tão bem representado na Exposição de Motivos do Código de Processo Penal de 1941, elaborada por Francisco Campos, continua em plena vigência e vigor. É em nome da defesa da sociedade que se justifica a violação dos direitos e garantias individuais. Para isso se constrói (não só pela mídia) a opinião pública a favor da violação de direitos. Pesquisa divulgada no 10º Anuário da Segurança Pública aponta que 57% dos brasileiros concordam que “bandido bom é bandido morto”. O índice sobe para 62% nos municípios com menos de 50 mil habitantes. A letalidade policial, por sua vez, nunca foi tão alta e vem crescendo sistematicamente, numa taxa que gira em torno de 25% ao ano.

Em 2017 o Brasil registrou o maior número de mortes intencionais. Foram 63.880 mortes violentas. Os cadáveres são a parte visível da violência; a parte invisível é que, ao discutirmos nossos modelos de processo penal e modelos de segurança pública estão em jogo o número de cadáveres que o país se permite produzir.

Reduzir o número de cadáveres e a violência urbana em geral implica em eleger a segurança como política pública, dando-lhe a importância e a prioridade que o assunto enseja.

Fazer segurança pública no Estado democrático de direito implica em fazer da segurança uma política pública, não apenas de governo. Daí a singularidade desse livro que o faz ser uma proposta arrojada. O país já não pode conviver com o paradigma bélico que só tem aumentado a violência nas últimas três décadas. Insistir em dar tratamento de guerra ao crime é insistir no remédio errado: perde a segurança pública e perde o processo penal. O processo penal não pode ser subvertido em nome da segurança. Pensar a segurança em termos de política pública permite que o direito e o processo penal sejam o que eles realmente devem ser em uma democracia: instrumentos de controle e de limitação do poder punitivo.

Bartira Macedo de Miranda
Helvécio Damis de Oliveira Cunha
Diva Julia Safe Coelho

APRESENTAÇÃO DOS AUTORES

COORDENADORES

Saulo de Oliveira Pinto Coelho

Professor efetivo da Universidade Federal de Goiás (UFG), onde atualmente é Vice-Diretor da Faculdade de Direito (FD-UFG), bem como Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito e Políticas Públicas (PPGDP-UFG). Possui doutorado, mestrado e graduação em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Realizou Pós-Doutorado como bolsista CAPES, na área de Teoria do Direito, junto à Universitat de Barcelona–Espanha. Foi Chefe do Departamento de Formação Jurídica Básica e Complementar da FD-UFG, bem como Coordenador de Pesquisa da FD-UFG. Também é professor do Programa de Pós-Graduação Interdisciplinar em Direitos Humanos da UFG. Atua como pesquisador e professor visitante da Universitat de Barcelona.

Rafael Lara Martins

Advogado. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Goiás (UFG), especialista em Direito do Trabalho pela PUC-GO, especialista em Direito Civil pela UFG e especialista em Direito Processual Civil pela UFG. Mestrado em andamento em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas (UDF). Conselheiro Estadual da OAB-GO (triênio 2013-2015 e triênio 2016-2018) e Diretor-Geral da Escola da Advocacia da OAB-GO (triênio 2016-2018). Ex-Presidente do Instituto Goiano de Direito do Trabalho -IGT (biênio 2012-2013 e biênio 2014-2015).

ORGANIZADORES

Bartira Macedo de Miranda

Professora adjunta da Universidade Federal de Goiás, onde ministra as disciplinas de Direito Processual Penal e Direito Penal e professora permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito e Políticas Públicas. Possui mestrado em Direito—Área de concentração: Ciências Penais pela Universidade Federal de Goiás (2003) e doutorado em História da Ciência pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2010). Atualmente é Diretora da Faculdade de Direito da UFG, Conselheira Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil—Secção Goiás e associada plena do Fórum Brasileiro de Segurança Pública.

Helvécio Damis de Oliveira Cunha

Professor efetivo—adjunto—nível 4 da Universidade Federal de Uberlândia. Diretor da Faculdade de Direito Prof. Jacy de Assis (quadriênio ago-2014 a ago-2018). É docente do corpo permanente do Curso de Mestrado em Direito da UFU. Possui graduação em DIREITO pela Universidade Federal de Uberlândia (1997), mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2003) e doutorado em Educación—Universidad de La Empresa (2011).

Diva Júlia Sousa da Cunha Safe Coelho

Atualmente é bolsista CAPES do programa de estágio pós-doutoral PNPD, na área de Direito Constitucional Comparado, pela Universidade Federal de Uberlândia - UFU. Doutora em Ciudadanía y Derechos Humanos pela Universidad de Barcelona, mestre em Filosofia Política pela Universidade Federal de Goiás. Membro permanente do Grupo Internacional de Pesquisa em Cultura, História e Estado (GIRCHE) da Universitat de Barcelona- UB. Membro do Grupo de Pesquisa Processo Fraternal e Direito do Agronegócio da UniRV. Membro permanente do Laboratório Americano de Estudos Constitucionais Comparados (LAECC), junto ao CNPq.

AUTORES

Alessandra Matos Portella

Doutora em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA–2016); Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA–2012); Mestre em Ciência da Informação pela Universidade Federal da Bahia (UFBA–2001); Especialista em Processo Penal pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais/ Universidade de Coimbra (2016); Especialista em Contabilidade Gerencial pela Universidade Federal da Bahia (UFBA–1998); Graduada em Direito pela Faculdade Baiana de Ciências (FABAC–2010); Graduada em Ciências Contábeis pela Fundação Visconde de Cairu (1996) e advogada criminalista. Professora Universitária, há 19 anos com experiência em Coordenação de Curso. Pesquisa nas áreas de Direito Penal, Direito Processual Penal, Direitos Humanos.

Ana Paula da Silva Sotero

Graduanda em Direito pela Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia–UESB. Membro do grupo de pesquisa em Sociofuncionalismo e em Linguística Histórica (CNPq). Membro do grupo de pesquisa Culpabilidade, Vulnerabilidade e Seletividade Penal (CNPq).

Bruno César Prado Soares

Doutorando em Direito pela Universidade de Brasília (concentração em Direito, Estado e Constituição). Mestre em Ciência Política pelo Centro Universitário Euro-Americano (concentração em Direitos Humanos, Cidadania e Violência). Professor do Instituto Superior de Ciências Policiais. Foi chefe da Assessoria Técnico-Jurídica do Corregedor Geral e da Assessoria Técnico-Jurídica do Departamento Operacional da Polícia Militar do Distrito Federal.

Fabrcio Muraro Novais

É doutor (2010) e mestre (2004) em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo–PUC-SP. Pós-graduado em Direito Constitucional pela Università di Pisa–Itália,

Pós-doutor em Direito Constitucional Comparado pela Università del Salento–Lecce –Itália. Possui graduação em Direito pela Universidade de São Paulo–USP–Largo São Francisco (1998). Atuou como assessor processual do Presidente do Supremo Tribunal Federal–STF, Ministro Cezar Peluso, e da Ministra Fátima Nancy Andrichi, do Superior Tribunal de Justiça–STJ. Coordenador, em nível de subseção, da Escola Superior de Advocacia – ESA. É Professor adjunto da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul–UEMS. É Membro fundador da Associação Brasileira de Direito Processual Constitucional – ABDPC.

Ilzver de Matos Oliveira

É Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro–PUC-RIO (2014). É Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia–UFBA (2008). Possui graduação em Direito pela Universidade Federal de Sergipe–UFS (2004). Foi bolsista do Programa Internacional de Bolsas de Pós-graduação da Fundação Ford–Internacional Fellowship Program–IFP. Realizou Mestrado–Sanduíche no Centro de Estudos Sociais– CES da Universidade de Coimbra, sob a co-orientação do Professor Dr. Boaventura de Sousa Santos. Atualmente é professor titular do Mestrado em Direitos Humanos da Universidade Tiradentes –PPGD-UNIT, Pesquisador do Instituto de Tecnologia e Pesquisa–ITP, Membro da Associação Brasileira de Pesquisadoras e Pesquisadores pela Justiça Social–ABRAPPS e Membro Titular da FLACSO Espanha.

Jéssyca Lorrane Nunes Dias

Acadêmica do Curso de Direito da UniEVANGÉLICA – Centro Universitário de Anápolis/GO. É estagiária no Núcleo de Práticas Jurídicas da UniEVANGÉLICA. É estagiária da Procuradoria Seccional da Fazenda Nacional em Anápolis.

Joel Pacífico de Vasconcelos

Possui graduação em Direito pela Universidade Federal de Goiás (1996). Atualmente é promotor de justiça do Ministério Público do Estado De Goiás, titular da 36ª Promotoria de Justiça de

Goiânia. Representa o Ministério Público junto ao Conselho Penitenciário do Estado de Goiás. Mestrando do Programa de Pós-graduação em Direito e Políticas Públicas da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás.

Jordana Mendes Silva Castilho

Doutoranda em Ciências Jurídicas pela Universidade Autónoma de Lisboa. Mestre em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás, e Especialista em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes-RJ. Atualmente é servidora do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, Escrevente Judiciária III e Assistente Jurídica da Vara de Execução de Penas e Medidas Alternativas da Comarca de Goiânia/GO.

Kátia Rúbia Leite

Mestre em Direito do Estado no Estado Democrático do Direito pela Universidade de Franca (2006). Graduação em Direito pela Associação Educativa Evangélica (1993). Coordenadora do Curso de Docência do Ensino Jurídico e Prática Advocatícia na Faculdade Evangélica de Goianésia. Foi Diretora do curso de Direito da UniE-VANGÉLICA–Campus Ceres no período entre 2008 a 2016.

Leonardo Antunes e Silva

Mestre em Direitos Humanos, Cidadania e Estudos sobre Violência. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brasília - UniCEUB (2004), possui ainda Bacharelado em Segurança Pública pela Academia de Polícia Militar de Brasília - Polícia Militar do Distrito Federal (1999) e Especialização em Segurança Pública e Defesa Civil pela Academia Estadual de Segurança Pública do Ceará (2012). Especialista em Direito Público pela Funcesi- MG/Instituto Processus. Especialista em Gestão Estratégica em Segurança Pública (CAE/PMDF - 2017) Major da Polícia Militar do Distrito Federal.”

Leonardo Rodrigues de Souza

Doutorando em Letras e Linguística pela Universidade Federal de Goiás/UFG. Coursou Mestrado na Universidade Federal de Goiás/

UFG. É pós-graduado em Direito do Trabalho e Previdenciário pela UniEVANGÉLICA; é bacharel em Direito pela UniEVANGÉLICA, licenciado em Letras Português/Inglês pela Universidade Estadual de Goiás. Foi coordenador do Núcleo de TCC da Faculdade Raízes. Lecionou Metodologia do Ensino Superior na Pós-Graduação da Faculdade Católica de Anápolis. Atualmente ministra aulas na Educação Básica, no curso de Direito da UniEVANGÉLICA, além de militar na advocacia privada. Presidente da Comissão de Integração OAB-Faculdade da Subseção de Anápolis/GO.

Luciano de Oliveira Souza Tourinho

Pós-doutorando em Direitos Sociais pela Universidad de Salamanca. Doutor em Direito Público–Direito Penal pela Universidade Federal da Bahia. Mestre em Direito Público–Direito Penal pela Universidade Federal da Bahia. Especialista em Direito Público e em Ciências Criminais pela Faculdade Independente do Nordeste. Graduado em Direito pela Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia. Graduado em Direito pela Faculdade Independente do Nordeste. Professor na Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia, Faculdade Independente do Nordeste e Faculdade Santo Agostinho de Vitória da Conquista. Coordenador do Curso de Direito da Faculdade Santo Agostinho de Vitória da Conquista. Coordenador do Núcleo de Estudos de Direito Contemporâneo–Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia. Pesquisador Líder do Grupo de Pesquisa Culpabilidade, Vulnerabilidade e Seletividade Penal.

Mirelly Kristhinny Gomes Silva

Graduanda em Direito pelo Centro Universitário de Anápolis, UniEVANGELICA. Centro Universitário de Anápolis, UniEVANGELICA, Brasil. É membro do Projeto de Pesquisa “SISTEMA CARCERÁRIO: O estudo do Sistema Prisional na perspectiva humanitária, Dignidade da Pessoa Humana e responsabilidade do Poder Público.

Muriel Amaral Jacob

Doutoranda em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica–PUC/SP. Bolsista CAPES. Mestre em Direito pela UNIVEM–Marília/SP (2015). Possui graduação em Direito pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (2008). Especialista em Direito Processual Civil pela Ahanguera/Uniderp (2010). Pesquisadora do CEDEUAM–Centro Didattico Euroamericano sulle Politiche Costituzionale; da Università del Salento. É professora adjunta da UniRV em Direito Processual Civil. Foi professora de pós-graduação lato sensu das FIPAR, na área Direito Civil e Processual Civil.

Pedro Guilherme Alfonso dos Santos

Bacharel em Direito. Trabalhou como assessor parlamentar na Câmara Municipal de Goiânia e fez estágios em produção cultural–(Caras Produtora Cultural) e escritórios de advocacia trabalhista e criminal. Tem experiência na área de Direito, Economia, História com ênfase em Direito Penal, Direito Processual Penal e Criminologia.

Pedro Sergio dos Santos

Possui graduação em Filosofia pela Universidade Federal de Goiás (1984), graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (1987), graduação em Teologia (Faculdade Ifiteg–2012). Mestrado em Direito Penal e Criminologia pela Universidade Federal de Pernambuco (1993) e doutorado em Direito Público Processual Penal pela Universidade Federal de Pernambuco (2003). É Professor associado da Faculdade de Direito da UFG, lecionando na graduação e na pós-graduação (Programa de Mestrado em Direito e Políticas Públicas) tendo integrado por 8 anos o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária do Ministério da Justiça CNPCP -MJ, foi professor adjunto da PUCG GO por 30 anos, foi ainda coordenador do Programa de mestrado em Direito da UFG. Foi Pró-reitor de Pesquisa e Pós-Graduação da Universidade Estadual de Goiás de 2010 a 2011.

Ravilla Leite Dias

Graduanda em Direito pelo Centro Universitário de Anápolis, UniEVANGELICA. É membro dos Projetos de Pesquisa: “SISTEMA CARCERÁRIO: O estudo do Sistema Prisional na perspectiva humanitária, Dignidade da Pessoa Humana e responsabilidade do Poder Público; do Projeto ‘CRECHES DE ANÀPOLIS: protecionismo ao menor impúbere, monitoramento de políticas e visão dos atores envolvidos; do Projeto “CRECHES: políticas públicas de atenção a minorias nas áreas de educação infantil, dentre outros.

Rildo Mourão Ferreira

Possui graduação em Direito pela Universidade de Rio Verde (1994), Pós-Graduação Lato Sensu pela Universidade Mogi das Cruzes (1996), Mestrado em Direito das Relações Econômico Empresariais pela Universidade de Franca (2003) e Doutorado em Ciências Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2010), Pós-Doutorado pela Universidade de Brasília (2016). Atualmente é conselheiro—Ordem dos Advogados do Brasil—Seção de Goiás, membro da comissão de educação jurídica—Ordem dos Advogados do Brasil—Seção de Goiás—Diretor Adjunto da Escola Superior da Advocacia ESA-GO e professor titular da Universidade de Rio Verde. Tem experiência e trabalha no Direito, atuando principalmente nas seguintes áreas: Direito Civil, Políticas Públicas e Direito Ambiental.

Ynaê Yanomami Alves

Possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (2014), onde foi bolsista do Programa Universidade para todos—PROUNI. Pós-Graduanda em Processo Constitucional pela Escola Superior de Magistratura do Estado de Goiás—ESMEG/FGV. Atualmente é assistente jurídica na Vara de Execuções de Penas e Medidas Alternativas—Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Penal e Execução Penal.

PREFÁCIO

Foi motivo de muita alegria receber o convite do Prof. Dr. Helvécio Damis de Oliveira Cunha, Diretor da Faculdade de Direito da UFU, para prefaciar a presente obra que trata do Direito e Processual Penal após trinta anos de vigência da Constituição Cidadã.

Esta obra coletiva vem bem a calhar com o aniversário do trintenário do Novo Estado, considerando que lidamos, ainda, com um Código Penal de 1940 e de Processo Penal de 1941, ou seja, com uma legislação infraconstitucional arcaica produzida quando da Era Vargas sob a inspiração do Código Penal de Rocco de 1930 quando do governo de Mussolini, portanto de natureza essencialmente fascista que, definitivamente, não se ajusta a uma democracia.

Como se não bastasse a reconhecida falência do sistema prisional que dá ao condenado, em regra, um tratamento desumano e degradante, o nosso Código de Processo Penal vem sofrendo reformas pontuais de forma a torna-lo ao longo do tempo uma colcha de retalhos, um Frankenstein, na ânsia de, por meio dessas minirreformas, o ajustarem a um processo penal constitucional e garantista.

Ainda que essas reformas processuais pontuais alcancem os seus fins por meio de possíveis motivações políticas eventualmente desconectadas dos mesmos, é fato que ainda persistem resquícios normativos autoritários que autorizam a manutenção ou surgimento de juízes parciais que podem produzir testemunhas do juízo e decretar prisão preventiva de ofício, permitindo uma convivência contraditória com um sistema processual acusatório constitucional.

Sob esse aspecto, o Código Penal com a Reforma da Parte-Geral de 1984, inegavelmente, em comparação com o de processo penal,

deu um salto para contemporaneidade, todavia assistimos ao longo do tempo a *via crucis* de toda proposta de projeto de reforma de ambos os códigos, por isso mesmo uma obra coletiva com a proposta apresentada é de vital importância para conhecimento, reflexão e aprimoramento do Direito Penal e Processo Penal com que lidamos, passados trinta anos da nova Constituição Federal, considerando que essa legislação infraconstitucional está sempre a um ou mais passos atrás da evolução da sociedade.

Por meio de penalistas e processualistas críticos, esta obra busca o necessário ajuste aos novos tempos trazidos pela Constituição Cidadã, onde garantias e direitos fundamentais não podem ser relativizados pelos aplicadores da lei, mas sim serem respeitados de forma a exigir que a interpretação das normas infraconstitucionais arcaicas penais e processuais penais se dê com olhos no núcleo duro da constituição, por isso sempre digo que, na essência, seletivos são os atores jurídicos que se utilizam do penal e processo penal como fim em si mesmo, não como meio.

Nessa linha, de forma resumida, constato que Alessandra Matos Portella e Ilzver de Matos Oliveira com o *Multiculturalismo e Pluralismo Jurídico na Constituição Cidadã e seu impacto no Direito Penal Contemporâneo* abordam tema relevante com propriedade, tratando da transição dessa questão do século passado para o atual, de um Direito Penal decorrente de uma sociedade homogênea para uma heterogênea. Ressaltam a necessidade de se concretizar o princípio da igualdade e de dar importância ao pluralismo jurídico nas sociedades contemporâneas, fomentando-se a necessidade democrática da coexistência de instituições jurídicas diversas, respeitando-se suas imagens, com suas fórmulas próprias, de forma que possam, autonomamente, preservar as suas identidades culturais e sensibilidades jurídicas.

A verdade como objetivo do Processo Penal, esse foi o tema tratado por Muriel Amaral Jacob e Fabrício Muraro Novais. Extrai-se, das considerações apresentadas, que afastam, corretamente, a malfadada

busca da verdade real no processo penal que pertence a uma realidade pretérita que não foi vivenciada pelo julgador, verdade esta defendida outrora pela doutrina processual clássica que até hoje influenciam negativamente julgadores na busca da verdade dos fatos, estes que, como bem sinalizado, devem ser provados no curso do devido processo penal, por isso mesmo é a verdade processual com que o julgador deve se preocupar em encontrar como pretensão de resultado de um processo criminal. Enfatizam, com razão, que a busca da verdade—no contexto científico em geral e jurídico — se relaciona à obtenção de um conhecimento e à sua comprovação que não pode se dar, pelo julgador, quando de uma condenação, com base em argumentos falseáveis que não encontram, portanto, amparo no contexto probatório constante dos autos, “condição necessária à consecução da justiça, especialmente, no processo penal”.

Jordana Mendes Silva Castilho e Ynaê Yanomani Alves, com o capítulo *A reparação de danos ao indivíduo preso no Brasil sob a perspectiva do acórdão proferido no Recurso Extraordinário 580.252/MS*, traz à tona a secular e ainda atual questão do caos penitenciário, buscando, por meio de análise de decisão do Supremo Tribunal Federal, apresentar medidas que viabilizem minimizar o problema da execução penal brasileira. Utiliza-se de situações empíricas, tornando-as relevantes para serem usadas como parâmetro para viabilizar a efetivação dos anseios das populações minoritárias. Ressaltam que a reparação do dano ao indivíduo preso que sofre tratamento desumano, demonstra que o Poder Judiciário não é conivente com o desamparo estatal, embora não seja suficiente para resolver o problema carcerário e os problemas que dele decorre na pessoa do preso. Esperam que, com isso, os poderes constituídos promovam aos presos medidas sociais, por meio de políticas públicas e garantias jurisdicionais para que possam viver com dignidade.

População carcerária em Goiás: diagnóstico e perspectivas é o que trata o capítulo escrito por Joel Pacífico de Vasconcelos, nos apresentando a falência do sistema prisional do Estado como elemento

incapaz de reduzir a criminalidade, mas sim de produzir mais presos e insegurança. Sustenta que ao tratarem das condições estruturais do sistema prisional, estão, na verdade, tratando de uma realidade microcósmica que representa o descaso estatal para com a ressocialização do apenado de todo o sistema prisional, sendo todas as condições perversas, desumanas, de forma a não permitir um mínimo existencial aos detentos, considerando que há um número de presos provisórios maior que a de definitivos em locais sem capacidade de dignamente os abrigar, como já apontou a nível nacional o CNJ em 2014. Apresenta o caminho a ser seguido como o aumento do número de vagas disponíveis, a aplicação do art. 319 do CPP (medidas cautelares diversas da prisão), o incremento das audiências de custódia, apesar das resistências fascistas ainda existentes, até mesmo da própria sociedade a uma nova postural judicial de respeito aos direitos e garantias fundamentais, criticando-a com o senso comum de que a polícia prende e o juiz solta.

O sistema prisional como se encontra, bem aponta se revela numa forma das facções criminosas melhor se organizarem e recrutarem novos integrantes, fazendo necessário estabelecer políticas públicas visando retirar esses jovens dessas facções criminosas, apresentando alternativas à prisão atrativas, em consequência, enfraquecendo-as.

Longe de socializar, o sistema prisional recebe aprendizes do crime que se formam e saem pior do que entraram por ser esse sistema cruel, seletivo e deletério, o que reclama um novo olhar para o problema carcerário, reconhecendo-o como necessitado de tratamento de forma “que a Lei Estadual nº 19.962/2018 seja bem mais do que uma carta de intenções”.

Dando continuidade aos problemas do sistema prisional localizado em Goiás, o capítulo escrito por Rildo Mourão Ferreira, Kátia Rúbia Leite, Mirelly Krsthinny Gomes Silva e Ravilla Leite Dias tratam *A efetividade da Lei de Execução Penal em Anápolis: perspectiva da proteção da Dignidade Humana*. Ao apresentarem a finalidade da pena como de caráter repressivo e preventivo, trabalham com

a teoria mista ou unificadora que predomina na doutrina, assinalando com propriedade que o Estado deve atentar para os fins da pena que a própria Lei n. 7210/84 preconiza, uma vez que é omissivo com o fim ressocializador, no que sustentamos que ele atua com coculpabilidade na reincidência do apenado, por isso muito bem salienta os autores que “enquanto o condenado, ainda que forçado por uma sentença condenatória começa a cumprir a lei, o estado, que condenou a partir desse momento descumpra-a por não oferecer as condições legais a que está por lei”, colocando-o em estabelecimento penal superlotado que não viabiliza a sua reinserção social, ou seja, se preocupa apenas com o efeito e não com o fim da pena ao deixar de atentar para o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Essa problemática é antiga, mas continua atual, tendo os autores, ao seu modo próprio, chamado atenção para o fato porque o caos do sistema prisional só vem se agravando desde meados do século XIX diante da preocupação apenas com os efeitos da pena, “sendo de suma importância” que o Estado promova a reinserção do condenado “na sociedade de uma maneira digna e assim evitar a reincidência e consequentemente mudar todo o cenário carcerário do país”.

Como bem sustenta Luigi Ferrajoli, o problema dos justificacionistas da pena reside no fato, em síntese, de não terem resposta a contento do por que punir?. Apresentam muitas delas como decorrentes da confusão feita entre o ser (de fato ou de direito) e o dever ser (axiológico) da punição, em especial, dos que sustentam doutrinas filosóficas da justificação como *teorias da pena*, estas que, desde as absolutas sugerem que a pena tem efeito (não finalidade) retributivo ou reparador, ou que previne (ao invés do dever prevenir) os crimes, que reintegra (não sobre o dever reintegrar) os condenados, ou ainda que desestimula (em vez de dever desestimular) a sociedade da prática de delitos.

Estado de Coisas Inconstitucional: Análise da Responsabilidade Civil do Estado por falhas ocorridas dentro do sistema carcerário, esse é

o tema com que Jéssyca Lorrane Nunes Dias e Leonardo Rodrigues de Souza trabalharam em seu capítulo, enfocando, com propriedade o tipo de responsabilidade estatal para com os condenados e vítimas dos delitos, ressaltando importante decisão recente, nesse campo, do Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 347/DF que passou a ser o marco inicial da jurisdição constitucional relativa ao sistema carcerário e aplicação do Estado de Coisas Inconstitucional – ECI para, com respeito aos direitos humanos, afastar o condenado de métodos arcaicos de aprisionamento e permitir a concretização da sua ressocialização de forma condizente com o trintenário de uma Constituição Cidadã, ressaltando com acerto os autores que a “declaração do ECI e adoção de políticas públicas para sustar violações aos direitos humanos dos réus-vítimas, bem como o direito a reparação pelos danos causados é um dever do Estado”.

Leandro Antunes e Silva e Bruno César Prado Soares, abordam em capítulo próprio a importante e atual questão dos *Crimes Militares nas Audiências de Custódia do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios*, constatando a carência de tratamento regulatório desse fato que eventualmente, e pontualmente, ocorreu gerando decisões judiciais com e sem aplicação do CPPM, segundo dados estatísticos apurados. Sugerem atenção da Polícia Militar e Tribunal de Justiça do Distrito Federal às audiências de custódia para que seja disciplinada a aplicação também do Código de Processo Penal Militar nos crimes militares praticados por bombeiros e policiais militares que forem objeto dessas audiências que, inclusive, além do CPPM regular de forma própria a liberdade provisória, veda a concessão de fiança.

BATMAN: Criminologia, o Direito Penal do Inimigo e violações às garantias constitucionais e processuais no Estado Democrático de Direito, de autoria de Pedro Sergio dos Santos e Pedro Guilherme Afonso dos Santos que se utilizam de metáforas para demonstrar a realidade jurídico-penal que vivemos à volta daqueles etiquetados como inimigos a ser combatidos pela polícia, Ministério Público e

Judiciário, concentrados, em especial, nos jovens negros vulneráveis socialmente. Sustentam que para “se chegar nesse perfil de inimigo, difunde-se a ideia de guerra às drogas”, semelhante estratégia utilizada por Richard Nixon quando declarou guerra às drogas no início da década de 70 do século passado quando da guerra fria.

De fato há um fomento de combate à figura hipotética do “inimigo interno” para simbolicamente gerar uma falsa sensação de segurança que interessa ao movimento de lei e ordem, desprezando direitos e garantias fundamentais duramente conquistadas, sob a bandeira maniqueísta e fascista de que “direitos humanos são para humanos direitos”, o que acaba por promover uma eugenia social ao se excluir os mais vulneráveis da sociedade de forma a torná-los invisíveis.

Com isso, “a sociedade legitima essas ações contra esses inimigos, tal como se faz na ficção do Batman, onde esse vigilante também utiliza de métodos que passam a margem dos direitos humanos e constitucionais, sob as vistas grossas da justiça, para punir os criminosos de Gotham”. Cria-se um sistema que legitima atores jurídicos—influenciados por um seguimento fascista da mídia que fomenta a opinião pública a aceitar a máxima maquiavélica de que os fins justificam os meios – que, como justiceiros, atropelam o devido processo legal para processar e condenar os eleitos “inimigos internos” pelo senso comum.

Por último, como bem ressaltado, essa legitimação causa abalo à estrutura e “podem levar a ruína da democracia e um Estado de Direito pode migrar para um Estado Totalitário, o qual já foi vivenciado várias vezes pela humanidade em sua história recente e pretérita”.

Para finalizar esta obra coletiva, Ana Paula da Silva Sotero e Luciano de Oliveira Souza Tourinho tratam da *Justiça Restaurativa como Paradigma Jurídico-Criminal: a legitimação das garantias constitucionais no Estado Democrático de Direito*, demonstrando que se faz necessário buscar alternativas ao modelo penal comum, viabilizando a “otimização de direitos e a legitimação da tutela penal” para se permitir uma

maior satisfação e eficiência do sistema de justiça criminal na busca da paz social. Sustentam corretamente há necessidade de reformular velhos paradigmas penais diante da falência do sistema de execução da pena, promovendo-se novos modelos, “novas formas de pensar o direito” por meio de uma Justiça Restaurativa que “direciona sua atenção ao interesse na reparação do dano, em sua disposição de neutralizar as consequências decorrentes de seu comportamento, como forma de alcançar a paz social”.

Inverno de 2018

Antonio José F. de S. Pêcego

MULTICULTURALISMO E PLURALISMO JURÍDICO NA CONSTITUIÇÃO CIDADÃ E SEU IMPACTO NO DIREITO PENAL CONTEMPORÂNEO

Alessandra Matos Portella ¹

Ilzver de Matos Oliveira²

1. INTRODUÇÃO

O final do século passado foi marcado por apelos constantes de grupos minoritários no sentido de reivindicar direitos específicos de suas condições de sujeitos peculiares, no afã de preservarem suas diferenças no bojo de uma sociedade heterogênea e multifacetada como a esquadrinhada em fins do século XX.

Estes movimentos político-sociais tomaram corpo a tal ponto de repercutir significativamente nos alicerces dos ordenamentos jurídicos dos Estados hodiernos, impulsionando reformas estruturais em suas bases de modo que pudessem oferecer respostas aos anseios legítimos desses agrupamentos humanos historicamente excluídos.

O pluralismo jurídico, nesta acepção, passou a ser uma realidade inexorável nesta sociedade pós-moderna, uma vez que as instituições jurídicas estatais delineadas com fulcro numa sociedade homogênea

1 Doutora em Direito pela Universidade Federal da Bahia (2016); Mestra em Direito pela Universidade Federal da Bahia (2012); Professora da Faculdade Nobre (Feira de Santana-BA). Contato: aleportella@hotmail.com

2 Pós-doutorando pela Universidade Federal da Bahia (UFBA), bolsista CAPES. Doutor em Direito (PUC-Rio). Professor do Mestrado em Direitos Humanos da Universidade Tiradentes e da Universidade Católica do Salvador (UCSAL). Mestre em Direito (UFBA). Estágio Sandoiçe no Centro de Estudos Sociais (CES/Universidade de Coimbra). E-mail: ilzver.matos@souunit.com.br/ilzver.matos@pro.ucsal.br.

não mais conseguiam dar conta de maneira eficaz dos novéis problemas sociais surgidos a partir da sociedade fragmentada do século XXI.

Neste contexto é correto afirmar que todos os ramos da ciência jurídica sofreram de alguma maneira os impactos advindos do advento do pluralismo jurídico e ainda hoje se encontram em busca de possíveis soluções que visem minimizar ou, ao menos, acomodar satisfatoriamente os desejos engendrados pelos grupos vulnerabilizados. Esse é o quadro que encontramos na nossa Constituição Cidadã de 1988, que destaca o papel dos grupos anteriormente referidos na defesa da ordem constitucional, na produção do direito e na solução de conflitos. (DROBOWOLSKI, 1991, p. 128).

A Constituição Federal de 1988 “voltada a constituir uma sociedade pluralista (Preâmbulo) tratou de institucionalizar uma democracia participativa”, superando a mera representação e estimulando a participação ativa e organizada do povo na administração dos seus interesses. (DROBOWOLSKI, 1991, p. 127).

O autor enumera alguns desses exemplos:

- a) O Art. 29, X, ao tratar dos Municípios, exigiu a cooperação das associações representativas no planejamento municipal;
- b) Na Ordem Social, o Art. 205 define que a educação é direito de todos e dever do Estado e da família, devendo ser promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, definindo que algumas atividades estatais passaram a ser compartilhadas com os grupos;
- c) No Art. 103 a Constituição Cidadã engajou, além dos partidos políticos, as confederações sindicais e as entidades de classe de âmbito nacional na defesa da constituição, permitindo que manejassem ações do controle concentrado perante o Supremo Tribunal Federal;
- d) O Art. 98, I, prevê a figura do juiz leigo, a justiça do trabalho, militar e esportiva incluem grupos em seu quadro. (DROBOWOLSKI, 1991, p. 131-137).

O Direito Penal, braço armado do Estado, também é norteado pela Constituição Federal de 1988, e não pode se furtar de

sua responsabilidade de buscar respostas para o atual contexto desenhado desde os fins do século passado e, nesta seara, construir alternativas criativas e eficazes condizentes com as diferenças culturais vivenciadas por determinados grupos humanos, de modo a equacionar os interesses de suas culturas não hegemônicas com os interesses dos demais membros de determinado Estado-nação.

Os delitos culturalmente motivados são um exemplo dessa empreitada articulada pelo Direito Penal na atualidade, sendo eles considerados para fins de exclusão ou atenuação da culpabilidade, ilicitude ou mesmo da tipicidade no âmbito penal, indubitavelmente um avanço presente nas sociedades pluriétnicas, plurinacionais e pluriculturais da pós-modernidade. É sobre esse aspecto que nos debruçaremos nesse capítulo.

2. PLURALISMO JURÍDICO IMPULSIONADO PELO ADVENTO DO MULTICULTURALISMO: NOVÉIS FEIÇÕES JURÍDICAS DELINEADAS NO SÉCULO XXI

O reconhecimento do respeito às diferenças impulsiona a defesa pelo pluralismo jurídico, alterando a concepção do monismo jurídico instituído pelo Direito moderno, reconhecendo ser o Direito um produto artesanal adstrito à cultura local de uma dada comunidade, variando muito a sensibilidade jurídica de um lugar para outro, extraindo-se a conclusão de que as decisões jurídicas só fazem sentido quando analisadas dentro de um determinado contexto sócio-histórico-cultural.

Consoante menciona Sanz Mulas (2014, p. 2), citando Benhabib:

A distinção mais importante na nova ordem mundial não são as ideológicas, políticas ou econômicas, senão culturais, pois se necessita compreender como se pode reconciliar as pretensões de universalidade com a diversidade de formas de vida.

O pluralismo jurídico é hoje uma realidade presente na

civilização humana, principalmente depois do fenômeno da globalização, da expansão tecnológica e do fluxo migratório decorrente da integração entre os países. Costa (2013, p. 175), citando Ferré Olivé, aponta para o

surgimento de uma “nova civilização nômade”, uma vez que não existiria mais a mera migração de sujeitos individualizados, mas a transladação de famílias ou até povos quase que completos, formando assim modernas cidades multiétnicas, multiculturais e multirreligiosas.

Inexoravelmente, tal advento trouxe consequências para o mundo do Direito, repensando o monismo jurídico de modo a implementar novas e diferentes formas de resolução de conflitos dentro e fora das fronteiras de um Estado, fazendo nascer o pluralismo jurídico intra e extra-estatal, pois “tanto a tendência à autonomia nacional quanto a tendência à globalização estão profundamente enraizadas na modernidade” (HALL, 2011, p. 68).

Do mesmo modo preleciona Wolkmer (2001, p. 77) afirmando que hoje há uma

clara indicação de um novo paradigma de validade para o Direito alicerçado num certo tipo particular de pluralismo, capaz de reconhecer e legitimar normatividades extra e infra-estatais (institucionalizadas ou não), engendradas por carências e necessidades próprias das contingências de sujeitos coletivos recentes, e de apreender as especificidades das representações formadas juridicamente no contexto de sociedades do Capitalismo periférico, marcadas por estruturas de igualdades precárias e pulverizadas por espaços de conflitos intermitentes.

O pluralismo jurídico extra-estatal se entrecruza com o intra-estatal a ponto de Boaventura de Sousa Santos (1988b, p. 154) afirmar que se vive hoje uma situação de interlegalidade, “ou seja, numa situação em que a legalidade de pequena escala se entrecruza com a legalidade de grande escala”.

A interlegalidade ensina Boaventura de Sousa Santos (1988b, p. 164),

é a dimensão fenomenológica do pluralismo jurídico. Trata-se de um processo altamente dinâmico porque os diferentes espaços jurídicos não são sincrônicos e por isso também as misturas de códigos de escala, de projeção e de simbolização são sempre desiguais e instáveis.

O pluralismo jurídico se torna realidade a partir de “novos agentes que participam do processo histórico e que, a partir de suas aspirações, carências e exigências, vêm afirmando-se como fatores potenciais de produção jurídica” (WOLKMER, 2001, p. 119).

Esses novos agentes histórico-sociais são denominados por Wolkmer (2001, p. 120) de “novos movimentos sociais”, portadores de elementos constitutivos para edificação de uma juridicidade alternativa, a despeito da mesma possuir “autonomia relativa” e “baixo grau” de institucionalização.

Os “novos movimentos sociais” são compreendidos como

sujeitos coletivos transformadores, advindos de diversos estratos sociais e integrantes de uma prática política cotidiana com certo grau de “institucionalização”, imbuídos de princípios valorativos comuns e objetivando a realização de necessidades humanas fundamentais (WOLKMER, 2001, p. 122).

Exemplos desses “novos movimentos sociais” podem ser encontrados nos ensinamentos de Vaz e Balthazar (2013, p. 97) que afirmam coexistirem direitos locais “nas zonas rurais, nos bairros periféricos e marginais, nas igrejas, nas empresas, nos esportes. Um fenômeno que conforma uma configuração complexa entre distintas formas de direito: locais, nacionais e globais”.

Salienta-se aqui a importância do conceito de identidade para explicar o fenômeno do pluralismo jurídico, com a acepção de “um processo de ruptura que permite que movimentos sociais se tornem sujeitos de sua própria história” (WOLKMER, 2001, p. 130).

Com experiências cotidianas centradas na autogestão, solidariedade e democracia participativa esses sujeitos coletivos acabam redefinindo um espaço que minimiza a institucionalização e exige uma participação constante no corpo social, seja na tomada de decisões,

seja na concretização das execuções (WOLKMER, 2001, p. 133).

A proposta do pluralismo jurídico, consoante Curi (2012, p. 239-240) é abordar

um novo caminho para a solução de conflitos e para o reconhecimento de normas particulares de grupos e sociedades. Seu objetivo central é demonstrar que o Estado moderno não é o único agente legitimado a criar legalidade para enquadrar as formas de relações sociais que vão surgindo, ou seja, que não possui o monopólio da produção de normas jurídicas.

Para Wolkmer (2001, p. 78), o pluralismo jurídico hodierno configura-se

através de um espaço público aberto e compartilhado democraticamente, privilegiando a participação direta de agentes sociais na regulação das instituições-chave da Sociedade e possibilitando que o processo histórico se encaminhe por vontade e sob controle das bases comunitárias.

Esta nova feição da sociedade pós-moderna instaura uma cultura jurídica trazendo como marco característico deste pensamento a desconfiança de todo discurso unificante, inexistindo uma realidade social totalizante, mas fragmentada, multifacetada e plural (SOARES, 2010, p. 50).

Neste contexto, o sistema jurídico hermético, fechado, não lacunoso cede lugar para o Direito aberto, fluído, reflexivo, prospectivo, discursivo e relativo, “porque suscetível aos constantes influxos fáticos e axiológicos da vida social” (SOARES, 2010, p. 51).

A fonte do direito neste novel cenário político-jurídico não fica adstrito à

imposição da vontade de uma autoridade dirigente, nem de um poder legiferante ou de uma criação iluminada de magistrados onipotentes, mas, essencialmente, na dinâmica interativa e espontânea da própria sociedade humana. Assim, a fonte jurídica por excelência encontra-se interligada às relações sociais e às necessidades fundamentais desejadas, inerentes ao modo de produção da vida material, subjetiva e cultural (WOLKMER, 2001, p. 151-152).

Neste sentido, a formação primária do Direito “se manifesta como resultado do interesse e das necessidades de agrupamentos associativos e comunitários, assumindo um caráter espontâneo, dinâmico, flexível e circunstancial” (WOLKMER, 2001, p. 152). E segue Wolkmer (2001, p. 157) dizendo que esse estamos diante de um “pluralismo de formulações jurídicas provenientes diretamente da comunidade, emergindo de vários e diversos centros de produção normativa, adquirindo um caráter múltiplo, informal e mutável”.

Essa nova concepção de juridicidade emerge a partir de interesses cotidianos concretos, “direitos” vivos referentes à subsistência, à saúde, à moradia, à educação, ao trabalho, à segurança, dentre outros. Esses direitos comunitários se legitimam nos múltiplos “corpos intermediários” existentes na sociedade, cabendo a primazia de representação os movimentos sociais (WOLKMER, 2001, p. 157-158).

3. PLURALISMO JURÍDICO INTRA-ESTATAL

O pluralismo jurídico intra-estatal é uma realidade inexorável na sociedade pós-moderna. É pacífico na sociologia do Direito, como preleciona Boaventura de Sousa Santos (1988b, p. 147-148) advertindo que

ao contrário do que se pretende a filosofia liberal e a ciência do direito que sobre ela se constituiu, circulam na sociedade não uma, mas várias formas de direito ou de juridicidade. O direito oficial, estatal, que está nos códigos e é legislado pelo governo ou pelo parlamento, é apenas uma dessas formas, se bem que tendencialmente a mais importante.

Pode-se captar a sua existência a partir de certos princípios valorativos fundamentais delineadores de seu espectro tais como autonomia, descentralização, participação, localismo, diversidade e tolerância (WOLKMER, 2001, p. 174-175).

Segundo Wolkmer (2001, p. 175), a autonomia se refere ao poder intrínseco que os movimentos sociais possuem independentemente do poder governamental e se manifesta não apenas diante do

poder do Estado, mas também no próprio interior dos vários interesses particulares, setoriais e coletivos.

A descentralização remete ao deslocamento do exercício do poder político-administrativo de instituições formais unitárias para esferas locais e fragmentadas, reforçando os espaços de poder local e ampliando a participação dos corpos intermediários (WOLKMER, 2001, p. 175).

A descentralização acaba se tornando condição necessária para impulsionar a dinâmica da participação não apenas nas diversas instâncias sociais mais complexas e autônomas, como também na participação dos elementos integrantes de pequenas unidades e de corpos setoriais (WOLKMER, 2001, p. 175-176).

O localismo, por sua vez, afirma Wolkmer (2001, p. 176) permite favorecer as condições estratégicas que permitem a produção e movimentação direta de bens e serviços, alicerçando processos decisórios alicerçados em técnicas de ação comunitária e participativa.

A diversidade está na raiz da ordem pluralista, criador de uma normalidade estruturada na proliferação das diferenças, dos dissensos e dos confrontos, motivada por necessidades concorrentes e pela diversidade cultural e religiosa de agrupamentos comunitários (WOLKMER, 2001, p. 176-177).

A tolerância, por derradeiro, acentua Wolkmer (2001, p. 177), está associada à filosofia da liberdade humana como também ao direito de autodeterminação que cada indivíduo, classe ou movimento coletivo possui de ter sua identidade própria e de ser diferente funcionalmente dos outros. Implica bom-senso e predisposição em aceitar uma vida social materializada pela diversidade de crenças e pelo dissenso de manifestações coletivas.

4. PLURALISMO JURÍDICO EXTRA-ESTATAL

Geertz (1999) apresenta um bom exemplo do pluralismo jurídico extra-estatal por meio da análise da aplicação do Direito

de algumas comunidades, a exemplo da islâmica, índica e malaia, verificando-se que há uma enorme variedade de sensibilidades jurídicas—dependendo muito das perspectivas culturais, políticas, morais etc. de onde se depreende que as decisões jurídicas só fazem sentido para uma determinada comunidade para um *locus* específico.

Para a comunidade islâmica, por exemplo, o termo *haqq*, um dos nomes de Deus, surge junto com a norma, ou seja, não há subsunção do fato à norma como no Direito Ocidental, o fato e a norma possuem uma relação atávica, nascem juntos, são inseparáveis, significam a sensibilidade jurídica islâmica concretamente situada, nos processos de deliberação e nos procedimentos.

Isto ocorre segundo Losano (2007, p. 399) porque o termo “Islã” significa efetivamente “total submissão a Deus” e o Direito islâmico não se subtrai a tal submissão, estando subordinado a um ritual religioso, sendo por esta razão a ciência jurídica vinculada à teologia.

Como ensina Segato (2006, p. 215),

não há separação entre igreja e o Estado: A lei islâmica é controlada dirigida e regulada pela religião islâmica. A teocracia controla todos os assuntos, públicos e privados. Governo, lei e religião são uma só entidade.

O texto fundamental do Direito islâmico é o Corão, codificado com base nos princípios revelados pelo arcanjo Gabriel a Maomé (cerca de 570-632), refletindo diretamente a vontade de Deus não podendo, por isso, ser inovado pelo homem (LOSANO, 2007, p. 400).

Além do Corão, Losano (2007, p. 404) aponta mais três importantes fontes teológico-jurídicas do Direito islâmico, quais sejam: a tradição sagrada (*sunnah, suna*), a opinião concordante e a interpretação analógica.

Diferentemente do Direito ocidental, no Direito islâmico não vigora a lógica binária do lícito e do ilícito. Como ensina Losano (2007, p. 401), “o ato jurídico pode ser obrigatório, recomendado, permitido, reprovado e proibido”.

Por isso que a prova testemunhal é de suma importância, valendo mais do que documentos, representando o aqui estamos e ali estamos de uma determinada situação específica, o que é crucial na administração da justiça.

A sharia no Direito islâmico é de extremamente relevante, significando literalmente “o caminho a seguir”, representando o conjunto de normas religiosas, jurídicas e sociais diretamente baseadas na doutrina corânica (LOSANO, 2007, p. 402).

Já para o direito índico, o *dharma* possui papel vital, significando o conjunto de direitos e obrigações de uma determinada classe social definida transcendentemente. A categoria social pode ser se dar em forma de castas, como no hinduísmo, ou pode se dar de forma meritória, como no budismo, já que na Índia encontram-se espalhados de maneira difusa o hinduísmo, o budismo e o hindu-budismo.

O *dharma* possui cinco significados na Índia, consoante Losano (2007, p. 471), sendo

em primeiro lugar, [...] religião, que é uma categoria da teologia, em segundo lugar, significa virtude (oposta a pecado ou vício), que é uma categoria da ética; em terceiro lugar, significa direito, que é uma categoria da jurisprudência; em quarto lugar, significa justiça; em quinto lugar, dever.

O lugar que o rei ocupa no direito índico é tão decisivo quanto o da testemunha no direito islâmico, pois é ele quem faz a conexão do *dharma* com as consequências práticas de seu governo, é ele que tem a responsabilidade de fazer com que os indivíduos sigam seus códigos naturais segundo sua posição social.

A casta mais elevada para o Direito índico é a dos brâmanes, a qual goza de privilégios especiais, de modo contrário, os considerados sem castas (sudras), impuros, estavam expostos a penas cruéis e desproporcionais (LOSANO, 2007, p. 469-470).

Ao *dharma* contrapõem-se a *vyavahāra*, uma vez que o *dharma*

“representa verdades ou os princípios jurídicos contidos nas fontes escritas do direito bramânico, [...] enquanto *vyavahāra* é, por outro lado o direito positivo” (LOSANO, 2007, p. 472).

A complexa sociedade de castas é refletida na administração da justiça, sobretudo na prática dos tribunais, composta de três tribunais reais e três tribunais de origem popular (LOSANO, 2007, p. 475).

Contrariamente ao Direito islâmico, no Direito índico a prova escrita é privilegiada, só se chegando ao ordálio se inexistir prova escrita ou, subsidiariamente, testemunho humano (LOSANO, 2007, p. 476).

O eixo do sistema jurídico bramânico, segundo Losano (2007, p. 473) é o conjunto do Código de Manu (*Manusmṛiti*), redigido entre o século II a.C. e o século II d.C., os escritos de *Yājñavalkya* e *Narada*.

Para o direito malaio, por sua vez, o termo *adat* é que representa a palavra-chave, que significa decoro e, por consequência, a administração da justiça ocorre de forma consensual, é um acordo social exibido publicamente, sendo, por isso, um Direito menos sistematizado e mais associado à normalização da conduta.

Geertz (1999, p. 318-319) aduz que no sentido de julgamento, *adat* tem a tarefa prática de aproximar-se da harmonia social e do decoro individual, tendo como elemento principal os mecanismos utilizados nas tomadas de decisão e procedimentos no sentido mais comportamental.

Estabelecendo uma associação com o Direito ocidental, Geertz (1999, p. 319) ensina que *adat* possui um sentido similar a etiqueta, importando ao final

que essa unanimidade mental se manifeste não tanto no próprio veredito, que é apenas um desenlace, um aplauso final à concordância, e sim nos processos públicos nos quais é gerada. Para que o decoro seja preservado, é preciso que sua preservação seja visível a todos.

Desse modo, o procedimento da administração da justiça funciona segundo a lógica de análise comportamental, verificando sua normalidade conforme o que foi convencionado ou seu desvio, sendo

tudo discutido de acordo com a etiqueta do grupo de modo a preservar o decoro, tranquilizando e, ao mesmo tempo, persuadindo um determinado padrão de comportamento.

Granjo (2011) também relata uma rica experiência ocorrida em Moçambique de prática de administração da justiça bem peculiar quando comparada à ocidental. Baseando-se empiricamente em entrevistas e observação participante, aborda acusações e julgamento de feitiçarias como expressão de justiça local.

Uma acusação de feitiçaria em Moçambique, mesmo confessada pelo acusado ou considerada provada pelos acusadores, não conduz necessariamente a uma punição ou marginalização. Ele aduz que “o sistema dominante de *domesticação da incerteza* e a fenomenologia local da possessão criam mesmo uma possibilidade que, pelo contrário, viabiliza e facilita a reintegração social” (GRANJO, 2011, p. 174).

Fulcral para o desenlace da acusação é o grau de consenso que se estabelece acerca da pessoa a culpabilizar, da sua culpabilidade e da vantagem de destruí-la enquanto ser social, ou mesmo enquanto ser vivo. Isto porque muitas vezes as acusações não chegam a ser objeto de qualquer julgamento formal. Em zonas mais distantes da autoridade estatal é normal que a suspeita coletiva se dê por adivinhação por parte de um especialista.

Nas zonas de maior densidade populacional ou mesmo nas cidades, a obtenção de elementos de provas e a promulgação política da punição tende a formalizar-se. Geralmente, a primeira adivinhação que confirma as suspeitas dos acusadores terá que ser confirmada por um grupo de especialistas indicado pela associação profissional respectiva, numa sessão previamente combinada tensa e solene.

Nesta situação, o meio formal de prova é a adivinhação conjunta por parte dos especialistas designados. Os juízes de feitiçaria dispõem, para confirmar a culpa da pessoa acusada, de uma autoridade e competência que é reconhecida pelas partes através da sua própria presença no julgamento. Os instrumentos utilizados por eles para conduzir a uma

confissão ou um acordo de compensação são a sua capacidade retórica e performativa, a par do respeito e do medo que suscitam.

Por último, adverte Granjo (2011, p. 177), “em casos em que suscitem elevadíssima tensão social e unanimidade acerca da culpa da pessoa acusada, poderá chegar-se à realização de um ordálio”.

5. O DIREITO PENAL REPENSADO A PARTIR DO PLURALISMO JURÍDICO

O pluralismo jurídico, como já supra referido, defende um direito aberto aos influxos da sociedade, defende um direito cultural interessado em proteger as diferenças, sejam estas individuais ou coletivas, dispondo de tratamentos diferenciados se o titular pertence a uma cultura determinada.

Carnevali Rodríguez (2007, p. 11) adverte que os direitos culturais podem ser positivos ou negativos, demandando estes a não interferência do Estado ou de outros indivíduos no exercício dos direitos individuais, e aqueles uma atitude ativa por parte do Estado, que deve adotar medidas para preservar certas culturas, como, por exemplo, construir edifícios para práticas religiosas.

Estas duas posturas, como aponta Carnevali Rodríguez (2007, p. 11-14), se relacionam com as teses do liberalismo e do comunitarismo no tocante ao reconhecimento dos direitos culturais. Numa perspectiva do liberalismo, o Estado deve respeitar os direitos culturais, assumindo uma posição neutra para com eles, enquanto os comunitaristas entendem que o Estado deve assumir uma postura ativa na promoção de certas expressões culturais, fomentando a particularidade, salvaguardando a identidade e reconhecendo direitos de carácter coletivo.

Estas duas teses – liberalismo e comunitarismo – trazem repercussão no tocante à interpretação dos direitos fundamentais, entendendo os liberais que se tratam de direitos universais e, portanto, de conteúdo imutável e os comunitaristas de valores históricos, variando a sua compreensão conforme as realidades culturais

(CARNEVALI RODRÍGUEZ, 2007, p. 16).

A hermenêutica advinda de tais concepções teóricas indubitavelmente reflete nas propostas de solução de conflitos em sociedades multiculturais em todos os ramos do Direito, inclusive no Direito Penal que foi

tradicionalmente construído sobre os valores de uma sociedade (erroneamente) considerada homogênea, mas que hoje não tem mais razão de ser ante a evidência de uma grande maioria de Estados pluriculturais. Uma incontestável realidade que repercute sobre alguns de seus princípios básicos, como os da legalidade e culpabilidade, e que obriga inclusive a reformular suas próprias categorias para adaptá-las a novas exigências (SANZ MULAS, 2014, p. 3).

Sanz Mulas (2014, p. 14), citando Ferreira, afirma que podem advir duas possíveis soluções do Direito Penal para solucionar esses conflitos interculturais, variando em razão da postura ideológica que defenda na seara dos direitos humanos, quais sejam:

A admissão de um pluralismo jurídico, que aceita uma espécie de relativismo cultural, permitindo diferentes soluções segundo o background cultural; e a existência de um único Direito Penal, neutral em relação aos acontecimentos ou as preferências culturais ou de origem étnica, mas articulando possíveis vias que tenham em consideração as motivações culturais.

Sanz Mulas (2014, p. 15-16), citando Becerra, aduz ainda que quando se adota a versão do pluralismo jurídico o pressuposto basilar que decorre a partir do Direito Penal é que este não pode sancionar a diversidade cultural em respeito ao direito consuetudinário, devendo-se respeitar as distintas valorações sobre as condutas que provenham de parâmetros culturais diversos e preexistentes à cultura oficial.

A título de exemplo e advertindo acerca da dificuldade enfrentada pelo Direito Penal em encontrar soluções para os conflitos interculturais, Carnevali Rodríguez (2007, p. 17-18) cita alguns casos paradigmáticos como as mutilações genitais admitidas por certas culturas do norte da África e outros países árabes; a poligamia praticada por mulçumanos; as mortes, inclusive de menores, para resguardar

a honra da família e os atos constitutivos de maus tratos familiares e trabalhos infantis que são tolerados a respeito do pai de família.

Questiona Carnevali Rodríguez (2007, p. 21) acerca da possibilidade de, nessas situações, estabelecerem-se fronteiras “que permitam falar em delitos culturalmente orientados ou motivados e, com isso, determinar se cabem respostas particulares”, conduzindo de imediato tal questionamento a outro, qual seja:

Se resulta válido ou não manter uma espécie de presunção de igualdade entre os valores de diversas culturas ou, se corresponde, que uma sociedade realize um juízo de legitimidade a respeito do comportamento de outras culturas minoritárias.

Aduz que os comunitaristas defendem o estabelecimento de diversos sistemas sancionatórios – com suas próprias instituições–circunscritos territorialmente, atendendo o sentimento de pertença de certos grupos culturais.

Em sua visão, entretanto, tal procedimento leva a uma generalização de guetos dentro da sociedade podendo derivar em um desmembramento social, impactando, inclusive, na eficácia da prevenção geral pelo Direito Penal. Ademais, a fragmentação do Direito Penal em direitos penais próprios iria levar a se admitir certos comportamentos intoleráveis para o resto dos componentes sociais (CARNEVALI RODRÍGUEZ, 2007, p. 22).

Os delitos culturalmente motivados, explica Carnevali Rodríguez (2007, p. 24), são aqueles cometidos por alguém pertencente a uma cultura minoritária, não sendo considerado delito no interior de sua esfera cultural, seja porque é atípico, justificado ou exculpado a despeito de ser um delito dentro do sistema penal da cultura majoritária. Podem também ser considerados delitos em ambas as culturas, porém possuem tratamento diferenciado.

Em outras palavras, delitos culturalmente motivados são aqueles “casos em que determinadas condutas contrárias à norma penal do país “anfitrião”, se explicam sem embargo em razão da

cultura a qual pertence o infrator” (SANZ MULAS, 2014, p. 13).

Para identificar se estamos diante de um delito culturalmente motivado é necessário o preenchimento de três elementos, segundo Carnevali Rodríguez (2007, p. 24-25), que são: a) os fatores psíquicos, ou seja, a determinação dos motivos para atuar, se se apoiem em motivações culturais; b) a relação desses motivos de natureza individual com o grupo cultural a que pertence, o que ele denomina de fatores objetivos e, por fim, c) se existe uma relação antinômica entre a cultura de pertença e a cultura do lugar de residência.

Constatada a existência de delitos culturalmente motivados se deve passar à análise do tratamento sistemático dado aos sujeitos que os cometem, tendo a literatura e jurisprudência norte-americana adotado, nestas situações, a *cultural defenses*. Quando se fala de *defenses*, se aponta essencialmente a concorrência de certos fatores ou circunstâncias que permitem excluir ou diminuir a responsabilidade penal. Concorrendo a esses fatores o componente cultural, pode-se falar em *cultural defenses* (CARNEVALI RODRÍGUEZ, 2007, p. 25).

Para o Direito norte-americano a *cultural defenses* não constitui uma eximente autônoma, mas tomam em consideração os valores culturais recorrendo às instituições gerais, tais como o erro de fato, estados passionais, a provocação, a enfermidade mental e a imputabilidade diminuída (CARNEVALI RODRÍGUEZ, 2007, p. 26).

Todas essas eximentes encontram respaldo no Direito Penal por conta da existência de algum tipo de vício que faz com que a culpabilidade seja diminuída ou mesmo justificada. Utilizar tais eximentes na seara cultural pode significar, portanto, denegrir toda a tradição e cultura de um grupo minoritário, “sendo os custos, em consequência, maiores que os benefícios, pois para deixar impune o autor do delito culturalmente motivado se afeta necessariamente toda a comunidade de origem” (SANZ MULAS, 2014, p. 18).

Esta postura estadunidense demonstra a sua opção teórica pela tese do liberalismo, já supra exposta, uma vez que

se trata de um sistema que quer mostrar-se sensível à diferença étnico-cultural mas não cede frente a mesma, um sistema que não está disposto a pôr em discussão os fundamentos de um direito penal de signo ocidental, que sempre e em toda circunstância devem ser confirmados (SANZ MULAS, 2014, p. 18).

Para Carnevali Rodríguez (2007, p. 27) o tratamento que deve ser dado aos delitos culturalmente motivados é o de erro de proibição, uma excludente de culpabilidade, fundamentado não no desconhecimento da norma penal, mas na sua falta de compreensão, uma vez que

podendo conhecer a proibição da norma, o sujeito não a pode compreender por ter internalizado um conjunto de valores diferentes, que podem inclusive serem incompatíveis com os compartilhados pela cultura dominante.

Para Zaffaroni (2015, p. 576-577), o erro de compreensão culturalmente condicionado ocorre “quando o indivíduo tenha sido educado numa cultura diferente da nossa, e desde criança tenha internalizado as regras de conduta desta cultura, como no exemplo dos enterros clandestinos do indígena”. Como regra geral, nesses casos, a culpabilidade deve ser excluída por ser um erro de proibição invencível.

Mas para Zaffaroni (2015, p. 577), “o condicionamento cultural nem sempre dá lugar a um erro de proibição, mas pode dar lugar a distintas classes de erros”. Cita o exemplo da cultura ahuca no oriente equatoriano na qual se acredita que o homem branco sempre matará um dos seus membros e, por isso, vai matá-lo assim que o ver. Tal fato é encarado como um ato de defesa e, assim, diante dessa situação, estar-se-á diante de “um erro de proibição culturalmente condicionado, mas que constituirá uma justificação putativa e não um erro de compreensão”.

Da mesma forma, será uma hipótese de defesa putativa baseada em erro sobre a concepção da causalidade

acreditar numa causalidade mágica e entender que se defende legitimamente aquele que crê seriamente estar sendo levado à morte por outrem através de sortilégios, o que é muito comum nas culturas africanas, requerendo mortes particularmente cruéis para esconjurar

os “bruxos” (ZAFFARONI, 2015, p. 577).

Por fim, Sanz Mulas (2014, p. 16), citando Becerra, apresenta outra concepção de tratamento dado pelo Direito Penal aos delitos culturalmente motivados, não se devendo sequer buscar o instituto da culpabilidade nestas situações

pois deste modo se estaria reconhecendo a supremacia de uma cultura sobre a outra. E isto porque em um Estado que desconhece a diversidade e baseia sua soberania numa visão de um só grupo (e cujos interesses representa), o interesse “comum” se converteria em um interesse de um grupo e o desenvolvimento de políticas estatais se converteria assim em um desenvolvimento de políticas que refletem uma relação de dominação. Isto é, a justiça penal que não respeita a diversidade cultural termina sendo uma justiça discriminatória na qual um parâmetro cultural é imposto a quem responda a um modelo distinto. (SANZ MULAS, 2014, p.16)

Assim não há que se falar em erro, pois a pessoa atua por um condicionamento cultural “e obviamente seus valores e padrões culturais não são uma forma errônea de perceber o mundo, senão uma forma própria tão válida quanto outras” (SANZ MULAS, 2014, p. 21).

Os delitos culturalmente motivados, destarte, podem ter tratamento diferenciado na dogmática penal e serem tratados como uma excludente de antijuridicidade em vez de excludente de culpabilidade, como, por exemplo, um exercício regular de direito amparado pela cultura minoritária (SANZ MULAS, 2014, p. 19).

Talvez esta seja a resposta estatal mais condizente ao ideal dos comunitaristas, porém, inaplicável em concreto, uma vez que “nenhum dos ordenamentos jurídicos europeus tem reconhecido em alguma medida a especificidade cultural no âmbito do Direito Penal” (SANZ MULAS, 2014, p. 29).

Essa realidade é facilmente percebida quando se analisam as soluções encontradas pelo Direito Penal para os casos das mutilações genitais femininas. O Reino Unido e a Suécia promulgaram leis penais *ad hoc* para proibir e penalizar esta prática; a Bélgica,

a Dinamarca e a Itália reformaram seus Códigos para incluir essa prática como um delito autônomo; a Alemanha, Finlândia, França, Grécia, Holanda, Irlanda, Luxemburgo, Portugal entenderam que já existem em seus Códigos Penais adequação típica perfeita para tal prática, notadamente nos delitos de lesões e suas causas agravadas por conta das vítimas serem menores ou pelo fato das lesões serem cometidas por seus pais (SANZ MULAS, 2014, p. 28-29).

6. CONCLUSÃO

Nesse capítulo vimos que com o advento do multiculturalismo em fins do século XX, o campo jurídico se viu compelido a sair de sua zona de conforto para dar conta das novéis demandas sociais, notadamente, de grupos minoritários e historicamente excluídos, a exemplo nos negros, homossexuais, indígenas, mulheres, pacifistas, ambientalistas, dentre outros, que legitimamente reclamavam participação na vida política de sua polis e reconhecimento de seus direitos específicos, no intuito de efetivar o princípio da igualdade proclamada desde o movimento político-liberal do Século XVIII.

Neste contexto, foi implacável a explosão do pluralismo jurídico no âmbito intra-estatal e extra-estatal para pacificar os anseios sociais desses grupos mais vulnerabilizados, haja vista o sistema jurídico estatal muitas vezes não conseguir incutir nesses grupos de jurisdicionados o sentimento de justiça e, consequente, satisfação de seus interesses demandados em juízo.

Partindo desta premissa, o capítulo teve por objeto averiguar o impacto do pluralismo jurídico—especialmente consignado na Constituição Federal de 1988 que conferiu a diversos grupos sociais o papel de defesa da ordem constitucional, de produção do direito e de resolução de conflitos—no âmbito do Direito Penal, uma vez que seu constructo dogmático-jurídico foi tradicionalmente pensado a partir de uma sociedade homogênea, questionando-se hodiernamente a eficácia de sua aplicação no seio das sociedades pluriculturais como as delineadas no século XXI.

Realizadas estas análises comparativas da diversidade do direito, pode-se inferir que o direito é, de fato, um saber local, constitutivo de realidades válidas para um determinado grupo social, representação de um imaginário coletivo que almeja disciplinar desejos e sistematizar deveres sob o ponto de vista da comunidade local.

E é por isso que os significados extraídos de suas decisões práticas servem apenas e tão-somente para os locais em que foram produzidos, tendo um sentido específico, único, não podendo, por isso, ser transportado, exportado, migrado de uma cultura para outra, pois sua estrutura simbólica, de significantes, não mais faria sentido e por via de consequência haveria a implosão do sistema jurídico nativo.

Dessa conclusão e da leitura do fundamento axial da Constituição Cidadã, extrai-se a importância do pluralismo jurídico nas sociedades modernas, da necessidade de coexistirem instituições jurídicas diversas respeitando-se umas às outras de modo a compatibilizar suas imagens coerentes com suas fórmulas consequentes para que todas possam existir autonomamente, preservando sua identidade cultural e a sensibilidade jurídica de sua comunidade.

REFERÊNCIAS

- CARNEVALI RODRÍGUEZ, Raúl. *El multiculturalismo: um desafio para el derecho penal moderno*. Política Criminal, Santiago, Chile, n. 3, p. 1-28, 2007.
- COSTA, Sylvia Chaves Lima. *O Multiculturalismo e o Direito Penal: um estudo à luz da cultural offense e da cultural deffense*. TerCi, v.02, n.02, jul/dez. 2013.
- CURI, Melissa Volpato. O Direito Consuetudinário dos Povos Indígenas e o Pluralismo Jurídico. *Espaço Ameríndio*, Porto Alegre, v. 6, n. 2, jul-dez 2012, p. 230-247.
- DOBROWOLSKI, Silvio. *O pluralismo jurídico na Constituição de 1988*. *Revista de informação legislativa*, v. 28, n. 109, p. 127-136, jan./mar. 1991.
- GEERTZ, Clifford. *O saber local: fatos e leis em uma perspectiva comparada*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 249 – 356.
- GRANJO, P. Pluralismo Jurídico e Direitos Humanos: os julgamentos de feitiçaria em Moçambique. *Revista O Público e o Privado*. Ceará, n. 18, 2011.
- HALL, Stuart. *A Identidade Cultural na Pós-Modernidade*. 11. ed. RJ: DP&A, 2011.
- LOSANO, Mario G. *Os Grandes Sistemas Jurídicos*. SP: Martins Fontes, 2007

SANTOS, Boaventura de Sousa. A marginalidade urbana e produção jurídica. O discurso jurídico em Pasárgada e O espaço retórico do direito de Pasárgada e do direito estatal. In: SANTOS, Boaventura de Souza. *O discurso e o poder. Ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1988a, p. 09 – 61.

SANTOS, Boaventura de Souza. Uma cartografia simbólica das representações sociais: prolegômenos a uma representação pós-moderna do Direito. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, nº 24, Coimbra: CES, 1988b.

SANZ MULAS, Nieves. Diversidad Cultural y Política Criminal: estrategias para la lucha contra la multilación genital feminina en Europa (especial referencia al caso español). *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2014, n. 16-11, p. 11:1-11:49 – ISSN 1695-0194.

SEGATO, Rita Laura. Antropologia e direitos humanos: alteridade e ética no movimento de expansão dos direitos universais. *Mana*, Rio de Janeiro, vol. 12, n. 1, 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104931320060001>

00008&script=sci_arttext> Acesso em 15 de maio. 2016.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Hermenêutica e Interpretação Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SOUZA, Estella Libardi. Povos Indígenas e o Direito à Diferença: do colonialismo jurídico à pluralidade de direitos. In: *Congresso Internacional de Pluralismo Jurídico e Direitos Humanos*, 2008, Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2008. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/33234-42224-1-PB.pdf>. Acesso em 17 de maio 2016.

VAZ, Antenor; BALTHAZAR, André. Povos Indígenas Isolados, Autonomia, Pluralismo Jurídico e Direitos da Natureza, Relações e Reciprocidades. *Boletín Onteaiken*, n. 15, Mayo 2013. Disponível em: <http://onteaiken.com.ar/ver/boletin15/3-1.pdf>. Acesso em 19 de maio 2016.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico. Fundamentos de uma nova cultura jurídica no Direito*. 3ª ed. São Paulo, Alfa Ômega, 2001.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*: parte geral. 11. ed. rev e atual. SP: Revista dos Tribunais, 2015.



A VERDADE COMO OBJETIVO DO PROCESSO PENAL

Muriel Amaral Jacob¹

Fabício Muraro Novais²

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo que tem em seu âmago a discussão sobre a busca da verdade no processo penal, através de uma análise sobre se a verdade e a justiça constituem finalidades do processo.

Partiu-se da premissa de que Direito e verdade estão intrinsecamente interligados, fazendo-se uma reflexão entre o conceito de verdade, bem como sua aplicação no processo. Ao final, buscou constatar se a busca da verdade real é, de fato, possível de ser alcançada no processo penal diante dos limitados meios de cognição dos quais poderá o julgador valer-se na tentativa de reconstrução do fato criminoso.

Assim, para se chegar ao discurso da verdade real no processo penal e sua crítica, fez-se necessária uma ampla abordagem sobre a dogmática filosófica, a fins de se determinar o que filosoficamente compreende-se por “verdade” para, a partir de então, traçar-se um paralelo com a famigerada verdade material e sua aplicação no processo.

De forma bem particular, o presente trabalho possui uma análise bem definida, no sentido de indagar-se seria possível o alcance da verdade real no processo penal sem que nisso pudesse prejudicar os

1 Doutoranda em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Mestre em Direito pela UNIVEM. Professora adjunta na Universidade de Rio Verde, *campus* Rio Verde/GO. Bolsista Capes. Advogada. e-mail: murieljacob@hotmail.com. Celular: 64981117004

2 Doutor em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor Adjunto da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul. (fabriciomuraro@uol.com.br).

direitos fundamentais do indivíduo.

Nesse sentido, aliás, não se possui por veleidade o esgotamento do tema, mas, de certa forma, visa-se à contribuição ao aperfeiçoamento do debate acadêmico no campo do direito processual penal, com o aprimoramento do conhecimento e a formação de novas ideias acerca de um tema já consolidado na clássica doutrina processual e, ainda, constantemente fomentado pelos nossos tribunais e jurisprudências pátrias.

Desse modo, portanto, a pesquisa denota-se salutar pelo contexto em que fora delineado, porquanto sob um viés humanístico buscou-se trazer à baila a abordagem de um tema com feições atuais no campo jurídico e doutrinário, constatando que, diante de um sistema processual penal eminentemente garantista, conforme adotado pela Magna Carta de 1988, não deve a busca pela verdade real funcionar como discurso para subjugar o acusado, como se este fosse mero instrumento do processo.

A problemática que desencadeou na escolha do tema partiu, dentre outros fatores, da premissa conceitual do processo que tem no instituto da prova sua base central. Como se sabe, há no processo uma sequência de atos concatenados de forma lógica e que se destinam ao exaurimento da tutela estatal, através da prolação de uma decisão final que ponha fim aos litígios judiciais e que possa restabelecer a pacificação social.

Diante disto, surgiu a inquietude e indagações propostas neste trabalho que em seu transcorrer buscou compreender, através da dogmática filosófica, se seria possível sustentarmos que tal decisão, de fato, corresponda à verdade e se esta verdade constitui a finalidade do processo moderno.

Assim, o presente estudo inicia fazendo uma abordagem sobre o conceito de verdade, com arrimo na filosofia, buscando compreendê-la para ulterior análise da verdade como objetivo do processo.

Prossegue com a análise sobre a verdade no processo, partindo da noção afeta a cognição processual de que no processo penal

visa-se à reconstrução, através da atividade probatória, do fato-crime ocorrido em momento pretérito, anterior à atividade processual, para que o magistrado que não o presenciou diretamente, convicto da verdade sobre os fatos, possa sentenciar o processo condenando ou absolvendo o acusado conforme o que restar provado.

Verifica-se, ainda, que para concretização de uma decisão justa, mister se faz que referida decisão não esteja desassociada da noção de que o processo, de fato, logrou êxito no alcance da verdade, pois, será útil que as pessoas creiam nisso, legitimando a decisão e acalmando os ânimos dos envolvidos na atividade processual.

A metodologia utilizada nesta pesquisa é de caráter bibliográfico e jurisprudencial, sendo consultadas fontes impressas e virtuais, por meio da análise descritiva e método dedutivo.

2. NOÇÕES FILOSÓFICAS DA VERDADE

Até pouco mais de cinco séculos atrás, a humanidade, na visão da cultura ocidental, vivia da firme convicção de que as suposições pregadas pela fé e religião, correspondiam, de fato, à verdade. Diversos livros sagrados, entre eles a Bíblia e o Alcorão, continham as explicações necessárias para a compreensão do mundo, da vida, da pessoa humana, da nossa origem e do nosso destino.

Dominava a harmonia no âmbito do conhecimento humano o que gerava uma sensação de segurança intelectual e espiritual.

O ideal de chegar até “a verdade” das coisas é uma das mais antigas ambições do ser humano, como bem afirma René Descartes (1596-1650) em um trecho de *Meditações Metafísicas*, onde diz que “há já algum tempo eu me apercebi de que, desde meus primeiros anos, recebera muitas falsas opiniões como verdadeiras.” E conclui que “era necessário tentar seriamente, desfazer-me de todas as minhas opiniões a que até então dera crédito, e começar tudo novamente desde os fundamentos, se quisesse estabelecer algo de firme e de constante nas ciências [...]”. (DESCARTES, 1983, p. 84).

Com o avanço das ciências e o estabelecimento do método científico, a partir do século XVI, essa suposta “harmonia” da massa, baseada na fé, começa a se desmazelar e a verdade então concebida passou a ser aquilo demonstrado por meio de estudos e experimentos, fazendo cair por terra várias ideias até então estabelecidas como corretas.

Isso porque o ideal humano é a sede de conhecer. O homem, como ser pensante e racional que é, quer saber a verdade, atingir o conhecimento das coisas. Este, o conhecimento, é o ponto de partida para nosso acesso ao mundo e influencia tudo que fazemos: pensamentos, emoções, vida social, ideia de justiça.

O conhecimento da verdade, a certeza sobre fatos e coisas, gera no homem um sentimento de conforto e segurança. No entanto, ninguém gosta de ser enganado, desprezando assim a verdade, conforme os dizeres de Santo Agostinho (1999, p. 173) “[...] encontrei muitos com desejo de enganar os outros, mas não encontrei ninguém que quisesse ser enganado”.

Filósofos e pensadores se baseiam no que chamam de “vontade de verdade” (FOUCAULT, 2001, p. 14-20), “desejo do verdadeiro” ou “desejo de buscar a verdade” ou simplesmente “busca da verdade” (CHAUI, 2010, p. 112-113).

De fato, essa é uma questão que atormenta os pensadores e filósofos, desde os tempos mais remotos, não existindo um conceito único ou um consenso sobre o assunto, diversificando as correntes filosóficas no que diz respeito ao conceito de verdade.

Como disse Aristóteles (1969, p. 27), nas primeiras linhas de sua obra *Metafísica*, “todos os homens desejam saber”, sublinhando essa característica própria da raça humana. Sendo assim, o empenho humano na construção do conhecimento outra coisa não é senão a constante busca da verdade.

De fato, o conhecimento só pode ser considerado “saber” na medida em que corresponde à verdade, caso contrário seria erro. No entanto, essa é uma busca difícil, porque mesmo em termos de ciência,

que por muitos é considerado o saber mais elevado e confiável, não temos a garantia de ter a posse da verdade.

A história da ciência é a prova disso: as teorias consideradas verdadeiras em determinada época são, posteriormente, rejeitadas e substituídas por outras.

As ciências buscam a verdade e, partindo da necessidade do homem em encontrá-la como instrumento de conformidade com o que é realidade e concreto, gera assim, no espírito do ser humano, o sentimento de aquietação, conforto e segurança. O homem, como ser racional que é, procura o conhecimento, ou seja, a verdade sobre as coisas e os fatos, tirando-o assim da ignorância e incerteza de determinada situação, e do desconforto que o desconhecimento pode causar.

Socialmente, sob uma análise vulgar a despeito da verdade, muito frequentemente a concebemos em distintos aspectos. Destarte, ao considerá-la como oposto de falsidade, atribuímos-lhe o sentido de atributo de proposições revestidas de um caráter lógico que, a princípio, não são refutáveis. Assim, entre os leigos dir-se-ão que tudo aquilo que não é falso, é, pois, verdadeiro ou vice-versa.

Desse modo, consubstanciando-se da visão de Carnelutti (1965), o que se tem normalmente é um conhecimento parcial, posto que o atributo de verdade sob tal viés encontra-se comumente pautado não pelo conhecimento do “ser”, mas, ao revés, parte-se da noção do “não ser”, ou seja, para chegar-se a verdade das coisas, além de conhecer o que realmente ela é, mister se faz saber também o que ela não é (COUTINHO, 2015).

Noutro prisma, entretanto, se considerarmos a verdade como oposto da mentira, geralmente são lhe atribuídos características de algo incontestado, condizente com a realidade ou que, por vezes, com esta guarda conformidade ou nela encontra guarida.

A verdade exige que nos libertemos das aparências das coisas; exige, portanto, que nos libertemos das opiniões estabelecidas e das ilusões de nossos órgãos dos sentidos. Em outras palavras, a verdade

sendo o conhecimento da essência real e profunda dos seres é sempre universal e necessária, enquanto as opiniões variam de lugar para lugar, de época para época, de sociedade para sociedade, de pessoa para pessoa.

Essa variabilidade e inconstância das opiniões provam que a essência dos seres não está conhecida e, por isso, se nos mantivermos no plano das opiniões, nunca alcançaremos a verdade.

Conforme já mencionado alhures, a essência atribuída à verdade é, pois, variável consoante os diferentes estágios sociais. Assim, de forma incipiente, ao analisarmos o viés evolutivo dos sistemas probatórios, pode se destacar quatro fases dessa evolução intimamente ligadas a incessante busca pela verdade.

Há, portanto, segundo Marco Antônio de Barros (2013, p. 52), as denominadas fases “primitiva (ou étnica); mística (ou religiosa); legal (ou da certeza legal) e moderna (ou da certeza moral)”, cujas nuances de verdade são nitidamente pautadas, nos dizeres do eminente autor, por “avanços e retrocessos”, mormente nas primeiras fases marcadamente pelo ranço inquisitorial proeminente à época.

3. A VERDADE NO PROCESSO

A busca da verdade, sempre foi uma questão intrigante, sendo seu alcance almejado nos mais variados ramos do “saber”. A filosofia incumbiu-se, com maior precisão, na busca em compreendê-la sem, contudo, chegar-se a um consenso, muito menos a uma definição sobre o tema, diversificando-se as teorias filosóficas quanto ao assunto. Não há, pois, no âmbito da filosofia um critério único e seguro sobre o que de fato corresponda à verdade.

No processo, contudo, entende-se que para justa e correta aplicação do direito material ao caso concreto versado na demanda judicial, é imperioso que a “verdade dos fatos” trazidos à análise judicial pelo Estado-juiz esteja demonstrada na sentença que o magistrado irá prolatar quando finda a instrução probatória.

Há, pois, que se perquirir, no seio processual, uma reprodução

fática com maior fidelidade às narrativas feitas pelas partes a fim de se chegar, tanto quanto possível, a verdade dos fatos ocorridos.

Tal ilação evidencia-se, com maior clareza, no processo penal, onde geralmente a discussão judicial gira em torno de um dos bens jurídicos mais preciosos do indivíduo: a sua liberdade, devendo o evento delituoso ser apurado da forma mais acurada possível.

De modo geral, o processo, além de outras funções, também se destinaria ao alcance da verdade para a justa e correta aplicação da lei, possibilitando através da instrução probatória chegar-se a tal desígnio.

Neste íterim, haverá, por meio das provas, a tentativa de reconstituição dos fatos passados, ora objetos da demanda judicial. Desse modo, antes, porém, de abordar-se de forma mais acurada os aspectos concernentes à busca da verdade no seio processual, cabe, por oportuno, buscar compreender a conceituação do processo e os escopos primordiais que lhe substanciam.

Inobstante, pode-se dizer que o processo consiste em uma sequência de atos concatenados em uma sequência lógica, denominada por procedimentos, que se desenvolvem em considerável decurso de tempo, objetivando a prolação de uma decisão final que possa findar os litígios e desavenças postos ao crivo do Poder Judiciário a quem incumbe solucioná-los.

Seu desiderato primordial é, em certa medida, a tentativa de apaziguar os ânimos e desavenças dos litigantes, mediante uma imposição estatal que ponha fim aos litígios, culminando, em tese, na denominada pacificação social tida como aspiração máxima de toda sociedade.

É por meio do processo que se dá efetividade a alguns direitos constitucionalmente salvaguardados, tais como, o direito de ação e acesso à justiça. Sem embargos do exposto, a análise que se faz, gira em torno de saber se tal decisão de fato corresponde à verdade.

Falar de processo, primordialmente, é falar de atividade cognitiva: um juiz que não conhece os fatos, mas precisa conhecer para decidir, solucionando o litígio, com escopo pacificador. Das narrativas

trazidas ao processo pelas partes até a prolação da decisão final, de modo que dela não caiba mais nenhum recurso, atingindo-se a coisa julgada, garantindo a imutabilidade (aqui residindo em grau maior a ideia de pacificação do conflito e segurança jurídica) da decisão depois de exaustiva discussão e instrução.

Nesse aspecto observa-se que a verdade é construída, no campo argumentativo, através das narrativas fáticas e retóricas acerca de assuntos jurídicos e sobre a aplicação e interpretação do Direito. No campo instrutório, a verdade surge com as provas, no sentido de demonstração da narrativa fática pelos sujeitos processuais.

Como visto, ademais, verificou-se que nem as “verdades científicas” gozam de critérios absolutos, mas relativos, pois estão impregnadas de um conteúdo concreto, determinado pelas épocas históricas em que foram proclamadas, variando também a verdade, no tempo (BARROS, 2013).

Ora, se não pode falar em alcance da verdade nem nas ciências exatas, apuradas com maiores critérios e exatidão técnica, não nos parece crível que se possa atingi-la na seara processual de forma absolutamente fidedigna. Logo, a verdade em termos absolutos denota-se de difícil alcance no processo, podendo ocorrer de forma contingencial.

Neste sentido, Luigi Ferrajoli (2010), bem trabalha com a dificuldade de formular um critério acautelado de verdade das teses judiciais, pois depende do fato de que a verdade “objetiva ou absoluta” representa uma meta, um objetivo inalcançável. A convicção de que se pode conseguir e asseverar uma verdade absolutamente certa é, “uma ingenuidade epistemológica”, que as doutrinas dogmáticas do juízo, com a aplicação mecânica da lei, compartilham com o “realismo gnosiológico vulgar”.

Michele Taruffo (2016) ao abordar a dicotomia entre a verdade absoluta e relativa realça que a primeira seria pertencente ao domínio da religião e da metafísica, por vezes, inalcançável nas demais ciências, cuja verdade empregada seria sempre relativa, ponderando, inclusive, que esta estaria afeta aos processos judiciais.

A concepção de verdade absoluta pode ser uma hipótese abstrata de um contexto filosófico amplo, entretanto, fica difícil amparar a ideia de que ela possa ou deva ser situada em qualquer domínio do conhecimento humano, tampouco no contexto judicial.

Em termos mais seguros, a ideia abstrata de verdade pode ser arquitetada como uma espécie de “ideal regulador”, ou seja, como um ponto de referência teórico que se deve seguir a fim de orientar na obtenção do conhecer, no mundo do processo.

Há aí um viés bastante interessante e que possibilita, de antemão, vislumbrar a estreita relação que há entre o processo e a busca pela verdade. Com efeito, é destacado que a noção básica de um litígio tem como premissas certos fatos sobre os quais se baseia.

No processo penal, em face do princípio da legalidade, os fatos que se analisarão em juízo serão aqueles previamente tipificados como crime e dos quais tenha o agente supostamente vindo a infringir com a prática do delito, devendo incidir a sanção penal caso comprovado sua culpabilidade e demais aspectos do crime.

Nesta ótica, havendo a transgressão do preceito normativo por parte do agente, caberá ao Estado dar efetivação ao *jus puniendi* que lhe é atribuído de modo a sancionar a quem comprovadamente tenha praticado conduta tipificada como crime. Haverá, pois, nesse conflito o interesse estatal em punir o autor do delito que, na maioria das vezes, buscará esquivar-se da reprimenda estatal.

Para tanto, para que se possa apurar como efetivamente se deu o fato narrado na peça acusatória tem-se o engendramento processual, que buscará a apuração dos fatos para a justa e correta aplicação da lei, seja para punição do verdadeiro culpado, seja para manutenção do *status libertatis* do indivíduo inocente, sendo a atividade probatória o meio idôneo para se alcançar tal intento.

Assim, busca-se através do processo, em especial, com a instrução probatória nele desenvolvida, chegar-se “a verdade dos fatos” com maior fidelidade possível ao que ocorreu em delito passado.

Para tanto, a reconstituição dos fatos no seio processual deverá, inexoravelmente, pautar-se no respeito e observância do devido processo legal com todos seus consectários. Nesse sentido, que a prova ganha importância ímpar para o processo, na medida em que visa reconstituir fato pretérito não diretamente percebido pelo julgador que, ainda assim, caberá a solução do conflito judicial aplicando o Direito ao caso concreto.

Logo, a verdade no processo será situada e corroborada na sentença, onde o julgador irá proferir o discurso da verdade quando finda a instrução probatória. Eis, em suma, a síntese da lógica processual e sua relação com a busca da verdade.

4. VERDADE COMO FINALIDADE DO PROCESSO

O âmago do estudo consiste em verificar se, além dos objetivos clássicos do processo, a verdade e justiça constituem metas do processo, pois observa-se que no decorrer da pesquisa é constantemente mencionado e induzido que a justiça da decisão só é atingida quando refletida sobre a verdade dos fatos.

A questão tem sido objeto de estudo da doutrina contemporânea processual e gera certa divergência a saber se a verdade é uma das finalidades do processo, visando o seu alcance para que haja a justa resolução dos conflitos judiciais, gerando credibilidade perante a sociedade e apaziguamento no ânimo dos envolvidos. Ou, ao revés, por ser ela, em essência, inatingível, se o objetivo do processo deve ser apenas a decisão de conflitos judiciais, mediante a aplicação do direito, tal como vislumbrada por Kelsen, não sendo a descoberta da verdade seu desígnio ou finalidade, mas fato aleatório e incerto no processo.

Carnelutti, ao declarar que o processo é um trabalho, assevera que “aquilo que é necessário saber, antes de mais nada, é que o trabalho é união do *homo* com a *res*” e prossegue que “somente através da união ele conseguirá saber como se passaram as coisas (*come sono andate le cose*) e como deveriam passar-se, a sua história e o seu valor; em uma palavra a sua verdade” CARNELUTTI, 1958, p. 124)

A verdade é fruto da inteligência humana e que, por isso, traduz-se em um ideal norteador constantemente perquirido pelo ser humano, sobretudo no âmbito processual. Por tal razão, talvez se possa afirmar, conforme Marco Antônio de Barros (2013, p. 24), que “a verdade é atributo de um juízo, não de uma prova. E o juízo que serve de base à verdade revela o próprio horizonte da verdade jurídica, o qual é demarcado pela justiça como fundamento”.

Com efeito, justiça e verdade complementam-se e formam um todo inseparável. Por tal motivo, talvez, sobeja incoerente a suposição de que uma subsista sem observância da outra. Isto porque os juízes ao proferirem uma decisão final nos processos acreditam que tal decisão esteja pautada em consonância com a verdade fática tal qual o ocorrido em seus pormenores, frutos de uma reconstituição processualmente válida.

Segundo a doutrina tradicional, o processo em sua noção instrumental se destina a assegurar a efetividade do direito material, tendo por função precípua a solução dos litígios e conflitos sociais postos ao crivo do poder judiciário a quem incumbe solucioná-los com base em regras previamente estabelecidas. Sendo assim, nesse viés o processo objetiva indicar a forma de aplicação do direito que deve ser seguida em caso de controvérsias e incertezas.

No entanto, a doutrina moderna não se satisfaz com esse posicionamento acrescentando que a verdade e a justiça devem ser objetivos e finalidades do processo, só assim, podendo resolver conflitos de forma justa e aceitável pela sociedade e para as partes envolvidas.

Nesse contexto, a verdade dos fatos será de extrema importância para proferimento de uma decisão justa. Realmente, aqui, a verdade estará intrinsecamente ligada à justiça, pois, é apta a legitimar a resolução de conflitos, tendo em vista que a sociedade e as partes envolvidas, em um processo judicial, se satisfazem com decisões refletidas na realidade, justamente, como dito anteriormente, em razão da busca natural do homem pelo conhecimento da verdade e sua aquietação quando a encontra.

Defendendo a ideia de que a justiça dá decisão se dá com a descoberta da verdade, em um estudo denominado “A verdade e a justiça constituem finalidades do processo judicial?” de Soraya Gaspareto Lunardi e Dimitri Dimoulis (2007, p. 177), bem salientam que:

O processo aspira encontrar a verdade e fazer justiça: oferecer a solução justa ao caso concreto (*Einzelfallgerechtigkeit*), mediante a adequada concretização de previsões abstratas”, mas que ao lado disso o “estabelecimento da verdade acerca dos fatos é o pressuposto para atingir a solução justa (ao lado da interpretação correta e adequada das normas vigentes).

A verdade estabelece uma finalidade “instrumental” que admite alcançar a justiça como objetivo final da atividade processual. Nesse ínterim, o processo objetiva a verdade dos fatos como condição necessária para correta aplicação do direito. A constatação do “que realmente ocorreu é o pressuposto para construir a premissa maior do silogismo jurídico de maneira adequada” (LUNARDI; DIMOULIS, 2007, p. 178).

É inegável que o processo é um instrumento que se destina assegurar a efetividade do Direito. Em decorrência se admite que a finalidade do processo tem sido identificada sob um novo prisma: afirmar que o Processo Penal tem por única ou primordial finalidade a aplicação do Direito Penal, se torna insuficiente, razão pela qual os processualistas sustentam a transformação do processo de mero instrumento da Justiça em garantia de liberdade.

Para se afirmar que a finalidade do processo é efetivar a justiça é necessário que o juiz se convença de que a verdade histórica foi revelada mediante a reconstituição dos fatos da causa e assim a aplique em sua decisão.

Por isso, acredita-se que quando a verdade fática é realmente atingida haverá uma solução e não imposição estatal que venha efetivamente findar as desavenças e conflitos judiciais, condição necessária para que o cidadão tenha confiança no Estado e haja a legítima aplicação do Direito como garantia para exercício das liberdades e garantias.

Ao lado disso é exigência inexorável que tais decisões estejam

pautadas na estrita observância das regras e princípios concernentes ao devido processo legal com todos seus consectários, bem como aos direitos e garantias individuais postos pelo legislador a salvaguarda do acusado. Aqui entra em cena os preceitos constitucionais do juiz natural, imparcialidade e democracia na efetivação da justiça.

Desta forma, a busca da verdade sobre quaisquer outras questões é bastante perigosa, pois nessa seara é possível se retroceder aos tempos da tortura e da utilização de medidas que levavam à dor e aos castigos corporais para que fosse possível se obter uma verdade.

O atual Código de Processo Penal brasileiro foi elaborado num período em que o mundo vivia uma de suas maiores guerras, com a exaltação de condutas fascistas e de eliminação de minorias. Época essa em que a tortura e a prática de outras medidas abusivas foram amplamente usadas. (KHALED JR., 2015, p. 350)

Porém, com mais de 70 anos de sua elaboração, e com a aprovação de uma Constituição de cunho democrático, é difícil entender e continuar aplicando uma lei de cunho autoritário e que almeja a obtenção da verdade a qualquer custo. A verdade deve ser obtida ao longo da persecução do processo, contudo, questões de cunho democrático e de prevalência de direitos não podem se fazer esquecidas.

Inclusive, há autores que entendem que os dispositivos do Código de Processo Penal que dizem respeito ao autoritarismo não foram recepcionados pela atual Constituição Federal, que possui cunho altamente democrático e de preservação da dignidade humana. (KHALED JR., 2015, p. 350)

A busca incessante da verdade no Processo Penal pode levar a conclusões monocráticas, em que o juiz direciona o andamento processual e a produção de provas com base na sua convicção inicial, condenando o réu muito antes de seu julgamento.

Assim, embora se assegure a possibilidade de ter atingido a verdade no seio processual à custa da inobservância das regras decorrentes do devido processo legal, configurado em uma garantia

fundamental dos acusados, logo, tal decisão não será legítima³ devendo ser rechaçada, consoante será demonstrado posteriormente. Diante disso, Denis Sampaio (2010, p. 81) assegura que “a verdade é, por conseguinte, meio e fim do processo penal, quando ligado à necessidade impostergável de defesa social”.

Aqui, pode-se afirmar que o direito processual penal se justifica para a execução de medidas em prol de valores fundamentais, aqueles supremos, ou seja, tanto os princípios constitucionais como os processuais penais que concedem conexão ao sistema jurídico afeto à matéria processual penal. Da mesma forma, a eleição de valores elevados, sobretudo dos valores supremos da liberdade, legalidade e devido processo legal, evita que arbítrios sejam cometidos em detrimento dos direitos e garantias fundamentais.

De qualquer modo, “é mister reconhecer que a verdade constitui um dos alicerces do processo, pois sequer se permite cogitar da possibilidade de se emprestar validade a um processo fincado na mentira, no falso” (BARROS, 2013, p. 30). Assim, segundo Luigi Ferrajoli (2010, p. 48), “se uma injustiça penal integralmente ‘com verdade’ constitui uma utopia, uma justiça penal completamente ‘sem verdade’ equivale a um sistema de arbitrariedade”.

De toda forma, convém destacar que “a descoberta da verdade sempre foi indispensável para o processo. Na realidade, esse é considerado como um dos seus principais objetivos. Por meio do processo [...], o juiz descobre a verdade sobre os fatos, aplicando a esses a norma apropriada” (MARINONI; ARENHART, 2015, p. 31).

O objetivo fundamental da jurisdição é a justa solução da lide mediante atuação da vontade concreta do direito, somada à busca efetiva da verdade para a reconstrução dos fatos, que como será visto,

3 “[...] Uma decisão, todavia, não é legítima se as normas que regulam o caso não são aplicadas adequadamente a esse caso específico; ou seja, se a norma não é aplicada adequadamente aos fatos aos quais deveria. Para que isso seja feito, deve-se determinar verdadeiramente os fatos do caso. Dito de maneira sucinta: nenhuma decisão correta e justa pode basear-se em fatos determinados erroneamente. Em consequência, ‘um procedimento no qual os tribunais nem sequer tentam chegar à verdade é, manifestamente, um procedimento injusto’, uma vez que ‘na base do procedimento jaz o objetivo de obter a verdade’”. (TARUFFO, 2014, p. 22).

no processo, se dá, primordialmente, por um importante instituto do Direito processual penal—as provas.

Deverá haver um casamento entre norma jurídica, numa clara observância ao princípio da legalidade e devido processo, intimamente ligadas às garantias fundamentais do cidadão, que deverão ser observadas, sob pena de decisão ilegítima e reconstrução da verdade dos fatos sob pena de decisão injusta.

De fato, se deve o magistrado orientar-se pela justa solução dos conflitos judiciais, aplicando o Direito, não se deve deixar de lado a busca pela verdade, como condição necessária de se alcançar justiça na decisão dos casos, sobretudo, no processo penal cuja busca pela verdade na elucidação dos fatos deve orientá-lo.

Desta feita, entende-se que a verdade deve ser finalidade do processo—associada, obviamente, ao respeito das garantias individuais do acusado -, pois somente a certeza de tê-la alcançada é que gerará o sentimento social de que houve a pacificação com justiça atingindo-se, destarte, o escopo primordial do Direito e do Direito processual.

Sem embargo de tais considerações, apesar de sustentar que a verdade é uma das finalidades do processo, Michele Taruffo⁴ (2014) destaca que há entendimento em sentido diverso, calcando-se na tradicional ideologia civilista do processo como meio de resolução de conflitos.

Embora seja útil a descoberta da verdade no processo civil, haverá, todavia, casos em que poderá o magistrado decidi-los ainda

4 “[...]. Essa teoria sustenta que o objetivo principal do processo é, de modo geral, da administração da justiça, é resolver o conflito individual das partes. A teoria do processo civil como ‘resolução de conflitos’ tem suas origens na ideologia tradicional do processo civil e nas suas ideias básicas de liberdade individual e de empresa. Sua principal premissa é a de que uma demanda civil não é mais que uma disputa entre particulares, e que tudo aquilo que necessitam é um juízo que resolva a controvérsia, eliminando o conflito e restaurando a paz entre os indivíduos envolvidos. Se esse for o principal propósito do processo e da tomada de decisão no âmbito da justiça civil, não será realmente necessário estabelecer a verdade dos fatos em litígio, uma vez que em muitos casos os conflitos podem ser resolvidos (talvez mais facilmente) sem que se busque e descubra a veracidade dos fatos subjacentes. A verdade dos fatos pode ser útil, mas não é uma meta do processo: trata-se mais de um subproduto ou efeito colateral de um processo cujo objetivo é resolver o conflito entre as partes e somente no interesse particular delas. Assim, a forma pela qual o juiz resolve a controvérsia realmente não importa: poderia inclusive resolvê-la jogando uma moeda para o alto. Por conseguinte, não há necessidade de definir a estrutura do procedimento judicial com a finalidade da busca da verdade, uma vez que não espera que a verdade seja estabelecida em tais procedimentos” (TARUFFO, 2014, p. 20).

que incertos ou, quiçá, não se tenha perquirido a fundo a veracidade dos fatos subjacentes.

Nesta ótica, poderia o juiz decidir sem, contudo, demandar demais esforços na apuração dos fatos tal qual o ocorrido em sua essência. Isso se dá em razão dos fatos ou direitos versados na demanda judicial, geralmente disponíveis, possibilitando ao magistrado uma postura menos ativa na instrução probatória, cabendo às partes demonstrarem a veracidade de suas alegações, ou, ainda, pela possibilidade da decisão judicial pautar-se, em alguns casos, nas denominadas ficções ou presunções de veracidade.

Em tais casos específicos, para os processualistas Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2015, p. 44) “a decisão judicial não revela a verdade dos fatos, mas apenas impõem, como verdade, certos dados que a decisão toma por pressuposto (chamando-os de verdade, mesmo que ciente de que tais dados não necessariamente se confundem com a verdade em essência)”.

Percebe-se que a verdade deve ser perquirida e pode ser alcançada, no processo da mesma forma que pode ser obtida em outros campos da experiência cotidiana e “utilizando os mesmos meios que se aplicam em áreas de investigação não jurídicas, como, por exemplo, a história. As normas jurídicas definem o contexto da verdade «judicial», mas todo tipo de verdade é de alguma forma «contextual»” (TARUFFO, 2016, p. 24)

5. CONCLUSÃO

A verdade, em si, é um problema até mesmo de conceituação, que desafia a lógica formal e material, bem como as ciências do espírito de uma forma geral. O direito, mesmo em sua condição de ciência normativa, não difere desse quadro geral.

Especificamente no que se refere ao direito processual, a necessidade de contato com a realidade pretérita é algo pressuposto, que faz com que a necessidade de conceituação da verdade ultrapasse

o âmbito normativo, adentrando a necessidade de visualização e de entendimento de uma realidade pretérita.

Nesse sentido, a verdade processual deve ser uma pretensão de *resultado* de um processo judicial, pois a obtenção da verdade se refere, especificamente, ao *esforço* empenhado pelo operador processual, em alcançá-la. Não se trata, contudo, sequer da possibilidade de se atingir uma verdade absoluta.

Por isso, fez-se necessário analisar o próprio conceito de verdade. A verdade “comum” difere da verdade “processual”, restrita que está a sua busca pelas próprias, normas processuais, delineadoras de suas possibilidades.

Assim é que se demonstra que o desejo de obtenção da verdade, em qualquer dos dois contextos (científico em geral e jurídico), relaciona-se à aquisição de um conhecimento, bem como à sua comprovação.

Desse modo, a justa solução da lide somente pode se dar mediante busca efetiva da verdade na reconstrução dos fatos, o que se dá, especialmente no Direito processual penal, primordialmente, por intermédio das provas, de modo que é defeso ao juiz decidir pela condenação com base em argumentos incertos, superficiais ou deslocados de um amplo contexto probatório.

Assim, a decisão judicial, especialmente a condenatória, somente se pode legitimar após o exaurimento da busca pela verdade, para além das presunções, das ficções, bem como de qualquer dúvida razoável.

Nesse sentido, a descoberta da verdade sempre foi indispensável para ao próprio conceito de processo judicial, por ser um dos seus principais objetivos, já que é por meio do processo que juiz descobre a verdade sobre os fatos, somente assim podendo aplicar, corretamente, a norma apropriada.

É por isso que a decisão judicial não é capaz de revelar a verdade dos fatos, mas, apenas impor, como verdade, alguns dados que a decisão toma por pressuposto, nomeando-os de verdade, mesmo que cinte de que não necessariamente se confundem com a verdade.

Para a solução justa dos conflitos, assim, a busca pela verdade é indispensável, por ser condição necessária à consecução da justiça, especialmente, no processo penal.

REFERÊNCIAS

- AGOSTINHO. *Confissões*. São Paulo: Nova Cultural, 1999.
- ARISTÓTELES. *Metafísica*. Coimbra: Atlântida, 1969.
- BARROS, Marco Antonio de. *A busca da verdade no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e Processo*. Napoli: Morano, 1958
- CARNELUTTI, Francesco. Verità, dubbio, certezza. *Rivista di Diritto Processuale*, v. XX, p. 4-12, Padova: Cedam, 1965.
- CHAUÍ, Marilena. *Convite à Filosofia*. 14. ed. São Paulo: Ática, 2010.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Glosas ao “Verdade, Dúvida e Certeza”, de Francesco Carnelutti, para os operadores jurídicos. *Revista de Estudos Criminais*. Porto Alegre, v. 4, n. 14, p. 77-94, 2004.
- DESCARTES, René. *Mediações metafísicas*. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 84.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nau, 2001.
- KHALED JR, Salah H.. A Ambição de Verdade e a Permanência do Autoritarismo Processual Penal. *R. EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, p. 340–355, jan–fev. 2015.
- LUNARDI, Soraya Gaspareto; DIMOULIS, Dimitri. A verdade e a justiça constituem finalidades do processo judicial? *Revista Sequência*, Florianópolis, v. 28, n. 55, p. 175-194, dez. 2007.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Prova e Convicção* – 3. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- SAMPAIO, Denis. *A verdade no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- TARUFFO, Michele. *A prova*. 1. ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2014.
- TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade: o juiz e a reconstrução dos fatos*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2016.

A REPARAÇÃO DE DANOS AO INDIVÍDUO PRESO NO BRASIL SOB A PERSPECTIVA DO ACÓRDÃO PROFERIDO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 580.252/MS

Jordana Mendes Silva Castilho¹

Ynaê Yanomami Alves²

1. INTRODUÇÃO

“Uma nação não pode ser julgada pela maneira como trata seus cidadãos mais ilustres e sim pelo tratamento dado aos mais marginalizados: seus presos.” Esse célebre trecho escrito por Nelson Mandela contextualiza a realidade do Brasil, que tem a quinta maior população de presidiários do mundo e cujas penitenciárias já foram, por vezes, alvo da fiscalização de Organizações Internacionais, como a ONU, por exemplo.

Comumente, os noticiários brasileiros narram casos de mortes de presos dentro dos presídios, rebeliões, disputas entre as facções que comandam as penitenciárias, falta de assistência social, jurídica e de saúde, corrupção, abandono, fome, dentre várias outras deficiências. Fato é que a execução penal tem sido há muito tempo o “calcanhar de Aquiles” do sistema jurídico brasileiro, e esse caos penitenciário parece nunca ter solução concreta.

1 Doutoranda em Ciências Jurídicas pela Universidade Autónoma de Lisboa. Mestre em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás, e Especialista em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes-RJ.

2 Possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (2014), onde foi bolsista do Programa Universidade para todos-PROUNI. Pós-Graduada em Processo Constitucional pela Escola Superior de Magistratura do Estado de Goiás-ESMEG/FGV.

A realidade dentro das penitenciárias brasileiras em muito se distancia do humano, na verdade, é como se na prisão a pessoa morresse para o Estado e para a sociedade. Ao entrar no sistema penitenciário, o preso recebe verdadeiro “atestado de óbito social” e é convidado diariamente a um processo de “dessocialização” e não o contrário, como prevê a Constituição Federal e a Lei de Execuções Penais.

Não é porque o indivíduo está preso que seus direitos à dignidade e integridade física devem ser violados ou diminuídos. Ao contrário do que pensa grande parte da sociedade, é esse indivíduo quem merece maior proteção e garantia de uma vida minimamente digna pelo Estado, pois, ao restringir sua liberdade, que é um dos bens jurídicos de maior importância segundo a Constituição, o Poder Público deve prepará-lo para o retorno à vida em sociedade, garantindo-lhe integridade física, apoio moral e psicológico, alimentação digna, higiene adequada e envolvimento afetivo e familiar, para que, cumprida a pena, esse sujeito possa novamente viver em sociedade e exercer os mesmos direitos das pessoas livres.

Ocorre que o Estado não tem exercido esse papel. Pelo contrário, tem sido negligente e omissor com a sua responsabilidade para com o brasileiro encarcerado, deixando-o sem apoio assistencial. Quando o Estado negligencia os direitos do cidadão, coloca o indivíduo em situação precária de sobrevivência, fazendo com que haja aumento da criminalidade e consequente superlotação dos presídios.

Foi o que ocorreu no presídio de Corumbá (MS), onde a situação – como ocorre com a maioria das outras penitenciárias brasileiras – era tão caótica que virou objeto de discussão no Recurso Extraordinário n. 580252, objeto do trabalho que será analisado adiante.

2. O RECURSO EXTRAORDINÁRIO 580.252/MS

Infelizmente, é comum encontrar situações fáticas em todo território nacional que se assemelham sob quase todos os aspectos ao caso concreto que ensejou a interposição do Recurso Extraordinário

580.252 MS. Esse foi um dos motivos que levou o Supremo Tribunal Federal a reconhecer a repercussão geral no citado Recurso.

Tal instrumento processual fora manejado pela Defensoria Pública do estado do Mato Grosso do Sul em favor do detento Anderson Nunes da Silva, que cumpria pena em regime fechado em um presídio localizado na Comarca de Corumbá (MS).

Naquela circunstância, a Vigilância Sanitária do município realizou uma inspeção na unidade prisional e constatou que havia superlotação nas celas, falta de estrutura física, além de outros inúmeros problemas de higiene, existindo, inclusive, risco de transmissão de doenças.

O órgão fiscalizador determinou que fossem adotadas medidas para erradicar tais deficiências. Ocorre que, embora a Vigilância Sanitária tenha emitido o laudo, o tempo passou e nenhuma providência foi tomada pelo estado do Mato Grosso do Sul para corrigir as irregularidades.

Por esse motivo, Anderson, por intermédio da Defensoria Pública, ajuizou ação de indenização por danos morais contra o estado do Mato Grosso do Sul, diante da situação degradante e desumana a que estava submetido.

O estado, por sua vez, afirmou, entre outros argumentos, que aquele ente federado não possuía recursos financeiros suficientes para indenizar o autor da demanda processual, invocando, para tanto, o Princípio da Reserva do Possível, reconhecendo, de outro lado, a precária situação da penitenciária.

Importante salientar que, em sua sentença, o juízo “a quo” julgou improcedente o pedido da Defensoria Pública, que pleiteava, entre outros pedidos, o pagamento de indenização ao preso pelos maus tratos sofridos.

A Defensoria Pública apelou da sentença, tendo o Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, por maioria, condenado o estado a pagar ao recorrente a quantia de R\$ 2.000 (dois mil reais) a título de indenização por danos morais. A decisão foi recorrida, proferida

em sede de embargos infringentes, o que reformou o acórdão da apelação para julgar o pedido improcedente. A decisão dos embargos infringentes afastou o dever de reparação. Apesar de ter reconhecido a superlotação carcerária e as precárias condições a que são submetidos os reclusos, o TJMS concluiu pela aplicação da reserva do possível, de políticas públicas, o que exigiria disposição de verba orçamentária.

Já o Recurso Extraordinário foi protocolado junto ao STF em março de 2008, e em fevereiro de 2011 aquele Pleno decidiu-se pela repercussão geral. Na data de 3 de dezembro de 2014, o relator, Ministro Teori Zavascki, proferiu seu voto que conhecia e dava provimento ao RE para restabelecer o juízo condenatório nos termos e nos limites do acórdão proferido no julgamento da apelação.

Naquela oportunidade, foi firmada a tese de que, considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, § 6º da CF, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento.

Finalmente, o Pleno acompanhou o voto do relator para acatar o pedido inicial da Defensoria Pública em estabelecer, a título de indenização por danos morais, o pagamento de R\$ 2.000 (dois mil reais) ao autor da ação ordinária. Dessa forma, a tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal repercutiu de forma positiva no cenário jurídico brasileiro, pois, conforme consolidado na decisão, a reparação de danos morais visa garantir uma diminuição na dor e sofrimento causados ao cidadão lesado.

3. RESPONSABILIDADE DO ESTADO NO CUIDADO DOS PRESOS

Como visto até aqui, os cidadãos presos são detentores de vários direitos fundamentais, mesmo que sua liberdade e alguns outros

direitos lhes sejam suprimidos. A Administração Pública é responsável por manter intacto todo direito do preso que não tenha sido restringido pela pena, conforme garante a Lei de Execução Penal. Dessa forma, objetiva-se traçar como o Estado se responsabiliza quando atua na custódia do encarcerado, como se vê adiante.

3.1. O DIREITO FUNDAMENTAL À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O princípio da dignidade da pessoa humana constitui direito fundamental e está descrito já no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal. Vale ressaltar que tal princípio também está enunciado na Declaração dos Direitos Universais do Homem (ONU – 1948) e na Convenção Americana dos Direitos Humanos–Pacto de São José da Costa Rica, ratificado pelo Brasil em 1992, bem como em outros tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário.

Luís Roberto Barroso (2010, p. 11) defende que a dignidade da pessoa humana tem suas raízes na religião, na filosofia e na política, mas nos dias atuais tornou-se um “consenso ético” no mundo ocidental, haja vista ter sido invocada em diferentes situações da vida civil. Ele leciona que:

A dignidade humana, então, é um valor fundamental que se viu convertido em princípio jurídico de estatuta constitucional, seja por sua positivação em norma expressa seja por sua aceitação como um mandamento jurídico extraído do sistema. Serve, assim, tanto como justificação moral quanto como fundamento normativo para os direitos fundamentais.

Boa parte dos tratados internacionais versam sobre matérias penal e processual penal, referindo-se a preceitos destinados à preservação da liberdade, acesso à Justiça, direito de defesa, dentre outros, todos eles garantias fundamentais do cidadão preso e que devem ser categoricamente resguardadas pelo Estado Democrático de Direito.

Muito embora o Brasil seja signatário há muito tempo desses e de outros tratados que se referem às garantias do homem, ainda é

fundamentalmente necessário abordar a defesa dos direitos humanos, tendo em vista que a sociedade vivencia atualmente a ascensão da violência, criminalidade e intolerância.

É no contexto do sistema penal que se encontra a maior incidência de violações aos direitos do homem, pois é ali que a Administração Pública age diretamente, quando inibe o direito de ir e vir do cidadão e o trancafia nas suas penitenciárias, sendo a maioria delas desumanas. Por essa razão, os “discursos garantistas” em defesa da dignidade humana são ainda muito relevantes no cenário nacional, na tentativa de amenizar o sofrimento do indivíduo encarcerado.

Assim, quando o Estado assume sua função de garantidor da dignidade humana, no contexto carcerário, deve agir em prol da eficácia da integridade de seus vigiados, sob pena de o indivíduo preso representar contra ele quando há omissão de vigilância e afronta à sua dignidade.

Ora, se a Carta Magna preleciona o direito do preso de ser tratado com dignidade, ter acesso à Justiça e defesa ampla, bem como assistência psicológica, moral, de saúde, dentre tantos outros direitos, não poderia jamais o Estado negligenciar tais garantias, pois está atentando contra a sua integridade, moralidade e, por que não, contra a sua vida.

A dignidade da pessoa humana é o direito fundamental intrínseco reconhecido em cada ser humano e, quanto ao presidiário, é sujeito merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Poder Público e da sociedade, assegurada a ele proteção contra os atos degradantes e desumanos, possibilitando-lhe atingir o fim máximo da pena, qual seja, a ressocialização.

Para Luís Roberto Barroso (2010, p 10), a dignidade humana representa:

(...) superar a intolerância, a discriminação, a exclusão social, a violência, a incapacidade de aceitar o diferente. Tem relação com a liberdade e valores do espírito e com as condições materiais de subsistência da pessoa.

Ocorre que, infelizmente, tais garantias, na realidade concreta, estão longe de ser consagradas, primeiro porque há descaso evidente por parte do Estado em legitimar tais direitos fundamentalmente constituídos, segundo, porque a própria sociedade – corriqueiramente avessa a presos – desvaloriza tal subjetividade, condenando, muitas vezes, a Administração, impedindo-a de efetivar a dignidade nas penitenciárias. Sobre essa situação vexatória, Buch (2014, p. 23) sublinha:

O resultado é que a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais previstos na Constituição como cláusulas de eternidade não são respeitados. E mais, na seara penal o sistema a) torna-se segregacionista, onde apenas pessoas de baixo poder econômico, negras e pardas é que sofrem ação penal e vão presas; b) é insipiente, pois não previne o crime e não traz pacificação social e c) é desprovido de fundamentos racionais e científicos, uma vez que se fecha para a ciência e a criminologia de base moderna e crítica, não compreendendo o fenômeno criminal, seus fatores éticos, políticos e históricos.

Diante disso, apesar de ser difícil conceituar a dignidade da pessoa humana, pelos aspectos delineados até agora, sabe-se que é direito fundamental de relevância suprema no ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito e constitui muito mais que um ideal (não só fora dos presídios, mas dentro deles). No contexto do sistema punitivo, esse ideal transforma-se em situação fática, já que nesses ambientes há a maior concentração de violações e violências à integridade humana.

3.2. EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO BRASIL

A responsabilidade civil do Estado surge no momento em que o Poder Público, por ação ou omissão, gera um dano a terceiro e deve repará-lo. No entanto, antes de delinear os institutos que regem a indenização por danos causados aos presos – objeto do presente trabalho –, conforme novo posicionamento adotado pelo STF no R.E. 580.252, faz-se necessário narrar, de forma breve, as teorias que permearam a evolução da responsabilidade da Administração.

Preliminarmente, prevaleceu a Teoria da Irresponsabilidade do Estado, pela qual era difundida a ideia de que o Estado não erra, pois atua para atender aos anseios da população e, por isso, não poderia ser responsabilizado por seus atos ou omissões.

Carvalho (2015, p. 326) preceitua que “O Estado não respondia por seus atos, era sujeito irresponsável. Já que o monarca ditava as leis, o Estado não admitia falhas. Era o que se costumava chamar de personificação divina do chefe de Estado.”

Com o crescente reconhecimento de direitos do indivíduo perante o Estado, surge a Teoria da Responsabilidade Subjetiva, também chamada de Teoria Civilista. Nela, já não era necessário que o dano estivesse expressamente positivado na legislação, pois o agente público começou a ser responsabilizado em nome da Administração. Iniciava-se a concepção dos elementos indispensáveis para a caracterização da responsabilidade: conduta do Estado, dano, nexo de causalidade e a culpa do agente.

Surgiu então outra teoria, chamada de Teoria da Culpa do Serviço, visando garantir maior proteção à vítima, que poderia comprovar que determinado serviço público fora mal prestado, escusando-se, entretanto, de apontar a culpa do agente. Dessa forma, criou-se a chamada “Culpa Anônima”. Todavia, Carvalho (2015, p. 327) leciona que:

Não obstante se facilite o conteúdo probatório para a vítima, continuava difícil a tarefa de provar que o serviço não era bem prestado pelo Estado que, com o passar do tempo, incisivamente aumentou sua atuação e os administrados, por sua vez, passaram a necessitar de maior proteção.

Com o passar do tempo, as teorias que regem a responsabilização do Estado consolidaram a ideia de que as vítimas dos danos causados pela Administração deveriam ser protegidas e amparadas através da reparação dos danos. Nesse ínterim, criou-se a Teoria da Responsabilidade Objetiva, que não mais se preocupa com o dolo ou a culpa do agente, mas, sim, com a causa da ação ou omissão pública e sua relação com o dano causado a terceiro. Em outras palavras, basta

que o nexo de causalidade esteja devidamente satisfeito para gerar a obrigação ao ressarcimento por parte do Estado.

3.3. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO (OBJETIVA E SUBJETIVA)

A responsabilidade civil do Estado está regulamentada no art. 37, § 6º da Constituição Federal. Tal dispositivo legal refere-se à chamada responsabilidade objetiva. Nela, a Administração Pública responde perante o lesado de forma objetiva, enquanto a pessoa do agente que produziu o dano se responsabiliza, perante o Estado, de forma subjetiva. Essa modalidade está preceituada no art. 43 do Código Civil.

As pessoas jurídicas de direito público da Administração Direta, as Autarquias e Fundações Públicas são responsabilizadas de forma objetiva. No entanto, as Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mistas que exploram atividade econômica não compõem este rol, pois respondem de acordo com as regras do direito privado.

Além dos entes da administração direta e indireta, podem ser abarcados pelo regime da responsabilidade objetiva os particulares prestadores de serviços públicos por delegação, como no caso das concessionárias e permissionárias de serviços. Nesse caso, o Estado também responde objetivamente, de forma subsidiária. Sobre os agentes referidos no dispositivo legal retro, Carvalho (2015, p. 330) definiu que:

Com efeito, a definição de agente público abarca todos aqueles que atuam em nome do Estado, ainda que temporariamente e sem remuneração, seja a qualquer título, com cargo, emprego, mandato ou função. Esse conceito abarca os agentes políticos, os servidores estatais (sejam eles temporários, celetistas ou estatutários) e também os particulares em colaboração com o poder público.

Carvalho Filho (2017, p. 768), por sua vez, estabelece que:

Deve-se considerar, por conseguinte, que a noção de agentes estão incluídas todas aquelas pessoas cuja vontade seja imputada ao Estado, sejam elas dos mais elevados níveis hierárquicos e tenham amplo poder decisório, sejam elas os trabalhadores mais humildes da

Administração, no exercício das funções por ela atribuídas.

Ademais, parte da doutrina defende que a Administração é responsabilizada não somente por ações ou omissões de agentes identificados, mas também quando não é possível identificá-los, como nos eventos oriundos de falhas mecânicas, conhecidos como fatos das coisas. Por exemplo, uma granada esquecida em obra pública que explode e atinge um transeunte. Nesse caso, o dano causado a terceiro deve ser reparado pela Administração Pública.

3.4. A RESPONSABILIDADE OBJETIVA (CONDUTA, DANO E NEXO DE CAUSALIDADE)

Conforme salientado anteriormente, na responsabilidade objetiva não há necessidade de comprovação de dolo ou culpa, que são os elementos subjetivos do ato, mas aqui basta a identificação de três elementos essenciais para dar ensejo à futura reparação de dano por parte do Estado. São eles: a conduta do agente, o dano e o nexo de causalidade.

Primeiramente, para se configurar a responsabilidade objetiva, a conduta deve ter sido praticada por determinado agente público atuando “nessa qualidade”. A esse respeito, Carvalho Filho (2017, p. 769) disciplina que:

A expressão “nessa qualidade” tem razão de ser, porque só pode o Estado ser responsabilizado se o preposto estatal estiver no exercício de suas funções ou, ao menos, se esteja conduzindo a pretexto de exercê-la. Desse modo, se causar dano a terceiro no correr de sua vida privada, sua responsabilidade é pessoal e regida pelo Direito Civil. Justamente por esse motivo é que se atribuiu responsabilidade ao Estado em razão de danos causados por policial militar, que, a despeito de estar sem farda, se utilizou da arma pertencente à corporação. No caso, não exercia sua função, mas, ao usar a arma, conduziu-se a pretexto de exercê-la. (STF, RE 160.401, J. 20.4.1999).

Nesse caso, defende a doutrina majoritária que, para ensejar responsabilidade objetiva, a conduta deve ser comissiva, ou seja, deve o agente contribuir diretamente para a ocorrência do dano, pois, sendo

omissiva, a responsabilidade é subjetiva, como será analisado adiante.

O dano – material ou moral –, por sua vez, é pressuposto para o dever de indenização da Administração. No caso do Recurso Extraordinário n. 580.252/MS, o autor pleiteou a indenização em decorrência do dano moral sofrido, diante das circunstâncias degradantes a que estava submetido na prisão, refletindo diretamente em sua dignidade enquanto ser humano.

Nessa acepção, Carvalho (2015, p. 331) salienta que:

Os danos que geram responsabilidade do estado são os danos jurídicos, ou seja, o dano a um bem tutelado pelo direito, ainda que exclusivamente moral. O dano moral significa prejuízos experimentados na esfera íntima do indivíduo, atacando diretamente sua honra e sua reputação perante o corpo social e trata-se de inovação trazida pela CRFB/88. Ressalta-se que a doutrina é pacífica no sentido de que o mero desconforto causado a um particular não configura dano moral sujeito à indenização. O dano moral pode se caracterizar pela dor da perda de um familiar ou por agressões verbais vexatórias, por exemplo. A indenização pelo dano moral visa a garantir uma diminuição na dor e sofrimento causado ao cidadão lesado.

Já o doutrinador Carvalho Filho (2017, p. 770) assim disciplina:

O dano nem sempre tem cunho patrimonial, como era concebido no passado. A evolução da responsabilidade culminou com o reconhecimento jurídico de duas formas de dano – o dano material (ou patrimonial) e o dano moral. O dano material é aquele em que o fato causa efetiva lesão ao patrimônio do indivíduo atingido. Já na noção do dano moral, o que o responsável faz é atingir a esfera interna, moral e subjetiva do lesado, provocando-lhe, dessa maneira, alguma forma de sofrimento ou incômodo. A Constituição, no art. 5º, incisos V e X, aludiu ao dano moral como figura autônoma, superando, portanto, a antiga tese de que, nesse tipo de dano, a reparação indenizatória dependeria da existência conjunta de dano patrimonial.

Todavia, para se caracterizar como dano, existem outros elementos substanciais: o dano deve ser certo, valorado economicamente e de possível demonstração. Assim, se ocorreu a conduta ensejadora

da responsabilização civil que deu causa ao dano, o lesado tem direito à devida indenização.

Para haver a obrigação de reparar o dano, necessário se torna existir relação de causa e efeito entre a ação/omissão administrativa e o dano sofrido pelo indivíduo lesado. Essa relação é chamada de nexó de causalidade, em que ao lesado basta demonstrar que o prejuízo sofrido decorreu da conduta do agente estatal, sem qualquer relação com o dolo ou a culpa.

Delineados os três elementos caracterizadores da responsabilidade administrativa, considera-se que o principal aspecto dessa modalidade é o fato de que nela o dolo e a culpa não são relevantes para obtenção da indenização.

3.5. A RESPONSABILIDADE POR OMISSÃO DO ESTADO

Até aqui falou-se acerca da responsabilidade objetiva da Administração Pública, no entanto, quando a conduta estatal for omissiva, cria-se a obrigação do Estado de indenizar em razão de um procedimento contrário ao Direito, de natureza culposa ou dolosa, traduzido por um dano causado a outrem, ou em deixar de impedir o resultado, quando deveria assim atuar.

A ausência de conduta do agente não gera responsabilidade objetiva, pois o Estado não agiu, portanto, não foi causador do dano, mas, como ensina a doutrina majoritária, há nesses casos a responsabilidade subjetiva. Nela a responsabilização do Estado decorre da chamada Culpa Anônima, em que basta a comprovação de um serviço mal prestado ou prestado em atraso pela Administração, desde que tais fatos contribuam para ocorrência do dano.

Esse dever está relacionado à função de “garante” da Administração Pública, que, mesmo não agindo diretamente para a concretização do dano ao lesado, deveria ter impedido que ele ocorresse. Essa realidade é experimentada cotidianamente nos presídios brasileiros, em que os indivíduos sofrem danos de diferentes naturezas – física e moral

—, pois não são protegidos da maneira como deveriam ser.

Nessas circunstâncias, assim como ocorreu no bojo do Recurso Extraordinário n. 580.252, a reparação de danos dependerá somente da comprovação de que a situação de custódia é uma condição sem a qual o dano não teria ocorrido, mesmo que situações supervenientes tenham contribuído com o dano. Tal fato é chamado na doutrina de “Teoria da *conditio sine qua non*”. Acerca da conduta omissiva, Carvalho (2015, p. 335) defende ainda que:

São elementos definidores da responsabilidade do Estado em casos de omissão de seus agentes: o comportamento omissivo do Estado, o dano, o nexo de causalidade e a culpa do serviço público. Com efeito, a responsabilização, nesse contexto, depende da ocorrência de ato omissivo ilícito, ou seja, a omissão do agente deve configurar a ausência de cumprimento de seus deveres legalmente estabelecidos.

Dessa maneira, o Estado não responde por fatos da natureza nem tampouco por atos de multidões ou de terceiros, desde que tenha garantido medidas essenciais para impedir um evento danoso. Dessa forma, não havendo incidência de algum dos três elementos definidores da responsabilidade civil pública, quais sejam, a conduta, o nexo de causalidade e o dano, não há responsabilização por parte do Estado.

3.6. A INDENIZAÇÃO AO INDIVÍDUO PRESO À LUZ DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 580.252

Muito se falou em indenização e dano moral até agora, mas o que é o dano moral? Também conhecido como dano extrapatrimonial, o dano moral, no presente caso, consiste na ideia de violação a direitos personalíssimos e de afronta à dignidade da pessoa humana. Para configurar dano moral, o indivíduo deve experimentar sensações e emoções negativas, tais como a angústia, o sofrimento, a dor, a humilhação. Tais circunstâncias pessoais não são confundidas com meras frustrações do dia a dia.

A partir dos postulados do imperativo categórico de Kant, a dignidade da pessoa humana se desdobra em quatro princípios

jurídicos: igualdade, integridade psicofísica, liberdade e solidariedade, importando dizer que, havendo violação a qualquer um deles, estará configurado o dano moral.

Tal definição assemelha-se ao posicionamento adotado pelo Ministro Cezar Peluso, no julgamento do RE 447.584/RJ, DJ, de 16 de março de 2007, em que se acolhe a proteção do dano moral como verdadeira tutela constitucional da dignidade da pessoa humana, considerando-a como um autêntico direito à integridade ou incolumidade moral, pertencente à classe dos direitos absolutos.

Importa dizer que o dano moral decorre de alguma violação ao direito personalíssimo do indivíduo que o exponha a situações degradantes, vexatórias ou que venha marcar sua dignidade, e, por isso, para que seja configurado como tal, deve ser provado.

No caso em questão, a situação de custódia a que o preso estava submetido contribuiu para violação à sua dignidade, pois restou comprovado, inclusive, através de inspeção da Vigilância Sanitária da Prefeitura de Corumbá (MS), que aquele presídio não oferecia condições mínimas de sobrevivência, portanto, configurou-se o dano moral.

Vale dizer ainda que tais condições desumanas agrediram diretamente a integridade física, psíquica e moral, não só do recorrente, mas de todos os demais seres humanos que com ele dividiam a mesma masmorra. Aliado a isso, o Ministro Relator do R.E. 580.252 ressaltou em seu voto que a configuração do dano moral no presente caso era “matéria incontroversa”.

Por essa razão, o dano moral estava claramente esculpido na vida e lembrança do demandante, que buscou na Justiça uma esperança de que seu prejuízo e sofrimento fossem – mesmo que minimamente – diminuídos ou reparados, na tentativa de trazer para sua vida, tão indigna e subumana, sensação de alívio e conforto mínimo a ser promovida pelo Estado, que, por não lhe garantir dignidade, tinha obrigação de responder pela sua omissão, através da indenização.

4. A ESCUSA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O Poder Público comumente se utiliza dos princípios da separação de poderes e da reserva do possível para eximir-se de suas obrigações em oferecer o mínimo existencial de sobrevivência aos administrados e, especificamente, ao indivíduo preso.

Por esse ângulo, o presente trabalho pretende ainda abordar os citados institutos constitucionais para demonstrar que a escusa da Administração Pública em exercer com fidelidade sua função de “garante” não possui respaldo jurídico no ordenamento brasileiro.

4.1. O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES

A Grécia Antiga foi palco para a eclosão das primeiras teorias acerca da separação de poderes, difundidas, inicialmente, por Aristóteles em sua obra *Política*. O filósofo defendia que os poderes de editar normas gerais e aplicá-las deveriam ser atribuídos ao Estado, que iria concentrar tais funções na figura de uma única entidade: o soberano. Nesse sentido, a célebre frase de Luís XIV “*L’État c’est moi*” – “*O Estado sou eu*” – traduzia, com majestade, o ideal aristotélico de divisão entre os poderes.

No entanto, no liberalismo burguês, a teoria até então difundida foi sendo modificada. Montesquieu, em seu tratado *O Espírito das Leis*, de 1748, desenvolveu uma teoria tripartite da separação de poderes, em que propunha a divisão de poder em três funções distintas: Executivo, Legislativo e Judiciário. O filósofo defendia que cada uma deveria ser independente, a ponto de poder se defender de eventuais abusos de poder, por exemplo.

O modelo jurídico ocidental, em sua maioria, adotou a teoria de tripartição de poderes de Montesquieu, com o objetivo de que nenhum órgão se sobrepusesse a outro, para garantia da ordem estatal. Ao prelecionar sobre a divisão de poderes, Montesquieu *apud* Lenza (2011, p. 434) mostrava o necessário para o equilíbrio dos poderes, afirmando que, para formar-se um governo moderado:

Precisa-se combinar os poderes, regrá-los, temperá-los, fazê-los agir, dar a um poder, por assim dizer, um lastro, para pô-lo em condições de resistir a um outro. É uma obra-prima de legislação, que raramente o acaso produz, e raramente se deixa a prudência produzir (...). Sendo o seu corpo legislativo composto de duas partes, uma acorrentada a outra pela mútua faculdade de impedir. Ambas serão amarradas pelo Poder Executivo, o qual o será, por seu turno, pelo legislativo. Esses três poderes deveriam originar um impasse, uma inação. Mas como, pelo movimento necessário das coisas, são compelidos a caminhar, eles haverão de caminhar em concerto.

O filósofo francês muito contribuiu ao idealizar que as três funções estariam intimamente ligadas a três órgãos distintos, em que cada uma das funções corresponderia a um órgão e não estaria mais concentrada nas mãos do monarca.

Na Constituição Federal de 1988, a separação de poderes está expressa no seu artigo 2º e delimita as funções típicas de cada um dos órgãos: Executivo, Legislativo e Judiciário. Assim como em grande parte dos países ocidentais, o Brasil adotou a teoria de Montesquieu, estabelecendo as funções típicas de cada poder do Estado, para que fossem autônomos e independentes entre si.

Essa correspondência de que cada função seria gerida por um órgão criou o que a doutrina chama de funções típicas dos poderes, surgindo assim o que se denominou “Teoria dos Freios e Contrapesos”. A esse respeito, Dallari *apud* Lenza (2011, p. 434) preleciona que:

O sistema de separação de poderes, consagrado nas Constituições de quase todo o mundo, foi associado à ideia de Estado Democrático e deu origem a uma engenhosa construção doutrinária, conhecida como sistema de freios e contrapesos. Segundo essa teoria os atos que o Estado pratica podem ser de duas espécies: ou são atos gerais ou são especiais. Os atos gerais, que só podem ser praticados pelo poder legislativo, constituem-se na emissão de regras gerais e abstratas, não se sabendo, no momento de serem emitidas, a quem elas irão atingir. Dessa forma, o poder legislativo, que só pratica atos gerais, não atua concretamente na vida social, não tendo meios para cometer abusos de poder nem para beneficiar ou prejudicar a uma pessoa ou a um grupo em particular. Só depois de emitida a norma geral é

que se abre a possibilidade de atuação do poder executivo, por meio de atos especiais. O executivo dispõe de meios concretos para agir, mas está igualmente impossibilitado de atuar discricionariamente, porque todos os seus atos estão limitados pelos atos gerais praticados pelo legislativo. E se houver exorbitância de qualquer dos poderes surge a ação fiscalizadora do poder judiciário, obrigando cada um a permanecer nos limites de sua respectiva esfera de competência.

No entanto, no Brasil, verifica-se cada vez mais um distanciamento das funções típicas do Poder Judiciário. Há uma exponente ascensão institucional daquele Poder, que tem exercido papel de protagonista nas funções políticas e sociais, dividindo espaço com os poderes Legislativo e Executivo. Isso porque, diante da omissão da Administração Pública e do decorrente aumento da demanda por justiça, a população tem buscado as últimas instâncias para “judicializar” as questões sociais.

Nessa acepção, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso (2005, p. 37), sustenta que:

Os métodos de atuação e de argumentação dos órgãos judiciais são, como se sabe, jurídicos, mas a natureza de sua função é inegavelmente política (...). Sem embargo de desempenhar um poder político, o Judiciário tem características diversas das dos outros Poderes. É que seus membros não são investidos por critérios eletivos nem por processos majoritários. E é bom que seja assim. A maior parte dos países do mundo reserva uma parcela de poder para que seja desempenhado por agentes públicos selecionados com base no mérito e no conhecimento específico. Idealmente preservado das paixões políticas, ao juiz cabe decidir com imparcialidade, baseado na Constituição e nas leis. Mas o poder de juízes e tribunais, como todo poder em um Estado democrático, é representativo. Vale dizer: é exercido em nome do povo e deve contas à sociedade.

Aliado a isso, o Ministro Relator Teori Zavascki, ao proferir seu voto no Recurso Extraordinário em questão (R.E 580.252), afasta o argumento de que o Poder Judiciário, ao obrigar a Administração Pública a indenizar o preso, em virtude de omissão no exercício da sua responsabilidade de “garante”, estaria infringindo o princípio da

separação de poderes. Para isso, defendeu que:

A criação de subterfúgios teóricos (tais como a separação dos Poderes, a reserva do possível e a natureza coletiva dos danos sofridos) para afastar a responsabilidade estatal pelas calamitosas condições da carceragem de Corumbá/MS, afronta não apenas o sentido do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, como determina o esvaziamento das inúmeras cláusulas constitucionais e convencionais antes citadas, transformando o seu descumprimento reiterado em mero e inconsequente ato de fatalidade, o que não pode ser tolerado. Convém enfatizar que a invocação seletiva de razões de estado para negar, especificamente a determinada categoria de sujeitos, o direito à integridade física e moral, não é compatível com o sentido e o alcance do princípio da jurisdição, já que, acolhidas essas razões, estar-se-ia recusando aos detentos os mecanismos de reparação judicial dos danos sofridos, deixando-os a descoberto de qualquer proteção estatal, numa condição de vulnerabilidade juridicamente desastrosa. Trata-se de uma dupla negativa, do direito e da jurisdição. Não pode a decisão judicial, que é o subproduto mais decantado da experiência jurídica, desfavorecer sistematicamente a um determinado grupo de sujeitos, sob pena de comprometer a sua própria legitimidade.

Nesse mesmo sentido, Barroso (2005, p. 38) já lecionava que:

Ao longo dos últimos dois séculos, impuseram-se doutrinariamente duas grandes linhas de justificação desse papel das supremas cortes/tribunais constitucionais. A primeira, mais tradicional, assenta raízes na soberania popular e na separação de Poderes: a Constituição, expressão maior da vontade do povo, deve prevalecer sobre as leis, manifestações das maiorias parlamentares. Cabe assim ao Judiciário, no desempenho de sua função de aplicar o Direito, afirmar tal supremacia, negando validade à lei inconstitucional. A segunda, que lida com a realidade mais complexa da nova interpretação jurídica, procura legitimar o desempenho do controle de constitucionalidade em outro fundamento: a preservação das condições essenciais de funcionamento do Estado democrático. Ao juiz constitucional cabe assegurar determinados valores substantivos e a observância dos procedimentos adequados de participação e deliberação.

Nessa espreita, a ideia de “Constitucionalização do Direito” parte do pressuposto de que as cortes constitucionais, na atuação

legítima do Poder Judiciário, devem superar os *déficits* de legitimidade dos demais Poderes, sem que sua atuação seja abusiva e desproporcional, sob pena de desequilíbrio da segurança jurídica.

Dessa maneira, não é aceitável que a Administração Pública, nas demandas judiciais em que atua de forma defensiva, invoque o princípio da separação de poderes toda vez que o Poder Judiciário opera na efetivação de garantias constitucionais ao indivíduo.

Esse é o posicionamento defendido pelo Ministro Ricardo Lewandowski (2015, p. 83) no Recurso Extraordinário nº 592.581 – RS:

É de se destacar que ao Poder Judiciário não cabe se substituir ao legislador ou ao gestor. Mas, contra uma inação jurisdicional, geralmente fundada em uma antiquada compreensão sobre a separação dos poderes, é possível, sim, conceber um papel de relevo ao Poder Judiciário na efetivação de direitos fundamentais, pois a adoção de medidas tomadas por juízes para efetivar esses direitos ajuda a promover a deliberação democrática ao dirigir a atenção pública a interesses que, de outra forma, seriam ignorados na vida pública diária. É possível, assim, uma atuação que não seja cegamente omissa e nem irresponsavelmente ativista, mas que garanta o direito fundamental do preso à sua integridade física e moral durante sua custódia pelo Estado. Uma compreensão sobre a separação de poderes que se atenha ao tradicional entendimento de que ao Poder Judiciário cabe apenas ser deferente às escolhas do Executivo e do Legislativo demonstra uma limitada concepção de democracia, segundo a qual as escolhas majoritárias dos representantes do povo (gestores e legisladores) são inquestionáveis. E essa compreensão rasa de democracia acaba por permitir que direitos fundamentais de minorias, pouco vistas, sejam sistematicamente violados. Uma compreensão robusta de democracia deve, ao contrário, possibilitar que esses grupos minoritários – como o são os encarcerados em geral – tenham suas situações de privação expostas e que diante da violação de seus direitos o Poder Judiciário os garanta.

Descabida, portanto, a invocação desmedida do Princípio da Separação de Poderes, haja vista que a pretensão do Judiciário nada mais é que exercer e assumir o compromisso constitucional que lhe é imposto de garantir a efetivação dos direitos fundamentais.

4.2. A RESERVA DO POSSÍVEL

O conceito de reserva do possível surgiu na Alemanha e foi acolhido pela Corte Constitucional germânica na década de 1970. O caso concreto que deu origem ao instituto – conhecido como “*numerus clausus*” – referiu-se ao direito de acesso às vagas do curso de medicina nas universidades alemãs.

Os estudantes que não foram aceitos nas universidades de Hamburgo e Munique – em razão da limitação das vagas – recorreram ao Poder Judiciário, requerendo o acesso ao referido curso, sob o argumento de que o artigo 12 da Lei Fundamental Alemã dispõe que “todos os alemães têm direito a escolher livremente sua profissão, local de trabalho e seu centro de formação”.

Aquela corte negou a tese de que o Estado seria obrigado a oferecer as vagas pleiteadas, sob o argumento de que os direitos sociais só poderiam ser exigidos se o Estado tivesse recursos disponíveis.

Instaurado referido instituto, o Poder Executivo, principalmente no Brasil, começou a se eximir de cumprir com suas obrigações sempre se pautando nos limites da reserva do possível.

A esse respeito, o Ministro Celso de Mello, no julgamento da ADPF 45 (2004, p. 4), defende que:

A cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

De outro lado, é fato que as políticas públicas que possuem finalidade coletiva exigem muitos gastos na sua concretização, mas não pode o Estado deixar de cumpri-las sob esse argumento. O que ocorre é que o juiz deverá estabelecer se os objetivos elencados para o sobrestamento da violação aos direitos fundamentais são possíveis, razoáveis, proporcionais e essenciais de serem alcançados pelo

poder público.

Uma medida eficaz contra a abusividade do Estado em sempre alegar a reserva do possível para descumprir sua função de “garante” e a implementação de direitos sociais seria obrigá-lo a comprovar judicialmente a impossibilidade concreta de fazê-lo.

É o que preleciona a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (2006, p. 76):

Políticas Públicas. Execução e implementação pelo Poder Judiciário. Reserva do Possível. Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria CF, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão, por importar em descumprimento dos encargos políticos-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório, mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional. A questão pertinente à “reserva do possível”.

Foi o que se observou na alegação do Poder Executivo do estado de Mato Grosso do Sul, que não comprovou a impossibilidade concreta de oferecer condições mínimas de sobrevivência naquele presídio, sob o argumento de que não possuía recursos financeiros para cumpri-las.

Conforme abordado pelo Ministro Relator Teori Zavascki, a reserva do possível seria viável em situações em que a concretização de certos direitos constitucionais fundamentais a prestações – de natureza social – dependesse da adoção e da execução de políticas públicas sujeitas à intermediação legislativa ou à intervenção das autoridades administrativas.

Em tais situações, o direito subjetivo individual a determinada prestação, que tem como contrapartida o dever jurídico estatal de satisfazê-la, fica submetido, entre outros, ao pressuposto indispensável da reserva do possível, em cujo âmbito se insere a capacidade financeira do Estado de prestar o mesmo benefício, em condições igualitárias,

em favor de todos os indivíduos que estiverem em iguais condições.

Entretanto, no caso concreto, o que se verifica é a responsabilidade civil do Estado em responder pelos danos causados ao preso, diante da omissão administrativa. Trata-se, portanto, de preceito normativo autoaplicável, não sujeito à intermediação legislativa ou à providência administrativa de qualquer espécie. Ocorrendo o dano e estabelecido o seu nexo causal com a atuação da Administração ou dos seus agentes, nasce a responsabilidade civil do Estado. Daí a corretíssima decisão do STF em afastar o argumento da reserva do possível no caso em comento.

5. CONCLUSÃO

Como dito até aqui, a questão penitenciária é uma preocupação do passado, dos dias atuais e muito provavelmente dos dias que estão por vir, pois revela-se o verdadeiro caos social, motivo pelo qual é sempre muito importante abordá-la em trabalhos científicos, a fim de estabelecer medidas que amenizem o problema da execução penal no Brasil.

É necessário ressaltar que as principais discussões e criações jurídicas são provenientes de casos concretos de pouca expressão na jurisdição brasileira, mas que, diante da realidade tangível que evidenciam, tornam-se relevantes e são utilizadas como parâmetro na tentativa de efetivar os anseios das populações minoritárias.

A reparação de danos ao indivíduo preso, que sofre diariamente com o tratamento desumano dentro das penitenciárias, é mais um exemplo de que o Poder Judiciário não é conivente com o desamparo estatal, pois atua de forma a exercer sua legitimidade na garantia da vida digna ao cidadão brasileiro.

Sabe-se que o pagamento de indenização por si só não é suficiente para resolver o problema carcerário, mas constitui o efetivo cumprimento do dever legal de um Estado Democrático de Direito em zelar pela vida de seus cidadãos, inclusive, daqueles que estão por ele custodiados.

Esse tipo de decisão proferido pelo Supremo Tribunal Federal

exerce função fundamental para a democracia, pois, em alguns casos, tem o condão de vincular os poderes da jurisdição, surtindo efeito positivo na sociedade, que passa a ter maior confiança no ordenamento jurídico e na lei constitucional.

Dessa forma, espera-se que tanto os poderes Executivo e Legislativo quanto o Judiciário promovam aos homens e mulheres presos no Brasil medidas sociais, através de políticas públicas e garantias jurisdicionais, que assegurem todos os seus direitos fundamentais mínimos para que possam viver com dignidade.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação*. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010.

BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil)*. Jus Navigandi, Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf, acesso dia: 05/07/2017.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 592.581*. Arguente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Arguido: Prefeitura de Uruguaiana-RS. Relator: Ricardo Lewandowski. Brasília, 13 de agosto de 2015, Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20161007_216.pdf>. Acesso em 11.08.2017.

BASIL, Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 580.252* Arguente: Defensoria Pública do Estado do Mato Grosso do Sul. Arguido: Estado do Mato Grosso do Sul. Relator: Teori Zawaski. Brasília, 16 de fevereiro de 2017, Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2600961>>HYPERLINK “<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2600961&numeroProcesso=580252&classeProcesso=RE&numeroTema=365>”&HYPERLINK “<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2600961&numeroProcesso=580252&classeProcesso=RE&numeroTema=365>” numeroProcesso=580252HYPERLINK “<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2600961&numeroProcesso=580252&classeProcesso=RE&numeroTema=365>”&HYPERLINK “<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2600961&numeroProcesso=580252&classeProcesso=RE&numeroTema=365>” numeroProcesso=580252&classeProcesso=RE&numeroTema=365”&HYPERLINK “<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2600961&numeroProcesso=580252&classeProcesso=RE&numeroTema=365>” classeProcesso=REHYPERLINK “<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2600961&numeroProcesso=580252&classeProcesso=RE&numeroTema=365>” numeroTema=365”>. Acesso em

14.05.2017.

BUCH, João Marcos. *Execução Penal e dignidade da pessoa humana*. Organizadores Marcelo Semer, Marcio Sotelo Felipe. 1. ed. São Paulo: Estúdio Editores.com, 2014.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 31. ed. São Paulo: Atlas. 2017.

CARVALHO, Matheus. *Manual de Direito Administrativo*. 2. ed. Salvador: Editora Jus-PODIVM, 2015.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da Teoria Geral do Estado*, 16ª ed., São Paulo: Saraiva, 1991.

DIAS, André Bernardes. *Responsabilidade civil da administração pública na garantia da integridade física e moral dos detentos*. Disponível em: http://bdm.unb.br/bitstream/10483/4701/1/2013_AndreBernardesDias.pdf. Acesso dia: 05/07/2017.

JUNIOR, Nelson Nery. e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional*, 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*, 15ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*, 8 ed., São Paulo: Atlas, 2011.

POPULAÇÃO CARCERÁRIA EM GOIÁS: DIAGNÓSTICO E PERSPECTIVAS

Joel Pacífico de Vasconcelos¹

1. INTRODUÇÃO

A imprensa noticia com frequência a situação caótica dos presídios brasileiros. Não raro, há relatos de fugas e rebeliões. São comuns e cotidianas as fotos de presos amontoados em celas, deitados pelo chão ou em redes. Nesse ambiente caótico e insalubre, o crime renasce e a violência explode. Houve mais de 60.000 homicídios no Brasil em 2017 (ANUÁRIO, 2017).

No início do ano de 2018, por exemplo, houve uma rebelião no Complexo Prisional Odenir Guimarães em Aparecida de Goiânia/GO, com nove mortes. Naquela ocasião, presos de facções rivais entraram em confronto, sendo que os mortos foram ainda queimados durante o motim. O problema não é recente. Ainda ecoa o clamor dos 111 mortos no Massacre do Carandiru, que ocorreu em São Paulo no ano de 1992, retratado na pena do escritor Dráuzio Varella, na sua obra tão conhecida, Estação Carandiru (VARELA, 1999).

Não obstante, para as teorias clássicas do Direito Penal, o sistema penal, para ser legítimo e humano, deve respeitar direitos dos acusados e dos condenados.

A presente pesquisa apresenta um estudo metodológico empírico, sobre a situação dos presídios goianos, especialmente quanto à taxa

¹ O autor é Promotor de Justiça em Goiás, membro do Conselho Penitenciário do Estado de Goiás e mestrando do PPGDP – Programa de Pós-Graduação em Direito e Políticas Públicas da Faculdade de Direito da Universidade Federal em Goiás. Email: joelpvas@gmail.com.

de ocupação do cárcere, no ano de 2017. Apresenta e analisa os dados da população carcerária em Goiás, buscando inferências para auxiliar na formulação de políticas públicas para a área. Analisa a forma de administração carcerária do estado e comenta o novo marco legal, inaugurado com a Lei Estadual nº 19.962, de 3 de janeiro de 2018.

A análise de dados do sistema prisional se mostra necessária para a construção de políticas públicas eficientes, com possibilidade de mensuração objetiva de seus impactos. Com efeito, dentro do ciclo das políticas públicas, a sua avaliação é uma de suas principais etapas, pois possibilita, dentre outras coisas, mensurar o seu impacto, com a análise de seus principais indicadores. Sobre o tema, o Banco Mundial editou, com a colaboração de vários cientistas políticos, um guia de avaliação de impacto de uma política pública, onde se lê que “a questão básica da avaliação de impacto constitui, essencialmente, um problema de inferência causal. Avaliar o impacto de um programa em uma série de resultados equivale a avaliar o efeito causal do programa sobre estes resultados” (GERTLER, 2015).

No caso deste estudo, a mensuração dos indicadores relacionados à população carcerária e sua estrutura é imprescindível, até para diagnosticar o impacto que a nova lei estadual nº 19.962/2018 trará sobre a situação do cárcere.

Não sem razão que a administrativista Maria Paula Dallari Bucci afirma que as políticas públicas, dado o seu caráter interdisciplinar, tanto na elaboração de sua agenda, quanto na sua implantação, possibilitam a construção de uma teoria jurídica própria, pois é necessário um domínio técnico da análise e do funcionamento das instituições concebidas pelo ordenamento jurídico. Diz ela (BUCCI, 2002):

A agenda de desenvolvimento se abre para ao entendimento de como se formulam e executam políticas públicas, por meio de diferentes arranjos, seja para o entendimento de direitos, diretamente, seja para a organização das formas econômicas e sociais que se relacionam com esse resultado, a partir de iniciativas dirigidas e coordenadas pelo Poder Público. A melhoria e modernização dos serviços públicos e da infraestrutura, os incentivos à produção e à inovação, bem como

as políticas de inclusão social e todas as iniciativas de longo prazo, dependem não apenas da compreensão dos papéis do Estado e do governo, mas também do domínio técnico dos seus mecanismos de funcionamento, tanto no nível das relações políticas tradicionais como nas implicações dessas com a execução das decisões e dos dispêndios governamentais.

Pondera-se ainda que a construção de políticas públicas para a área de segurança pública mostra-se necessária para a efetivação de direitos humanos fundamentais. Com efeito, todas as políticas públicas possuem estreita relação com a efetivação dos direitos e garantias fundamentais. E com mais razão aquelas políticas públicas que impactam o sistema penitenciário, tão sensível ao direito de liberdade e daqueles que lhe são conexos.

É do ensinamento de Ana Paula de Barcellos (BARCELLOS, 2008):

[...] compete à Administração Pública efetivar os comandos gerais contidos na ordem jurídica e, em particular, garantir e promover os direitos fundamentais em caráter geral. Para isso será necessário implementar ações e programas dos mais diferentes tipos e garantir a prestação de determinados serviços. Em suma: será preciso implementar o que se descreveu acima como políticas públicas. É fácil perceber que apenas por meio das políticas públicas o Estado poderá, de forma sistemática e abrangente, realizar os fins previstos na Constituição (e muitas vezes detalhados pelo legislador), sobretudo no que diz respeito aos direitos fundamentais cuja fruição direta dependa de ações.

De outra parte, as políticas públicas que se desenvolvem para a área da administração penitenciária são sensíveis à questão da segurança pública como um todo. A redução dos índices de violência perpassam, objetivamente, pelo sistema da execução penal. Nesse aspecto, os temas relacionados ao discurso de segurança pública e de defesa social precisam ser, criticamente, analisados. Inclusive, merece registro a tese de doutoramento de Bartira Macedo de Miranda Santos. Nesse estudo, chega-se à conclusão de que o discurso de defesa social, sob o ponto de vista da escola positiva italiana, que inspirou os códigos penal e de

processo penal brasileiros, da década de 1940, acabou por fomentar uma ideia ainda presente na sociedade de direito penal do autor, afastando-se das escolas penais clássicas do direito penal do delito. Daí não se dar muita importância ao preso, pois o senso comum no Brasil, tão violento nestas quadras, é o de que o preso necessita ser afastado do convívio social e, de preferência, da pior maneira possível.

Sobre o conceito de Defesa Social, interessante extrair o seguinte trecho da tese apresentada (SANTOS, 2017):

Esse discurso de defesa social, no entanto, assume-se enquanto protetor da sociedade, e em nome da proteção social é que buscava excluir os indesejáveis, também chamados de perigosos, criminosos, em suma, são os inimigos da ‘ordem’, ou inimigos do Estado, ou melhor, do Governo, ou do grupo que detém o poder. Vimos que no início da República, as ‘classes perigosas’ eram formadas por desempregados, negros, ex-escravos, imigrantes, capoeiras, vadios, etc., pessoas que pela sua condição social e seus costumes, não condiziam com o ideal civilizatório que se buscava instituir. Esses eram os inimigos que por meio do Direito Penal se buscava combater, eliminar, excluir ou ao menos esconder.

A Constituição Cidadã de 1988 inaugurou um novo modelo de persecução penal, fulcrado na dignidade do ser humano. Não obstante, fica fácil conferir que essa nova ordem jurídica ainda não se harmonizou com o ideário social comum. Isso resulta numa rejeição à pessoa do delinquente encarcerado, vista como detentora de menor ou nenhum direito.

O sociólogo Zigmunt Bauman, em seu clássico *O mal-estar da pós-modernidade*, apresenta um relato pessimista da falência do estado de bem-estar social, construído por algumas prósperas nações europeias e norte-americanas e que já apresentam sinais de esgotamento. Essa passagem pode ser observada pelo aumento das prisões:

Todo ano, um milhão e meio de americanos povoam as prisões americanas. Cerca de quatro e meio milhões de americanos adultos estão sob alguma forma de controle judicial. Como o exprime Richard Freeman, economista de Harvard: “Se aos desempregados, na Europa, se paga compensação, nos Estados Unidos nós os colocamos

nas prisões.” (BAUMAN, 1998, p.59).

Outro aspecto importante é a arquitetura prisional. Suzann Cordeiro (2010) considera que não se dá a devida atenção à forma como os presídios são construídos. Na verdade, o que se observa é que a própria disposição das camas e celas, bem como todas as demais dependências dos presídios, acabam por potencializar os danos que acometem os encarcerados. No presente estudo, o que se fará é uma observação dos espaços declarados pelo sistema prisional e como ele apresenta, muitas vezes, disparidades, a recomendar políticas públicas específicas para a área.

Não se tem por costume o estudo empírico na área do direito, mas os trabalhos acadêmicos de EPSTEIN (2013) indicam que tal proposta é recomendável e necessária, daí a apresentação de números e tabelas.

Portanto, este artigo científico busca apresentar os dados do sistema prisional goiano, com informações sobre o número de presídios, vagas disponíveis e lotação, exatamente para, à luz desses dados e informações, cotejando-os com os pressupostos teóricos já assinalados, extrair inferências úteis a auxiliar na implantação da nova legislação estadual citada, qual seja, Lei Estadual Goiana nº 19.962, de 3 de janeiro de 2018.

2. A SITUAÇÃO DO CÁRCERE EM GOIÁS

Num primeiro momento, interessa apresentar um panorama sobre a população carcerária no Brasil e, especialmente no Estado de Goiás. Os dados foram coletados do Anuário Brasileiro de Segurança Pública, que é uma publicação de responsabilidade do Fórum Brasileiro de Segurança Pública², no período de 2010 a 2014. Os dados dos anos de 2015 a 2017 também estão publicados e noticiados em outras fontes. Realizando um levantamento, observa-se que a população carcerária brasileira evoluiu da seguinte forma nos últimos 8 anos:

2 Vide <<http://www.forumseguranca.org.br/publica/>>.

Relação e evolução dos presos no Brasil de 2010 a 2017:

ANO	2010	2011	2012	2013	2014	2015 ¹¹	2016 ¹²	2017 ¹³
PRESOS	445.705	471.254	513.713	537.790	584.361	615.933	644.575	686.594
VAGAS	278.726	295.413	310.243	317.423	370.860	371.459	393.842	407.309
DEFICIT	166.979	175.841	203.470	220.367	213.501	244.474	250.733	279.285

Tabela confeccionada pelo autor

Os dados acima revelam então que o déficit de vagas do sistema carcerário cresceu mais de 60% no período. Não obstante, houve o aumento de mais de 50% no número de vagas do sistema. Nesse período, a população brasileira cresceu pouco mais de 6%, de 195.497.797 para 207.660.929⁶. Percebe-se aí, claramente, que a população carcerária cresce em ritmo muito maior que a população em geral, demandando políticas públicas mais dinâmicas de redução do encarceramento.

Os dados obtidos do Anuário de Segurança Pública evidenciam ainda que, em todo Brasil, a população carcerária sempre está, de modo geral, acima do número de vagas, conforme o seguinte quadro:

Presos no Sistema Prisional. Razão entre presos e vagas de 2005 a 2014 – Variação percentual no período

	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	Variação
BRASIL	1,4	1,4	1,5	1,5	1,5	...	1,6	1,7	1,7	1,5	+07%
Acre	2,5	2,1	1,7	1,9	1,9	2,1	2,2	1,8	2,1	1,1	-56%
Alagoas	1,6	1,2	1,0	1,1	1,0	2,3	2,6	3,7	2,9	2,1	+31%
Amapá	1,9	3,9	2,2	2,0	1,8	2,2	2,2	2,4	2,6	1,4	-26%
Amazonas	2,2	1,6	1,4	1,5	1,7	1,8	1,8	2,6	2,3	3,8	+72%
Bahia	1,4	1,1	1,2	1,2	1,2	1,3	1,4	2,2	1,4	3,0	+114%
Ceará	1,7	1,5	1,5	1,6	1,3	1,5	1,5	1,7	1,7	3,7	+117%

- 3 Fonte: VELASCO, et al, Clara; & outros. Número de presos dobra em 10 anos e passa dos 600 mil no país. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/06/numero-de-presos-dobra-em-10-anos-e-passa-dos-600-mil-no-pais.html>>. Acessado em 22 fev. 2018.
- 4 Fonte: VASCONCELLOS, Fábio. O mapa interativo do sistema prisional brasileiro. Disponível em: <<http://blogs.oglobo.globo.com/na-base-dos-dados/post/o-mapa-interativo-do-sistema-prisional-brasileiro.html>>. Acessado em 22 fev. 2018.
- 5 Fonte: VELASCO, Clara; & outros. Raio X do sistema prisional em 2018. Disponível em: <<http://especiais.g1.globo.com/monitor-da-violencia/2018/raio-x-do-sistema-prisional/>>. Acessado em 22 fev. 2018.
- 6 IBGE–Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *População do Brasil*. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/>. Acessado em 22 fev. 2018.

Distrito Federal	1,3	1,3	1,3	1,2	1,3	1,4	1,6	1,8	1,9	2,0	+53%
Espírito Santo	1,4	1,5	1,3	1,5	1,4	1,3	1,1	1,2	1,3	1,2	-14%
Goiás	2,0	1,6	1,7	1,6	1,7	1,6	1,6	1,6	1,6	2,7	+35%
Maranhão	2,0	2,2	1,7	1,6	1,5	1,4	2,0	1,9	1,9	1,6	-20%
Mato Grosso	1,2	1,6	1,9	2,1	2,1	2,0	1,9	1,8	1,9	1,2	0%
Mato Grosso do Sul	2,1	2,2	2,1	1,9	1,7	1,6	1,6	1,7	1,8	0,9	-57%
Minas Gerais	2,1	1,1	1,3	1,3	1,5	1,4	1,5	1,7	1,5	1,6	-23%
Pará	1,2	1,6	1,2	1,3	1,4	1,3	1,5	1,5	1,6	1,6	+33%
Paraíba	1,5	1,9	1,6	1,7	1,6	...	1,5	1,6	1,7	1,2	-20%
Paraná	1,5	2,2	1,8	1,7	1,5	1,4	1,4	1,2	1,2	0,9	-40%
Pernambuco	1,9	1,9	2,3	2,3	2,2	2,4	2,4	2,5	2,7	2,6	+36%
Piauí	0,8	0,9	1,3	1,1	1,2	1,3	1,3	1,3	1,3	0,9	+12%
Rio de Janeiro	1,2	1,2	1,0	1,0	1,0	1,1	1,2	1,3	1,3	1,7	+41%
Rio Grande do Norte	1,6	1,4	1,3	1,1	1,1	1,3	1,2	2,3	1,2	1,4	-12%
Rio Grande do Sul	1,4	1,5	1,9	1,6	1,6	1,5	1,4	1,4	1,3	1,1	-21%
Rondônia	2,0	1,6	2,0	1,8	1,7	2,0	1,6	1,6	1,6	1,3	-35%
Roraima	2,1	2,0	2,6	2,9	3,1	1,8	1,5	1,6	1,3	1,5	-28%
Santa Catarina	1,3	1,3	1,0	1,9	1,8	1,9	1,7	1,7	1,7	2,3	+77%
São Paulo	1,4	1,4	1,5	1,5	1,5	1,7	1,7	1,9	1,9	1,3	-07%
Sergipe	1,9	1,8	1,6	1,6	1,4	1,7	1,6	1,8	2,0	1,3	-31%
Tocantins	0,6	0,9	1,0	1,0	1,0	1,1	1,2	1,2	1,3	1,2	+100%

Fonte: Anuário do Fórum Brasileiro de Segurança Pública
Tabela confeccionada pelo autor

Além disso, os últimos dados divulgados apresentam um grande número de presos provisórios no Brasil, 247.748, percentual de 37,1% do total dos encarcerados (VELASCO, 2018). Isso é ainda perturbador, quando se denota que a prisão provisória somente deve ser decretada depois de esgotadas todas as outras possibilidades de medida cautelar diversa, na forma do artigo 319 do Código de Processo Penal.

A realidade do Centro-Oeste também é caótica. O Conselho Nacional do Ministério Público traz os números dos presos provisórios nos três estados da Federação e ainda no Distrito Federal em 2015. Veja-se:

<i>Presos provisórios em 2015 – REGIÃO CENTRO-OESTE</i>			
<i>ESTADO</i>	<i>CAPACIDADE</i>	<i>OCUPAÇÃO</i>	<i>TAXA DE OCUPAÇÃO</i>
<i>DISTRITO FEDERAL</i>	<i>1142</i>	<i>3319</i>	<i>290%</i>
<i>GOIÁS</i>	<i>2168</i>	<i>6725</i>	<i>310%</i>
<i>MATO GROSSO</i>	<i>1736</i>	<i>6782</i>	<i>390%</i>
<i>MATO GROSSO DO SUL</i>	<i>406</i>	<i>3197</i>	<i>787%</i>
<i>TOTAL</i>	<i>5452</i>	<i>20023</i>	<i>367%</i>

Fonte: Conselho Nacional do Ministério Público:

A visão do Ministério Público sobre o sistema Prisional Brasileiro –2016.

Observando-se os dados do Estado de Goiás, a situação não apresenta melhoras. Os dados de 2010 a 2014 foram retirados do Anuário Brasileiro de Segurança Pública. Os do ano de 2015 a 2017 tiveram outras fontes. Inclusive, os dados do final de 2017 foram encaminhados ao autor deste trabalho através do Ministério Público de Goiás.

<i>Relação e evolução dos presos em Goiás de 2010 a 2017:</i>								
ANO	2010	2011	2012	2013	2014	2015 ¹⁵	2016 ¹⁶	2017
PRESOS	10.996	11.163	11.218	12.079	13.244	15.965	19.821	21.505
VAGAS	6.734	6.891	7.085	7.780	8.491	7.909	8.845	9.772
DEFICIT	4.262	4.272	4.133	4.294	4.753	8.056	10.976	11.733

Fonte: GOIASPEN

E a situação somente piora. No dia 20.02.2018, havia 22.911 presos em todos os presídios do Estado de Goiás para 9.772 vagas, segundo dados colhidos do sistema GOIASPEN. Essa taxa de ocupação é muito superior ao dobro de vagas, correspondendo a 234%.

Das 137 unidades que abrigam presos no Estado de Goiás, apenas em trinta delas o número de presos não excede o número de vagas. Há casos escandalosos: a Unidade Prisional de Novo Gama, que possui 46 vagas, mas abriga atualmente, 456 presos; a Unidade Prisional de Águas Lindas, com 133 vagas e 869 presos.

Por ser um caso emblemático de destaque nacional, a Colônia

7 Fonte: MARTINS, Vanessa. Presídios de Goiás têm dois detentos por vaga, aponta estudo. Disponível em: <<http://g1.globo.com/goias/noticia/2016/02/presos-ocupam-dobro-do-numero-de-vagas-em-cadeias-de-go-diz-estudo.html>>. Acessado em: 22 fev. 2018.

8 Fonte: Ministério Público de Goiás. Dados da população carcerária em Goiás. Disponível em: <http://www.mpggo.mp.br/portal/arquivos/2017/05/17/12_32_03_449_Planilha_com_Rela%C3%A7%C3%A3o_das_Unidades_Prisionais_Regime_Misto_Completa_Passada_pela_SEAP.xlsx>. Acessado em: 22 fev. 2018.

Agroindustrial do Regime Semiaberto de Aparecida de Goiânia, por exemplo, contava com 468 vagas. No entanto, abrigava 1.195 presos, quando ocorreu a rebelião noticiada amplamente em âmbito nacional e da qual resultou 9 mortos (TULIO; MARTINS, 2018).

Segundo o último levantamento da situação dos presídios em Goiás, feito pela Corregedoria Geral do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, havia 15.965 presos para 7.909 vagas no Estado de Goiás⁹. Ou seja, uma taxa de ocupação duas vezes superior à permitida. Não bastasse isso, há 22.593 mandados de prisão em aberto, somente no Estado de Goiás, aguardando¹⁰. Se todos fossem cumpridos, a taxa de ocupação seria de quase cinco vezes à de vagas disponíveis.

Além da insuficiência de vagas para abrigar todos os presos, os dados ainda fornecidos revelam que não havia camas para todos eles. O relatório encaminhado pela Secretaria da Administração Pública e Administração Penitenciária do Estado de Goiás – SSPAP/GO informa que o sistema prisional goiano contava com 1.815 celas, nas quais havia 9.761 camas de alvenaria e 7.000 camas móveis. Ou seja, 16.761 camas para os 22.911 presos. Numa conclusão óbvia, percebe-se que o sistema prisional goiano conhecia a defasagem de 6.150 leitos para presos que estavam encarcerados e não possuíam, sequer, uma cama para dormir.

Veja o quadro:

Região	Celas	Camas	Capacidade	Lotação	Taxa
1ª Região Metropolitana	662	3605	3107	8671	279%
2ª Regional Noroeste	126	714	833	1604	192%
3ª Regional Entorno	166	1004	1009	3600	356%
4ª Regional Sudeste	239	1182	1236	2297	185%
5ª Regional Centro-Oeste	106	341	447	845	189%
6ª Regional Sudoeste	202	1041	804	2054	255%
7ª Regional Norte	199	1303	1436	1574	109%
8ª Regional Nordeste	115	571	393	1097	279%
TOTAL	1815	9761	9265	21742	234%

Fonte: SEAP/GO

9 Vide: <http://docs.tjgo.jus.br/corregedoria/site/REL_digital.pdf>.

10 Dados acessados em 28 de junho de 2018. CONSELHO Nacional de Justiça. Banco Nacional de Mandados de Prisão. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/bnmp/#/pesquisar>>. Acesso em: 28 jun. 2018.

Os números fornecidos pelo gestor do sistema prisional permitem traçar um diagnóstico de desrespeito a direitos básicos previstos na LEP—Lei de Execução Penal.

Com efeito, o artigo 12 da LEP dispõe que o preso terá direito a instalações higiênicas. Prosseguindo, o artigo 83 do mesmo diploma legal determina que os estabelecimentos prisionais deverão ter lotação compatível com sua estrutura e finalidade. O artigo 88 diz ainda que o estabelecimento penal deve ter cela individual com salubridade do ambiente, observados fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico, de área mínima de seis metros quadrados. Ora, se há menos de 2.000 celas para mais de 22.000 presos, segue-se que há, na média, mais de 10 presos por cela, quando a lei determina que o preso fique recolhido em cela individual.

Não somente a questão de arquitetura prisional incomoda. As qualidades das instalações, a qualidade da comida fornecida, a inexistência de assistência psicológica, médica, dentária. Para onde se voltam os olhos há desrespeito a direitos dos presos.

Por isso, não nos surpreendemos com as notícias veiculadas na mídia, dando conta de fugas e rebeliões, como aquelas acima divulgadas. A barbárie envolveu até a decapitação de presos. Ao final, o prédio que abrigava o regime semiaberto da Colônia Penal Agrícola Odenir Guimarães, em Aparecida de Goiânia, restou destruído.

3. SISTEMA DE ADMINISTRAÇÃO PRISIONAL EM GOIÁS

A administração dos presídios goianos deveria ser feita, na sua totalidade, por agentes carcerários vinculados à Superintendência Executiva de Administração Penitenciária. No entanto, no final do ano de 2017, havia ainda uma grande quantidade de estabelecimentos que recebiam presos, mas não poderiam ser classificados como presídios. Eram estabelecimentos penais adaptados, os quais eram administrados pela Polícia Militar ou mesmo por Delegados de Polícia.

No início do ano de 2017, o Governo do Estado de Goiás editou

um novo diploma legal, traduzido na Lei Estadual nº 19.962, de 3 de janeiro de 2018, que introduziu alterações na estrutura básica e complementar da Secretaria de Estado de Segurança Pública e Administração Penitenciária, alterando denominações e buscando fortalecer o segmento prisional.

A nova formatação do sistema prisional goiano está agora sob a responsabilidade da Diretoria-Geral de Administração Penitenciária, com autonomia administrativa, orçamentária e financeira, ou seja, com maior independência da própria Secretaria de Segurança Pública.

Dispõe o artigo 1º da referida Lei Estadual:

Art. 1º Esta Lei fortalece o segmento prisional no âmbito da Secretaria de Segurança Pública e Administração Penitenciária, que, doravante, passa a ser denominada Secretaria de Estado da Segurança Pública, conferindo-lhe formato organizacional diferenciado em relação aos demais segmentos dela integrantes, sem prejuízo da interação sistêmica existente entre eles por força da **Lei nº 17.257, de 25 de janeiro de 2011**, com as alterações que lhe foram introduzidas, especialmente pela **Lei nº 18.687, de 03 de dezembro de 2014**, e da observância do novo regime fiscal instituído pela Emenda Constitucional nº 54, de 02 de junho de 2017, a vigorar a partir de 1º de janeiro de 2018, atendidos, ainda, os seguintes princípios:

I – gestão compartilhada, nos limites legais, das unidades prisionais, mediante parcerias com organizações da sociedade civil ou privada;

II – regionalização do sistema estadual de administração penitenciária, por intermédio de unidades prisionais que considerem os níveis de segurança, abrangência geográfica e perfil do encarcerado;

III – autonomia e independência do órgão estadual de administração penitenciária para gestão de vagas, implantação e movimentação dos encarcerados;

IV – controle social;

V – garantia e respeito à dignidade da vida das pessoas em privação de liberdade e incentivo de implantação de Associações de Proteção e Atendimento ao Condenado (APAC's).

Num primeiro norte, o sistema possibilitará uma gestão compartilhada das unidades prisionais, inclusive com parceria do Estado

de Goiás com organizações da sociedade civil ou privada (artigo 1º, inciso I). Nessa perspectiva, o sistema abarca a possibilidade de presídios administrados em regime de Parceria Público-Privadas – PPP. Tema atual e relevante, as parcerias público-privadas estão regulamentadas pela Lei Federal nº 11.079/2004, que disciplinou as normas gerais para a licitação e contratação de empresas pela administração pública para a exploração de uma atividade típica do estado, em regime de concessão.

Outro objetivo da novel legislação de Goiás é a regionalização do sistema estadual de administração penitenciária, por meio de unidades prisionais regionais distribuídas pelo território goiano, por níveis de segurança, atentando-se para a abrangência geográfica e o perfil do encarcerado (artigo 1º, inciso II). Busca-se aqui uma maior racionalidade na administração dos presos. O Estado de Goiás já convive com a realidade de presos faccionados, ou seja, presos vinculados a organizações criminosas que operam de dentro do cárcere, como o PCC – Primeiro Comando da Capital. Essa regionalização possibilita a tramitação dos presos entre as unidades, de modo a evitar motins e rebeliões daqueles presos que acabam por assumir posições de liderança sobre as ações dos demais detentos.

Também se previu, na nova legislação estadual, um sistema de administração penitenciária independente (artigo 1º, inciso III). Para melhor entender essa nova proposta, necessário fazer aqui uma breve digressão. Até então, a movimentação dos presos pelos presídios do Estado de Goiás estava sujeita à autorização prévia dos juízos vinculados. Noutras palavras, se um determinado detento estava promovendo ações de rebelião ou cooptação de colegas para facções criminosas, o diretor do presídio deveria solicitar ao juiz seu recambiamento. Nesse caso, haveria um incidente judicial, sendo que sua transferência dependeria ainda da autorização prévia do juízo para onde fosse levado. Isso, normalmente, leva tempo e nem sempre é obtida a autorização. Não há gerenciamento possível dentro dessa limitação para a administração das vagas.

Com a independência proposta na nova legislação, caberá à

SEAP – Superintendência Executiva de Administração Penitenciária ou à agora denominada Diretoria-Geral de Administração Penitenciária – DIAP, gerir as vagas do sistema prisional de todo o Estado de Goiás, sem necessidade prévia de autorização judicial para deslocamento de presos. Esse processo melhora a dinâmica das ações do estado e evita a amotinação de presos ou excesso de lotação em apenas algum presídio.

Para a consecução dessa nova realidade, o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás editou o Provimento 07/2018, que dispõe sobre a gestão dos presos no estado. Pela redação dos artigos 2º e 3º do referido provimento, fica autorizada a movimentação imediata do preso, pela própria DIAP, com comunicação posterior ao juízo da execução e ao Ministério Público, no prazo de até 5 (cinco) dias. Diz a norma:

Art. 2º A movimentação de preso provisório ou condenado para Unidades Prisionais Especiais e Estaduais deverá ser precedida de relatório detalhado de órgão específico da Diretoria Geral de Administração Penitenciária indicando o elevado nível de periculosidade do preso, o qual será enviado ao Ministério Público e ao Poder Judiciário, cabendo ao Juiz da Execução Penal e Corregedor dos Estabelecimentos Penais realizar o controle de legalidade do ato da administração penitenciária.

Parágrafo Único. O relatório mencionado no caput poderá ser apresentado em até 05 (cinco) dias após a movimentação, sempre que estas ocorrerem em situação de emergência. Art. 3º A movimentação de preso provisório tratada no art. 2º deverá ser comunicada ao Ministério Público e ao Juiz Criminal que exarou a ordem de prisão, no prazo de 5 (cinco) dias, que requisitará o preso à Diretoria Geral de Administração Penitenciária quando necessária a sua apresentação em audiência.

Por fim, houve previsão expressa de incentivo à implantação de APAC–Associação de Proteção e Assistência aos Condenados, entidade civil de direito privado, que se dedica à recuperação e reintegração social dos condenados a penas privativas de liberdade. Em Goiás, a primeira experiência está sendo desenvolvida no presídio de Paraúna/GO.

Com essas novas alterações, o novo sistema prisional goiano espera funcionar com uma unidade prisional de segurança máxima,

denominada de Núcleo de Custódia, com 88 vagas. Também haverá 47 presídios estaduais, distribuídos em duas regiões, sendo 12 na Região Metropolitana de Goiânia e 35 no interior, totalizando 17.167 vagas.

Mas aqui se observam dois problemas. Primeiro, como já dito, o sistema atual opera com uma demanda de mais de 22.000 vagas e, no novo sistema, há previsão de pouco mais de 17 mil vagas. Onde se recolherão os outros cinco mil presos?

Ao depois, merece registro que, na nova legislação, admite-se que a quase totalidade dos presídios previstos ainda não foram construídos. O Diretor-Geral da Administração Penitenciária sinalizou para a construção emergencial de módulos de segurança, mas isso não tem sido bem recebido pela comunidade jurídica, pois não se sabe se tais módulos oferecerão condições de moradia adequadas.

4. CONCLUSÕES

O quadro geral é de falência do sistema prisional. Os números não mentem. A prisão não se mostrou um elemento efetivo para reduzir a criminalidade. Pelo contrário, a punição pela prisão produziu ainda mais presos e insegurança.

A estrutura oferecida pelo estado também é inadequada, especialmente pelo que se observa no Estado de Goiás. As condições do cárcere goiano são especialmente perversas, pois um mínimo existencial não está disponível aos detentos.

Um enfrentamento necessário é quanto às vagas disponíveis para os presos provisórios. Vê-se que a taxa de ocupação dos presos provisórios é superior à taxa de ocupação para os demais detentos. O que já é um dado espantoso para os presos em geral, para os presos provisórios a situação é alarmante. Nesse particular, duas mudanças podem ser consideradas. A primeira é o aumento de vagas disponíveis em Goiás. Mas ainda não será suficiente. Outra medida é a aplicação do artigo 319 do Código de Processo Penal, ou seja, a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão.

A audiência de custódia veio para esse propósito, mas ainda há resistência dos juízos na aplicação desse instituto, ante a aplicação da percepção punitivista do direito positivo italiano, que se volta contra a pessoa do preso, ainda presente no Código de Processo Penal de inspiração fortemente fascista. E a própria sociedade oferece resistência a essa nova postura judicial de respeito aos direitos e garantias fundamentais do homem. O juiz que assim procede acaba recebendo as críticas decorrentes da ideia comum de que a polícia prende e o juiz solta.

Quando se lança um olhar sobre todas as oito regiões administrativas prisionais, verifica-se que todas elas estão com a sua lotação acima da capacidade. Pior, o sistema admite a existência de vagas sem camas, ou seja, a quantidade de vagas oferecidas no sistema é inferior ao de leitos.

Nesse ambiente de confusão e injustiças, as facções criminosas ganham terreno. Sua forma de agir, com hierarquia rígida, exerce um fascínio sobre a juventude criminosa. Os seus líderes são vistos como heróis. Prender essa nova juventude, nas condições de cárcere atuais, fomentará o desejo de se unirem nessa nova modalidade de crime organizado.

Feitas essas considerações, o que se pretende aqui afirmar, como hipótese provável, é que a prisão não se mostra apta a reduzir a atração dos delinquentes jovens para as facções criminosas, porque, de modo geral, o poderio e a influência acontecem dentro do cárcere. Logo, quanto mais prisão, maior será a quantidade de presos recrutados para as facções. É necessário estabelecer políticas públicas de cooptação dos jovens, para retirá-los das facções criminosas. O Estado precisa apresentar aos jovens delinquentes alternativas atrativas para novos caminhos.

Na implementação da nova legislação estadual, necessário será ainda a formulação de políticas públicas que reduzem o encarceramento. Do contrário, os presídios nunca serão suficientes. A nova política, por exemplo, já dimensiona uma quantidade de vagas inferior àquela demanda já observada. São pouco mais de 17 mil vagas para uma demanda já superior a 22 mil presos.

Por fim, merece aqui uma reflexão. A melhor maneira de manter

as coisas tais como estão é continuar fazendo tudo de igual forma. E um procedimento eficaz para agravar o estado do paciente é negar a existência da doença. Então, diga-se logo, que o sistema prisional brasileiro é cruel, seletivo e deletério. Cruel, posto que o Estado recolhe seus encarcerados em ambientes impróprios para moradia, mesmo que de animais, quanto mais de seres humanos, submetendo-os à situação degradante e patogênica em espaços minúsculos e superlotados. Seletivo, posto que tais condições atingem mais intensamente os pobres e marginalizados. Há preço para a melhor comida, para a melhor cela, para a melhor cama, para o melhor banho de sol, para a melhor visita, para tudo enfim que entra, lícita ou ilicitamente, no ambiente prisional. Aos pobres, sobra a comida do estado, a cama do estado, quando há cama, o atendimento médico do estado, todos da pior qualidade. Deletério, posto que a falácia do caráter socializador da pena não passa de um belo discurso. E as bonitas palavras não se transmudam em verdade, tão somente por serem bonitas. O sistema prisional, longe de socializar, acaba por receber aprendizes do crime, para devolver marginais formados.

Portanto, estes breves apontamentos pretendem incutir nos formuladores das políticas públicas carcerárias goianas um novo olhar sobre a situação do cárcere, para que a Lei Estadual nº 19.962/2018 seja bem mais do que uma carta de intenções.

REFERÊNCIAS

ANUÁRIO Brasileiro de Segurança Pública 2016. Disponível em: <http://www.forum-seguranca.org.br/storage/10_anuario_site_18-11-2016-retificado.pdf>. Acessado em: 12 set. 2017.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

BAUMAN, Zigmunt. *O mal-estar da Pós-Modernidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/eb000015.pdf>>. Acessado em: 21 fev. 2018.

BONESANA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/eb000015.pdf>>. Acessado em: 21 fev. 2018.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013.

CONSELHO Nacional de Justiça. *Banco Nacional de Mandados de Prisão*. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/bnmp/#/pesquisar>>. Acessado em: 20 jun. 2017.

CORDEIRO, Suzann. *Até quando faremos relicários. A função social do espaço penitenciário*. 2ª ed. revista e ampliada. Maceió: Edufal, 2010.

DIAS, Camila Caldeira Nunes. *Estado e PCC em meio às tramas do poder arbitrário nas prisões*. Disponível em: <www.scielo.br/pdfts/v23n2/v23n2a09.pdf>. Acessado em: 22 fev. 2018.

EPSTEIN, Lee; KING, Gary. *Pesquisa empírica em direito: as regras de inferência*. São Paulo: **Direito GV**, 2013.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: história da violência nas prisões*. 32. ed. Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis, RJ: Vozes, 1987.

GERTLER, Paul J. & outros. *Avaliação de impacto na prática*. Disponível em: <<https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/2550/9781464800887.pdf>>. Acessado em: 24 jun. 2018.

IBGE—Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *População do Brasil*. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/>. Acessado em 22 fev. 2018.

LIMA, Renato Sérgio de. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública*. Disponível em: <<http://www.forumseguranca.org.br/publica/>>. Acessado em 22 fev. 2018. 1ª a 11ª ed.

LIMA, Renato Sérgio de. *Anuário Brasileiro de Segurança Pública*. Disponível em: <<http://www.forumseguranca.org.br/publica/>>. Acessado em 22 fev. 2018. 1ª a 11ª ed.

MARTINS, Vanessa. *Presídios de Goiás têm dois detentos por vaga, aponta estudo*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/goias/noticia/2016/02/presos-ocupam-dobro-do-numero-de-vagas-em-cadeias-de-go-diz-estudo.html>>. Acessado em: 22 fev. 2018.

MINISTÉRIO PÚBLICO DE GOIÁS. *Dados da população carcerária em Goiás*. Disponível em: <http://www.mpg.go.br/portal/arquivos/2017/05/17/12_32_03_449_Planilha_com_Rela%C3%A7%C3%A3o_das_Unidades_Prisionais_Regime_Misto_Completa_Passada_pela_SEAP.xlsx>. Acessado em: 22 fev. 2018.

SANTOS, Bartira Macedo de Miranda. *As ideias de defesa social no sistema penal brasileiro: entre o garantismo e a repressão (de 1980 a 1940)*. Disponível em: <<https://sapientia.pucsp.br/handle/handle/13235>>. Acessado em: 20 jun. 2017.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

TRIBUNAL de Justiça de Goiás. *Relatório de Inspeção aos Presídios de Goiás*. Disponível em: <http://docs.tjgo.jus.br/corregedoria/site/REL_digital.pdf>. Acessado em: 20 jun. 2017.

TULIO, Sívio; MARTINS, Vanessa. *Rebelião deixa 9 detentos mortos e 14 feridos em presídio de Aparecida de Goiânia*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/go/goias/noticia/detentos-fazem-rebeliao-em-presidio-em-aparecida-de-goiania.ghtml>>. Acessado em 22

fev. 2018.

VARELLA, Drauzio Varella. *Estação Carandiru*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

VASCONCELLOS, Fábio. *O mapa interativo do sistema prisional brasileiro*. Disponível em: <<http://blogs.oglobo.globo.com/na-base-dos-dados/post/o-mapa-interativo-do-sistema-prisional-brasileiro.html>>. Acessado em 22 fev. 2018.

VELASCO, Clara; & outros. *Número de presos dobra em 10 anos e passa dos 600 mil no país*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/06/numero-de-presos-dobra-em-10-anos-e-passa-dos-600-mil-no-pais.html>>. Acessado em 22 fev. 2018.

VELASCO, Clara; & outros. *Raio X do sistema prisional em 2018*. Disponível em: <<http://especiais.g1.globo.com/monitor-da-violencia/2018/raio-x-do-sistema-prisional/>>. Acessado em 22 fev. 2018.

VELASCO, Clara; & outros. *Raio X do sistema prisional em 2018*. Disponível em: <<http://especiais.g1.globo.com/politica/2017/raio-x-do-sistema-prisional/>>. Acessado em 22 fev. 2018.

A EFETIVIDADE DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL EM ANÁPOLIS: PERSPECTIVA DA PROTEÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA

Rildo Mourão Ferreira¹

Kátia Rúbia Leite²

Mirelly Kristhinny Gomes Silva³

Ravilla Leite Dias⁴

1. INTRODUÇÃO

Esta pesquisa é resultado do trabalho desenvolvido no Núcleo de Pesquisa do Curso de Direito da UniEVANGÉLICA – Centro Universitário de Anápolis, envolvendo os alunos orientados pelos professores Rildo Mourão Ferreira e Kátia Rúbia Leite. O ingresso no sistema prisional resulta da condenação por prática delitiva passível de detenção ou reclusão. Assim, estão incertos na Cadeia Pública de Anápolis pessoas em razão de prática de crimes, prisão civil e na condição de preso provisório, na forma da lei. Vencida a fase do devido processo legal e aplicada a pena de Reclusão ou detenção inicia-se a sua execução estritamente nos termos e condições ditadas pela sentença. É fundamental que a pena em regime fechado seja acompanhada de ações educativas, de resgate dos vínculos familiares e da cidadania, ressocializando o indivíduo e o capacitando para

1 Doutor em Ciências Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo –PUC-SP. Professor na Faculdade de Direito da Universidade de Rio Verde e da UniEVANGÉLICA. Email: rildomourao@uol.com.br

2 Mestre em Direito do Estado no Estado Democrático do Direito pela Universidade de Franca (2006). Graduação em Direito pela Associação Educativa Evangélica (1993).

3 Graduanda em Direito pelo Centro Universitário de Anápolis, UniEVANGÉLICA.

4 Graduanda em Direito pelo Centro Universitário de Anápolis, UniEVANGÉLICA.

voltar ao convívio social sem discriminações.

No contexto da normatividade constitucional é dever do Estado ressocializar, na prática pergunta-se se há possibilidade disso. Então, espera-se encontrar respostas na prática, a efetividade da dignidade humana no processo de reeducação na Cadeia Pública do município de Anápolis-GO.

Para a elaboração do artigo utilizou-se o método bibliográfico, documental e dados estatísticos.

2. HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL – ASPECTOS PRINCIPOLÓGICOS CONSTITUCIONAIS QUE EMBASAM O ESTADO BRASILEIRO

A força normativa de uma Constituição depende da realidade de sua histórica que não se resume àquela presente no momento de sua edição, sua normatividade imperiosa determina o ajustamento político e social da realidade. Sua forma normativa é o que a preserva em tempos de afronta aos princípios do Estado constitucional. Ao contrário de Lassale, Hesse postula valor jurídico e normativo da Constituição. HESSE, (1991, p. 19).

A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de convivência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem.

Há uma crise no sistema prisional brasileiro e o tratamento dado aos encarcerados desafia os princípios da força normativa da Constituição e do fundamento da Máxima Efetividade. Quando o Estado, por seus agentes, descumpra o preceito constitucional da dignidade da pessoa humana, sob o véu da incompetência de gestão do sistema prisional, ou sob a alegação da falta de condições para a efetivação da ressocialização humanizada descuida do mínimo de eficácia normativa e se torna uma fragilidade para o estado de direito. Independente disso resiste o dever constitucional de efetivar a ressocialização. HESSE (1991, p. 15), a respeito da eficácia normativa da

Constituição traz o ensinamento:

[...] a pretensão de eficácia de uma norma constitucional não se confunde com as condições de sua realização; a pretensão de eficácia associa-se a essas condições como elemento autônomo. A Constituição não configura, portanto, apenas expressão de um ser, mas também de um dever ser; ela significa mais do que simples reflexo das condições fáticas de sua vigência, particularmente as forças sociais e políticas. Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social.

Assim o que se observa é uma efetividade constitucional no plano formal que não isolado da efetividade matéria, tomando a primeira como a perfeição da Lei Maior e a segunda como a fragilidade da capacidade administrativa gerencial dos diversos aparelhos sociais para mudar a realidade. Especialmente no âmbito da segurança pública em especial do sistema prisional a distância entre o legislado e o vivido é abismal.

2.1. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS QUE REGEM A EXECUÇÃO PENAL

Os princípios expressos na Constituição Federal de 1988 estão separados doutrinariamente, em dois tipos: fundamentais e gerais. Os princípios constitucionais fundamentais são os basilares da composição e estruturação do Estado. O Princípio democrático, o qual afirma que o poder político pertence ao povo. O princípio federativo, o qual refere-se à forma de Estado adotada pelo Brasil, caracterizada por uma ordem soberana e diversas ordens políticas autônomas, e o princípio republicano, no qual institui-se um chefe de governo eleito pelo corpo social, possuindo critérios de elegibilidade, temporariedade do mandato e responsabilidades do cargo. Já os princípios gerais possuem quatro subdivisões: Princípio da legalidade, fundamento da Igualdade, princípio do devido processo legal e princípio do acesso ao judiciário. (MIRANDA apud CASTRO, 2006, p.135-179).

No diz que diz respeito a verificação da humanização da pena de reclusão apontam-se os princípios da Legalidade pelo qual todas as entidades, indivíduos, instituições e poderes constituídos devem se submeter aos preceitos legais.

A Dignidade da Pessoa Humana vista como princípio constitucional está prevista no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988 e atualmente toma o papel de um dos fundamentos da República Federativa brasileira. Em diversos artigos, a Carta Magna define tal princípio como sendo norteador do Estado Democrático de Direito, ao tratar da proteção à vida, do direito à saúde, à moradia digna, garantindo a liberdade, a igualdade, o acesso à justiça, bem como quando trata do meio ambiente sustentável, capaz de atender às necessidades sociais presentes e futuras.

Tratada como direito fundamental constitucional, a dignidade da pessoa humana reflete um valor inestimável, e auxilia na aplicação e na interpretação de todas as demais normas legais ao respeito dessa garantia. A dignidade humana é uma característica inerente a todas as pessoas e tem por objetivo colocá-los a salvo de qualquer ato discriminatório, seja qual for o agente e protegê-los de ausência de condições mínimas de sobrevivência. É da própria essência do ser humano ser dotado dessa condição e qualidade. Merece especial destaque na execução penal como um princípio norteador para garantir a reeducação do condenado. Nesse sentido, PIOVESAN diz que (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.

Os princípios expressos na Constituição Federal de 1988 sejam gerais ou específicos relacionados à execução penal traduz a humanização da pena e robustece o padrão da humanização da ressocialização em face da legalidade estrita, da isonomia devida, e a dignidade da pessoa humana que merece especial destaque na execução penal como um princípio norteador para garantir a reeducação do condenado.

2.2. OS PRINCÍPIOS DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL

Em face da sentença condenatória, decorrido o prazo para o

seu trânsito em julgado, surge para o Estado o direito de exigir o cumprimento da pena pelo sentenciado, visando garantir a efetividade de sua finalidade, isto é, a repressão e a reeducação do infrator e a prevenção social nos termos Constitucionais. A Lei nº 7.210/84 disciplina a execução penal, com institutos jurídicos próprios, em atenção a medidas de Política Criminal.

A execução penal é um processo jurisdicional e administrativo no qual são praticados atos decisórios do juiz quando determina os regimes penais e sua progressão e regressão, livramento condicional e saídas temporárias. Há o aspecto administrativo no qual se verificam registros sobre a conduta dos condenados no decorrer do cumprimento da pena e o gerenciamento do estabelecimento prisional e do cumprimento das penas. CAPEZ (2015).

Dentre os princípios mais importantes associados à execução penal os mais importantes são legalidade, igualdade, jurisdicionalidade, individualização da pena, proporcionalidade, publicidade, mas principalmente há que se observar o princípio da humanização da pena, reservando ao apenado um tratamento sem regalias, mas absolutamente respeitoso à integridade física, psíquica do reeducando. NOGUEIRA (2012, p.7) disserta sobre os princípios associados à execução penal:

Estabelecida a aplicabilidade das regras previstas no Código de Processo Penal, é indispensável à existência de um processo, como instrumento viabilizador da própria execução, onde devem ser observados os princípios e as garantias constitucionais, a saber: legalidade, jurisdicionalidade, devido processo legal, verdade real, imparcialidade do juiz, igualdade das partes, persuasão racional ou livre convencimento, contraditório e ampla defesa, iniciativa das partes, publicidade, oficialidade e duplo grau de jurisdição, entre outros. Em particular, deve-se observar o princípio da humanização da pena, pelo qual se deve 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 Legalidade no sistema prisional decorre do preceito constitucional contido no artigo 5º em seu inciso II, que protege os indivíduos contra os arbítrios cometidos pelo Estado ou outros particulares, durante

o cumprimento da pena imposta. A Lei nº 7210/84, arts. 2º e 3º determinam que a jurisdição seja exercida na forma das Leis. O princípio da legalidade encontra-se expresso nos arts. 2º e 3º da Lei n.º 7.210/84, e somente em virtude da lei também o indivíduo está obrigado a fazer ou deixar de fazer. Deve cuidar para que não seja um ato, um comportamento ou uma atividade proibida por lei. (ESTEFAM, 2012, p.128).

O princípio da legalidade norteia a execução penal em todos os seus momentos, dirigindo-se a todas as autoridades que participam da mesma, seja ela administrativa ou judicial. Assim, o dever de atender ao princípio da legalidade não é unicamente do Juiz, mas também do agente da Administração Pública envolvido com a execução penal. A lição de MEIRELLES (1991, p. 78):

Na Administração Pública, não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza. A lei, para o particular, significa 'pode fazer assim'; para o administrador público significa deve fazer assim.

O princípio da Igualdade está na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, caput, d garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros, residentes no país, nas suas relações indivíduo-indivíduo e indivíduo – Estado o direito a um tratamento isonômico através da lei. O princípio da igualdade determina a proibição de discriminação dos condenados por causa de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas, os juízos ou tribunais de exceção (art. 5º, XXXVII, da CF); o Juiz Natural, (art. 5º, LIII, da CF); a indeclinabilidade ao processo legal, em caso de privação da liberdade (art. 5º, LIV, CF); o tratamento isonômico que o Juiz deve dispensar às partes integrantes da relação jurídico-processual pois todos gozam dos mesmos direitos. CAPEZ (2015, p. 65) leciona:

Trata-se de princípio constitucional que atua em todas as áreas do relacionamento indivíduo-indivíduo e indivíduo-Estado. O princípio da igualdade jurisdicional compreende: a igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (art. 5º, caput, da CF); a inexistência de juízos ou tribunais de exceção (art. 5º, XXXVII, da CF); a consagração do Juiz Natural, pois ninguém será processado

sem sentenciado senão pela autoridade competente (art. 5º, LIII, da CF); a indeclinabilidade da prestação jurisdicional a qualquer pessoa (art. 5º, XXXV, da CF); a garantia de qualquer pessoa ao processo legal, em caso de privação da liberdade (art. 5º, LIV, da CF); o tratamento isonômico que o Juiz deve dispensar às partes integrantes da relação jurídico-processual.

O Princípio da Jurisdicionalidade aponta para a execução penal como um procedimento jurisdicional, o que significa que a intervenção do juiz, na execução da pena, de maneira eminente jurisdicional, sem excluir aqueles atos acessórios, de ordem administrativa, que acompanham as atividades do magistrado. A participação do juiz na execução da pena não decorre unicamente do princípio da proteção judiciária, consagrado expressamente no texto constitucional. A lei determina a aplicação dos princípios e regras do Código de Processo Penal, como consequência lógica 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, como bem aduz a Exposição de Motivos da Lei de Execução Penal. (CAPEZ, 2011, p.56)

O Princípio da Personalidade, também denominado princípio da intranscendência, segundo o qual a pena não pode ir além da pessoa do autor da infração, conforme previsão constitucional. Além disso, vale notar o disposto no art. 8º do Pacto de São José da Costa Rica, implantado pela Convenção Americana dos Direitos Humanos, ratificada no Brasil em 25 de setembro de 1992, que prevê de forma cristalina que:

Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

O princípio da individualização da pena na execução penal, ocorre em três momentos: o da cominação; o da aplicação ao caso concreto e o da execução da pena, refere-se a obrigação constitucional do Estado quanto à organização das condições para o cumprimento da pena, em relevo a privação da liberdade conforme se verifica no art. 5º,

inciso XLVI CF/88, e há que observar os critérios de individualização da pena quanto ao estabelecimento que será distinto para cada tipo de pena e também os critérios pessoais do apenado quanto a natureza do delito, a idade e o sexo, art. 5º inciso XLVIII, CF/88. Para tanto impõe-se a criação de uma Comissão Técnica de Classificação, composta pelo Diretor do Estabelecimento, dois representantes que trabalhe diretamente com os reeducandos, um médico psiquiatra, um profissional da psicologia e um assistente social, que procederá a classificação do reeducando segundo seus antecedentes e personalidade.

Estabelecido, de forma expressa, no artigo 5º, inciso LV, da Carta Magna de 1988 a garantia do princípio do contraditório e à ampla defesa e do devido processo legal e todos os recursos inerentes a estes princípios para o cidadão e para as pessoas jurídicas, aos acusados e aos litigantes em processo judicial ou administrativo conforme determinado no inciso V do artigo 5º da Constituição Federal de 1988. Deriva ainda destes princípios a publicidade e o duplo grau de jurisdição sob os quais a parte deve conhecer de todos os atos e fases processuais não se admitindo processo ou procedimentos secretos e quando insatisfeito com a decisão proferida, via de regra, pode recorrer à instância superior colegiada para revisão da sentença. A lição de Aury Lopes Jr (2012, p. 239):

O contraditório pode ser inicialmente tratado como um método de confrontação da prova e comprovação da verdade, fundando-se não mais sobre um juízo potestativo, mas sobre o conflito, disciplinado e ritualizado, entre partes contrapostas: a acusação (expressão do interesse punitivo do Estado) e a defesa (expressão do interesse do acusado—e da sociedade—em ficar livre de acusações infundadas e imune a penas arbitrárias e desproporcionadas). É imprescindível para a própria existência da estrutura dialética do processo. O ato de contradizer a suposta verdade afirmada na acusação (enquanto declaração petitoria) é ato imprescindível para um mínimo de configuração acusatória do processo. O contraditório conduz ao direito de audiência e às alegações mútuas das partes na forma dialética.

Derivado do fundamento da Dignidade da Pessoa Humana previsto no artigo 1º, inciso III, CF/88, o princípio da humanização

da pena é aquele no qual é assegurado, aos condenados, penas que não desrespeitem a sua condição humana. Assim, é vedada a pena de morte, artigo 5º, inciso XLVII, CF/88, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX, CF/88; penas de tortura, ou qualquer outro tratamento desumano, artigo 5º, III, CF/88, e segundo a Convenção Americana de Direitos Humanos, da qual, o Brasil é signatário, em seu artigo 5º, alínea 6, expressa que as penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e readaptação do delinquente.

O Princípio da Proporcionalidade ou o princípio da racionalidade alcança também a esfera administrativa, através desse princípio é vedado à Administração Pública valer-se de medidas que extrapolem o necessário para a concretização da finalidade almejada. Dessa forma, tenta adequar os meios e os fins, vedando-se qualquer imposição de obrigações, restrições e sanções exacerbadas. A proporcionalidade não deve ser considerada unicamente no momento da cominação ou da aplicação da pena, estende-se ao momento de sua execução. Desta forma, o princípio da proporcionalidade não está expressamente previsto no texto constitucional, contudo pode ser analogicamente extraído dos artigos 37, 5º, inciso II e 84, inciso IV, todos da Carta Magna de 1988.

O Princípio da Publicidade dos atos processuais, conduz a uma garantia de independência, imparcialidade, autoridade e responsabilidade do juiz. Encontra exceção nos casos em que o decoro ou o interesse social aconselhem que eles não sejam divulgados. Os atos processuais da execução penal são públicos, e a publicidade só poderá ser limitada por lei quando a defesa da intimidade do sentenciado ou o interesse social o exigirem. O art. 198, da Lei de Execução Penal, que prevê ser defeso ao integrante dos órgãos da execução penal, e ao servidor, a divulgação de ocorrência que perturbe a segurança e a disciplina dos estabelecimentos, bem como exponha o preso à inconveniente notoriedade, durante o cumprimento da pena. (art. 5º, LXI, da Constituição Federal).

Pelo princípio da humanização da pena, encontra-se previsto na Constituição Federal, que estabelece em seu art. 5º, inciso LXVII, a execução penal deve obedecer aos parâmetros modernos de humanidade,

consagrados internacionalmente, mantendo-se a dignidade humana do condenado. As penas mencionadas ferem o estágio atual da civilização humana, tendo sido, portanto, abolidas de nosso ordenamento jurídico assim não se admite pena cruel, trabalhos forçados e banimento pena de caráter perpétuo ou de morte. Neste princípio é possível agregar outro princípio fundamental. O da dignidade da pessoa humana que entremeia todos os demais princípios. (MIRABETE, 1995, p.26).

3. OBJETIVOS DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL

A Lei de Execução Penal–LEP é multidisciplinar junta-se ao direito penal e processual penal, ao direito constitucional, administrativo, à psiquiatria, ao serviço social, à criminologia e à sociologia para regulamentar a dinâmica do cumprimento da pena. Quando a pessoa preenche os três substratos do conceito analítico de crime: fato típico, fato ilícito, culpabilidade ou agente culpável caso advenham provas de autoria e materialidade do ato ilícito a consequência jurídica é a sanção penal condenatória.

A individualização da pena tem três momentos: o da cominação; da aplicação da lei ao caso concreto e o da execução da pena. Respeitando essa cominação legal, o juiz deve aplicar a quantidade que, no caso concreto, atenda à finalidade da pena, ou seja, a recuperação social do criminoso. A cominação e a aplicação da lei ao caso concreto se completa pela ação e decisão do juízo criminal via do Direito Penal e Processual Penal. O processo de execução se efetiva no conjunto dos poderes Judiciário e Executivo Federal, Estadual e Municipal sob a fiscalização do Ministério Público.

O objetivo da Execução Penal é proporcionar ao preso, seja ele provisório condenado pela Justiça Eleitoral ou Militar, quando recolhido a estabelecimento sujeito à jurisdição ordinária a efetividade do cumprimento de sua pena no limite do disposto na sentença ou decisão criminal sem distinção de qualquer natureza seja racial, social, religiosa ou política obrigando o Estado oferecer as condições para a ressocialização e integração social do condenado e do

internado à comunidade. (Art. 1º da Lei de Execuções Penais)

Para tanto determina a classificação e a assistência material à saúde; jurídica; educacional; social; e religiosa. O trabalho do condenado que pode ser interno ou externo, é um dever social e deverá ser exercido em condições dignas, higiênicas e seguras com a finalidade de educar, produzir, remunerar na razão a maior de 3/4 (três quartos) do salário mínimo e comutar a pena e complementa nos artigos 40 e 41 determinando os direitos específicos, todos no sentido d reconstrução do cidadão e a assistência ao egresso, art. 25 e 26, LEP.

4. EFETIVIDADE DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL NO BRASIL

O Sistema Prisional brasileiro que acolhe os sentenciados à pena de privação de liberdade tem o mesmo perfil e a mesma dinâmica de atendimento, previsto na Lei de Execuções Penais. A tabela 1 com dados do Infopen, jun/2014; Senasp, dez/2013; apresenta um panorama geral da população prisional brasileira. É possível observar, no primeiro semestre de 2014, o número de pessoas privadas de liberdade no Brasil ultrapassou a marca dos seiscentos mil. O número de presos é consideravelmente superior às quase 377 mil vagas do sistema penitenciário, totalizando um déficit de 231.062 vagas e uma taxa de ocupação média dos estabelecimentos de 161%. Em outras palavras, em um espaço concebido para custodiar 10 pessoas, existem por volta de 16 indivíduos encarcerados. Onde se vê a razão da superpopulação carcerária em todo país que compromete o processo de ressocialização.

Tabela 1. Pessoas privadas de liberdade no Brasil em junho de 2014

BRASIL – 2014	
População prisional	607.731
Vagas	376.669
Déficit de vagas	231.062

Fonte: Infopen, jun/2014; Senasp, dez/2013; IBGE, 2014

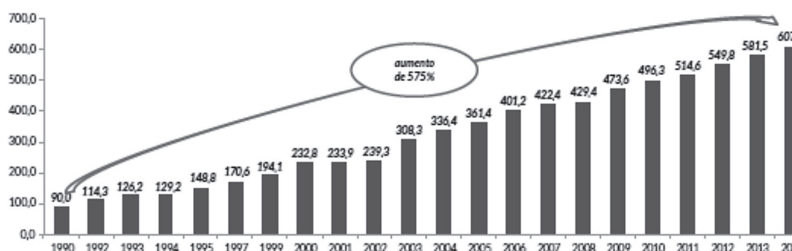
A tabela 2, com dados do ICPS (*Internacional Center for Prison Studies*), referente ao ano de 2014, trás um panorama geral da situação prisional entre quatro países escolhidos em razão do maior número de presos no mundo. Em números absolutos, o Brasil tem atualmente, cerca de 300 presos para cada cem mil habitantes no país. O que representa a quarta maior população prisional entre os vinte países pesquisados, ficando atrás apenas dos Estados Unidos, da China e da Rússia figurando também como a maior porcentagem de presos sem condenação na razão de 41% da população carcerária.

Tabela 2. Contextualização do sistema prisional brasileiro no mundo—Informações prisionais dos quatro países com maior população prisional do mundo

PAÍS	POPULAÇÃO PRISIONAL	TAXA DA POPULAÇÃO PRISIONAL PARA CADA 100.000 HABITANTES	TAXA DE OCUPAÇÃO	TAXA DE PRESOS SEM CONDENAÇÃO
Estados Unidos	2.228.424	698	102,70%	20,40%
China	1.657.812	119	-	-
Rússia	673.818	468	94,20%	17,90%
Brasil	607.731	300	61,00%	41,00%

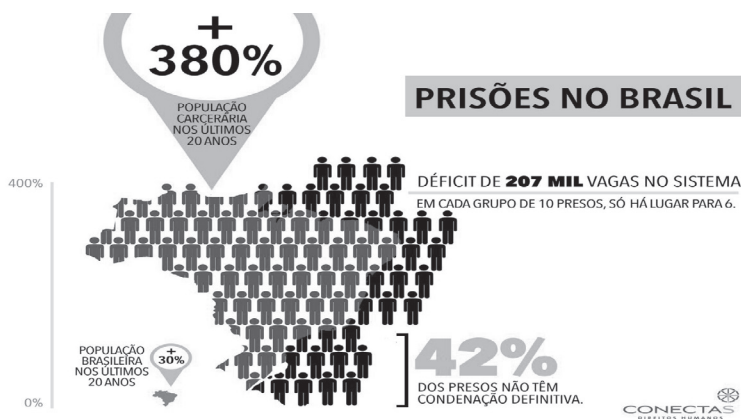
Fonte: dados do ICPS (*Internacional Center for Prison Studies*), último dado disponível para cada país. 2014

De acordo com os últimos dados do INFOPEN/MJ (Sistema de Informações Penitenciárias) coletados entre os anos de 1990 a 2014, a população prisional brasileira ultrapassou a 607.731 pessoas. Pela primeira vez, o número de presos no país ultrapassou a marca de 600 mil. O número de pessoas privadas de liberdade em 2014 é 6,7 vezes maior do que em 1990. Desde 2000, a população prisional cresceu, em média, 7% ao ano, totalizando um crescimento de 161%, valor dez vezes maior que o crescimento do total da população brasileira, que apresentou aumento de apenas 16% no período, em uma média de 1,1% ao ano. A população carcerária em Goiás em 2014 era de 13.344 com uma taxa de aprisionamento de 203,0 por cada 100.000 habitantes.

Gráfico 1. Evolução das pessoas privadas de liberdade (em mil)

Fonte: Ministério da Justiça – a partir de 2005/2014, p. 14 INFOPEN/MJ

Confirmando os dados do Ministério da Justiça, os dados divulgados pela CONECTAS mostram que enquanto a população brasileira cresceu no índice de 30% nos últimos 20 anos, a população carcerária no mesmo período de tempo teve um crescimento de 380%. Tal crescimento acarretou no déficit de vagas no sistema carcerário brasileiro, que ultrapassou 200 mil vagas, onde em cada grupo de 10 presos, só existe lugar para 6 presos, sendo preocupante a questão da superlotação nos presídios de todo o Brasil.



Fonte: Ministério da Justiça, os dados / CONECTAS, 2005.

Consequentemente, conforme pesquisas bibliográficas realizadas sobre as prisões brasileiras é demonstrado que a condição de espaço

e atendimento são precárias e insalubres, isso ainda aliado a uma má alimentação, sedentarismo e uso de drogas. Ademais, adquirem as mais variadas doenças no interior das prisões. As mais comuns são as doenças do aparelho respiratório, como a tuberculose e a pneumonia. Também é alto o índice da hepatite e de doenças venéreas em geral, estima-se que aproximadamente 20% dos presos brasileiros sejam portadores do HIV, principalmente em decorrência do homossexualismo, derivado da violência sexual praticada por parte dos outros presos, e do uso de drogas lícitas e ilícitas. (MJ/DEPEN2014, p. 113 a 115)

Assim percebe-se que no contexto nacional há uma desarmonia entre a verdade legal e a realidade. Há divergências incorrigíveis entre o discurso da ressocialização e as práticas nesse processo. O problema apenas começa no espaço físico insuficiente e inadequado. O atendimento é precário quanto à pessoa do condenado que não tem respeitado o principal princípio constitucional da dignidade humana. Saúde, educação, profissionalização, resgate dos vínculos com a família e com a sociedade e acompanhamento do egresso.

5. EFETIVIDADE DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL NO CENTRO DE REINSERÇÃO SOCIAL DE ANÁPOLIS

As tabelas representam a comparação feita entre a Lei de Execução Penal e a realidade que está sendo enfrentada pelo Presídio da Cidade de Anápolis, através de dados coletados em relatórios da rotina, em visitas à Cadeia Pública de Anápolis.

Tabela 3: Comparação a respeito da classificação dos condenados no Presídio de Anápolis.

NA LEI	NA PRÁTICA
Classificação por personalidade, crime cometido e compleição física.	Separação entre apenas entre prisão cível e penal; e por regime interno (Ala C) em razão de crimes sexuais.

Fonte: Relatórios da rotina da Cadeia Pública de Anápolis 2016

Tabela 4: Superlotação no Presídio de Anápolis.

SUPERLOTAÇÃO NO PRESÍDIO	
CAPACIDADE	REALIDADE
220	+/- 650

Fonte: Relatórios da rotina da Cadeia Pública de Anápolis 2016

Tabela 5: Vagas por cela no Presídio de Anápolis

VAGAS POR CELA	
CAPACIDADE	REALIDADE
8	+/- 25

Fonte: Relatórios da rotina da Cadeia Pública de Anápolis 2016

A realidade carcerária em Anápolis apenas reflete o que acontece em todo o Brasil. Não há efetividade da Lei de Execução Penal. A análise dos dados disponibilizados demonstra diversas fragilidades no sistema. O espaço físico, a política interna de atendimento interno, a equipe técnica e diretoria, o acompanhamento do egresso, a dignidade da pessoa humana e a ressocialização são apenas discursos que não refletem a realidade. Através do estudo dos dados do Centro de Reinserção Social de Anápolis é possível ver que além da inexistência de um sistema o que se fortalece dia a dia é o contrário da Lei em muitos aspectos.

Na atual diretoria da Cadeia Pública de Anápolis, o trabalho é voltado para a ressocialização do condenado. Também é visado manter seus familiares em contato indireto com o foco de garantir certo amparo principalmente após o egresso e ainda evitar que mais atores desta mesma família sejam atingidos pelo crime. A administração é responsabilidade de um diretor contratado e remunerado pelo Estado de Goiás e a dinâmica da gestão é estabelecida pela Agência Prisional de Goiás com a parceria do município com relação a alimentação, educação e saúde. (Fonte: Relatórios internos da Unidade Prisional 2013).

O Centro de Reinserção Social de Anápolis–CRSA recebe todos os sujeitos sob pena restritiva de liberdade, localiza-se no cento de um bairro residencial, o Recanto do Sol, conta com 4 alas ou pavilhões,

sendo um destinado para os reeducandos incursos nas práticas delitivas de natureza sexual, um destinado às mulheres, um para a prisão civil e o quarto para os demais. Assim a separação dos reeducandos se dá mais em razão de manter a disciplina do que em razão da tipologia delitiva e sem atentar para a compleição física e idade. Como demonstrado nas tabelas, a capacidade do Presídio de Anápolis é para 220 presos, todavia a população média é de 650 presos, o que corresponde a 25 presos por cela. (Relatório de atendimento Presídio de Anápolis, 2016)

Determina a Lei que 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. 83, LEP). Em Anápolis, o Centro de Reinserção Social e a Assistência conta com os espaços de trabalho, educação, recreação e prática esportiva. (Relatório administrativo do Presídio de Anápolis , 2016)

A assistência material para os reeducandos prestada pela direção prisional se revela na alimentação, água, energia, orelhão público no pátio, agentes prisionais. Condições gerais do abrigo nas celas e nos espaços comuns de convivência. Não fornece roupa, nem objetos de higiene pessoal, mas permite o uso de fogões e televisões nas celas, ainda que ofereça quentinhas contendo carne, arroz feijão, salada ou legumes e uma sobremesa. (Relatório administrativo do Presídio de Anápolis , 2016).

A assistência à saúde é feita através da Estratégia da família municipal que atende os casos de urgência e pequenas queixas, assim como o acompanhamento de administração de medicação de rotina e vacinação, faz coleta para exames quando necessário. Os atendimentos de casos mais graves são feitos nos hospitais e clínicas do município. A saúde bucal também é tratado na própria unidade e a saúde emocional fica por conta de uma psicóloga que acompanha os reeducando com queixas. Assim, a equipe de saúde conta com a estratégia de saúde da família, médico, enfermeira, psicóloga, odontólogo, e assistente social. (Relatório de atendimento médico e de enfermagem do Presídio de Anápolis , 2016)

A assistência jurídica é prestada pela assistência judiciária local do município sempre que necessário e pelas faculdades de direito no

sistema de mutirões uma vez por ano. O atendimento por advogados particulares é a maioria e para os encontros existe um parlatório com duas salas adequadas para isto.

A assistência educacional é prestada pelo município, sendo ela: a escolarização formal, em nível de alfabetização, ensino fundamental, médio e profissionalizante. São cadastrados cerca de 170 reeducandos no projeto de ensino fundamental e médio e mais de 200 no projeto de leitura, abrangendo obras literárias nacionais, o qual permite que cada livro que o preso ler reduza 1 dia de sua pena e a cada 12 horas de estudo implique na remição de 3 horas. A assistência estende-se até o egresso quanto aos cursos profissionalizantes de assentamento de piso, marcenaria, etiquetagem de roupas, fabricação de sapato dos quais participaram 70 reeducandos.

Referente à assistência social, segundo o art. 40, inciso X, da LEP é garantida a visita do preso, do cônjuge, de parentes, e amigos em dias determinados. No presídio de Anápolis as visitas são realizadas em todos os domingos do mês. Uma vez observado que, as crianças só podem permanecer no local até às 13:00 horas. A assistência religiosa no Centro de Reinserção Social Anápolis é permitida com apoio da Pastoral Carcerária Católica, igrejas evangélicas e grupos da doutrina espírita, devidamente cadastrados junto à direção, as quais fazem um trabalho aos domingos e quando necessário o atendimento individual aos reeducandos. (Relatório de atendimento de assistência social do Presídio de Anápolis , 2016)

O trabalho do condenado é interno, é um dever social e deverá ser exercido em condições dignas, higiênicas e seguras de acordo com a finalidade de educar, produzir, remunerar na razão a maior de 3/4 (três quartos) do salário mínimo e comutar a pena e complementa nos artigos 40 e 41 determinando os direitos específicos, todos no sentido de reconstrução do cidadão e a assistência ao egresso, art. 25 e 26, LEP. No Presídio de Anápolis não são todos os presos que trabalham na montagem de camisetas de uma grande empresa do município e a preferência do trabalho é dada para aqueles

que possuem mais tempo de pena para cumprir.

Segundo disposto no capítulo II da LEP, é assegurado a assistência ao preso e ao internado como um dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade independente de classe social, e do crime, cometido todos são levados a ressocialização procurando sempre manter a dignidade humana. O mal egresso é culpa da falta de oportunidade ofertada pelo estado. Infelizmente, o quadro em exposto é contrário as expectativas. Em Anápolis falta unidade para regime semiaberto e consequentemente tem-se problemas de superlotação e conflitos internos.

6. CONCLUSÕES

O direito pátrio consagra ao Estado o direito de punir consistente no direito de imposição de uma pena ao infrator quando da ocorrência de uma empreitada criminosa, devidamente apurada em processo judicial, sendo garantido o contraditório e a ampla defesa do delinquente. Por outro lado, há se ressaltar o caráter preventivo e repressivo da punição, pois após sua aplicação e cumprimento, o infrator deverá ser reingressado em sociedade, uma vez que, ao menos em tese, encontra-se ressocializado.

Por isso, imprescindível é o cumprimento dos princípios norteadores da execução penal, previstos na Lei nº 7.210/84 como instrumentos de dignidade do condenado, visando à legitimidade da pena imposta. Todavia a imputação penal e o encarceramento sem as garantias da ressocialização nos termos da Lei de Execução Penal, coloca o estado em posição de réu tanto quanto fora o delinquente até sua condenação. Ironicamente enquanto o condenado, ainda que forçado por uma sentença condenatória começa a cumprir a lei, o estado, que condenou a partir desse momento descumpre-a por não oferecer as condições legais a que está por lei.

Como já observado anteriormente, a pretensão objetivada com a aplicação da pena ao indivíduo que cometeu um delito é punir, assim como prevenir a reincidência, e ainda possibilitar sua reabilitação na

sociedade. É de grande importância demonstrar que há a possibilidade de ressocialização do apenado no meio social de maneira produtiva, pautando-se pelo princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

O município de Anápolis tem uma unidade prisional com toda estrutura de espaço, recursos humanos, recursos materiais e equipamentos para atender 220 presos, todavia a superpopulação carcerária atendida na unidade gira em torno de 650 o que prejudica qualquer logística planejada. Portanto, é perceptível a necessidade de uma instituição penitenciária humana, que recupere de fato o preso, para que dessa forma a sociedade não sofra as consequências da revolta gerada pela degradação humana do preso devido à precariedade e falência do sistema carcerário brasileiro.

A lei de execução penal é perfeita como uma utopia, na prática até o que se oferece é prejudicado pela superpopulação, pela ineficiência e pela descontinuidade e pela idéia de que nas prisões só existem bandidos, ao que se pode observar ser uma contradição vez que ali se tem algum preso descumprindo a lei, o faz sob a batuta do estado por seus representantes. Assim o atestado de incompetência no processo de gestão do sistema prisional reclama um profundo estudo deste processo de gestão, para se preciso expandir a quantidade de estabelecimentos prisionais.

É de suma importância entender que o estado não deve coitatzar o preso, mas sim reeducá-lo para reinseri-lo na sociedade de uma maneira digna e assim evitar a reincidência e consequentemente mudar todo o cenário carcerário do país.

REFERÊNCIAS

ANDREUCCI, Ricardo Antônio. *Legislação Penal Especial*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*, 7. ed., rev., Ed. Saraiva, São Paulo, 2014.

BRASIL (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*.

BRASIL. Lei nº 7.210/84. *Dispõe sobre a Execução Penal*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>.

BRASIL. DEL 2.848/1940 (DECRETO-LEI) 07/12/1940 *Código Penal*. <<http://www.senado.gov.br>>.

BRASIL. Lei nº 7.210/84. *Dispõe sobre a Execução Penal*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>.

CAPEZ, F. *Curso de processo penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CAPEZ, F. *Curso de direito penal*. Volume 1, parte geral: (arts. 1º a 120). — 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAPEZ, F. *Execução penal simplificado*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *Dignidade da Pessoa Humana: o princípio dos princípios constitucionais*: in SARMENTO, Daniel. GALDINO, Flávio (Org). *Direitos Fundamentais: Estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DEPEM –Departamento Penitenciário Nacional e Ministério da Justiça.

ESTEFAM, André e Victor Eduardo Rios Gonçalves. *Direito penal esquematizado*: parte geral / André Estefam. São Paulo: Saraiva, 2012.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Men ICPS (Internacional Center for Prison Studies), referente ao ano de 2014. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

INFOPEN/MJ. *Sistema de Informações Penitenciárias*.

LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. Vol. I. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010.

MEIRELLES, H. L. *Direito administrativo brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MIRABETE, J. F. *Execução penal*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Comentários a Lei de Execução Penal: Lei Nº 7.210/84*. 3ª edição, Editora Saraiva, São Paulo. 2012.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana de Direitos Humanos* (“Pacto de San José de Costa Rica”), 1969.

PIERANGELI, J. H.; ZAFFARONI, R. E. *Manual de direito penal brasileiro*. São Paulo: RT, 1997.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos: O Princípio da dignidade da pessoa humana e a Constituição de 1988*, 2004.

ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL: ANÁLISE DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR FALHAS OCORRIDAS DENTRO DO SISTEMA CARCERÁRIO

Jéssyca Lorrane Nunes Dias¹

Leonardo Rodrigues de Souza²

1. INTRODUÇÃO

O sistema prisional brasileiro vivencia uma das suas piores crises. As omissões e falhas estruturais têm se tornado mais evidentes, embora existam outros setores sociais em que são perceptíveis violações sistemáticas de direitos fundamentais. A superlotação e precariedade carcerária talvez sejam os problemas que mais se destacam em relação aos demais, o que constitui um dos pilares das violações sistemáticas e generalizadas de direitos fundamentais dos presos.

A Lei nº 7.210/1984 (Lei de Execução Penal), o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes e a Convenção Americana de Direitos Humanos, bem como os princípios presentes na Magna Carta de 1988 são flagrantemente violados todos os dias no Brasil.

Por meio da liminar concedida na Arguição de Descumprimento

1 Acadêmica do Curso de Direito da UniEVANGÉLICA – Centro Universitário de Anápolis/GO. E-mail: jessycadiaz866@hotmail.com. Telefone: (62) 9-9315-6264.

2 Professor orientador do Núcleo de Pesquisa em Direito do Curso de Direito da UniEVANGÉLICA – Centro Universitário de Anápolis/GO. Doutorando em Letras e Linguística pela Universidade Federal de Goiás/UFG e advogado militante. E-mail: profleonardorodrigues@gmail.com. Telefone: (62) 9-9148-8900.

de Preceito Fundamental (ADPF n° 347/DF), o instituto do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) foi reconhecido no Brasil, ante a ocorrência de violação massiva de direitos fundamentais dos presos, considerando o quadro de superlotação carcerária e das condições degradantes das prisões do país. O referido instituto revela um avanço no processo de reconhecimento das garantias dos presos, um amadurecimento dos princípios esculpidos na Constituição de 1988, que é comumente chamada de Cidadã.

O presente artigo tem por finalidade entender como o Ente Estatal tem tentado resolver o caos prisional e como a doutrina tem enxergado essa problemática, além de abordar a forma com que tem ocorrido a responsabilidade civil do Estado na reparação pelos danos causados aos presos e às vítimas de crimes. Neste aspecto, será possível responder à seguinte indagação: quando o Estado terá a obrigação de reparar o dano e quando não haverá essa responsabilidade?

Do ponto de vista metodológico, o trabalho realiza uma crítica documental, a qual foi problematizada e sistematizada por Michel Foucault, em sua *Arqueologia do Saber*, cujo interesse era mais propriamente o discurso epistemológico. Nesses termos, a proposta é organizar e recortar a massa documental, desprendendo a pesquisa de uma empiria dada e tomando a constituição do objeto uma parte importante de análise, que será realizada a partir, também, da contribuição de Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2016), que apresenta de modo clarividente a estrutura daquilo que se resolveu chamar de Estado de Coisas Inconstitucional. Inevitável será o reconhecimento dos elementos da relação dialógica e dialética entre estrutura legal do sistema prisional brasileiro e suas práticas, apontando os aspectos relativos à responsabilidade civil do Estado pelas falhas ocorridas no sistema carcerário.

Nesse sentido, este texto expõe, em um primeiro momento, as principais características do Estado de Coisas Inconstitucional sob o enfoque da responsabilidade civil do Estado, com ênfase no sistema prisional brasileiro. Em seguida, abordam-se as principais falhas e omissões estruturais do Estado frente às violações de direitos humanos

ocorridos ao longo dos últimos anos no País. Por fim, faz-se uma exposição acerca da responsabilidade do Estado na reparação pelos danos causados aos presos e às vítimas de crimes.

2. ASPECTOS GERAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Gasparini (2012) entende que a responsabilidade civil do Estado pode ser conceituada como a obrigação que se lhe atribui de recompor os danos causados a terceiros em razão de comportamento unilateral comissivo ou omissivo, legítimo ou ilegítimo, material ou jurídico, que lhe seja imputável. De acordo com o célebre autor, o fundamento da responsabilidade patrimonial do Estado é bipartido, conforme seja ela decorrente de atos lícitos ou ilícitos. No caso de ato lícito, o fundamento é o princípio da distribuição igualitária dos ônus e encargo a que estão sujeitos os administrados; ao passo que no caso de ato ilícito, o fundamento é a inobservância ao princípio da legalidade.

Di Pietro (2017) ensina que quando se fala em responsabilidade do Estado, abordam-se os três tipos de funções pelas quais se reparte o poder estatal: a administrativa, a jurisdicional e a legislativa. Para a autora, a expressão *responsabilidade da Administração Pública* está errada, já que esta não tem personalidade jurídica. Alguns autores preferem utilizar a expressão *responsabilidade civil do Estado*. Outros estudiosos preferem *responsabilidade civil da Administração Pública*, como é o caso de Dias (2016, p.265).

No Direito Privado, a responsabilidade civil do Estado pode ser classificada em contratual e extracontratual. Para Coutinho e Rodor (2015), “a responsabilidade contratual, deriva do descumprimento do que restou pactuado entre as partes, e não, propriamente, de condutas ou omissões estranhas aos pactos obrigacionais que causam lesão a terceiro”.

A responsabilidade extracontratual, por sua vez, como herdada do direito romano, e reproduzida em nossas leis civis, é tradicionalmente baseada na ideia de culpa (negligência, imprudência e imperícia),

abrangendo também, por extensão, o dolo (COUTINHO; RODOR, 2015). É denominada responsabilidade subjetiva, visto que deriva das várias atividades estatais sem qualquer conotação pactual.

Torna-se imprescindível esclarecer que a responsabilidade do Estado não pode ser confundida com a obrigação, a carga do Poder Público. Para Mello (2015), isso significa que não há que se falar, pois, em responsabilidade, propriamente dita, quando o Estado debilita, enfraquece, sacrifica um direito de outrem, ao exercer um poder que a ordem jurídica lhe confere.

2.1. ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO

Sobre o tema *responsabilidade civil do Estado* pode-se dizer que no transcorrer dos anos, inúmeras foram as teorias elaboradas até chegar ao estágio atual. Convém esclarecer que em cada país o tema passou por um longo período de evolução, no qual cada teoria seguiu um ritmo próprio. Destarte, a data de passagem de uma teoria para outra sofre variação, de acordo com as normas impostas pelo direito positivo. Serão analisadas, dentre as várias teorias existentes, apenas a teoria da irresponsabilidade estatal, a teoria da responsabilidade subjetiva e a teoria da responsabilidade objetiva, consideradas as mais importantes para se compreender o atual posicionamento adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

A teoria da irresponsabilidade estatal (teoria feudal, regalista ou regaliana) foi a primeira teoria aplicada na história, adotada na época dos Estados Absolutistas, nos quais a vontade do Rei tinha força de lei. O Estado não possuía qualquer responsabilidade pelos atos praticados por seus agentes. Nesse sentido, Mazza (2017, p. 462) discorre que duas frases resumiam bem o espírito do período: “o rei não erra” (*the king can do no wrong*) e “aquilo que agrada ao príncipe tem força de lei”. Essa teoria começou a ser superada por influência do direito francês, sendo que o grande marco que motivou essa superação foi a decisão de 8 de fevereiro de 1873, tomada pelo Tribunal de Conflitos na França, conhecida como Aresto Blanco.

A teoria da responsabilidade subjetiva, conhecida também como teoria da responsabilidade com culpa, teoria intermediária, teoria mista ou teoria civilista, instaurou-se sob a influência do liberalismo, que assemelhava, para fins de indenização, o Estado ao particular. Sobre o tema, Gasparini (2012, p. 1126) ensina:

Por esse artifício o Estado torna-se responsável e, como tal, obrigado a indenizar sempre que seus agentes houvessem agido com culpa ou dolo. O fulcro, então, da obrigação de indenizar era a culpa ou dolo do agente, que levava a culpa ou dolo ao Estado. É a teoria da culpa civil. Essa culpa ou dolo do agente público era a condicionante da responsabilidade patrimonial do Estado. Sem ela inexistia a obrigação de indenizar do Estado. O Estado e o particular eram, assim, tratados de forma igual. Ambos, em termos de responsabilidade patrimonial, respondiam conforme o Direito Privado, isto é, se houvessem se comportado com culpa ou dolo. Caso contrário, não respondiam.

O Autor nos ensina ainda que essa teoria foi acolhida pelo Código Civil Brasileiro de 1916, nos termos do que estabelecia seu artigo 15, artigo 43 do atual Código Civil (Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002), e vigorou sozinha até o advento da Constituição Federal de 1946. Mazza (2017) disserta que a teoria subjetiva estava apoiada na lógica do Direito Civil na medida em que o fundamento da responsabilidade é a noção de culpa. Ou seja, para a sua comprovação era necessário demonstrar a ocorrência simultânea de quatro requisitos: a) ato; b) dano; c) nexo causal e; d) culpa ou dolo.

Diferentemente da teoria subjetiva, a teoria da responsabilidade objetiva (teoria da responsabilidade sem culpa ou teoria publicista), afasta a necessidade de comprovação de culpa ou dolo. Assim, a responsabilidade objetiva pode ser conceituada como sendo a obrigação de indenizar que incumbe a alguém em razão de um procedimento lícito ou ilícito que produziu uma lesão na esfera juridicamente protegida de outrem (MELLO, 2015).

Baseada na ideia de solidariedade social, a doutrina associa a teoria objetiva às noções de partilha de encargos e justiça distributiva.

Mazza (2017) explica que existem duas correntes internas que disputam a primazia quanto ao modo de compreensão da responsabilidade objetiva: teoria do risco integral e teoria do risco administrativo. Em síntese, pode-se dizer a teoria do risco integral sustenta que a comprovação de ato, dano e nexo é suficiente para determinar a condenação estatal em qualquer circunstância. No entendimento de Gasparini (2012) não se indaga a respeito da culpa da vítima na produção do evento danoso nem se permite qualquer prova visando elidir essa responsabilidade. Isto é, basta o simples envolvimento do Estado no evento.

A teoria do risco administrativo, que está disciplinada no artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, sustenta que a obrigação de o Estado indenizar o dano surge, tão só, do ato lesivo de que ele, Estado, foi o causador (GASPARINI, 2012). Ou seja, não exige a culpa do agente público nem a culpa do serviço, sendo suficiente a prova da lesão e de que esta foi causada pelo Estado.

Nesses termos, pode-se afirmar que o tema responsabilidade civil do Estado perpassou por um sensível período de transição entre uma teoria e outra, partindo da teoria da irresponsabilidade do poder público e passando, depois, pela teoria subjetiva até se chegar a posição atual em que se encontram a doutrina e a jurisprudência no que diz respeito à teoria adotada no ordenamento jurídico brasileiro. Dentre as teorias supracitadas, enfatiza-se que a doutrina e jurisprudência, preponderantemente reconhecem como regra adotada pela Magna Carta a teoria objetiva na variação do risco administrativo, que está fundamentada no artigo 37, §6º, do referido Diploma Legal.

2.2. CAUSAS EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE

Di Pietro (2017) aponta como causas excludentes da responsabilidade a força maior, a culpa da vítima e a culpa de terceiros. Como causa atenuante, é apontada a culpa concorrente da vítima. Segundo Oliveira (2017, p.757), “a primeira causa excludente do nexo causal refere-se à hipótese em que o dano é causado por fato exclusivo da própria vítima (autolesão)”. De acordo com o autor, quando ocorre

esse tipo de excludente, o Estado não terá responsabilidade, tendo em vista a autolesão que a própria vítima realizou contra si mesma. É o que ocorre, por exemplo, quando alguém comete suicídio. Entretanto, nos casos em que o Estado contribuir, de alguma forma, por ação ou omissão com o suicídio, restará configurada a sua responsabilidade.

Em relação à excludente de força maior é importante frisar que a doutrina é divergente ao tratar do tema, pois não se tem um conceito chave que difere o caso fortuito e a força maior. De acordo com Bolzan (2015, p.183), “os Tribunais Superiores não fazem mais distinção entre caso fortuito e força maior na maioria de suas decisões, considerando apenas ambas as causas como excludentes de responsabilidade do Estado”. Mazza (2017, p.474) entende como força maior o acontecimento involuntário, imprevisível e incontrollável, causado por uma força externa ao Estado como, por exemplo, um tufão ou uma nevasca que venham a causar danos. Já o caso fortuito gera um dano decorrente de ato humano ou de falha na Administração. A culpa de terceiro ocorre quando o prejuízo pode ser atribuído à pessoa estranha aos quadros da Administração Pública. Em outras palavras, quando o dano é causado por fato de terceiro que não possui vínculo jurídico com o Estado (OLIVEIRA, 2017).

Tem-se, ainda, a chamada culpa concorrente reconhecida como causa atenuante de responsabilidade. Pode ser entendida como casos em que a vítima e o agente público provocam, por culpa recíproca, a ocorrência do prejuízo. É o que Mello (2015) denomina de concausas, ou seja, a causa relacionada a outra de forma concomitante. Segundo Mazza (2017, p.474), “nos casos de culpa concorrente, a questão se resolve com a produção de provas periciais para determinar o maior culpado”.

3. CONSIDERAÇÕES GERAIS ACERCA DA ADPF 347/DF E O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

Por meio da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, o Supremo Tribunal Federal aborda no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro o chamado Estado de Coisas

Inconstitucional. Esse instituto foi reconhecido no Brasil pelo STF em 2015 ante a ocorrência de violação massiva de direitos fundamentais dos presos, considerando o quadro de superlotação carcerária e das condições degradantes das prisões do país. Em seu livro *Estado de Coisa Inconstitucional*, Campos (2016, p. 21) define o Estado de coisas inconstitucional como sendo:

a técnica de decisão por meio da qual cortes e juízes constitucionais, quando rigorosamente identificam um quadro de violação massiva e sistemática de direitos fundamentais decorrentes de falhas estruturais do Estado, declaram a absoluta contradição entre os comandos normativos constitucionais e a realidade social, e expedem ordens estruturais dirigidas a instar um amplo conjunto de órgãos e autoridades a formularem e implementarem políticas públicas voltadas à superação dessa realidade inconstitucional.

Em outro trecho, o célebre autor nos ensina que o Estado de Coisas Inconstitucional tem se tornado um importante instrumento social na tutela dos direitos fundamentais. É a solidificação de uma Constituição Cidadã, que respeita os direitos humanos e que busca garantir princípios básicos de cunho internacional, como a vida, a liberdade, a dignidade. Campos (2016) leciona que o Estado de Coisas Inconstitucional declara uma violação generalizada de direitos humanos decorrente de omissões e falhas estruturais e agravada pela sistêmica inércia e incapacidade das autoridades públicas. Destarte, quando se declara o Estado de Coisas Inconstitucionais, declara-se um quadro dramático de violações a preceitos fundamentais, decorrentes de atos omissivos e comissivos, além da inércia das autoridades públicas no intuito de rever esse quadro. Segundo o autor, existem quatro pressupostos para o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional, a saber:

O primeiro pressuposto é o da constatação de um quadro não simplesmente de proteção deficiente, e sim de violação massiva e generalizada de direitos fundamentais que afeta a um número amplo de pessoas. Para que seja racional a identificação desse primeiro fator, é necessário que três aspectos estejam presentes: violação massiva e contínua de direitos; variedade de direitos fundamentais violados; e o número amplo e expressivo de pessoas e grupos afetados [...]

O segundo pressuposto é o da omissão reiterada e persistente das autoridades públicas no cumprimento de suas obrigações de defesa e promoção dos direitos fundamentais [...]

O terceiro pressuposto tem a ver com as medidas necessárias para a superação do quadro de inconstitucionalidades, especialmente se considerarmos falhas estruturais como deficiências no ciclo das políticas públicas [...]

O quarto pressuposto diz respeito à potencialidade de um número elevado de afetados transformarem a violação de direitos em demandas judiciais, que se somariam às já existentes, produzindo grave congestionamento da máquina judiciária (2016, p. 180-185).

Desse modo, resta evidenciado o Estado de Coisas Inconstitucional, doravante ECI, quando presentes os pressupostos apontados. Assim, o exame dos pressupostos do Estado de Coisas Inconstitucional revela sua conexão íntima com a figura do litígio estrutural ou processo estrutural, pois o litígio estrutural é, em sua essência, e vincula o ECI à fixação de remédios estruturais (CAMPOS, 2016). Nesse sentido, Campos (2016, p.189) afirma que “a declaração do ECI, com a afirmação de seus pressupostos, configura uma senha ou um passaporte para as cortes proferirem sentenças estruturais”.

3.1. BREVE HISTÓRICO DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

O Estado de Coisas Inconstitucional é um instrumento criado pela Corte Constitucional Colombiana (CCC). Vários foram os casos em que referido instrumento foi declarado ante as violações de direitos humanos, seja na esfera social ou econômica no País. A primeira vez que o ECI foi declarado pela Corte foi na SU n° 559/1997. A SU n° 559/1997 se referia ao caso em que 45 (quarenta e cinco) professores dos municípios de Maria La Baja e Zambra-no tiveram os direitos previdenciários recusados pelas autoridades locais. A CCC reconheceu o ECI, pela segunda vez, na Sentencia T n° 068/1998, que tratava da mora da Caixa Nacional de Previdência em responder petições de aposentados e pensionistas.

Em uma de suas decisões mais notórias, todavia, mais decepcionantes, a Corte Constitucional declarou o ECI relativo ao quadro de superlotação das penitenciárias do país (CAMPOS, 2016). A decisão estava relacionada à superlotação carcerária e às condições desumanas das Penitenciárias Nacionais de Bogotá e de Bellavista de Medellín. A Corte identificou uma série de violações aos direitos, tais como: à dignidade humana, à vida, à integridade física, à família, à saúde.

Na Sentencia T nº 590/1998, a Corte voltou a declarar o ECI. Segundo Campos (2016), o caso envolveu pedido de tutela formulado pelo defensor de direitos humanos, Esteban Cancelado Gómez, que estava preso por haver supostamente praticado o delito de rebelião. Logo após, na Sentencia T nº 525/1999, a Corte declarou o ECI em relação ao atraso sistemático no pagamento das verbas de aposentadoria e pensões pelo Departamento de Bolívar. (CAMPOS, 2016)

Ressalta-se que o caso mais importante de violação massiva de direitos fundamentais decorrente de falhas estruturais que a CCC enfrentou foi o deslocamento forçado de mais de três milhões de pessoas em virtude da violência na Colômbia. Segundo Campos (2016, p.143), “o grande diferencial deste caso, em comparação aos demais, foi o fato de a Corte ter retido jurisdição sobre o litígio para assegurar a implementação total de suas ordens”.

O ECI envolve uma série de violações sistemáticas de direitos fundamentais de uma parcela significativa de pessoas, cujas causas estão relacionadas a litígios estruturais, além das omissões por parte do Ente Público no intuito de tentar reverter esse quadro dramático. Conforme mencionado, vários foram os casos em que o ECI foi decretado pela Corte devido a violações massivas e as omissões por parte dos Poderes Executivo e Judiciário. Assim, pode-se afirmar que o ECI foi um instrumento construído progressivamente pela Corte Constitucional Colombiana a fim de assegurar a tutela dos direitos fundamentais dos diferentes setores sociais. (CAMPOS, 2016)

Frisa-se, por fim, que na ordem jurídica brasileira é um tema

que é bastante polêmico, pois vários são os questionamentos relativos à legitimidade e às medidas adotadas pelo Supremo Tribunal Federal a fim de sustar a violação a direitos fundamentais. Conforme será apresentado no tópico a seguir, o ECI é um tema que foi levado a julgamento pelo STF no Brasil, por meio da ADPF nº 347/DF.

3.2. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADPF 347/DF

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental é considerada como um importante instrumento constitucional no ordenamento jurídico brasileiro, prevista no §1º, do artigo 102, da Constituição Federal e regulamentada pela Lei nº 9.882/99. Não se deve confundir o termo *descumprimento* com *inconstitucionalidade*. Segundo Tavares, Martins e Mendes (2005, p.495), *descumprimento* é utilizado apenas quando da previsão do instituto da ADPF, é, por isso mesmo, conceito mais amplo, englobando toda e qualquer violação de norma constitucional. O termo *inconstitucionalidade* só deve ser aplicável em situações específicas delimitadas pela Magna Carta e pelo Supremo Tribunal Federal. É o que será analisado em tópico subsequente.

A ADPF pode ser entendida como uma garantia processual de origem constitucional. Nesse sentido, Tavares, Martins e Mendes (2005) dissertam que referida garantia processual visa a preservar a obediência geral devida às regras e princípios constitucionais.

A ideia da regulamentação da ADPF surgiu em maio de 1997. Foi um trabalho em conjunto com o Professor Celso Ribeiro Bastos. O objetivo primordial do trabalho era averiguar um instrumento adequado a combater a chamada “guerra de liminares” no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro. Nesse diapasão, Dantas (2015, p. 127) explica que:

A arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos da lei que regulamentou o instituto, é cabível em 3 (três) hipóteses: (a) para evitar lesão a preceito fundamental por ato do Poder Público; (b) para reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público; e (c) quando houver relevante controvérsia

constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição.

De acordo com Moraes (2017), a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental perante o Supremo Tribunal Federal poderá ser preventiva ou repressiva, pois possibilita maior efetividade no controle das ilegalidades e abusos do Poder Público e na concretização dos direitos fundamentais. O Supremo Tribunal Federal reconheceu a possibilidade de analisar em sede de ADPF o denominado Estado de Coisas Inconstitucional. Segundo Moraes (2017, p.833), “a Corte Suprema entendeu que no sistema prisional brasileiro ocorreria violação generalizada de direitos fundamentais dos presos”. Esse quadro de violações estaria atrelado às péssimas condições com os presos têm vivido nas prisões brasileiras, violações essas relacionadas à dignidade, higidez física, integridade psíquica e as penas cruéis e desumanas a que são submetidos.

A ADPF nº 347/DF, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, refere-se à possibilidade de decretação do ECI no sistema penitenciário brasileiro, pedido formulado pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL). Ao reconhecer esse instituto, pretende que o STF interfira na criação e implementação de políticas públicas no intuito de reverter o quadro dramático em relação à superlotação carcerária e as condições indignas dos presos no Brasil. No julgamento da liminar, várias foram as divergências quanto à forma de alcançar essas mudanças. A primeira objeção diz respeito à ilegitimidade democrática e institucional do STF para adotar tais medidas. Já a segunda objeção refere-se à ineficácia em aplicar tal instituto no sistema prisional brasileiro, visto que nem mesmo na Colômbia o seu uso se mostrou útil para tentar reverter os problemas atrelados ao sistema carcerário do país.

O relatório acerca da ADPF nº 347/DF descreve que a superlotação e as condições degradantes do sistema prisional configuram cenário fático incompatível com a Constituição Federal, sustenta que o quadro resulta de uma multiplicidade de atos comissivos e omissivos dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal. Portanto, a ADPF é cabível somente em casos onde houver

descumprimento a preceitos fundamentais, não sendo considerada instrumento hábil para combater qualquer ocorrência de inconstitucionalidade, exceto aquelas que infrinjam preceitos fundamentais.

3.3. O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL NO ÂMBITO DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

No sistema prisional brasileiro, as omissões e as falhas estruturais têm se tornado mais evidentes, embora existam outros setores sociais em que são percebíveis violações sistemáticas de direitos fundamentais, como saúde pública, educação, saneamento básico, entre outros. Nesse aspecto, nota-se a grande semelhança com o ocorrido nas Penitenciárias Nacionais de Bogotá e de Bellavista de Medellín na Colômbia. Em ambos os casos, os problemas se sobressaem. Problemas relacionados à superlotação carcerária, a precariedade das instalações das delegacias e presídios, além das péssimas condições de vida dos presos, o que configura tratamento degradante, ultrajante e indigno a pessoas que se encontram sob custódia do Estado. Tornam-se “lixo digno do pior tratamento possível”, sendo-lhes negado todo e qualquer direito à existência minimamente segura e salubre; é o que afirma Campos (2016, p. 56) ao dizer que os presos não são tratados como seres humanos.

Campos (2016) discorre que o problema da superlotação carcerária é o mais visível e talvez o mais importante em comparação aos demais. Nesse sentido, a Comissão Parlamentar de Inquérito/CPI da Câmara dos Deputados, em relatório final, formalizado em 2009, concluiu que,

a superlotação é talvez a mãe de todos os demais problemas do sistema carcerário. Celas superlotadas ocasionam insalubridade, doenças, motins, rebeliões, mortes, degradação da pessoa humana. A CPI encontrou homens amontoados como lixo humano em celas cheias, se revezando para dormir, ou dormindo em cima do vaso sanitário (BRASÍLIA, 2009).

Em estudo sobre o tema, dados da Comissão Parlamentar de Inquérito da Câmara dos Deputados (2007-2009), do Conselho Nacional de Justiça – CNJ e da Clínica de Direitos Fundamentais da

Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – Clínica UERJ Direitos apontaram diversas violações aos direitos fundamentais dos presos. Segundo pesquisas realizadas, a população carcerária, em grande parte formada por pobres e negros, beira as 570 (quinhentas e setenta) mil pessoas, sendo a maior parte sujeitas às violações de direitos. É preciso, pois, realizar uma análise de cunho sociológico e por que não antropológico sobre o tema, pois não se trata apenas de marginais (aqueles que vivem à margem da sociedade), mas de seres humanos dotados de direitos e deveres na sociedade. No texto da ADPF encontra-se a seguinte consideração:

superlotação dos presídios, torturas, homicídios, violência sexual, celas imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida impréstável, falta de água potável, de produtos higiênicos básicos, de acesso à assistência judiciária, à educação, à saúde e ao trabalho, bem como amplo domínio dos cárceres por organizações criminosas, insuficiência do controle quanto ao cumprimento das penas, discriminação social, racial, de gênero e de orientação sexual (BRASIL, 2015).

Nesse diapasão, ao dissertar sobre o ECI, Campos (2016, p.265). afirma:

Trata-se de graves deficiências e violações de direitos que se fazem presentes em todas as unidades da Federação brasileira e podem ser imputadas à responsabilidade dos três poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário. Significa dizer: são problemas tanto de formulação e implementação de políticas públicas quanto de aplicação da lei penal.

Quando ocorrem essas violações sistemáticas e generalizadas de direitos fundamentais no tocante à dignidade, higidez física e integridade psíquica dos presos, diversas leis, normas, convenções e tratados internacionais são transgredidos, como: a Lei nº 7.210/1984 (Lei de Execução Penal), o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes e a Convenção Americana de Direitos Humanos.

Destaca-se que essa forte violação dos direitos fundamentais

dos presos reflete de maneira negativa na sociedade, visto o elevado número de violência noticiado pelos meios de comunicação. Nesse sentido, Barcellos (2010) nos ensina que: “o tratamento desumano conferido aos presos não é um problema apenas dos presos: a sociedade livre recebe os reflexos dessa política sob a forma de mais violência”

O ECI é realmente assustador. Indaga-se o que pode o STF fazer para tentar dirimir questões relativas ao Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil? A Magna Carta de 1988 oferece dispositivos institucionais que permitem que referido instituto migrado da Corte Colombiana seja decretado pelo STF através da ADPF nº 347/DF. Deve o STF controlar as omissões estatais por parte dos poderes, por meio de medidas estruturais como a implementação de políticas públicas no intuito de sustar violações sistemáticas e generalizadas de direitos humanos. É o que o Relator, Deputado Domingos Dutra descreveu no final do relatório sobre a CPI do sistema carcerário brasileiro, nos seguintes termos:

Assim, acreditamos que com políticas econômicas viáveis, programas sociais efetivos; ações de prevenção e combate à criminalidade, governo e sociedade estarão caminhando a passos largos para FECHAR as portas de entrada no sistema carcerário.

Da mesma forma, governo e sociedade devem juntar as mãos no esforço concentrado e solidário para ABRIR as portas do sistema carcerário ao cumprimento das leis, ao respeito dos encarcerados e sobretudo para garantir o direito de todos os brasileiros a uma vida tranquila e segura.

É com este sentimento e com a certeza de que ‘a vida é um combate, que aos fracos abate e que aos fortes e bravos só pode exaltar’ que entrego à sociedade brasileira este relatório com esperanças renovadas de que é possível construir uma sociedade livre, justa e humana para todos (BRASÍLIA, 2009).

No julgamento da ADPF nº 347/DF, o Relator apontou a violação sistemática de diversos direitos fundamentais dos presos, falhas estruturais, entre outros, o que caracteriza o ECI. A maioria dos Ministros reconheceu expressamente estar presente um ECI (ministros: Luís Roberto Barroso, Edson Fachin, Rosa Weber, Luiz

Fux, Cármen Lúcia, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski). Todos os Ministros concordaram que ante a violação sistemática de direitos fundamentais, o Tribunal deveria intervir. (CAMPOS, 2016, p.290) Destarte, a decisão valeu como marco inicial de utilização do ECI na jurisdição constitucional brasileira.

4. A INCONSTITUCIONALIDADE E A TRANSGRESSÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Puccinelli Júnior (2015) explica que a Constituição é suscetível de descumprimento tanto por ação quanto por omissão. Campos (2016) ensina que a doutrina tradicional revela-se insuficiente para a proteção dos direitos fundamentais violados pela omissão total ou pela ação deficiente do Estado. Ainda segundo Puccinelli Júnior (2015, p.161), “a inconstitucionalidade por ação traduz um agir, um atuar, um facere ofensivo às disposições constitucionais”. Ao passo que a inércia do Poder Público pode conduzir igualmente a uma modalidade específica de ilegitimidade, qual seja a inconstitucionalidade por omissão. Como, por exemplo, a inconstitucionalidade por omissão pode ocorrer por ausência de decreto, regulamentação ou outras medidas próprias do Poder Executivo e seus órgãos. Nesse aspecto, a transgressão a princípios fundamentais se mostra clara no âmbito do sistema prisional brasileiro.

Como mencionado na ADPF nº 347/DF, inúmeras são as violações ao texto constitucional. Diversos dispositivos da Magna Carta são ofendidos, como: o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III); a proibição de tortura e tratamento desumano ou degradante de seres humanos (artigo 5º, inciso III); a vedação da aplicação de penas cruéis (artigo 5º, inciso XLVII, alínea “e”); o dever estatal de viabilizar o cumprimento da pena em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e sexo do apenado (artigo 5º, inciso XLVIII); a segurança dos presos à integridade física e moral (artigo 5º, inciso XLIX); e os direitos à saúde, educação, alimentação, trabalho, previdência e assistência social (artigo 6º); à assistência judiciária (artigo 5º, inciso LXXIV), entre outros.

Desta forma, sem a regulamentação de políticas públicas ou a adoção de remédios estruturais para sustar violações aos preceitos fundamentais insculpidos na Constituição Federal, o sistema prisional brasileiro entrará em um “beco sem saída”, o que ocasionará uma onda desenfreada de transgressões a outros direitos fundamentais, bem como o aumento desenfreado da criminalidade e da violência.

5. A RESPONSABILIDADE NA REPARAÇÃO DO DANO: O DEVER DE INDENIZAR DO ESTADO POR FALHAS OCORRIDAS DENTRO DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

Descreve o artigo 144 da Constituição Federal que a segurança pública é um direito assegurado a todas as pessoas e um dever do Ente Público. Assim, conforme princípio igualitário previsto na Magna Carta, todas as pessoas, sem distinção, devem ser amparadas pelo Estado frente a situações que violem os seus direitos. Nessa senda, Maluf (2017, p.15) ensina que “o Estado é uma organização destinada a manter, pela aplicação do Direito, as condições universais de ordem social”. Entretanto, convém ressaltar que não é toda situação que implique a violação de um direito que o Estado terá a obrigação de reparar o dano ali ocorrido.

Para Dias (2016, p.293), um dano só será reparável pelo Estado quando dotado de certas características, quais sejam: “a) dano certo: é o dano possível, real, efetivo; b) dano especial: é o dano individualizado, e; c) dano anormal: é o que supera os meros agravos patrimoniais pequenos”. Mello (2015) adverte que não é qualquer dano relacionável com os comportamentos comissivos ou omissivos do Estado que dá margem a indenização.

Isso significa dizer que o Estado não responderá por todos os prejuízos que as pessoas vierem a sofrer no dia a dia. Conforme ensina Mello (2015, p. 1031), se assim não fosse o Estado seria considerado um “segurador universal”, pois seria responsabilizado por qualquer acontecimento, ainda que não tivesse dado causa, como: assaltos em vias públicas, enchentes ou agressões sofridas.

Perfilhando ainda de seu entendimento, pode-se afirmar que

quando o dano foi oriundo da omissão do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente) deve-se aplicar a teoria da responsabilidade subjetiva por culpa do serviço. Diferentemente do entendimento de Mello, Meirelles (2009) entende que a responsabilidade será objetiva, independentemente de culpa, por parte da administração, tanto na ação como na omissão.

Segundo Nohara (2017) há diversos posicionamentos, tanto na doutrina como na jurisprudência, sobre o tipo de responsabilidade decorrente da omissão do Estado, se objetiva, ou independente de culpa, ou se subjetiva. O tema é bastante polêmico entre doutrina e jurisprudência, pois os Tribunais brasileiros têm entendimento controverso sobre o assunto.

No ano de 2014 no Agravo Regimental no AREsp 501.507, o Superior Tribunal de Justiça chegou à conclusão que diante de uma conduta comissiva a responsabilidade do Estado seria subjetiva. Porém, no Agravo Regimental no AREsp 446.316 entendeu pela responsabilidade objetiva, por se tratar de morte de detento custodiado pelo Estado. Já o Supremo Tribunal Federal vem reconhecendo a responsabilidade objetiva do Estado nos casos de danos causados por preso foragido, morte de detento. Nesse diapasão, Mazza (2017) discorre que o Ente Público tem o dever de indenizar a vítima do dano, mesmo que a conduta lesiva não tenha sido praticada por agente público. Entretanto, o autor adverte que

a responsabilidade estatal é objetiva na modalidade do risco administrativo, razão pela qual a culpa exclusiva da vítima e a força maior excluem o dever de indenizar. Assim, por exemplo, o preso assassinado na cadeia por outros detentos durante rebelião gera dever de o Estado indenizar a família. Entretanto, se a morte teve causas naturais (força maior), não há dever de indenizar (2017, p.399).

Por fim, em relação ao suicídio do preso cometido dentro da cadeia, os Tribunais Brasileiros têm entendimento no sentido de aplicar a responsabilidade objetiva do Estado, em razão de violação do dever estatal de zelar pela integridade física e moral do preso sob sua custódia, motivo pelo qual é devida a sua indenização.

O texto constitucional prevê no seu artigo 245 o amparo em relação às vítimas de crimes, ao dizer que “a lei disporá sobre as hipóteses e condições em que o Poder Público dará assistência aos herdeiros e dependentes carentes de pessoas vitimadas por crime doloso, sem prejuízo da responsabilidade civil do autor do ilícito” (BRASIL, 1988). É evidente a grande ineficiência do Estado quanto às medidas de amparo e indenização às vítimas de crimes. A vítima de um crime deve ter direito a voz, ante a violação de seus direitos. Direito ao respeito e a tratamento igualitário, bem como direito a indenização por parte do Estado quando sustados e/ou violados seus direitos.

Nota-se que apesar do emaranhado de leis existentes no Brasil para assegurar os direitos fundamentais de todos, está evidenciada a desigualdade em relação à proteção exacerbada no tratamento entre presos e vítimas de crimes. Chega-se à conclusão de que não há lei que assegure direitos a essas pessoas, apenas uma assistência deficiente por parte do Ente Estatal. Não há no ordenamento jurídico brasileiro dispositivos legais suficientes no intuito de assegurar direitos igualitários às vítimas de crimes.

O que muito se indaga é por que um preso tem vários direitos que lhe são garantidos, ao passo que a vítima de um crime ou até mesmo sua família quando esta vem a óbito fica sem amparo econômico? A resposta a essa questão está relacionada aos problemas que são gerados pelas omissões do Poder Público. A grande deficiência está na aplicação da lei ao caso concreto. No intuito de coibir essas omissões, o Estado deveria adotar uma série de políticas públicas no objetivo de criar mecanismos que amparem e protejam as vítimas de crimes. Dessa maneira, o Estado estará cumprindo o seu dever social quanto à segurança jurídica e a integridade física de todas as pessoas.

6. CONCLUSÕES

Do exposto, verificou-se que o julgamento da ADPF nº 347/DF, relativo ao sistema carcerário para aplicação do ECI no Brasil, é considerado como verdadeiromarco inicial para jurisdição

constitucional brasileira. A declaração do ECI e adoção de políticas públicas para sustar violações aos direitos humanos dos réus-vítimas, bem como o direito a reparação pelos danos causados é um dever do Estado. Entretanto, isso significa dizer que o Estado não responderá por todos os prejuízos que as pessoas vierem a sofrer no dia a dia. Assim, não é qualquer dano relacionável com os comportamentos comissivos ou omissivos do Estado que dá margem a indenização.

O ECI foi analisado a partir da liminar concedida na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF n° 347/DF) e fora criado pela Corte Constitucional de Colômbia no intuito de dirimir questões relativas a omissões estatais e estruturais que implicam quadros de violação massiva dos direitos fundamentais. Esse instrumento teve como campo de estudo as omissões, falhas estruturais e as graves violações ocorridas ao longo dos anos no sistema prisional brasileiro, tendo em vista as últimas rebeliões que ocorreram nos presídios de diversos Estados. Verificou-se que a superlotação e a precariedade dos presídios brasileiros é um problema histórico no país.

O trabalho teve como enfoque ressaltar o tipo de responsabilidade do Estado diante os apenados e as vítimas de crimes, além de demonstrar a importância do reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional no Brasil como instrumento na efetivação dos direitos humanos dos presos. Procurou-se expor os principais aspectos do sistema prisional brasileiro, elencados pelos meios de comunicação ao longo das últimas décadas, além de mencionar a vulnerabilidade e a ineficácia na aplicação de políticas públicas, a inconstitucionalidade de direitos, a transgressão a leis e institutos jurídicos, além de diversas irregularidades que são omitidas pelo Poder Público no âmbito desse setor.

Por fim, conclui-se que o Brasil preenche todos os pressupostos para que seja aplicado o ECI. O STF entendeu que a responsabilidade pelo estágio que o sistema prisional brasileiro chegou deve ser atribuída conjuntamente aos Três Poderes, no âmbito da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Através da análise da ADPF n° 347/DF, relativo ao sistema carcerário brasileiro, a decretação do ECI

nesse setor demonstrou a importância que tem o instituto como ferramenta na compreensão sobre a proteção de direitos fundamentais.

É preciso destacar que a aplicação do Estado de Coisas Inconstitucional é resultado de uma Constituição Federal que respeita direitos e garantias fundamentais, pautando-se na proteção à vida, à liberdade e principalmente à dignidade da pessoa humana. Não pode o preso, o detento, o reeducando, ser submetido a métodos medievais de aprisionamento, pois isso, como se sabe, não garante a sua ressocialização. Ao contrário, contribui para que se marginalize ainda mais. A aplicação do ECI é, pois, uma nítida demonstração de uma importante experiência jurídica nesses 30 anos de Constituição.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. Violência urbana, condições das prisões e dignidade humana. *Revista de Direito Administrativo* nº 254, 2010 (Biblioteca Digital Fórum de Direito Público). Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8074>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

BOLZAN, Fabrício. *Direito administrativo para concursos públicos*. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347 Distrito Federal*. Brasília, 09 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 26 fev. 2018.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 21 fev. 2018.

BRASÍLIA. *CPI sistema carcerário*. Câmara dos Deputados. Edições Câmara, 2009. Disponível em: <file:///C:/Users/ntc/Documents/AUREA%20-%202018-1/cpi_sistema_carcerario.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2018.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *Estado de Coisas Inconstitucional*. Salvador: JusPodivim, 2016.

COUTINHO, Alessandro Dantas; RODOR, Ronald Krüger. *Manual de Direito Administrativo*—Volume Único. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-6223-4/cfi/6/58/4/2/6@0:0>>. Acesso em: 16 mar. 2018.

DANTAS, Paulo Roberto de Figueiredo. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DIAS, Lícínia Rossi Correia. *Manual de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 2016.

GASPARINI, Diógenes. *Direito administrativo*. 17. ed. atualizada por Fabrício Motta. São Paulo: Saraiva, 2012.

MALUF, Sahid. *Teoria geral do Estado*. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MAZZA, Alexandre. *Manual de Direito Administrativo*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2009.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

NOHARA, Irene Patrícia. *Direito Administrativo*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

OLIVEIRA, Rafael Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

PUCCINELLI JUNIOR, André. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

TAVARES, André Ramos; MARTINS, Ives Gandra Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Lições de Direito Constitucional em Homenagem ao Jurista Celso Bastos*. São Paulo: Saraiva, 2005.

CRIMES MILITARES NAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

Leandro Antunes e Silva ¹

Bruno César Prado Soares ²

1. INTRODUÇÃO

As audiências de custódia foram implementadas no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT) em 2015, através da Portaria Conjunta nº 101, de 7 de outubro de 2015, publicada no Diário da Justiça do dia 14 de outubro de 2015. Essas audiências consistem na oitiva do preso em flagrante pela autoridade judicial com o objetivo de se verificar a legalidade e a necessidade das medidas relacionadas à restrição de liberdade, bem como resguardar a integridade física e psíquica do detido.

Com a implantação das audiências de custódia no TJDFT, os policiais e bombeiros militares presos em flagrante por crimes militares também passaram ser encaminhados para participar dessas audiências. Pretende-se com a presente pesquisa verificar se as normas de processo penal militar são seguidas nos casos de prisão em flagrante de crimes militares.

Dessa forma, busca-se analisar se pode ter havido algum

-
- 1 Mestre em Ciência Política, com concentração em Direitos Humanos, Cidadania e Violência, pelo Centro Universitário Euro-Americano. Especialização Gestão Estratégica de Segurança Pública pelo Instituto Superior de Ciências Policiais. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Professor do Instituto Superior de Ciências Policiais (ISCP/PMDF). Email: emaildoleandroantunes@gmail.com.
 - 2 Doutorando em Direito pela Universidade de Brasília. Mestre em Ciência Política, com concentração em Direitos Humanos, Cidadania e Violência, pelo Centro Universitário Euro-Americano. Especialização em Direito Militar pela Universidade Cruzeiro do Sul. Professor do Instituto Superior de Ciências Policiais (ISCP/PMDF). Email: bruno.soares@iscp.edu.br.

cerceamento de direito em desfavor dos policiais e bombeiros militares presos em flagrante ou se foi concedido algum benefício não previsto no ordenamento jurídico militar em decorrência das referidas audiências. Para isso, são reunidas as decisões proferidas durante o primeiro ano de implantação das audiências de custódia realizadas no TJDF. Nesse período, ocorreram cerca de 10.000 audiências de custódia no âmbito desse Tribunal. Dentre essas, apenas sete correspondem a crimes militares, o que permite a verificação da totalidade das decisões.³

O trabalho se inicia com revisão bibliográfica sobre os temas necessários à compreensão do material coletado. Essa revisão busca, em primeiro lugar, apontar as regras do ordenamento jurídico penal e processual penal militar que estabelecem os procedimentos a serem realizados nos casos em que ocorrer prisão em flagrante por crime militar cometido por militares estaduais/distritais. Espera-se também caracterizar as audiências de custódia, especificar os motivos que determinaram sua criação e verificar sua implementação no DF. Por último são descritas as análises que podem ser realizadas pelos juízes do TJDF no âmbito da audiência de custódia.

O método utilizado para o estudo das decisões é a análise de conteúdo, dividida em três fases: a pré-análise, a exploração do material e o tratamento dos resultados, a inferência a interpretação (BARDIN, 2011). A primeira fase da pesquisa abarcou o levantamento das audiências de custódia de crimes militares realizadas no TJDF no primeiro ano da implementação do projeto. A exploração e o tratamento foram realizados a partir de uma categorização das decisões com base em oito ocorrências, divididas em quatro tabelas. Foram verificadas: 1) a instituição de origem do preso; 2) se houve repetição de juiz de outro processo; 3) se a prisão foi considerada legal; 4) se foi concedida liberdade provisória; 5) a incidência penal constante no Auto de Prisão em Flagrante (APF), bem como a pena cominada; 6) se há referência ao Código de Processo Penal Militar

3 As audiências de custódia devido a prisão por crimes militares foram realizadas nos seguintes processos: 2015.01.1.123214-3, 2015.01.1.129485-3, 2016.01.1.035333-2, 2016.01.1.067302-6, 2016.09.1.015799-5, 2016.01.1.078589-2 e 2016.01.1.060612-4.

(CPPM) no termo de audiência ou na decisão; 7) os fundamentos da liberdade provisória; 8) se a decisão foi reformada pelo juiz de direito do juízo militar; 9) os fundamentos da reforma da decisão.

Encerrada a codificação, passou-se para o tratamento dos resultados obtidos e interpretação. Essa análise é orientada pela hipótese de que a Portaria Conjunta nº 101, de 7 de outubro de 2015, que disciplinava o funcionamento do Núcleo de Audiência de Custódia no período compreendido na pesquisa, poderia induzir os juízes à aplicação de dispositivos que estavam em desconformidade com as normas de processo penal militar ao determinar que a decisão da audiência de custódia fosse proferida nos termos do art. 310 do Código de Processo Penal (CPP), sem referências ao CPPM.

2. AS NORMAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO PENAL E PROCESSUAL PENAL MILITAR

Para a adequada compreensão das decisões a serem estudadas, é necessário preliminarmente abordar as normas contidas no ordenamento jurídico penal e processual penal militar. É preciso conhecer os bens jurídicos tutelados pelo direito militar e a organização da Justiça Militar.

Inicialmente, destacam-se os ensinamentos de Neves e Streifinger (2008, p. 19):

As instituições militares, as Forças Armadas, as Polícias Militares e os Corpos de Bombeiros Militares, têm missões de suma importância na preservação das liberdades públicas. Elas cabem a defesa da Pátria, a garantia dos poderes constitucionais, da lei e da ordem, o policiamento ostensivo preventivo, a preservação da ordem pública e as atividades de defesa civil.

A Constituição de 1988 (CRFB/88), ressaltam Marreiros, Rocha e Freitas (2015), vinculou a missão das corporações militares à hierarquia e à disciplina. Ou seja, a observância rigorosa da hierarquia e da disciplina é indispensável para o cumprimento das missões institucionais das corporações militares. Cabe ressaltar que a hierarquia e a disciplina encontram-se entrelaçados numa relação

necessária de dependência recíproca.

A hierarquia consiste na ordenação da autoridade, em níveis diferentes, dentro da estrutura militar. A disciplina, por sua vez, é definida em lei como a observância e o acatamento integral da legislação que fundamenta o organismo militar e coordena o seu funcionamento regular e harmônico. Essa definição é semelhante no Estatuto dos Militares, estabelecido pela Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980 (art. 14), no Estatuto dos Policiais Militares da Polícia Militar do Distrito Federal, Lei nº 7.289, de 18 de dezembro de 1984 (art. 13) e no Estatuto dos Bombeiros-Militares do Corpo de Bombeiros do Distrito Federal, Lei nº 7.479, de 2 de junho de 1986 (art. 13).

Nesse contexto, pode-se afirmar que o regular desempenho das missões atribuídas às forças militares constitui uma situação jurídico-social que demanda especial cuidado, pois sua desordem pode gerar uma deficiência na consecução dos objetivos maiores do próprio Estado. A regularidade das corporações militares deve ser entendida como a condição necessária para que as demais instituições do Estado possam cumprir seu escopo constitucional.

As instituições militares são organizadas e tem seus bens jurídicos protegidos por diversos ramos do direito, como o administrativo e previdenciário. Os bens jurídicos de maior valor social são protegidos pelo direito penal. Nessa direção Neves e Streifinger (2008, p. 21) explicam que o “Direito Penal Militar é especial em razão do objeto de sua tutela jurídica: a regularidade das instituições militares, seja de forma direta, imediata, seja de forma indireta ou mediata”.

Nessa linha de raciocínio, Nucci (2013) aponta que o Direito Penal Militar constitui um ramo especializado, cujo corpo de normas se volta à instituição de infrações penais militares, com as sanções pertinentes, voltadas a garantir os princípios basilares das Forças Armadas e Forças Auxiliares, constituídos pela hierarquia e pela disciplina. O autor ainda menciona que o Direito Penal Militar tutela variados bens jurídicos, porém sempre mantendo escalas. Em um primeiro plano, por se tratar de ramo específico do direito penal, tutela o binômio hierarquia

e disciplina, bases organizacionais das corporações militares. Em segundo plano, não menos relevante, são tutelados os demais bens jurídicos, como vida, integridade física, honra, patrimônio e outros.

Desta feita, o conjunto de prescrições jurídicas positivadas que valoram negativamente e proíbem o cometimento de delitos militares associam a estes, na condição de seu pressuposto, penas e/ou medidas de segurança, como consequência jurídica fazem parte do Direito Penal Militar (MARREIROS; ROCHA; FREITAS, 2015).⁴

A Constituição de 1988 estabelece em seu art. 124 que compete à Justiça Militar processar e julgar os crimes militares definidos em lei. Logo adiante, no §4º do art. 125, determina que a Justiça Militar estadual processará e julgará os militares dos Estados nos crimes militares definidos em lei, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil. Percebe-se que o legislador constituinte estabeleceu além de uma infração específica, órgãos julgadores específicos. Ressalte-se que a Justiça Militar estatual, conforme redação constitucional, não tem competência para julgar civis, apenas os militares dos Estados, ou seja, policiais e bombeiros militares.

Uma vez fixadas às linhas mestras que conformam o Direito Penal Militar, ainda que de forma sucinta, a fim de se ater ao objeto da presente pesquisa, convém, a seguir, passa-se para a compreensão das especificidades contidas no ordenamento jurídico penal e processual penal militar sobre a prisão em flagrante por crime militar no âmbito da justiça militar estadual/distrital.

3. A PRISÃO EM FLAGRANTE POR CRIME MILITAR NA JUSTIÇA MILITAR ESTADUAL/DISTRITAL

No âmbito estadual e distrital, o policial militar ou bombeiro deverá ser preso em flagrante delito caso esteja cometendo, tenha acabado de cometer, seja perseguido logo após o fato, ou seja, encontrado,

4 A leitura da obra dos autores, na edição citada, faz referência ao Código Penal Militar, e não ao Direito Penal Militar. Porém, essa definição dos autores deve ser atualizada pela Lei nº 13.491, de 13 de outubro de 2017, que ampliou o rol de crimes militares para compreender também crimes não previstos no Código Penal Militar.

logo depois, com objetos e instrumentos que façam presumir a sua participação no cometimento de um crime militar. Essa previsão está contida nos arts. 243 e 244 do CPPM,

Neves (2014) assevera que a prisão em flagrante está prevista no próprio texto constitucional, especificamente no inciso LXI do artigo 5º da Constituição de 1988. Essa prisão deve ser entendida como uma medida excepcional e, como tal, deve ser tratada sempre levando-se em conta sua natureza cautelar, o que redonda na exigência de que existam sempre os pressupostos *fumus boni juris* e *periculum in mora* para que seja aplicada. Isso torna a lavratura do Auto de Prisão em Flagrante (APF) também uma medida excepcional.

A lavratura do APF, para fins do presente estudo, consiste em um procedimento administrativo de polícia judiciária militar que resulta de umas das prisões existentes no CPPM, e constitui medida preventiva e assecuratória. Saraiva (1999) explicita que a prisão em flagrante é medida administrativa de natureza processual e cautelar, geralmente levada a cabo pela polícia judiciária, instituto excepcional de restrição da liberdade individual, haja vista que prescinde de prévio controle jurisdicional.

O art. 243 do CPPM estabelece que qualquer pessoa poderá e os militares deverão prender quem for insumisso ou desertor, ou seja encontrado em flagrante delito. Esse preso será levado ao Comandante, ao oficial de dia, de serviço ou de quarto, ou à autoridade judiciária. Serão então o condutor e as testemunhas e inquirido o preso como indiciado. Conforme do art. 245 do CPPM, de tudo será lavrado auto, a ser assinado por todos. Nesse momento, será realizada a leitura de algumas garantias específicas do preso previstas na CRFB/88, preferencialmente na presença de testemunhas, sendo confeccionada uma certidão de garantias constitucionais.

Deve-se ressaltar que no âmbito da Polícia Militar do Distrito Federal o Comandante-Geral da Corporação delega a alguns oficiais, lotados no Departamento de Controle e Correição (DCC), determinadas atribuições de polícia judiciária militar. Entre essas atribuições

delegadas está a lavratura dos APFs por crime militar. Os procedimentos a serem efetuados no momento da prisão em flagrante estão padronizados através da Instrução Normativa nº 01/20014, exarada pelo Chefe do DCC. Como se verá adiante, dos sete APFs lavrados no primeiro ano da audiência de custódia do TJDF, cinco foram lavrados pelos oficiais do DCC da PMDF, e a sua integralidade foi considerada regular, sem vícios que implicassem no relaxamento da prisão.

Após a lavratura do APF, em obediência ao artigo 247 do CPPM, deve ser dada ao preso a nota de culpa, no máximo em até 24 horas após a prisão. Na nota de culpa deve constar o nome do condutor, das testemunhas, o motivo da prisão e a assinatura da autoridade de polícia judiciária militar. A documentação deve ser remetida à autoridade judiciária com um breve relatório acerca dos fatos, conforme determinação constante no artigo 27 do CPPM. Importante ressaltar que esse dispositivo do CPPM permite que o APF por si só constitua o Inquérito, desde que suficiente para elucidação do fato e de sua autoria.

Acrescenta-se que, após a realização da prisão e dos atos anteriormente mencionados, o preso passa à custódia do Poder Judiciário. Deve, portanto, ser entregue à autoridade responsável por seu confinamento provisório, após realização exame de corpo delito destinado a demonstrar sua higidez física ao ingressar no cárcere.

Uma vez comunicada a autoridade judiciária militar sobre a prisão em flagrante, ela realizará dois exames na documentação. O primeiro exame, de cunho formal, é feito para constatar se o APF contém todas as peças e informações necessárias, se é noticiada prática de infração penal militar, se o agente capturado estava em uma das situações legais que autoriza o flagrante, elencadas no art. 244 do CPPM e se foram observadas as formalidades estabelecidas pela CRFB/88 e pelo diploma processual penal militar. Verificada a ilegalidade da prisão em flagrante, deve o magistrado determinar o seu relaxamento.

O segundo exame a ser realizado, de cunho material, é feito de forma a se verificar se o fato praticado enseja a segregação cautelar. Uma

vez constatada a legalidade da prisão em flagrante, o juiz homologará o APF e poderá converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do artigo 254 e 255 do CPPM, respectivamente. De acordo com o diploma processual, para a decretação de prisão preventiva, deve haver prova do fato delituoso e indícios suficientes de autoria. Além disso, o recolhimento deve se fundar na garantia da ordem pública, na conveniência da instrução criminal, na periculosidade do indiciado ou na segurança da aplicação da lei penal militar. Outra situação apta a justificar a segregação cautelar, nos termos do art. 255 do CPPM é a exigência da manutenção das normas ou princípios de hierarquia e disciplina militares, quando ficarem ameaçados ou atingidos com a liberdade do indiciado ou acusado.

Ressalta-se que não existe o instituto da fiança no Código de Processo Penal Militar. Portanto, no caso de crime militar, não pode o magistrado arbitrar fiança ao preso para conceder-lhe liberdade. Essa proibição também está expressa no art. 324 do CPP, que em seu inciso II determina que não será concedida fiança em caso de prisão civil ou militar.

A liberdade provisória constitui instrumento hábil na mão do Poder Judiciário para obstar a segregação cautelar do acusado, nos casos em que tenha ela origem, principalmente, na prisão em flagrante (NEVES, 2014). Vale ressaltar, nesse ponto, que a regra constitucional é a liberdade. A prisão é a exceção, conforme se observa no inciso LXVI do artigo 5º da CRFB/88.

Os casos em que o juiz poderá conceder liberdade provisória ao preso estão previstas no 270 do CPPM. O referido dispositivo determina que o indiciado ou acusado será colocado em liberdade no caso de infração a que não for cominada pena privativa de liberdade ou no caso de infrações culposas não previstas no título de crimes contra a segurança externa do país. Também será colocado em liberdade no caso de infrações punidas com penas não superior a dois anos, com certas exceções.⁵

5 Entre as exceções estão os crimes de violência contra superior (art. 157), desrespeito a su-

O preso militar também pode ser posto em liberdade através de um instituto próprio do direito militar denominado menagem. Segundo Loureiro Neto (2000), a menagem é uma espécie de prisão provisória fora do cárcere. O instituto, conforme o autor, teria sua origem a Grécia e Roma, e consistiria em uma espécie de homenagem conferida a certas pessoas, desde que observados determinados requisitos, que se beneficiavam por não serem mantidas encarceradas.

Roth (2004) explica que a menagem pode ser de dois tipos: a menagem em residência ou em município (art. 268 do CPPM) será caso de menagem-liberdade, e a menagem quando for no quartel, por exemplo, haverá menagem-prisão. Dessa forma, pode ser tanto uma forma de prisão provisória quanto uma forma de liberdade provisória. Por seu turno, Neves (2014) afirma que o instituto da menagem consiste na manutenção do acusado, de maneira provisória, sem condenação (nem mesmo a recorrível), em local determinado pela autoridade judiciária (juiz auditor, juiz de direito ou conselho de justiça), em vez de sofrer os rigores de um encarceramento. É, em outros termos, e retomando o conceito anteriormente apresentado, uma consideração, uma homenagem, ao autor de um fato considerado crime militar, desde que verificadas certas situações.

Os requisitos para concessão da menagem estão previstos no artigo 263 do CPPM. O Código estabelece que a menagem será concedida pelo juiz nos crimes em que o máximo da pena privativa da liberdade não exceda a quatro anos, após análise da natureza do crime e dos antecedentes do acusado. O privilégio será cassado se o acusado se retirar do lugar para o qual ela foi concedida ou faltar sem causa justificada, a qualquer ato judicial para que tenha sido intimado ou a que deva comparecer independentemente de intimação especial.

Esclarecidos os procedimentos previstos acerca da prisão em flagrante por crime militar, bem como as decisões que podem ser

perior (art. 160), recusa de obediência (art. 163), publicação ou crítica indevida (art. 166), resistência mediante ameaça ou violência (art. 177), deserção (art. 187) e desacato a militar (art. 299), todos do Código Penal Militar.

exaradas pelo juiz ao se deparar com uma prisão desta natureza, cabe relacionar esses conhecimentos aos atos que podem ser expedidos no âmbito das audiências de custódia.

4. AS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA E OS CRIMES MILITARES

A audiência de custódia tem previsão normativa no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, mandado aplicar pelo Decreto nº 592, de 6 de junho de 1992. Também está prevista no Pacto de São José da Costa Rica, incorporado no ordenamento jurídico brasileiro por força do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992.

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos em seu artigo 9º, em especial no item 9.3, estabelece que qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade.

Por sua vez, o Pacto de São José da Costa Rica, estabelece no item 5 do seu artigo 7º que toda pessoa detida deve ser conduzida à presença de um juiz sem demora. Além disso, tem direito de ser julgada em um prazo razoável ou a ser posta em liberdade. Essa liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o comparecimento do acusado em juízo.

Para Paiva (2017), a principal finalidade da implementação da audiência de custódia no Brasil é ajustar o processo penal brasileiro aos tratados internacionais de direitos humanos. Outra finalidade está relacionada com a prevenção da tortura policial, assegurando a efetivação do direito à integridade pessoal das pessoas privadas de liberdade. Uma terceira finalidade pode ser identificada no seu propósito de evitar prisões ilegais, arbitrárias ou, por algum motivo, desnecessárias.

Nessa esteira, o um projeto pioneiro para implementação da audiência de custódia foi lançado em São Paulo no ano de 2015, em uma parceria do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) com o Ministério da

Justiça e o Tribunal de Justiça de São Paulo. Nos diferentes tribunais do país, as audiências de custódia foram instaladas por meio de acordos de cooperação firmados entre o CNJ e órgãos do Judiciário e do Executivo em todas as unidades da federação.

Após as decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347 e na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) 5.240, que consignaram a obrigatoriedade da apresentação da pessoa presa à autoridade judicial competente e a constitucionalidade da disciplina pelos tribunais dessa apresentação (art. 96, I, “a”, da CF), o CNJ decidiu uniformizar e aprimorar as rotinas procedimentais de audiências de custódia que vinham sendo adotadas pelos diversos Tribunais de Justiça estaduais em cooperação com os poderes executivos locais.

As audiências de custódia foram regulamentadas pelo CNJ no dia 15 de dezembro de 2015, durante a 223ª Sessão Ordinária. Aprovada por unanimidade, a Resolução nº 213 detalha o procedimento de apresentação de presos em flagrante ou por mandado de prisão à autoridade judicial competente e possui dois protocolos de atuação – um sobre aplicação de penas alternativas e outro sobre os procedimentos para apuração de denúncias de tortura. Os tribunais tiveram 90 dias para implantar em todo território nacional as disposições a partir de 1º de fevereiro de 2016, data em que a resolução entrou em vigor.

O texto da resolução detalha, com maior especificidade, o papel do juiz durante o ato, oferecendo-lhe protocolos e orientação sobre o modo de atuação judicial. O objetivo foi de conferir ao magistrado um guia específico para sua intervenção no ato, habilitando-o a atuar, com mais segurança e discricionariedade, para resguardar direitos e aferir a legalidade estrita do ato de prisão (MASI, 2016).

Situação não menos importante decorrente da implementação da audiência de custódia é a diminuição da população carcerária, em especial dos presos provisórios. Essa medida, além de representar melhoria das condições prisionais e economia para os cofres públicos, evita que indivíduos que não representem perigo à sociedade dividam

celas superlotadas com outros presos notadamente perigosos, tornando-os vulneráveis à indústria do crime (PIERRE, 2015).

A implementação das audiências de custódia no Brasil levou o judiciário a uma nova discussão: a participação dos presos por crimes militares nesse procedimento. Essa questão foi levantada, por exemplo, por Barroso Filho (2015), Ministro do Superior Tribunal Militar (STM). Para o ministro, o sistema Justiça Militar da União deve se debruçar sobre o instituto da Audiência de Custódia: estudar e avaliar, principalmente, quais os prazos que são mais adequados a esta Justiça especializada e propor alternativas ao Congresso Nacional.

Paiva (2017) acredita que a audiência de custódia também deve ser garantida no âmbito da Justiça Militar (da União e dos Estados), sendo oportuno ressaltar que o militar e o civil – nos casos excepcionais em que é julgado pela Justiça Militar –, presos ou detidos, deverão ser conduzidos à presença de um juiz-auditor da Justiça Militar. Para o autor, não satisfaz a garantia prevista das audiências para qualquer autoridade administrativa das Forças Armadas ou da Polícia Militar.

Nesse sentido se pronunciou o STF em decisão monocrática do Ministro Edson Fachin na Reclamação nº 24.536/AM, ajuizada pela Defensoria Pública da União (DPU). Na ocasião, foi determinado que a Justiça Militar da União realizasse a audiência de custódia. O posicionamento do STF divergiu do STM, que nos *Habeas Corpus* nº 000072-38.2016.7.00.000 e nº 0000123-83.2015.7.00.0000, impetrados pela DPU, havia decidido pela não obrigatoriedade da audiência de custódia no âmbito da Justiça Militar. Essa não obrigatoriedade se daria em razão da ausência de regulamentação da matéria em lei ou na Resolução 213 do CNJ e das peculiaridades desta justiça especializada que deveriam ser consideradas (PAIVA, 2017).

Esclarecidas a finalidade e a implementação da audiência de custódia no Brasil, bem como a sua aplicação aos crimes militares, resta verificar a implementação do instituto no TJDF e analisar as audiências decorrentes de prisões em flagrante por crimes militares.

5. AS DECISÕES DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA DO TJDFE RELACIONADAS A CRIMES MILITARES NO PERÍODO DE OUTUBRO DE 2015 E 2016

5.1. A IMPLEMENTAÇÃO DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA NO TJDFE

No dia 14 de outubro de 2015, a audiência de custódia foi implementada no Poder Judiciário distrital. Em face do projeto do CNJ, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT) editou a Portaria Conjunta nº 101/2015, instituindo o Núcleo de Audiência de Custódia, NAC, subordinando-o ao Núcleo Permanente de Plantão.

A audiência de custódia, de acordo com a Portaria do TJDFE, consiste na oitiva do preso em flagrante, sem demora, pela autoridade judicial com o intuito de realizar o controle da legalidade e a necessidade da prisão, bem como resguardar a integridade física e psíquica do detido. Ressalta-se que audiência se dará presencialmente nas dependências do Fórum, tanto nos dias úteis, nos finais de semana e feriados. Iniciada a audiência, o juiz qualificará o preso e ouvirá sobre as circunstâncias objetivas da sua prisão. Após a oitiva do preso, indagará o membro do Ministério Público e da Defesa, quando presentes, se possuem algum fato para ser esclarecido, formulando perguntas correspondentes se entender relevante.

De acordo com o artigo 9º da Portaria, ao término da audiência o juiz proferirá decisão nos termos do artigo 310 do Código de Processo Penal, atentando para as possibilidades de substituição da prisão preventiva pela prisão domiciliar, conforme os termos do artigo 318, e de deferimento das medidas cautelares alternativas, previstas no artigo 319 do mesmo diploma legal. O art. 310 do CPP determina o relaxamento da prisão ilegal, a conversão da prisão em preventiva, verificados os pressupostos que a justifiquem, ou a concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança. Por sua vez, o art. 318 trata da prisão domiciliar em casos especiais, como gestantes, acometidos por doenças graves e pais de filhos com até 12 anos incompletos. Por fim, entre as medidas cautelares diversas da prisão

constantes no art. 319 do CPP, podem ser destacadas a necessidade de comparecimento periódico em juízo, a proibição de ausentar-se da comarca e a monitoração eletrônica.

Ressalta-se que, de todo o ocorrido na audiência de custódia, será lavrada ata circunstanciada, que conterá o inteiro teor da decisão proferida pelo juiz. Depois disso, caberá ao NAC encaminhar a ata ao juízo de natureza criminal competente. Em decorrência desse envio, a decisão pode ser reformada posteriormente, nos casos relacionados à presente pesquisa, pelo Juiz de Direito do Juízo Militar.

Percebe-se, pela leitura da referida Portaria, a ausência de referências ao CPPM e aos seus institutos, como a menagem. A referida Portaria também não trata do art. 324 do CPP, que em seu inciso II determina que não será concedida fiança em caso de prisão civil ou militar.

No dia 19 de julho de 2016, a Portaria nº 101/2015 do TJDF, foi alterada, por meio da Portaria nº 58, para incluir a necessidade da autoridade policial encaminhar, nas hipóteses de violência doméstica e familiar contra a mulher, documento quando a ofendida requerer a aplicação de medidas protetivas de urgências previstas na Lei nº 11.340/2006. Na decisão acerca da deliberação na audiência de custódia, os juízes poderão conceder medidas protetivas de urgência, sem prejuízo de posterior revisão pelo respectivo juízo do conhecimento.

A Portaria Conjunta nº 101 de 2015 foi revogada em 2017 pela Portaria Conjunta 70, de 17 de agosto de 2017, situação que não altera a análise das decisões de 2015 e 2016. Cabe, porém, a ressalva de que os apontamentos sobre CPPM e o art. 324 do CPP continuam atuais, vez que a nova Portaria não traz referências para aplicação dos dispositivos próprios do direito militar ou a ressalva da proibição de fiança.

5.2. MÉTODO

Para verificar se as audiências de custódia observaram as normas do Código de Processo Penal Militar é utilizada a análise de conteúdo. A análise de conteúdo é definida por Bardin (2011, p. 37) como um

“conjunto de técnicas de análise das comunicações”. Essas comunicações englobam desde a comunicação de uma pessoa (agendas, diários) até a comunicação de massa. Bardin (2011) explica que a análise de conteúdo se aproxima da análise documental. Porém, a análise de conteúdo tem como objetivo evidenciar indicadores que permitam pensar em realidades diversas da mensagem.

A análise de conteúdo é dividida em três fases: a pré-análise, a exploração do material e o tratamento dos resultados, a inferência a interpretação (BARDIN, 2011). A pré-análise abarca a escolha dos documentos, a formulação da hipótese e dos objetivos e a elaboração dos indicadores a serem utilizados. Os indicadores são construídos a partir da hipótese e servem como caminho para a categorização dos dados. Essa categorização constitui, no caso, a etapa de exploração do material.

A primeira fase da pesquisa abarcou o levantamento das audiências de custódia de crimes militares realizadas no TJDF-T no primeiro ano da implementação do projeto. Foi realizada a leitura dos termos das audiências, das decisões proferidas pelos juízes do NAC e, por último, das decisões do juiz de direito do juízo militar em seu primeiro pronunciamento nos autos. Dessa leitura, foi verificada a necessidade de se estudar a legalidade das prisões, as referências ao CPPM, os fundamentos da liberdade e se houve reforma da decisão no juízo militar.

Parte-se então para a categorização. Através desta, os elementos da comunicação são divididos em conjuntos em razão das características dos seus elementos. Bardin (2011, 149-150) elenca entre as qualidades das boas categorias a “exclusão-mútua”, pela qual um elemento não pode pertencer a mais de uma divisão, e a pertinência, regra pela qual a categoria deve estar adaptada ao material escolhido e de acordo com o quadro teórico utilizado no trabalho. Na mesma linha, Bauer (2009), ao descrever os passos da análise de conteúdo, sugere a elaboração de uma codificação que se ajuste ao material e às considerações teóricas. Esse referencial deve ser testado e as regras de codificação explicitadas.

A categorização é realizada a partir da construção de tabelas que

relacionassem o número do processo com os indicadores percebidos na análise preliminar. Foram elaboradas então tabelas para verificar as seguintes ocorrências: 1) a instituição de origem; 2) se houve repetição de juiz de outro processo; 3) se a prisão foi considerada legal; 4) se foi concedida liberdade provisória; 5) a incidência penal constante no APE, bem como a pena cominada; 6) se há referência ao CPPM no termo de audiência ou na decisão; 7) os fundamentos da liberdade provisória; 8) se a decisão foi reformada pelo juiz de direito do juízo militar; 9) os fundamentos da reforma da decisão.

Encerrada a codificação, passa-se para o tratamento dos resultados obtidos e interpretação. Bardin (2011) sugere o tratamento estatístico das categorias na busca de resultados significativos. Esse tratamento não será realizado no presente trabalho em virtude da pequena quantidade de decisões e da especificidade das fundamentações.

5.3. RESULTADOS

Inicialmente, convém assinalar que nesse primeiro ano de implantação do NAC, de outubro de 2015 a outubro de 2016, no âmbito do TJDF, ocorreram cerca de mais 10.000 audiências de custódia. Dentre essas, apenas 07 foram decorrentes de prisões em flagrantes de crime militar. Essa restrição de material permite a análise da totalidade das decisões. Cabe ressaltar que dos 07 autos de prisão em flagrante delito por crime militar que ocorreram no âmbito do Distrito Federal, 05 foram lavrados por oficiais da Corregedoria da PMDF. As outras duas prisões foram efetuadas no âmbito do CBMDF.

A Tabela 1 tem por objetivo descrever as incidências penais constantes nos APFs e as penas cominadas aos crimes no Código Penal Militar (CPM). Os processos foram organizados na coluna “Referência” conforme ordem cronológica, sendo o de número 1 a primeira audiência de custódia realizada e o de número 7 a última audiência referente ao período estudado. Todos os artigos da coluna Incidência Penal referem-se a dispositivos do Código Penal Militar.

Tabela 1 – Incidência penal dos crimes militares nas audiências.

Referência	Incidência penal	Descrição	Pena cominada
1	Arts. 298 e 299	Desacato a superior; desacato a militar.	Reclusão até 4 anos; detenção de 6 meses a 2 anos.
2	Arts. 223 e 298	Ameaça; desacato a superior.	Detenção até 6 meses; reclusão até 4 anos.
3	Arts. 157 e 217	Violência contra superior; injúria real.	Detenção de 3 meses a 2 anos; detenção de 3 meses a um ano.
4	Art. 315	Uso de documento falso.	Reclusão de 2 a 6 anos, se documento público.
5	Arts. 163, 223 e 301	Recusa de obediência; ameaça.	Detenção de 1 a 2 anos; detenção até 6 meses; detenção até 6 meses.
6	Art. 299	Desacato a militar.	Detenção de 6 meses a 2 anos
7	Art. 206	Homicídio culposo.	Detenção de 1 a 4 anos.

Inicia-se a análise a partir da segunda tabela, que busca relacionar os processos com os juízes, de forma a verificar a instituição de origem, se PMDF ou CBMDF, se houve repetição de juízes, além de verificar se a prisão foi considerada legal e se foi concedida liberdade.

Tabela 2 – Concessão de liberdade nas audiências.

Referência	Instituição de Origem	O juiz é o mesmo de outro processo?	A prisão foi considerada legal?	Foi concedida liberdade provisória?
1	PMDF	Não	Sim	Sim
2	PMDF	Não	Sim	Sim
3	PMDF	Não	Sim	Sim
4	PMDF	Não	Sim	Sim
5	CBMDF	Não	Sim	Sim
6	CBMDF	Não	Sim	Sim
7	PMDF	Não	Sim	Sim

A partir da Tabela 2, nota-se que não houve repetição de juízes presidindo as audiências originadas de crimes militares. Desta forma, 07 magistrados diferentes analisaram os autos de prisão em flagrante.

Constata-se também que a totalidade dessas prisões foi considerada legal, e, assim, todos os autos de prisão em flagrante foram homologados após a análise dos magistrados do NAC. Neste ponto, em razão do exposto, não houve nenhum relaxamento de prisão das originadas pelo cometimento de um crime militar, independente da instituição de origem do preso.

Acrescenta-se ainda que, nas atas das audiências de custódia, não há qualquer menção de indício de possível desvio condutas por parte dos oficiais envolvidos na lavratura do APF, no momento da prisão, o que ocasionaria a comunicação as Corregedorias para apuração de possível abuso. Este procedimento tem sido frequente nas decisões dos magistrados que atuam no NAC.

Constata-se que todos os presos foram colocados em liberdade, independente se policial militar ou se bombeiro militar. Verifica-se também que os militares presos foram postos em liberdade independente das penas cominadas aos crimes que resultaram na prisão.

A Tabela 3 tem como objetivo verificar se há referência ao Código de Processo Penal Militar nas decisões expedidas pelos magistrados do NAC e os fundamentos da liberdade concedida aos militares.

Tabela 3 – Fundamentos da concessão de liberdade nas audiências.

Referência	Referências ao CPPM	Fundamentos da liberdade
1	Art. 245 e seguintes (prisão em flagrante) e 257 (desnecessidade da prisão).	Art. 257 do CPPM.
2	Não há referências.	Art. 310 c/c art. 319 do CPP (concedida fiança).
3	Não há referências.	Art. 310 c/c art. 319 do CPP.
4	Referência sistemática, sem citar dispositivo.	Art. 310 do CPP.
5	Art. 263 (competência e requisitos para concessão de menagem).	Art. 263 do CPPM.
6	Não há referências.	Art. 282, §§4º e 5º c/c art. 310 e art. 319 do CPP (concedida fiança).
7	Referência sistemática, sem citar dispositivo.	Sem referência ao dispositivo legal: O autuado não possui em sua folha de passagens qualquer antecedente penal, possui residência fixa e entregou sua arma à autoridade policial. Não se extraem dos elementos analisados indicativos de periculosidade do autuado. Assim, a concessão da liberdade é medida que se faz imperiosa.

Percebe-se, a partir da Tabela 3, que cinco dos sete magistrados decidiram de acordo com o preconizado na norma interna do Tribunal, embasando sua decisão em dispositivos do CPP. Apenas dois dos sete magistrados concederam liberdade com fundamento no CPPM.

Ressalta-se que houve concessão de fiança em duas ocasiões, situação não prevista no CPPM ou no CPP, conforme discutido anteriormente no trabalho. Também não foi verificada referência à vedação de concessão de liberdade provisória prevista no art. 270 do CPPM, aplicável aos processos referência 1 (art. 299 do CPM), 3 (art. 157 do CPM), 5 (art. 163 do CPM) e 6 (art. 299 do CPM). Da mesma forma, o art. 270 do CPPM veda a concessão de liberdade no caso de infrações punidas com mais de dois anos de detenção, situação do processo referência 4.

Parte-se então para a última tabela, que tem por objetivo verificar se a decisão exarada na audiência de custódia foi reformada pelo Juiz de Direito do Juízo Militar e os fundamentos de eventual reforma.

Tabela 4- Reapreciação das decisões pelo Juízo Militar.

Referência	A decisão foi reformada no Juízo Militar	Fundamento da reforma
1	Não	---
2	Não	---
3	Não	---
4	Sim	Art. 270 do CPPM: não era cabível a concessão de liberdade provisória no crime previsto no artigo 315 do CPM (uso de documento falso), e sim a concessão do benefício da menagem, nos termos do artigo 263 do CPPM.
5	Não	---

6	Sim	Artigo 270 do CPPM: não era cabível a concessão de liberdade provisória, uma vez que o investigado foi autuado pelo crime previsto no artigo 299 do CPM (desacato a militar), e sim a concessão do benefício da menagem, nos termos do artigo 263 do CPPM.
7	Sim	Artigo 270 do CPPM: não era cabível a concessão de liberdade provisória, uma vez que o investigado foi autuado pelo crime previsto no artigo 206 do CPM (homicídio culposo), e sim a concessão do benefício da menagem, nos termos do artigo 263 do CPPM.

Percebe-se que menos da metade das decisões foram reformadas no juízo militar. A tabela também mostra que todos os militares permaneceram em liberdade, apenas foi alterado o fundamento da legal da medida. As decisões alteradas, conforme análise em conjunto com o quadro anterior, não fizeram referência ao CPPM ou fizeram referência sistemática ao diploma processual, sem citar dispositivo específico.

Interessante notar que a totalidade das alterações foi realizada com base no art. 270 do CPPM. Também chama a atenção que o processo referência 2 é o único que não faz referências a dispositivos do CPPM que não foi reformada no juízo militar. Percebe-se também que as decisões que tiveram como fundamento dispositivos do CPPM não foram reformadas posteriormente.

6. CONCLUSÕES

Em outubro de 2015 foi implementado o Núcleo de Audiência de Custódia no âmbito do TJDF. Dentre as mais de 10.000 audiências realizadas, apenas sete corresponderam a crimes militares, tenham eles sido cometidos por policiais militares ou por bombeiros militares. Nesse contexto, a pesquisa buscou verificar se as normas de processo

penal militar foram seguidas nas audiências de custódia.

Trabalhou-se com a hipótese que a Portaria Conjunta nº 101, de 7 de outubro de 2015, que disciplinava o funcionamento do Núcleo de Audiência de Custódia no período compreendido na pesquisa, poderia induzir os juízes à aplicação de dispositivos que estavam em desconformidade com as normas de processo penal militar ao determinar que a decisão da audiência de custódia fosse proferida nos termos do art. 310 do CPP, sem referências ao CPPM.

O resultado da análise de conteúdo parece ter confirmado a hipótese. De fato, apenas duas das sete decisões exaradas nas audiências de custódia faziam referência ao CPPM. Além disso, das cinco decisões que não faziam referência ao CPPM como fundamento para concessão de liberdade, três foram reformadas. Esse dado demonstra a necessidade de atualização da referida Portaria, que determina que o magistrado proferirá decisão nos termos do artigo 310 do CPP.

Chama a atenção que todos os juízes julgaram pela desnecessidade da segregação cautelar dos presos e que não houve alteração dessa percepção no juízo competente. Nesse sentido, as reformas feitas pelo juiz de direito do juízo militar limitaram-se à adequação do fundamento da liberdade ao ordenamento adjetivo militar.

A falta de referência ao CPPM pode ser atribuída a outras variáveis, entre elas à ínfima quantidade crimes militares julgados frente aos demais casos. Percebe-se que outros tipos de técnicas de coleta de dados, como entrevistas e observações, poderiam ajudar no esclarecimento dos resultados. Nesse sentido, não foram encontradas outras pesquisas sobre o tema que pudessem servir de base de comparação dos resultados. O ineditismo do trabalho esbarrou na escassez de estudos sobre as audiências de custódia no âmbito da justiça militar.

Salienta-se que a pesquisa não pretendeu esgotar o tema, mas colaborar para um maior desvelamento sobre ele, fornecendo subsídios para elaboração de políticas de atenção e estratégias para a correta aplicação do ordenamento jurídico penal e processual penal militar.

Restou verificado, por fim, a necessidade de chamar a atenção dos gestores da PMDF e do TJDFT com o intuito de modificar a regulamentação da Audiência de Custódia visando ao esclarecimento sobre a aplicação do CPPM nos casos de crimes militares. Nesse contexto, deve ser ressaltada a impossibilidade de concessão do instituto da fiança no ordenamento processual penal militar. Também é necessário esclarecimento sobre as restrições à liberdade provisória constantes no CPPM e sobre as regras da menagem.

REFERÊNCIAS

BARDIN, Lawrence. *Análise de conteúdo*. Trad. de Luís Antero Reto e Augusto Pinheiro. São Paulo: Edições 70, 2011.

BARROSO FILHO, José. *Audiência de custódia uma garantia fundamental dos presos*. Disponível em: <<http://www.stm.jus.br/informacao/agencia-de-noticias/item/5247-ministro-jose-barroso-filho-diz-que-audiencia-de-custodia-e-uma-garantia-fundamental-dos-presos>>. Acesso em 31 out 2016.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*.

BRASIL. *Decreto-lei nº 3.689*, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal.

BRASIL. *Decreto-lei nº 1.001*, de 21 de outubro de 1969. Código Penal Militar.

BRASIL. *Decreto-lei nº 1.002*, de 21 de outubro de 1969. Código de Processo Penal Militar.

BRASIL. *Decreto nº 592*, de 6 de julho de 1992. Atos internacionais. Pacto Internacional sobre direitos civis e políticos. Promulgação.

BRASIL. *Decreto nº 678*, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969.

BRASIL. *Lei nº 6.880*, de 9 de dezembro de 1980. Dispõe sobre o Estatuto dos Militares.

BRASIL. *Lei nº 7.289*, de 18 de dezembro de 1984. Dispõe sobre o Estatuto dos Policiais-Militares da Polícia Militar do Distrito Federal e dá outras providências.

BRASIL. *Lei nº 7.479*, de 2 de junho de 1986. Aprova o Estatuto dos Bombeiros-Militares do Corpo de Bombeiros do Distrito Federal, e dá outras providências.

BRASIL. *Lei nº 13.491*, de 13 de outubro de 2017. Altera o Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969 - Código Penal Militar.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução nº 213*, de 15 de dezembro de 2015. Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas.

BAUER, Martin W. Classical content analysis: a Review. In. BAUER, Martin W; GASKELL, George (ed.) *Qualitative researching with text, image and sound: a practical han-*

dbook. 1. ed. 6. reimpr. London: Sage publications, 2009, p. 131-151.

DISTRITO FEDERAL. Polícia Militar do Distrito Federal. Departamento de Controle e Correição. *Instrução Normativa nº 01*, de 26 de fevereiro de 2014. Estabelece os procedimentos e os modelos a serem seguidos pelos oficiais que realizarem a lavratura de auto de prisão em flagrante no âmbito da Corporação.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. *Portaria Conjunta nº 101*, de 7 de outubro de 2015. Institui o Núcleo de Audiência de Custódia – NAC no âmbito da Justiça do Distrito Federal.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. *Portaria Conjunta nº 58*, de 19 de julho de 2016. Altera a Portaria Conjunta 101 de 07 de outubro de 2015, que instituiu o Núcleo de Audiência de Custódia - NAC no âmbito da Justiça do Distrito Federal.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. *Portaria Conjunta nº 70*, de 17 de agosto de 2017. Regulamenta os procedimentos relativos às audiências de custódia realizadas no âmbito do primeiro grau de jurisdição da Justiça do Distrito Federal.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Processo nº 2015.01.1.123214-3. *Ata de Audiência de Custódia*. Brasília, DF, 26 de outubro de 2015. Disponível em: <<http://cache-internet.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcgil?NX-TPGM=tjhtml105&SELECAO=1&ORIGEM=INTER&CIRCUN=1&CDNU-PROC=20150111232143>>. Acesso em: 10 mar. 2018.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Processo nº 2015.01.1.129485-3. *Ata de Audiência de Custódia*. Brasília, DF, 13 de novembro de 2015. Disponível em: <<http://cache-internet.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcgil?NX-TPGM=tjhtml105&SELECAO=1&ORIGEM=INTER&CIRCUN=1&CDNU-PROC=20150111294853>>. Acesso em: 10 mar. 2018.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Processo nº 2016.01.1.035333-2. *Ata de Audiência de Custódia*. Brasília, DF, 01 de abril de 2016. Disponível em: <<http://cache-internet.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcgil?NX-TPGM=tjhtml105&SELECAO=1&ORIGEM=INTER&CIRCUN=1&CDNU-PROC=20160110353332>>. Acesso em: 10 mar. 2018.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Processo nº 2016.01.1.060612-4. *Ata de Audiência de Custódia*. Brasília, DF, 01 de junho de 2016. Disponível em: <<http://cache-internet.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcgil?NX-TPGM=tjhtml105&SELECAO=1&ORIGEM=INTER&CIRCUN=1&CDNU-PROC=20160110606124>>. Acesso em: 10 mar. 2018.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Processo nº 2016.01.1.067302-6. *Ata de Audiência de Custódia*. Brasília, DF, 23 de junho de 2016. Disponível em: <<http://cache-internet.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcgil?NX-TPGM=tjhtml105&SELECAO=1&ORIGEM=INTER&CIRCUN=1&CDNU-PROC=20160110673026>>. Acesso em: 10 mar. 2018.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Processo nº 2016.01.1.078589-2. *Ata de Audiência de Custódia*. Brasília, DF, 28 de ju-

lho de 2016. Disponível em: <<http://cache-internet.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?NX-TPGM=tjhtml105&SELECAO=1&ORIGEM=INTER&CIRCUN=1&CDNU-PROC=20160110785892>>. Acesso em: 10 mar. 2018.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Processo nº 2016.09.1.015799-5. *Ata de Audiência de Custódia*. Brasília, DF, 27 de agosto de 2016. Disponível em: <<http://cache-internet.tjdft.jus.br/cgi-bin/tjcg1?NX-TPGM=tjhtml105&SELECAO=1&ORIGEM=INTER&CIRCUN=1&CDNU-PROC=20150111232143>>. Acesso em: 10 mar. 2018.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Curso de processo penal*. Niterói: Impetus, 2013.

LOUREIRO NETO, José da Silva. *Direito Penal Militar*. São Paulo: Atlas, 2000.

MARREIROS, Adriano Alves, ROCHA, Guilherme e FREITAS, Ricardo. *Direito Penal Militar: teoria crítica e prática*. São Paulo: Método, 2015.

MAIS, Carlo Velho. *A audiência de custódia conforme a resolução nº 213/2015 do CNJ*. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/a-audiencia-de-custodia-conforme-a-resolucao-no-2132015-do-cnj/>>. Acesso em 30 out de 2016.

NEVES, Cícero Robson Coimbra e STREIFINGER, Marcelo. *Apontamentos de direito penal militar, volume 1: (parte geral)*. São Paulo: Saraiva, 2005.

NEVES, Cícero Robson Coimbra. *Manual de direito processual penal militar (em tempo de paz)*. São Paulo, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Militar Comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

PAIVA, Caio. *Audiência de custódia e o processo penal brasileiro*. 2. ed. rev. e ampl. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

PIERRE, Ricardo Lustosa. *A significação das audiências de custódia*. Disponível em: <<http://www.defensoria.df.gov.br/?p=23119>>. Acesso em 31 out 2016.

ROTH, Ronaldo João. *Temas de direito militar*. São Paulo: Suprema Cultura, 2004.

SARAIVA, Alexandre José de Barros Leal. *Inquérito policial e auto de prisão em flagrante nos crimes militares*. São Paulo: Atlas, 1999.



BATMAN: CRIMINOLOGIA, O DIREITO PENAL DO INIMIGO E VIOLAÇÕES ÀS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS E PROCESSUAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Pedro Sergio dos Santos¹

Pedro Guilherme Alfonso dos Santos²

1. INTRODUÇÃO

Diante da sociedade e do Estado que escolhem, sob a influência dolosa da mídia o “inimigo interno” (pessoas pobres, marginalizadas que entram no mundo do crime, sendo a maioria no crime contra o patrimônio e pequenos traficantes) reforça-se a figura dos agentes do Estado como aqueles que perseguem tal inimigo com seus instrumentos de repressão controle. É, pois, esse o tema central da presente reflexão.

As polícias (polícia militar, civil, federal, rodoviária federal) e o Ministério Público, atuam com bastante frequência diante da sociedade, como os super-heróis que se vingam do vilão (inimigo interno), isto quando a atuação ocorre dentro da legalidade. Todavia, diante das garantias processuais e constitucionais que apontam a prisão como último argumento que Estado deve buscar, bem como com a possibilidade do acusado, “inimigo interno”, vir a responder o processo em liberdade, elementos ligados ao Estado (agentes

1 Doutor em Direito Público pela UFPE. Professor da UFG nos cursos de graduação e Mestrado em Direito e Políticas Públicas.

2 Mestrando vinculado ao Programa de Mestrado em Crime, Diferença e Desigualdade da Universidade do Minho/Braga, Portugal.
Texto produzido pela equipe de estudos de mídia e criminalidade e Segurança Pública da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás. Contando com a colaboração da bolsista Graziella Barros Azevedo.

públicos), passam a atender aos anseios sociais por segurança e assim passam agir como “vingadores sociais”. Nesse contexto, nascem, à margem da legalidade, os esquadrões da morte, os justiceiros e as milícias privadas, compostas, na maior parte, por policiais e agentes públicos, que contam com a simpatia legitimadora da população. No Estado do Rio de Janeiro, vemos por exemplo, milícias como a Liga da Justiça que atua na zona oeste e usa em suas ações violentas o símbolo gráfico do morcego usada o próprio personagem Batman.

A ação desses grupos tem como base o princípio estadunidense da ideologia da Tolerância Zero, implantado inicialmente em Nova York. Naquela cidade a referida ideologia foi institucionalizada como ação do Estado contra os criminosos, o que não ocorreu no Brasil. Porém, não institucionalizada, a Tolerância Zero move a ação de tais grupos. Assim, considerando a história do Batman (super-herói das histórias de quadrinhos) na qual as notícias de seus atos já são veiculadas no momento da prisão do suposto criminoso, sem haver uma consequente contextualização com o contraditório, a ampla defesa, o processo justo e o julgamento, a questão que se coloca como problema central é : Até que ponto as ações das policias e do Ministério Público são ações legais e legítimas e até que ponto são ações nos moldes dos justiceiros, tais como aquelas do personagem Batman, que por exemplo atraem para si as manchetes de jornais e atuam no imaginário popular forçando uma comoção social que julga pela paixão ? E como questão complementar há de se indagar: Constitui-se um “estado de exceção” legitimado pela sociedade, a atuação violenta das policias, do Ministério Público e de milícias como justiceiros?

Poder-se-ia fazer uma análise da Lei Harvey Dent (Lei presente na ficção), surgida na recente trilogia de filmes do Batman, dirigida por Christopher Nolan e roteirizada por Jonathan Nolan que tem um teor extremamente punitivista tentando observar se se poderia traçar um paralelo com a atual legislação puramente repressora do Brasil e demais países que possuem como alvo as populações mais pobres.

2. DA CRIMINOLOGIA E SEUS CONCEITOS

A criminologia é definida por alguns autores, como ciência devido ao fato de possuir um método próprio, um objeto e uma função. Segundo Sérgio Salomão Shecaira objeto de estudo da criminologia gira em torno do delito, passando pela vítima o delinquente e do controle social do delito.

Ocupa-se a criminologia do estudo do delito, do delinquente, da vítima e do controle social do delito e, para tanto, lança mão de um objeto empírico e interdisciplinar. Diferentemente do direito penal, a criminologia pretende conhecer a realidade para explicá-la, enquanto aquela ciência valora, ordena e orienta a realidade, com o apoio de uma série de critérios axiológicos. (Shecaira, 2004, p. 38)

A partir desse conceito, temos que delimitar o conceito de delito, que para a Criminologia, vai além do Direito penal, tem-se noções mais amplas. Enquanto no Direito Penal temos como crime o fato típico, ilícito e culpável e nesse conceito percebe que o crime é um fenômeno individual, na criminologia temos que considerar crime como um fenômeno comunitário e um problema social, psicológico, econômico e político. A despeito do agente que pratica o delito, para a Criminologia, deve também ser entendido como um sujeito histórico e podendo ser influenciado pelo o seu meio, e não apenas um indivíduo solitário, movido pela sua própria vontade, há de se considerar também fatores do meio em que vive. Shecaira conceitua de tal forma:

Dadas as diferentes perspectivas, e em face de todas as discussões posteriores as concepções originais acima formuladas, entende-se que o criminoso é um ser histórico, real, complexo e enigmático. Embora seja, na maior parte das vezes, um ser absolutamente normal, pode estar sujeito as influências do meio (não aos determinismos). Se for verdade que é condicionado, tem vontade própria e uma assombrosa capacidade de transcender, de superar o legado que recebeu e construir seu próprio futuro. Está sujeito a um consciente coletivo, como todos estamos, mas também tem a capacidade ímpar de conservar sua própria opinião e superar-se, transformando e transformando-se. Por isso, as diferentes perspectivas não se excluem; antes, complementam-se e permitem um grande mosaico sobre o qual se assenta o direito penal atual. (Shecaira 2004, p 49)

Por sua vez, o estudo da vítima se mostrou menosprezado na evolução dos estudos da Criminologia e dos demais campos da ciência criminal. Em um primeiro momento, a Criminologia colocava um peso grande no papel da vítima ao estudar os fenômenos em torno do delito, porém, em um segundo momento, se acreditou na neutralidade da vítima, partindo da ideia de que a vítima pouco ou nada influenciava no delito, no entanto, o papel da vítima foi reavaliado e o mundo contemporâneo constituiu a Vitimologia como uma importante área de estudos. Tratando da Vitimologia, Shecaira apresenta a importância desse ramo do estudo:

Os estudos vitimológicos são muito importantes, pois permitem o exame do papel desempenhado pelas vítimas no desencadeamento do fato criminal. Ademais, propiciam estudar a problemáticas da assistência jurídica, moral, psicológica e terapêutica, especialmente naqueles casos em que há violência ou grave ameaça a pessoa, crimes que deixam marcas e causam traumas, eventualmente até tomando as medidas necessárias a permitir que tais vítimas sejam indenizadas por programas estatais, como ocorre em inúmeros países (México, Nova Zelândia, Áustria, Finlândia e em alguns Estados americanos). De outra parte, os estudos vitimológicos permitem estudar a criminalidade real, mediante os informes facilitados pelas vítimas de delitos não averiguados (cifra negra da criminalidade). (Shecaira, 2004, p 53)

Por fim, para terminar algumas conceituações básicas sobre o objeto de estudo da Criminologia temos o controle social do delito, em que Max Weber traz a ideia do “monopólio da força legítima” onde a sociedade necessita de mecanismo de controle interno para assegurar o convívio dos seus membros. Partindo desse contexto então Shecaira conceitua o controle social e suas ferramentas como sendo:

[...] o conjunto de mecanismos e sanções sociais que pretendem submeter o indivíduo aos modelos e normas comunitários. Para alcançar tais metas as organizações sociais lançam mão de dois sistemas articulados entre si. De um lado tem-se o controle social informal, que passa pela instância da sociedade civil: família, escola, profissão, opinião pública, grupos de pressão, clubes de serviço etc. Outra instância é a do controle social formal, identificada com a atuação do aparelho político do Estado. São controles realizados por intermédio

da Polícia, da Justiça, do Exército, do Ministério Público, da Administração Penitenciária e de todos os consecutórios de tais agências, como controle legal, penal etc. (Shecaira, 2004, p. 56)

Percebem-se, então, duas formas de controle dos indivíduos: uma informal, onde o “meio” influencia os indivíduos através da escola, família, mídia e outros e outra é a formal, onde o Estado passa a atuar através de seus agentes que passam a agir quando o meio informal falha.

2.1. O DIREITO PENAL DO INIMIGO

O Direito Penal do Inimigo como teoria surge com o alemão Gunther Jakobs, se caracteriza pela a prática do Estado ou de uma sociedade em criar um inimigo, interno ou externo, a ser combatido. Portanto, o cidadão comum teria os seus direitos ao devido processo penal e suas garantias referentes aos direitos humanos preservados, no entanto, o inimigo não possuiria tais garantias como comenta Juarez Cirino dos Santos em seu artigo “O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual”. Tudo isso para justificar a defesa e a ação do Estado, vejamos:

No começo do novo milênio, as energias intelectuais desse famoso penalista foram consumidas no trabalho de dividir o Direito Penal em dois sistemas diferentes, propostos para compreender duas categorias de seres humanos também considerados diferentes – os cidadãos e os inimigos –, cujos postulados transitam dos princípios do democrático Direito Penal do fato e da culpabilidade para um discriminatório Direito Penal do autor e da periculosidade. (Santos, O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual. Revista Jurídica Unicoc, Ano II, n.º2, 2005)

No mesmo artigo, Santos apresenta a ideia da dicotomia entre o cidadão comum e o inimigo a ser combatido, na teoria de Jakobs.

A divisão da clientela do sistema penal na dicotomia cidadão/inimigo funda-se no conceito de personalidade, como indicado: na linguagem de JAKOBS, sujeitos com comportamentos contrafáticos eventuais, mas capazes de satisfação das expectativas normativas, teriam personalidade de cidadãos; sujeitos incapazes de satisfação das expectativas normativas teriam personalidade de inimigos, perdendo o atributo humano de pessoa (ou sujeito de

direitos) e justificando o tratamento processual como inimigo, um animal objeto de extermínio pela guerra. (Santos, O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual. Revista Jurídica Unicoc, Ano II, n.º2, 2005)

Eugenio Raul Zaffaroni, ao analisar a teoria do Direito Penal do Inimigo, constata que o inimigo perde sua humanidade, é tratado apenas como uma ameaça a ser destruída.

A essência do tratamento diferenciado que se atribui ao inimigo consiste em que o direito lhe nega a condição de pessoa. Ele só é considerado como ente perigoso ou daninho. (Zaffaroni, 2007, p. 18)

A partir dessa concepção de um inimigo desumanizado então se legitima algumas ações por parte do Estado como: a antecipação da punição, a flexibilização das garantias processuais, a desproporcionalidade das penas e a criação de leis mais severas para punir o inimigo.

2.2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E GARANTIAS DO DEVIDO PROCESSO PENAL

A legislação brasileira, através da Constituição Federal e do Código de Processo Penal, busca garantir direitos fundamentais mesmo para aqueles que estão sendo processados. Por outro lado, o Direito Penal do Inimigo, ao caracterizar o agente delituoso como o inimigo da sociedade a ser combatido pelo Estado, tenta justificar a retirada de seus direitos constitucionais.

O Processo Penal tem como vocação a busca da Verdade real, e é dever do Estado observar os direitos do acusado, particularmente a Ampla defesa e o Contraditório, garantidos pela Constituição Federal, no artigo 5º, inciso 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”.

Além da ampla defesa e do contraditório temos a presunção de inocência do acusado que é um fator fundamental também garantido na Constituição Federal no artigo 5º, no inciso LVII “-ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”

Estes três princípios, dentre outros, também estão positivados no Pacto de San José na Costa Rica, a Convenção Interamericana de Direitos Humanos de 1969, em todo o seu artigo 8º que foi ratificado pelo o Brasil. Nesse sentido é, no mínimo preocupante, a decisão do Supremo Tribunal Federal, no Habeas Corpus (HC) 126292, no qual afirma a alta Corte que o Estado poderá executar a pena do cidadão cuja decisão seja confirmada no segundo grau, ainda que o processo não tenha transitado em julgado. Contra este posicionamento já se levantou o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, *in verbis*;

Ao negar o Habeas Corpus (HC) 126292 na sessão desta quarta-feira (17), por maioria de votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu que a possibilidade de início da execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau não ofende o princípio constitucional da presunção da inocência. Para o relator do caso, ministro Teori Zavascki, a manutenção da sentença penal pela segunda instância encerra a análise de fatos e provas que assentaram a culpa do condenado, o que autoriza o início da execução da pena.

A decisão indica mudança no entendimento da Corte, que desde 2009, no julgamento da HC 84078, condicionava a execução da pena ao trânsito em julgado da condenação, mas ressaltava a possibilidade de prisão preventiva. Até 2009, o STF entendia que a presunção da inocência não impedia a execução de pena confirmada em segunda instância. (<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticia-Detalhe.asp?idConteudo=310153>)

Em suma, o artigo oitavo da referida Convenção visa garantir o direito mínimo para um devido processo penal, onde se positivam algumas regras para investigar, condenar ou absolver algum cidadão, tais regras passam: por ser ouvido em tempo razoável por um juiz ou tribunal competente caso esteja sendo acusado de algum delito; direito de ser assistido por um defensor gratuitamente caso não possa pagar um advogado; tempo e meios necessário para formular uma defesa; direito de permanecer calado e de não depor contra si além de outra. Mas vale destacar o direito da presunção de inocência transcrito no inciso 2, *caput*.

Artigo 8º—Garantias judiciais

2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

Assim sendo, além de serem garantias legais e processuais, esses direitos também se configuram como garantias de Direitos Humanos, a fim de preservar a integridade da pessoa humana, mesmo sendo essa acusada, e até condenada por praticar fatos delituosos.

2.3. A FUNÇÃO DA PENA

A pena é um mecanismo do Estado, não só para punição e castigo, mas para o controle social da população, no entanto ela possui funções básicas no Estado Democrático de Direito, que pressupõe um processo penal anterior. Damásio de Jesus classifica: “Pena é a sanção aflictiva imposta pelo Estado, mediante ação penal, ao autor de uma infração (penal), como retribuição de seu ilícito, consistente na diminuição de um bem jurídico, e cujo fim é evitar novos delitos”. (Jesus, 2009, p. 515)

Quando se trata de prevenir novos delitos, essa prevenção subdivide em duas, a prevenção geral e a prevenção específica. A geral concite em prevenção social como um todo, para que indivíduos de uma sociedade vejam a pena sendo aplicada em alguém e assim se sintam inibidos de praticar o mesmo fato delituoso. Sobre isso Damásio de Jesus diz: “Na prevenção geral o fim intimidativo da pena dirige-se a todos os destinatários da norma penal, visando a impedir que os membros da sociedade pratiquem crimes”. (Jesus, 2009, p. 515)

A prevenção específica por sua vez, também chamada de especial, incide no agente que está sendo punido, para que este ao sofrer a pena se sinta intimidado a repetir o fato delituoso, pois poderá da mesma forma receber a pena novamente. Damásio de Jesus também aborda o tema: “Na prevenção especial a pena visa o autor do delito, retirando-o do meio social, impedindo de delinquir e procurando corrigi-lo”. (Jesus, 2009, p. 515)

Percebe-se que na prevenção especial há dois elementos, a punição do autor e o objetivo de corrigi-lo e de consequência a sua ressocialização.

Portanto, tratando-se dos objetivos da pena, o somatório resulta em quatro elementos básicos: a repressão a prevenção social, que visa inibir a sociedade como um todo de praticar o fato delituoso; a punição do agente que pratica o tal delito, e a ressocialização do autor, a fim de que ele volte a sociedade e não pratique novamente o fato pelo o qual foi punido.

Assim, observamos que enquanto a Criminologia amplia o conceito de Crime o Direito Penal tem definições mais estreitas desse fenômeno, visando a aplicação da pena, devendo, todavia, seguir com o máximo rigor técnico as normas constitucionais. Nessa seara o Direito Penal, numa de suas definições mais amplas, aponta o crime como sendo o fato típico, ilícito, culpável e punível.

3. A IDEOLOGIA DA VINGANÇA

3.1. BATMAN: E O DIREITO PENAL DO INIMIGO

A ideologia, em qualquer sistema político, é o processo alienante pelo qual o grupo dominante, lança mão para manter seu *status quo*, transmitindo para o resto da sociedade as suas vontades, como se fosse de interesse coletivo. Para isso, são utilizados alguns meios, tais como modelos de educação pré-estabelecidos e controlados, controle dos meios de comunicação, idolatria a ídolos políticos e formas populistas de manifestações dos líderes, utilização dos meios de entretenimento, dentre tantas outras formas. As críticas de Marx e Engels para o sistema Capitalista, igualmente se aplicam aos projetos marxistas que se tentaram implantar no século XX, uma vez que em todos os modelos, formou-se visivelmente um grupo dominante (o que foi fortemente criticado pela sátira de George Orwell na obra *A revolução dos bichos*-1945).No primeiro caso, a ideologia avança através dos grupos e líderes capitalistas da indústria e do sistema financeiro, no segundo caso por dirigentes dos partidos comunistas que chefiavam os Estados:

Os pensamentos da classe dominante são também, em todas as épocas, os pensamentos dominantes, ou seja, a classe que tem o poder material dominante numa dada sociedade é também a

potência dominante espiritual. A classe que dispõe dos meios de produção material dispõe igualmente dos meios de produção intelectual, de tal modo que o pensamento daqueles a quem são recusados os meios de produção intelectual está submetido igualmente à classe dominante. (Marx e Engels, 1999, p.62)

Para além de Marx e Engels, a ideologia pode ser tomada a grosso modo como qualquer forma de veiculação de ideias e de um determinado grupo para que este se imponha na sociedade, seja por seus valores ou interesses econômicos, políticos ou qualquer outro, e nesse sentido até mesmo as formas de dominação de grupos marxistas, como o violento stalinismo soviético expressam uma ideologia que visa fortemente se impor como verdade absoluta, dentro do propalado modelo da ditadura do proletariado.

No âmbito do Direito Penal, a construção da ideologia do Direito Penal do Inimigo, e de um Estado Penal Máximo, tende a favorecer apenas os grupos dominantes na órbita política e econômica, pois se percebe uma seletividade punitiva desse modelo de Estado, onde se cria o perfil do inimigo que não corresponde ao perfil do grupo de poder, e, portanto, encarcera a população mais pobre. Do ponto de vista político, não é necessariamente o mais pobre, mas o inimigo eleito passa a ser o que desagrade o *establishment* como vem ocorrendo na Venezuela e na Bolívia com evidente criminalização dos órgãos de imprensa e de religiosos que fazem críticas àqueles governos.

No Brasil o inimigo interno está situado entre os mais pobres e segundo dados do InfoPen (Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, vinculado ao DEPEN- Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça) 56% dos presos no Brasil hoje são jovens de 18 a 29 anos, 53% não concluiu o Ensino Fundamental e 67% da população carcerária é composta por população não branca, com variação até maiores nos dados estatísticos, dependendo do Estado ou região do país. A miscigenação racial no Brasil, fez esconder formas diversas de preconceito de cor, como demonstrou Gilberto Freire em *Casa Grande e Senzala*. (Global editora.2001)

Além de prender indivíduos com perfil claramente distante do perfil

dos “Donos do Poder” (buscando o termo de Raymundo Faoro, utilizado como título de sua obra ilustre), esse modelo é lucrativo para tais grupos, a título de exemplo, a indústria de segurança privada no estado do Rio de Janeiro entre os anos de 2002 e 2007, lucrou cerca de 28,7 bilhões apenas com serviços ao comércio, segundo dados da FECOMERCIO-RJ.

É notória a exploração da violência pela mídia, seja escrita ou televisiva, diante da abundância de programação policial. No momento que o jornalismo passou a ter uma busca pelo o lucro, baseado em vendas de publicidade, a linha editorial foi se adaptando para essa realidade. Estudando a relação da legitimação da violência com o sensacionalismo jornalístico, Marília Daralin Budó esclarece: “*Opta-se, então, pela confusão entre informação e entretenimento, ressaltando-se os aspectos engraçados, dramáticos e de aparente conflito, para então divertir*” (Budó, 2006. P.08). Pode-se dizer também que a mídia policial alimenta fortemente a indústria da segurança privada em todos os seus seguimentos diretos e indiretos (equipamentos, imóveis, prestadores de serviço e etc.)

No entanto o processo ideológico de legitimar o Direito Penal do Inimigo não se atém às fronteiras do jornalismo policial. Ele avança também para os meios de entretenimento, como por exemplo, as histórias em quadrinhos e filmes inspirados nessas *graficnovels*.

Atendo-se apenas na análise do personagem Batman e suas histórias, podemos obter vários exemplos desse processo. O personagem Batman, que pertence ao selo DC Comics, surgiu no ano de 1939 nos Estados unidos e foi criado pelo Escritor Bill Finger e pelo desenhista Bob Kane. Sua história gira em torno do bilionário Bruce Wane, que na infância teve seus pais mortos durante um assalto que a partir de tal fato prometeu combater o crime na cidade de Gotham.

Nos últimos anos, na trilogia cinematográfica dirigida e roteirizada por de Chrstofer Nolan, inspirada na *Grafic Novel* “Batman, O Cavaleiro das Trevas” e na “Piada Mortal” vemos um exemplo claro desse uso de mídias de entretenimento para naturalizar e mas-sificar a Ideologia Dominante.

Durante o segundo filme, intitulado de “Batman – O Cavaleiro

das Trevas” se constrói um personagem de um promotor “linha dura” que seria a esperança da cidade de Gotham em acabar com o crime sem depender do herói mascarado. Claramente em uma ideia de que criminalidade se combate prendendo e punindo todos que cometem um delito. Esse personagem do promotor de nome Harvey Dent se decepciona com a “luta contra o crime” e morre após optar por auxiliar e cooperar com o crime junto com o personagem vilão, o Coringa.

No terceiro filme e continuação do segundo, a fim de preservar o mito do promotor honesto Harvey Dent, Batman opta por não revelar a verdade sobre a morte de Dent. O Prefeito de Gotham inaugura uma estátua em homenagem ao promotor e promulga uma lei que endurece as penas de todos os crimes a fim de combater o crime pela força de lei (nesse particular o endurecimento punitivo traz no inconsciente coletivo a proposta positivista de Garófalo, de uma equação simples, onde de um lado está o Estado forte com lei severas e de outro a ausência de delitos). Essa lei leva o nome do falecido promotor passando a ser conhecida como Lei Harvey Dent.

A trilogia do filme bem como a antiga história do personagem fica encrustadas no imaginário coletivo. A ideologia do Batman como vingador da sociedade (como bem poderia ser também o Homem Aranha) se afirma não só por ações, matérias jornalísticas ou pela legitimação dos agentes públicos, mas se afirma no cotidiano do imaginário popular pela sua logomarca, a imagem do morcego, assim como outras ideologias fizeram, como, por exemplo, o nazismo e sua suástica. Desta forma, a logomarca abaixo é identificada até mesmo por crianças:



A ficção se assemelha com a realidade principalmente nos filmes

de Nolan e suas referências em quadrinhos, pois leis semelhantes com a mencionada Lei Harvey Dent foram colocadas em vigor em Nova York durante a gestão de Rudolph Giuliani, que perdurou de 1º de janeiro de 1993 até 31 de dezembro de 2001. A gestão do republicano Giuliani ficou conhecida como Tolerância Zero, e verifica-se em suas ações forte inspiração na teoria das janelas quebradas, surgido em Chicago na década de 80. Sobre essa teoria Sergio Salomão Shecaira escreve.

A ideia central do pensamento ali desenvolvido é o de que uma pequena infração, quando tolerada, pode levar ao cometimento de crimes mais graves, em função de uma sensação de anomia que viceja em certas áreas da cidade. A leniência e condescendência com pequenas desordens do cotidiano não devem ter sua importância minimizada. Ao contrário. Não se deve negligenciar essa importante fonte de irradiação da criminalidade violenta. (Shecaira, 2009, p166)

E continua narrando a teoria e a motivação de seu nome, com o exemplo usado no artigo que inaugura tal pensamento:

A Teoria é expressada através de um interessante exemplo. Dois carros foram abandonados, sem placas, com o capô aberto em duas ruas de diferentes cidades. Uma, em Palo Alto, Califórnia. Outra no Bronx, Nova York. O carro parado no bairro do Bronx é imediatamente depenado, em não mais que 10 minutos. Os primeiros a chegar ao veículo foram pai, mãe e um filho (de uma mesma família) que levaram o radiador e a bateria. Em pouco tempo, o carro foi totalmente depredado. Em um prazo de vinte e quatro horas o carro servia de playground para as crianças. A maior parte dos vândalos estava bem vestida, e eram brancos. O carro, nas mesmas condições, estacionado em um bairro de elite em Palo Alto, não foi tocado no prazo de uma semana. O pesquisador, então, destruiu uma janela do veículo com um martelo e em poucas horas o veículo foi igualmente depenado. Isto foi feito, da mesma forma, por pessoas brancas aparentemente respeitáveis. (Shecaira, 2009, p166)

A ideia desse exemplo é de que pessoas do Bronx já estão acostumadas com carros abandonados por lá, e ninguém mais dá importância a isso. Já em Palo Alto, após perceberem que uma janela foi quebrada e ninguém punido, as pessoas se sentiram à vontade para praticar o delito.

Transportando tal teoria para a realidade de nova York de

Rudolph Giuliani, Shecaira explica a adoção dessa teoria na cidade, passa pela nomeação do Chefe de polícia, William Bratton, profundo defensor das “Janelas quebradas”.

3.2. TEORIA DA TOLERÂNCIA ZERO NO CONTEXTO BRASILEIRO

A teoria da Tolerância Zero vem propondo a vários países, uma aplicação cada vez maior de um Estado Penal máximo e do Direito Penal do Inimigo para se combater a criminalidade, na perspectiva de que leis mais duras e mais punições farão os índices de violência reduzirem.

Observando a influência da teoria da Tolerância Zero no Brasil, temos exemplos rotineiros da adoção da mesma, um bom exemplo para ser explorado é a lei 11.343/06, conhecida como lei de drogas.

Como legítima representante do direito penal do inimigo na legislação pátria, a nova lei antidrogas, conforme exemplificado, pune severamente o autor, independentemente da conduta, haja vista os dezoito verbos nucleares do tipo, desta forma utilizar-se-á da pesquisa coordenada pela Dra. Luciana Boiteux como método comparativo para exemplificar que a eleição do inimigo no Brasil não é tarefa única do legislador, sendo certo que mesmo o poder judiciário, buscando dar à sociedade uma resposta à crescente criminalização, vem elegendo suas próprias maneiras de interpretação legislativa, mesmo que discrepantes e, aliás, na maioria das vezes claramente antagônicas à Constituição Federal, adotando um modelo punitivista de aplicação das leis, punindo o agente transgressor pelo que é, e não pelo que fez, em clara adoção ao direito penal do inimigo, propugnado por Jakobs. (Lemini, 2012)

O encarceramento relacionado ao tráfico de drogas antes da mais nova lei de entorpecentes era de 31.520 (trinta e um mil e quinhentos e vinte) presos no Brasil e passou para 138.366 (cento e trinta e oito mil e trezentos e sessenta e seis) presos em 2013 de acordo com os dados do Ministério da Justiça. Isso equivale a um aumento de 339% (trezentos e trinta e nove) de encarceramento por tráfico demonstrando claramente que a guerra às drogas prende muito brasileiro, mas que não atinge a droga em si, pois a mesma continua sendo

vendida e consumida por todos os lugares e ambientes da sociedade.

Somando os dados do perfil do preso brasileiro ao crescente número de presos por consequência da lei de drogas, pode-se então concluir que o inimigo eleito pela a legislação, pelo sistema de segurança pública e pelo sistema judiciário brasileiro é o jovem não branco, oriundo das classes mais baixas, com pouco estudo e enquadrado como pequeno traficante, e aquele que comete delitos contra o patrimônio privado.

A Justiça criminal, última *ratio* em um Estado Democrático de Direito, conforme demonstrado, vem, reiteradas vezes, perseguindo o inimigo eleito (traficante), aplicando-se o direito penal do inimigo desde o momento em que não permite que o mesmo responda o processo em liberdade, condenando-o a penas desproporcionais em relação à conduta e ao bem jurídico tutelado e, ainda, presumindo a periculosidade do agente como forma de negar-lhe benefícios positivados na legislação repressiva. (Iemini, 2012)

A lei 11.343/06 é apenas um ótimo exemplo da aplicação na legislação brasileira da Teoria da Tolerância Zero o que reflete um direito penal do inimigo explícito na rotina jurídica brasileira. Mas há outros exemplos, como a lei do crime hediondo. Essa por sua vez está mais próxima da relação da mídia sensacionalista com a aplicação do direito penal máximo como solução do problema da criminalidade no Brasil.

Antes da promulgação da lei 8.072/90 (lei dos crimes hediondos), apenas exista a referência da constituição brasileira, em seu artigo 5^a, XLIII, que diz: “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”. No entanto, nota-se que a Constituição não indicou quais seriam esses crimes hediondos, deixando para lei complementar assim o fazer. Em 1990 com o sequestro do empresário Abílio Diniz, iniciou-se uma campanha midiática para classificar extorsão mediante sequestro como um crime hediondo e assim foi elaborada às pressas o projeto de lei que aproveitou para incluir outros delitos nesse rol.

Mais midiático do que a criação da referida lei, foi seu

complemento em 1994, que veio após a morte da atriz Daniella Perez. Sua mãe, a conhecida romelista e escritora Glória Perez iniciou uma campanha, com apoio da Rede Globo, e outros meios de comunicação, para um projeto de lei de iniciativa popular para incluir o homicídio qualificado no rol dos crimes hediondos.

A lei dos crimes hediondos nº 8.072, de 25 de julho de 1990 pode ser classificada como uma lei tipicamente midiática. Veremos como surgiu essa lei e sua real pretensão. Os crimes hediondos são os crimes entendidos pelo Poder Legislativo como os que merecem maior reprovação por parte do Estado, logo também recebem uma sanção penal mais rigorosa. (Anjos, 2015, p 44)

O Congresso ao elaborar uma lei influenciado por apelos populares por mais punição diante de fatos concretos de violência como foi a dos crimes hediondos, não observou a real necessidade da sociedade ao legislar penalmente.

E foi isto que tentou fazer o legislador ordinário ao criar a Lei dos Crimes Hediondos: criou uma lei a fim de atender as necessidades do momento, mas, com penas excessivamente rigorosas, portanto, inadequada à realidade social (basta lembrada situação dos presídios brasileiros) e desumanas (Santos, 2003, p 8)

Com esses exemplos legais se pode observar que de fato há muitos elementos da ficção do Batman inseridos na realidade, e que a quimera lei Havey Dent também encontra seu paralelo nos diplomas legais dos EUA e do Brasil.

3.3. AS FORÇAS DE SEGURANÇA COMO “BATMANS” DA VIDA REAL

Além do caráter legal, na ficção do Batman, sua atuação nas ruas também encontra semelhanças na realidade quando observamos a atuação da polícia e do Ministério Público diante do inimigo eleito, o pequeno traficante e o que pratica delitos contra o patrimônio. Após a elaboração dos diplomas legais que por si já promove uma seletividade punitiva, cabe aos agentes da lei a sua aplicação e realizando assim uma segunda seletividade.

Um estudo feito pela a Anistia Internacional comprova a seletividade punitiva da polícia em sua faceta mais gravosa, que são as mortes nas ações policiais, ou seja, aquele cidadão que nem se quer teve o direito a uma pena fixada através de um processo.

Este estudo revela que entre os anos de 2010 e 2013 na cidade do Rio de Janeiro, houve 1275 vítimas de ações policiais. Desse total 99,5% eram homens, 79% composto de população não branca e 75% tinham entre 15 e 29 anos de idade. Esse perfil se assemelha muito ao perfil do preso brasileiro como já demonstrado. Ao que se pode relacionar diretamente com as estatísticas, ainda que flutuantes, referentes aos tipos penais, quais sejam: cerca de 80% de presos, foram encarcerados por crimes contra o patrimônio e narcotráfico (particularmente o pequeno traficante) e 20 % restante por crimes contra a pessoa e outros delitos. Destaca-se que menos de um por cento dos presos foram atingidos pela lei por crimes de corrupção e demais delitos contra o erário.

A própria Justiça brasileira não se corrige no seu modo de julgar, deixando de realizar uma busca equilibrada de penas dentro do contexto social e jurídico que deveria nortear suas decisões. Vejamos por exemplo o que ocorreu no caso de seis réus condenados na conhecida operação Lava Jato, em comparação com O.D.S. (nome omitido), réu primário e de bons antecedentes, na ação penal n.201302893852 que tramitou na 9ª. Vara Criminal da Comarca de Goiânia. O.D.S., filho de uma cuidadora de idosos, e estudante da rede pública de ensino, aos dezoito anos, em 2013, na saída de um estádio de futebol, se envolveu em uma briga com outros torcedores e acusado de roubo de um celular foi preso em flagrante (apesar de não estar armado e não ter sido encontrado com ele qualquer objeto do delito, seja arma ou o aparelho telefônico), teve assim uma pena de reclusão de **seis anos e dois meses**. De outro lado, lesando o erário em milhões de dólares, temos no processo-crime da Operação Lava Jato, as seguintes condenações, todas inferiores àquela imposta pelo Tribunal de Justiça de Goiás, em razão de um aparelho celular.

Observe-se a situação penal de alguns dos condenados:

- DELUBIO SOARES – lavagem de dinheiro- **05 anos de reclusão.**
- EDIEL VIANDA DA SILVA- lavagem de dinheiro e uso de documento falso- **pena de 03 anos.**
- CLEVERSON COELHO DE OLIVEIRA- evasão de divisas. **05 anos de pena.**
- CARLOS HABIB CHATER- lavagem de dinheiro- **05 anos e seis meses.**
- CARLOS ALBERTO PEREIRA DA COSTA- Lavagem de dinheiro, **02 anos e 08 meses de pena.**
- ANDRE CATÃO MIRANDA- Lavagem de dinheiro- **04 anos de pena.**
- JORGE LUIZ ZELADA- Fraude em licitação- **04 anos de pena.**

Infelizmente, condenações como aquela de O.D.S. se configuram como a regra em nosso modelo de Justiça. O crime de alta lesão para a sociedade passa a ser estimulado, uma vez que tendo leis e parâmetros jurisprudenciais desajustados, juízes, desembargadores e ministros optam por penas maiores (em termos absolutos e relativos), ao clamor do Ministério Público e da polícia, para o pequeno delinquente, beneficiando explicitamente o indivíduo do *White-collar crime* (no uso do termo de Sutherland). O pequeno delinquente, como O.D.S, é verdadeiramente eleito inimigo social, enquanto o grande criminoso, a despeito da mídia pirotécnica que explora seus atos, recebe penas menores e mais benefícios do Estado. Nesse particular vale destacar que os presídios do Brasil, em algumas capitais, passam por reformas para a criação de alas com melhores condições para abrigar presos da Lava Jato que se queixam de condições desumanas nos presídios, enquanto presos por crimes de pequena monta, são jogados no “chiqueiro” humano que se tornou o sistema prisional do Brasil. Nesse sentido ainda não há qualquer ação do Ministério Público para que presos, sejam igualmente tratados na prisão, colocando nas mesmas celas presos condenados da Lava Jato e presos por outros delitos, fazendo com que o caput do artigo 5º

da Constituição Federal seja cumprido no tocante a execução penal. Assim noticiam as agências de comunicação:

Presos da Lava-Jato e políticos vivem em ‘oásis’ em meio a celas com superlotação.

Investigados de elite têm celas com cama, colchão e água quente, com direito até a sessões de massagem. Sobra espaço na cela do ex-governador Sérgio Cabral em Bangu, no Rio de Janeiro (foto: Rodrigo Felix Leal). Sobra espaço na cela do ex-governador Sérgio Cabral em Bangu, no Rio de Janeiro. Em meio à crise dos presídios, empresários e políticos detidos por crimes do colarinho branco, como corrupção e lavagem, não têm muito o que reclamar. Se estar encarcerado não é desejo de consumo de ninguém, ao menos eles vivem uma situação bem diferente das mais de 600 mil pessoas. As celas não estão superlotadas, eles podem dormir em camas ou colchões, existe até água quente para alguns réus da Operação Lava-Jato e foram feitas reformas em parte das dependências da Papuda (DF), onde alguns observadores estrangeiros vêm periodicamente avaliar as condições de alguns deles. (https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2017/01/12/interna_politica,838881/presos-da-lava-jato-vivem-em-oasis-em-meio-a-celas-com-superlotacao.shtml—consulta em 20.01.2018_

Nas ações típicas da polícia brasileira, onda há um grande número de mortes por conflitos policiais, demonstra-se mais uma vez a semelhança com o personagem Batman, uma vez que este não pretende levar seus inimigos a um julgamento justo em algum tribunal e opta por realizar a antiquada vingança privada.

In short, “Batman saves the day, emerges unscathed and moves on with a normal life, with someone else to replace his role defending the system.” (Zizek, 2012)

Em suma, “Batman salva a situação, aparece incólume e continua com uma vida normal, enquanto outro o substitui no papel de defender o sistema” (tradução livre dos autores)

Um recorte da tira de quadrinhos do Batman, ilustra abaixo, a vingança que representa o Direito Penal do Inimigo, configurado nas ações do personagem, impondo ele mesmo o castigo ao suposto delinquente:



(Miller, p 48.2011)

A atuação do Batman, e das polícias, encontra, de certa forma uma legitimação da sociedade, assim como as leis punitivistas já expostas. Assim fala o filósofo Žižek citando Karthick ao fazer uma análise do terceiro filme de Nolan.

In *Dark Knight*, he recognizes that his old methods won't work, and he taps into an entire city's phone conversations, besides using torture to pry out information. In the final instalment, he reveals that he will not even stop at murder to defend his system. (Karthick, 2012)

“No cavaleiro das Trevas, ele reavalia esses velhos métodos que não funcionam, e ele começa a grampear conversas telefônicas, e usar tortura para obter informações. No final ele revela que não vai parar nos assassinatos para defender seu sistema” (tradução livre do autor)

No entanto, na versão gráfica que inspirou os filmes o Batman, intitulada no Brasil de *Batman O Cavaleiro das Trevas* e em inglês apenas *The Dark Knight*, demonstra toda sua indiferença para com as

garantias do indivíduo, como descrito acima, ele chega a grampear telefones, torturar para obter informações e até matar.

Ainda quando a polícia atua dentro da lei constitucional e das regras do processo penal, outra parte do Estado passa a agir dentro da seletividade punitiva para chegar naquele perfil do preso brasileiro que é revelador da maioria pobre e sem instrução.

O Ministério Público recebe o inquérito, já com os seus vícios ideológicos punitivistas, de uma era em que só existe a figura do “promotor de acusação” distante daquela do “promotor de Justiça” e este apresenta a denúncia, tomando parte e agindo como sujeito meramente acusador dentro do processo instalado. Em seguida, o réu, quando pobre, na maioria das vezes recebe assistência defensiva precária, e cabe ao juiz, sentenciar, o que acaba, na grande parte dos casos, em condenação e encarceramento do “inimigo eleito”, em flagrante desequilíbrio processual e constitucional no tocante a observação dos princípios anteriormente elencados previstos no art. 5º. Da Constituição Federal:

Ou seja, não é possível ao sistema penal prender, processar e julgar todas as pessoas que realizam as condutas descritas na lei como crime e, por conseguinte, as agências penais devem optar entre o caminho da inatividade ou da seleção. (Zaccone, 2007, p11)

Assim nota-se que diante da impossibilidade da punição de todos aqueles que praticam crimes, o Estado escolhe aqueles que serão punidos, e faz isso através de leis e de seus agentes, quais sejam: as polícias, o Ministério Público e o Poder Judiciário. Tal escolha sempre recai naqueles envolvidos no chamado “crime efeito”, ou seja, a criminalidade comum, evitando-se a prisão e punição daqueles agentes envolvidos com a “crime causa”, qual sejam, aqueles que prejudicam o erário e subtraem, pela corrupção, direitos essenciais da população, que num círculo vicioso, faz com que, grupos empobrecidos migrem para a criminalidade. No crime causa estão aqueles que retiram da população pobre a chance de não delinquir, seja pela via da educação, ou de qualificações profissionais e políticas públicas que se configurem como ensejadoras de bem estar social.

4. OS RISCOS AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

4.1. ESTADOS TOTALITÁRIOS

Ao longo da história moderna e contemporânea se pode constatar vários exemplos de Estados que a partir da inobservância das garantias básicas do cidadão se tornaram estados totalitários, exercendo assim, atrocidades à democracia e aos direitos humanos. Talvez o mais famoso exemplo desse modelo totalitário seja o 3º Reich da Alemanha nazista. Com inúmeros casos de abuso estatal, aponta-se no âmbito penal o exemplo dos tribunais de exceção feitos na França. Durante a invasão nazista se instalou naquele país o chamado Regime de Vichy e houve grande interferência e atuação do Estado Alemão para que o Poder Judiciário francês legitimasse as ações totalitárias contra os militantes da resistência

Com a instauração do Regime de Vichy, durante a Segunda Guerra Mundial, fortemente influenciado pelo regime nazista e que teve como presidente o Marechal Henri Philippe Pétain, pôs-se fim à Terceira República e deu-se um forte golpe na magistratura, que praticamente teve sua independência eliminada pelo ato constitucional de 27 de janeiro de 1941, o qual obrigou todos os juízes a prestar compromisso de fidelidade ao Governo, sob pena de demissão. Todos, com exceção de um único magistrado francês, firmaram o referido compromisso, mostrando claramente a face da magistratura de então. Além disso, suspendeu-se a inamovibilidade em setembro do mesmo ano (1941), além de terem sido demitidos todos os juízes judeus. (Pinto, 2008, p139)

Nesse momento histórico, é possível observar que também existia a construção do inimigo a ser combatido pelo 3º Reich, quais eram, os judeus, os franceses nacionalistas, e todos aqueles que se opunham ao regime de Hitler. Mais próximo da realidade brasileira, a retirada de direitos como o do Habeas Corpus, com o Ato Institucional n. 05 em 1968, expressa extremismos do Estado e institucionalização de perseguição política.

Ato Institucional número 5

Art. 10—Fica suspensa a garantia de habeas corpus, nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular.

Art. 11—Excluem-se de qualquer apreciação judicial todos os atos praticados de acordo com este Ato institucional e seus Atos Complementares, bem como os respectivos efeitos.

Destaca-se no AI 5 a suspensão de um dos direitos mais importantes do indivíduo que é o *Habeas Corpus*, e assim escreve Mossin.

Em defesa do direito que sempre deve prevalecer em favor do indivíduo, mesmo havendo anormalidade social em que medidas de exceção devem ser impostas para o próprio bem coletivo e para salvaguardar os interesses maiores do Estado, a verdade é que em circunstância nenhuma se justifica a suspensão do habeas corpus ou qualquer outro Writ constitucional. (Mossin, 2008, p53)

Tal medida, digna de governos que devam ser repudiados em qualquer lugar ou momento histórico que aconteça, mostra como o poder estatal pode ser perigoso quando vai de encontro aos Direitos Humanos e as garantias do indivíduo.

Em circunstâncias desse matiz, e a história brasileira nesse quadrante é imensamente clara, tal como a luz solar, as vergonhosas prisões levadas a cabo, ao lado de torturas escabrosas, que nenhum povo civilizado pode e menos ainda deve acatar e conceber, isso sem se cogitar dos assassinatos realizados sob o manto de uma pseudo-revolução, não conseguiram fazer com que se estabelecesse na nação brasileira novos rumos políticos e sociais, os quais, diga-se de passagem, não são conseguidos com a força e a violência, mas por intermédio de um processo educacional lento e gradativo. Pelo contrário, o que se denotou em volta de todo esse processo de política militar foi o abuso, a corrupção, o desmando, o arbítrio, sequelas que até hoje imperam neste país e que não conseguiram mudar seus rumos de ideal à moralidade, legalidade e equidade. Isso se consta, pacificamente, em se trazendo à baila os vergonhosos episódios que assolam no dia de hoje a Câmara dos Deputados e o Senado da República, relacionados com a negociata e o consumo indevido e ilegal de recursos da Fazenda Pública da União, que estavam previstos no orçamento da República, nova como dizem alguns, porém velha na corrupção. Logo, como se verifica de modo

amplo e sereno, de nada valeu a suspensão do habeas corpus no fluir daquela página negra da história pátria, em que os abusiva e ilegalmente presos não tiveram, para impedir esse desmando e despotismo, a oportunidade de utilização desse writ confeccionado sob a égide da mais pura e cristalina democracia. (Mossin, 2008, p54)

As mazelas do Estado, todavia fazem surgir grupos e pessoas que, menosprezando a ideologia imposta, o desejo de Estado e a imagem do Batman “bom-moço”, se levantam contra sistemas opressores, independente da sua matriz ideológica. No Brasil, após 64, Sobral Pinto e Evandro Lins e Silva foram ícones de movimentos por democracia e ordem jurídica dentro e fora do poder judiciário. Na Venezuela se levantam grupos que, inconformados com o modelo do Chavismo, apontam novos rumos para o país, assim como na Bolívia, em Cuba, na Coreia do Norte.

4.2. A AMEAÇA AO ESTADO DEMOCRÁTICO

Nos exemplos de Estados totalitários nota-se que estes usam da criminalização primária e secundária para punir o inimigo eleito. A criminalização primária é aquela promovida pela a legislação, que ao instituir lei punitiva, que em tese se aplicaria a todos, acaba por ser direcionada a um grupo.

A criminalização primária, exercida pelas agências políticas (poder legislativo), é o ato e o direito de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas. Trata-se de um programa de punição a ser cumprido pelas agências de criminalização secundária (policiais, promotores, juizes, advogados, agentes penitenciários). (Zaccone, 2007, p17)

Já a criminalização secundária ocorre no momento aplicar tais leis e tal modelo de criminalização é praticado pelos agentes de segurança pública e pelo Poder Judiciário.

A criminalização secundária é a ação punitiva exercida sobre pessoas concretas, que se desenvolve desde a investigação policial até a imposição e a execução de uma pena e que, necessariamente, se estabelece através de um processo seletivo. (Zaccone, 2007, p17)

Seja inicialmente com a criminalização primária e em segundo momento com a criminalização secundária, os Estados totalitários perseguem, prendem e punem os seus inimigos. No entanto, os ditos Estados Democráticos de Direito também usam destes meios para perseguir os seus inimigos, ainda que de forma velada.

Sabe-se que em democracias consolidadas, as leis são promulgadas, porém caso o Poder Legislativo não seja inteiramente representativo de todos os setores da sociedade, provavelmente as leis serão feitas por um grupo hegemônico, que consegue eleger mais representantes. E é nesse contexto que se vem aprovando o conjunto das leis brasileiras, onde fortes grupos econômicos do país elegem ampla maioria do Congresso e esse passa então a atuar em defesa desses setores.

Entretanto, a própria genese da norma penal – ou seja, o processo legislativo – já aponta para um direcionamento dos seus destinatários. A representação política é visivelmente voltada aos interesses dos grupos dominantes e não espelham anseios coletivos, especialmente os das classes subalteras. Neste cenário, a qualidade e quantidade da pena refletem o comprometimento do legislador para com os interesses dos grupos políticos e socioeconômicos que representa e visam, precipuamente, à salvaguarda e à ampliação das condições de influência de tais grupos. (Martini, 2007, p45)

Nos Estados totalitários a criminalização primária é realizada por atos e decretos de ditadores, já nas democracias contemporâneas a influência econômica no processo legislativo gera também a promulgação de normas com caráter seletivo. Basta ver o exemplo do Código Penal Brasileiro onde o diploma legal aponta para uma pena bem mais alta e gravosa para aquele que pratica um crime contra o patrimônio privado como o roubo do que a pena para quem pratica crime contra o patrimônio público como a sonegação fiscal. Desta forma, um acusado por roubo de um celular (como demonstrado acima) pode ter pena igual ou seguramente maior do que um deputado que subtrai milhões de reais dos programas de merenda escolar, por exemplo.

Toda vez que Estados Democráticos usam de tais meios para perseguir seus inimigos ele se aproxima de Estados totalitários. Na prática, para o cidadão que é perseguido pelo o Estado, não importa se a lei que lhe pune foi outorgada ou promulgada, se ele é torturado em uma Delegacia de Polícia comum ou se foi no Doi Codi e nas antigas dependências militares de contenção de presos civis. A punição do sistema penal que recai sobre o pobre, é sempre seletiva e atenta contra todos os princípios da democracia.

5. CONCLUSÕES

A criminologia é a ciência que estuda o crime na sociedade, analisando o fato delituoso, o autor, e vítima e os efeitos na sociedade, bem como a política criminal de prevenção e repressão adotadas. Analisando suas escolas, principalmente as da criminologia crítica, buscou-se abordar o fenômeno da legitimação social de violências cometidas contra o inimigo social. A ideia do Direito Penal do Inimigo surgiu com Gunther Jakobs, que se caracteriza pela a prática do Estado ou de uma sociedade em criar um inimigo, interno ou externo, a ser combatido.

Para se combater esse inimigo o Estado lança mão de mecanismos que violam garantias fundamentais de qualquer cidadão, tais como tortura e pena capital. Ao olhar a realidade brasileira, percebe-se que também existe a construção de um inimigo interno e que este é perseguido nas ruas pelas as policias, acusado por promotores, condenados pelos magistrados com fundamento em leis voltadas para punir esse inimigo. O perfil desse inimigo brasileiro é o mesmo que lota as penitenciarias e os índices de assassinatos por policiais são sempre indicadores de que as principais vítimas são os jovens negros de baixa renda e escolaridade.

Para se chegar nesse perfil de inimigo, difunde-se a ideia de guerra as drogas, e através dessas prisões e mortes são dirigidas àqueles que são pequenos traficantes ou até mesmo mero usuários. No entanto a sociedade legitima essas ações contra esses inimigos, tal

como se faz na ficção do Batman, onde esse vigilante também utiliza de métodos que passam a margem dos direitos humanos e constitucionais, sob as vistas grossas da justiça, para punir os criminosos de Gotham. Essa legitimação se dá devido ao processo ideológico que setores da sociedade utilizam. O personagem Batman se insere no imaginário popular sempre com sua roupa negra, sua máscara e sua capa, assim se apresenta o herói vingador de todos os males. Na construção atual da mídia, particularmente nos grandes julgamentos, a TV e a internet mostram em tempo real outros “heróis” revestidos da máscara ideológica da suposta justiça e com suas capas pretas nos tribunais fazem com que a massa assista as sessões de julgamento como se fossem verdadeira novelas e espetáculos de vingança. Indubitavelmente o Batman de ontem, é o promotor de hoje, visto que o Ministério Público ainda não se afastou da posição de mero acusador para a imparcialidade que também lhe é imposta pelos princípios constitucionais.

A ideologia de combate ao crime comum, propagada por diversos programas policiais, somado a idéia de que se deve utilizar de qualquer meio para esse combate do inimigo (inclusive milícias privadas), reproduzido de várias formas, como é reproduzido nas mídias do Batman, quais sejam filmes ou quadrinhos, levam a construção de censo comum de que para ter uma sociedade mais segura, deve-se relativizar os direitos do cidadão quando este se tornar um inimigo. Assim como fez o Estado norte-americano torturando presos na prisão de Guantánamo sob alegação de se investigar práticas terroristas.

No entanto essa legitimação gera desgaste no Estado Democrático de Direito, criando fissuras em suas bases. Essas fissuras podem levar a ruína da democracia e um Estado de Direito pode migrar para um Estado Totalitário, o qual já foi vivenciado várias vezes pela humanidade em sua história recente e pretérita. Essas ditaduras usaram e abusaram da relativização dos direitos e garantias fundamentais do homem para perseguir seus inimigos, por isso se

deve evitar qualquer tipo de prática que ameace os direitos individuais sobre o risco de o futuro repetir o passado.

A rotina processual contra o cidadão acusado de um crime comum é a mesma no Brasil há décadas, e muitas das autoridades que hoje são investigadas, processadas e eventualmente punidas, nada fizeram para alterar esse *status quo* da Justiça, e da injustiça. Todavia ao se sentirem atingidas pelas penas inevitáveis e eventualmente impostas aos seus delitos, chegam e se dirigem ao Poder Judiciário como a “ditadura da Toga” como o fez o condenado na Operação Lava Jato, José Dirceu, buscando desqualificar a sentença imposta a si e ao ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, em franca demonstração de que a capa preta da justiça (ou do Batman), para a pessoa dele, José Dirceu, simboliza a ditadura, mas tal ditadura não se evidencia quando a sentença condenatória e os excessos punitivos recaem sobre a cabeça do cidadão pobre.

Em uma sociedade verdadeiramente democrática estruturada em um Estado de Direito, deve-se ter como eixo central os direitos humanos e as garantias do indivíduo. Qualquer atentado por parte do Estado ao um cidadão, utilizando-se de meios e métodos que ferem tais direitos deve ser tomado como um atentado a toda sociedade, afinal ao se relativizar os direitos de um, acaba-se por fim relativizando o direito de todos, e tal contexto passa a ser preocupante não só para a vida nacional mas para todos os países, como bem tem demonstrado a Organização dos Estados Americanos com as violações ocorridas no Brasil contra populações pobres e em outros países que vivenciam crises políticas vizinhos que vivenciam suas crises políticas. Enfim, aceitar o Batman e suas práticas, torná-las comum, é dizer sim a um Estado autoritário.

REFERÊNCIAS

ANISTIA INTERNACIONAL. *Você Matou Meu Filho!* Homicídios cometidos pela polícia na cidade do Rio de Janeiro. 2015. Disponível em: <https://anistia.org.br/wp-content/uploads/2015/07/Voce-matou-meu-filho_Anistia-Internacional-2015.pdf> Acesso em 27 de janeiro de 2016.

ANJOS, Priscila Farias dos. Legislação do Pânico: análise do rigor punitivista sob a influência do fenômeno da vítima/herói, *Revista Transgressões Ciências Criminais em Debate*, vol.3, n. 1, maio/2015.

BRASIL (STF). Supremo Tribunal Federal. *Pena pode ser cumprida após decisão de segunda instância*, decide STF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=310153>> Acesso em: 04 de maio de 2016.

BRASIL. *Ato Institucional nº 5*. Brasília, DF:1968.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: senado, 1988.

BUDÓ, Marília Denardin. Mídia e crime: a contribuição do jornalismo para a legitimação do sistemapenal. *UNIrevista* – Universidade do Vale dos Sinos, São Leopoldo/RS, vol. 1, n. 3, jul/2006. p. 8.Disponível em: <http://www.unirevista.unisinos.br/_pdf/UNIrev_Budo.PDF>. Acesso em: 18 abr.2013.

INFOPEN – *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/relatorio-depen-versao-web.pdf>> Acesso em 05 de maio de 2016.

JESUS, Damásio. *Código Penal anotado*, 19.^a ed., Saraiva, 2009.

KARTHICK. *The Dark Knight Rises a Fascist?* 2012. Disponível em: <<https://wavesunceasing.wordpress.com/2012/07/21/the-dark-knight-rises-a-fascist/>> Acesso em 15 de abril de 2016.

LEMINI, Matheus Magnus Santos. *Direito penal do inimigo*: Sua expansão no ordenamento jurídico brasileiro, 2012. Disponível em:<http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7619>. Acesso em: 05 de maio de 2016.

MARTINI, Marcia. A Seletividade Punitiva Como Instrumento de Controle das Classes Perigosas. *Revista MPMG Jurídico*. Ano III. Nº11 outubro/novembro/dezembro 2007.

MARX, Karl & ENGELS, Friedrich. *A ideologia alemã*. 11^a ed., São Paulo: Hucitec, 1999.

MOSSIN, Heráclito Antônio. *Habeas Corpus*: antecedentes históricos, hipóteses de impetração, processo, competência e recursos, modelos de petição, jurisprudência atualizada. 8. ed. Barueri, SP : Manole, 2008.

PACTO SÃO JOSÉ. *Convenção Americana de Direitos Humanos*. 1969.

PINTO, Flávia Sousa Dantas. O Judiciário Francês Sob a Ótica de um Juiz Brasileiro. *Revista da ESMARN* – Mossoró – v. 8, n. 1, p. 109 – 136 – jan/jun 2008.

SANTOS, Juez Cirino dos. *O direito penal do inimigo – ou o discurso do direito penal desigual*. Disponível em: <www.icpcjur.com.br/images/direito_penal_do_inimigo.pdf> Acesso em: out. 2009.

SANTOS, Simone Moraes dos. *A coerção penal no âmbito da Lei dos Crimes Hediondos*, 2003. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/13618-13619-1-PB.pdf>> Acesso em: 30 de abril de 2016.

SHECAIRA, Sergio Salomão. *Criminologia*. 1^aEd. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SHECAIRA, Sergio Salomão. Tolerância Zero. *Revista Internacional de Direito e Cidadania*, n. 5, p. 165-176, outubro/2009.

ZACCONE, Orlando. *Acionistas do Nadaquem* são os traficantes de drogas. 1ª Ed. Rio de Janeiro. Editora Revan. 2004.

ZIZEK, Slavoj. *Dictatorship of the Proletariat in Gotham City*. 2012. Disponível em: <<https://blogdaboitempo.com.br/2012/08/08/dictatorship-of-the-proletariat-in-gotham-city-slavoj-zizek-on-the-dark-knight-rises/>> Acesso em 15 de março de 2016.

JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO PARADIGMA JURÍDICO-CRIMINAL: A LEGITIMAÇÃO DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Ana Paula da Silva Sotero¹

Luciano de Oliveira Souza Tourinho²

1. INTRODUÇÃO

As realidades sociais que se delineiam no Estado Democrático de Direito reclamam integração e respeito aos direitos fundamentais de forma efetiva. Dentro dessa perspectiva, surge a preocupação quanto à justiça criminal brasileira que vem sido adotada e executada. O cenário jurídico contemporâneo trilha no sentido de reconhecer a necessidade de uma reestruturação das instituições penais, a partir da construção de novas propostas inseridas no contexto de um novo paradigma de justiça.

Após vários períodos de tutela penal retributiva, na tentativa de redução da criminalidade, considerados em cada momento histórico-social, os tempos hodiernos são marcados pela necessidade de analisar a construção do Direito a partir do respeito dos direitos fundamentais

1 Bacharelada em Direito pela Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia – UESB. Membro do grupo de pesquisa Culpabilidade, Vulnerabilidade e Seletividade Penal (CNPq). E-mail: anapaula_sotero@hotmail.com.

2 Advogado. Doutor em Direito Público–Direito Penal pela Universidade Federal da Bahia. Mestre em Direito Público–Direito Penal pela Universidade Federal da Bahia. Especialista em Direito Público e em Ciências Criminais pela Faculdade Independente do Nordeste. Graduado em Direito pela Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia. Graduado em Direito pela Faculdade Independente do Nordeste. Professor auxiliar de Direito Penal e Direito Processual Penal na Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia. Professor de Direito Penal, Legislação Penal Extravagante e Direito Processual Penal na Faculdade Independente do Nordeste. Coordenador do Núcleo de Estudos de Direito Contemporâneo–Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia. Coordenador do grupo de pesquisa Culpabilidade, Vulnerabilidade e Seletividade Penal (CNPq). E-mail: luciano.oliveira.jus@hotmail.com

consagrados na Constituição Federal de 1988.

Depois de várias transformações históricas, sociais, políticas e culturais, chegou-se aos 30 anos da Constituição Cidadã com a necessidade de refletir as construções da tutela penal a partir dos conceitos de cidadania e de respeito aos direitos fundamentais, a fim de verificar a efetividade de tais premissas assinaladas como essenciais para a promoção da justiça social e igualitária.

Diante da realidade de crise do sistema de justiça criminal, estabelecida pela falta de legitimidade constitucional de sua aplicação demonstradas nas mazelas dos estabelecimentos penais, das superlotações e condições que desrespeitam a dignidade da pessoa humana dos presos, surge a necessidade de repensar os institutos criminais e refletir sobre novas formas de cumprimento às premissas estabelecidas na Constituição Federal de 1988.

Nesse cenário, a Justiça Restaurativa se apresenta como temática central de debates, em uma tentativa de formulação de modelos eficientes na gestão de conflitos e de garantir a legitimação das garantias constitucionais. A apresentação da reparação como resposta jurídico-penal configura uma alternativa para legitimação desse subsistema, em virtude da necessidade de se buscar mecanismos de efetividade das finalidades das sanções penais.

Nesse aspecto, o presente artigo propõe uma investigação dos fundamentos e dos elementos conceituais da Justiça Restaurativa, suas principais modalidades e, ao final, a verificação das experiências práticas a partir do projeto de Salvador- Bahia. A pluralidade de práticas e métodos restaurativos denota um panorama de programas variados, resultantes das mais distintas orientações culturais e político-institucionais.

Para além de analisar os elementos estruturantes das propostas restaurativas, cumpre perquirir sua compatibilidade com as finalidades da intervenção penal, no sentido de promover uma resposta jurídica coerente, direcionando a atenção, ainda, à pessoa da vítima e ao resgate da participação comunitária na resolução dos conflitos

penais. Essas práticas coadunam com a concepção de um projeto de democratização da justiça penal.

A presente incursão teórica será balizada pelo método exploratório, a partir de uma abordagem crítico-reflexiva. Sua proposta dialógica lançará os fundamentos para uma análise da construção de uma justiça penal restaurativa, a partir do estudo de literatura produzida por cultores da Justiça Restaurativa, bem como dos projetos pioneiros desenvolvidos no Brasil.

2. A CRISE DO SISTEMA PENAL BRASILEIRO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O Direito Penal brasileiro tem seus fundamentos nas premissas de prevenção e reprovação do delito, como forma de coibir práticas reiteradas na sociedade. No entanto, observa-se a construção do sistema penal a partir das teorias retributivas, que buscam apenas a reprovação do delito, sem preocupação com o caráter ressocializador da pena. Crê-se que, ao se cometer um injusto penal, o indivíduo deve pagar, da forma mais dolorosa possível, pelo delito cometido.

Todavia, quando se fala na crise do sistema penal brasileiro e da conjuntura do sistema punitivo se percebe que a prisão é utilizada como instrumento de controle social e representa uma falência da aplicabilidade dos ideais de justiça desde à época do seu surgimento. Segundo Foucault (1987), no século XIX, a prisão representava a força do aparelho de punição do Estado a partir de um sistema de suplícios e penas desumanas, que representavam uma verdadeira distribuição do caos social revestido de poder nos aparelhos estatais.

As penas, portanto, assumiram as funções de vingança privada e, segundo Beccaria (1999, p.10), “as penas existiam somente para defender o bem público das usurpações particulares, sem criar condições de ressocialização do indivíduo. O direito de punir se configurava como a junção de cada porção do que foi abdicado por cada pessoa”. Ressalta-se que esta abdicação não se dava em busca do bem comum,

e sim em busca da proteção pessoal de cada um, do suficiente para que a sociedade protegesse este que abdicou.

Hoje, a pena não é mais adotada sob a justificativa deste caráter privado, mas devido à violação de determinado bem jurídico de interesse social. De acordo com Rolim (2007, p. 89), “o sistema penal brasileiro se pauta na justificativa esvaziada de prevenção do crime, sem considerar a necessidade de empoderamento dos envolvidos”. Nesse contexto, o sistema criminal atual preocupa-se apenas com a função de punir o autor do delito.

Segundo Zher (2008), esse tipo de sistema criminal representa o desfuncionalismo do próprio Estado de garantir a paz social. Esse modelo retributivo acaba contribuindo para o aumento da criminalidade e da violência carcerária, uma vez que a atuação apenas na punição não gera efeitos de desafogamento dos cárceres, tão pouco se preocupam com a mitigação dos efeitos da pena para o condenado e para a sociedade.

A espécie de pena utilizada e difundida de forma mais ampla é a pena privativa de liberdade que, segundo a Lei de Execução Penal, deve ter caráter ressocializador, em termos mais adequados, de descontinuidade de condutas delituosas, para que o indivíduo retorne ao convívio social. Para isto, o estabelecimento penal deve ser dotado de uma estrutura que proporcione educação e trabalho, de modo que o preso, ao findar a pena, esteja preparado para a vida em comunidade.

Segundo a Lei de Execução Penal, os presos devem ter acesso aos seguintes direitos:

Art. 41—Constituem direitos do preso:

I—alimentação suficiente e vestuário; II—atribuição de trabalho e sua remuneração; III—Previdência Social; IV—constituição de pecúlio; V—proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação; VI—exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena; VII—assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa; VIII—proteção contra qualquer forma

de sensacionalismo; IX—entrevista pessoal e reservada com o advogado; X—visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados; XI—chamamento nominal; XII—igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena; XIII—audiência especial com o diretor do estabelecimento; XIV—representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito; XV—contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes. XVI – atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente.

Porém, a realidade carcerária brasileira demonstra a impossibilidade do cumprimento das leis constitucionais e da Lei de Execução Penal nos moldes das estruturas dos estabelecimentos em funcionamento. Há uma completa ausência de respeito aos direitos humanos, uma vez que as prisões são marcadas pela superlotação, por condições insalubres e verdadeiros espaços de reprodução da violência.

Nessa perspectiva, a função de ressocialização se torna ineficaz na medida que não possui espaço de aplicação dentro do sistema prisional vigente. Além disso, ainda há a dificuldade de incorporação de tal princípio na aplicação das normas penais pelo judiciário, que reduzem a pena a um mero fato processual de reprovação da conduta, sem considerar a importância do sistema ressocializador para a prevenção do delito, pautando-se apenas na justiça retributiva. Acredita-se que quanto mais dura for a punição, menores são as possibilidades de reincidência dos indivíduos.

A realidade prática demonstra que esse tipo de sistema criminal possui efeitos contrários. À medida que a violência alcança as formas de aplicação do Direito Penal e as estruturas prisionais, gera-se um verdadeiro estado de caos constitucional, uma vez que o próprio Estado passa a atuar a favor da violência institucionalizada a partir da falência de seus sistemas. Da mesma forma pensa a maioria dos doutrinadores que lidam com a realidade do sistema criminal.

3. O ESTADO DE CAOS DO SISTEMA CARCERÁRIO DO BRASIL

A superlotação é um dos problemas mais latentes no cárcere. Em um ambiente que é caracterizado pela falta de condições mínimas de higiene e conforto, aumenta-se o problema ao se colocar um número muito maior de pessoas do que o máximo comportado, contribuindo para a proliferação de patologias entre os internos. Além disso, os riscos de rebeliões e brigas internas se intensificam e o sistema carcerário passa a não operar para garantir a justiça penal, mas para reproduzir a violência e as mazelas sociais.

Segundo o relatório do INFOPEN (2014) – Sistema Integrado de Informações Penitenciárias—não há, nas prisões, devida assistência médica, de modo que, para um enorme contingente de detentos, há apenas um ou dois médicos que, usualmente, comparecem à unidade uma vez na semana. Não há também a devida estrutura no presídio para atender este fim. Muitos internos necessitam do uso de medicamentos regularmente, da realização de exames, de tratamentos para doenças que os acometem ou de atendimento emergencial, mas estas demandas dificilmente são atendidas.

O oferecimento de oportunidades de trabalho é outro item fundamental nas unidades prisionais que dificilmente é fornecido. Nos estabelecimentos onde há a presença de atividades laborais nota-se um menor grau de reincidência, pois o interno tem, muitas vezes, pela primeira vez, a oportunidade de aprender um ofício. Desta forma, ao concluir o cumprimento da pena, sai da prisão capacitado para exercer uma profissão.

Há também o caráter de remição da pena, que proporciona que os períodos trabalhados sejam convertidos em dias a menos de pena, o que se mostra muito mais eficiente em caráter de ressocialização do que o período encarcerado. Porém, conforme salienta Sica (2007), tais institutos encontram-se sem aplicação nos estabelecimentos penais, pois estes não comportam de estrutura adequada, tampouco de meios

eficientes para cumpri-los.

Da mesma forma é tratado o estudo. Não há acesso a livros, e a educação fornecida é precária. Na maioria dos presídios onde há o oferecimento de aulas, estas são ministradas aos detentos sem sequer um local de assento. O que se percebe diariamente são presos ociosos, sem a oportunidade de acesso a atividades enriquecedoras, o que contribui para a diminuição da autoestima, levando a problemas psicológicos, e para a permanência do indivíduo no único âmbito em que este possui conhecimento e oportunidades: o criminal. Afinal, ao sair da prisão, as oportunidades são fechadas a estas pessoas estigmatizadas pelo cometimento de um ato contrário às normas.

O sistema prisional, em sua configuração atual mostra-se completamente falido, de modo que não cumpre a sua função ressocializadora, além de cumprir uma função reversa: servir como meio de geração de mais crimes e de maior imersão dos internos neste contexto, devido à omissão dos membros do Poder Executivo, que não investem nas estruturas prisionais para que ofereçam o que está previsto legalmente, tampouco em políticas públicas que evitem a adesão à práticas criminosas, como educação, qualificação profissional e esportes.

Ainda, a postura do Poder Judiciário é excessivamente punitivista, contribuindo com o inchaço crescente da população carcerária. A prisão, hoje, retira toda a condição humana que restava no indivíduo, ao se configurar como um verdadeiro depósito de pessoas, sem qualquer respeito aos direitos humanos.

4. OS DIREITOS HUMANOS E A CONSTRUÇÃO ILEGÍTIMA DO DIREITO PENAL

Os direitos essenciais ao homem nascem das lutas de poder, das lutas contra a opressão, quando as condições lhes são propícias e o momento necessita do reconhecimento de sua inviolabilidade para o convívio social. Na visão ocidental de democracia, esses direitos são limitações do poder delegado pelo povo ao representante

e também são regulamentos da própria ordem constitucional para que as normas não sejam superiores aos direitos essenciais ao cidadão. Assim, o direito penal do Estado deve estar interligado aos princípios que regem a Carta Magna para que não fra a dignidade humana nem desrespeitem os direitos humanos.

O contexto que ora se delineia faz-se necessário compreender o campo de atuação dos direitos humanos e dos direitos fundamentais. Seguindo as lições de Dirley da Cunha Júnior (2010, p. 47), os direitos humanos são universais, que conferem poder de existência digna, livre e igual de todos os seres humanos. Trata-se de dimensões históricas, que vão sendo conquistados a partir da realidade social e da atuação humana.

Os direitos fundamentais, ao seu turno, são a positivação dos direitos humanos a partir do reconhecimento das legislações positivas, em especial pela Constituição da República Federativa de 1988, que trazem um conteúdo material das dimensões dos direitos humanos com as garantias individuais e coletivas, direitos sociais, direitos de nacionalidade, direitos políticos, direitos de partidos políticos e direitos econômicos.

Erigidos à ordem constitucional, os direitos fundamentais formam um sistema principiológico que, na esfera penal, revela-se como garantias a serem observadas pelo Estado quando for cominar e executar sanções penais. Desse modo, o direito penal brasileiro é fruto de uma construção legítima, abalizado pelos princípios que compõem o ordenamento jurídico, como afirma Luiz Antônio Rizzato Nunes (2002, 45) “a dignidade é o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional posto e o último arcabouço da guarida dos direitos individuais”.

Não restam dúvidas de que o princípio da dignidade da pessoa humana é o direito essencial que deve ser observado e preservado em um Estado Democrático de Direito, uma vez que este princípio é uma qualidade integrante da condição humana, servindo de instrumento norteador para a elaboração de regras. Assim, como preleciona Sebastián Borges de Albuquerque Mello (2010, p.45) “o significado da dignidade da pessoa humana é consubstanciado no valor essencial do homem, como condição de existência humana”.

Para limitar o exercício do *ius puniendi* do Estado, a Constituição de 1988 elencou garantias à integridade física e moral do preso, ao declarar, nos incisos III e XLIX, do art. 5º, respectivamente, que “ninguém será submetido à tortura ou a tratamento desumano ou degradante” e que “é assegurado ao preso à integridade física e moral”. Essas garantias reservam aos apenados a dignidade dentro do cárcere.

No entanto, a realidade do sistema penal brasileiro demonstra o completo desrespeito aos direitos fundamentais, uma vez que o cenário de sucateamento dos estabelecimentos penais, com as superlotações e as condições indignas de existência deslegitimam as premissas elencadas na Constituição Federal de 1988.

Nessa linha de intelecção, o Direito Penal se apresenta como uma desconstrução do Estado Democrático de Direito, uma vez que a execução da pena privativa de liberdade tem relativizado direitos essenciais para a dignidade humana. Tal ilação denota a corrosão dos ideais de justiça criminal, que tem se sustentado em um sistema fadado a falência e sem objetivos de reinserção do indivíduo no seio social.

O que se percebe é a completa inversão dos valores de justiça em um ciclo de violência que se institucionaliza e alcança todas as esferas sociais, na medida em que a falta de ressocialização leva de novo ao estado de insegurança e criminalidade. Ademais, as prisões se tornaram palco de facções rivais que decidem a violência externa de dentro dos próprios presídios. Segundo as lições de Pallamolla (2009), o estado de caos que se instalou nas prisões estimula a delinquência, convertendo-se em instrumento que oportuniza toda espécie de desumanidade.

5. JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO NOVO PARADIGMA DE EFETIVIDADE DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

A realidade da justiça criminal revela a supressão dos direitos humanos erigidos à ordem constitucional de 1988, uma vez que a atuação jurídica se concentra apenas a analisar o processo penal como mera retribuição da pena, sem garantir condições de

reinserção do indivíduo na sociedade. Ademais, soma-se a esse panorama criminal a falência dos aparelhos do Estado que denotam a ineficácia da justiça social.

Dentro desse cenário criminal, a Justiça Restaurativa surge como um paradigma de rompimento com os modelos retributivos e incorpora nos seus ideais a construção da justiça por meio do empoderamento dos envolvidos a partir da participação da sociedade, da vítima e do agressor na composição do litígio, quando possível.

Segundo as lições de Howard Zehr (2008), um dos principais teóricos da justiça restaurativa, é necessário que “mudemos a lente retributiva pela qual enxergamos o crime e a justiça por uma nova lente, restaurativa, a fim de que seja construído um novo paradigma”. A Justiça Retributiva apresenta apenas um processo entre sujeito ativo da infração penal e o Estado – sendo a vítima praticamente esquecida –, por meio de um processo em que estes se veem como competidores, essencialmente adversarial, que tem por finalidade provar a culpa ou inocência da violação do direito, aplicando, de forma silogística, o castigo consequente da prática do delito.

Como constata Leonardo Sica (2007), ao discorrer sobre a temática, o sistema penal tornou-se um mero fato de poder, e disserta que a pena, que, em seu sentido literal, significa sofrimento, aflição, é a explícita manifestação do poder estatal, despida de qualquer racionalidade.

Nesse contexto, a Justiça Restaurativa surge como o restabelecimento de um equilíbrio. Para a justiça penal este se restaura com a retribuição (o ofensor deve “pagar” o mal cometido por meio da sua punição); para a justiça restaurativa, com a reparação (o ofensor deve corrigir o seu erro). Nesse sentido, Roche (2007, p. 89) afirma que a justiça restaurativa, ao contrário do que muitos sustentam, “não é uma alternativa à punição, mas uma forma alternativa de punição”.

A Justiça Restaurativa se apresenta como um novo modelo penal, pautado em um paradigma que se contrapõe ao modelo de justiça consolidado – o qual é constituído sob o paradigma punitivo/retributivo.

Este novo modelo, a partir da análise crítica do sistema penal, questiona sua legitimidade e aponta seu estágio de crise e saturação.

No entanto, ao invés de propor a eliminação do sistema penal, como o fazem as correntes abolicionistas, a Justiça Restaurativa defende a sua remodelação, a fim de que o Direito Penal possa ser, de fato, um instrumento que promova a pacificação social e garanta a proteção da dignidade da pessoa humana.

Sobre o tema, Zehr (2008 p. 110) assevera que “o facilitador pode pedir ao ofensor que aceite a obrigação de corrigir o mal, ou incentivá-lo fortemente a assumir a responsabilidade e encarar suas vítimas. Não pode, contudo, lhe impor tal obrigação”. Em sendo o caso de não aceitação pelo ofensor quando possível a aplicação dos métodos restaurativos, caberá a aplicação da justiça processual penal.

Cumprе destacar, dessa forma, que a atuação voluntária norteia a aplicação da justiça restaurativa e evidencia o empoderamento das partes, bem como a participação cidadã na construção do direito penal legítimo. Tais métodos restaurativos já apresentam resultados positivos que, conforme dados do INFOPEN (2014) tem reduzido a taxa de reincidência no país.

Para compreender a temática e a sua importância para a legitimação das garantias constitucionais é mister reconhecer que a Justiça Restaurativa se apresenta com um gama de oportunidades e formas de aplicação. Não se trata, portanto, de um conceito fechado. Por isso, os estudos dos métodos restaurativos e a própria definição da Justiça Restaurativa são controversos e variados na doutrina. Tem-se apenas uma gama de valores e princípios típicos que devem ser observados para que se possa afirmar que determinado projeto está situado em um contexto restaurativo.

Convém destacar, como também o fez Mylène Jaccoud (2005, p.28), que “a Justiça Restaurativa se apoia, inicialmente, numa tentativa de redimensionamento do conceito de crime, passando a concebê-lo como um evento responsável pela causa de prejuízos”.

Portanto, afastava-se da definição de delito enquanto uma violação contra o Estado ou, ainda, como um descumprimento de uma norma jurídica.

Nessa linha de intelecção, Zehr (2005) leciona que o crime deve ser percebido com uma violação nas relações entre o infrator, a vítima e a comunidade, competindo à Justiça a identificação das necessidades e obrigações decorrentes da atividade delituosa. Da mesma forma pondera Parker (2005, p. 247):

A justiça restaurativa é vista como um novo paradigma de conceitualização do crime e de resposta da justiça. O movimento centra-se mais no dano causado às vítimas e às comunidades do que nas leis não obedecidas, como ocorre na concepção tradicional de justiça criminal. Oriunda de raízes geográficas distintas e desenvolvida através de experiências práticas diferentes, a justiça restaurativa tem sido definida de vários modos diferentes.

Percebe-se, portanto, uma maior preocupação direcionada ao conceito do delito, como forma de estabelecer um caminho de construção conceitual da Justiça Restaurativa. Nesse aspecto, salienta Raffaella Pallamolla (2009, p. 59) que “a justiça criminal está fundamentada na busca de novos caminhos que ora se delineiam com o passado, mas que apresentam novas perspectivas para o futuro”. Diante disso, a referida autora afirma que a Justiça Restaurativa não deve ser entendida como um conceito maniqueísta de exclusão da reprovação da pena e oposição completa ao sistema penal vigente.

A Justiça Restaurativa pauta-se, portanto, na consideração da reprovação do delito, porém com a participação das partes envolvidas, englobando tanto a vítima, como a sociedade como um todo. Sendo assim, pode-se definir os objetivos e características da Justiça Restaurativa da seguinte forma (United Kingdom – Restorative Justice Consortium, 1998):

A justiça restaurativa procura equilibrar o atendimento às necessidades das vítimas e da comunidade com a necessidade de reintegração do agressor à sociedade. Procura dar assistência à recuperação da vítima e permitir que todas as partes participem do processo de

justiça de maneira produtiva.

Segundo Renato Sócrates Pinto (2006), a Justiça Restaurativa ganhou notoriedade com a sua positivação no ordenamento jurídico da Nova Zelândia. Após isso, o Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas requisitou à Comissão de Prevenção do Crime e de Justiça Criminal, por meio da Resolução 1999/26, de 28 de julho de 1999, intitulada “Desenvolvimento e Implementação de Medidas de Mediação e Justiça Restaurativa na Justiça Criminal”, a criação de novos modelos para atuar com a mediação e métodos restaurativos.

Após este percurso, o Conselho Econômico e Social da ONU editou a Resolução nº 2002/12, na qual ficaram definidos os princípios e as diretrizes básicas para a utilização de programas de Justiça Restaurativa em matéria criminal, que influenciou vários países a adotarem a metodologia restaurativa ou aprimorarem os seus programas, inclusive o Brasil.

A Resolução 2002/12 trouxe definição mais precisa a dois conceitos fundamentais ao novo paradigma de justiça que se firmava, a saber, os conceitos de processo restaurativo e o de resultado restaurativo (itens 2 e 3). Veja-se:

2. Processo restaurativo significa qualquer processo no qual a vítima e o ofensor, e, quando apropriado, quaisquer outros indivíduos ou membros da comunidade afetados por um crime, participam ativamente na resolução das questões oriundas do crime, geralmente com a ajuda de um facilitador.

3. Resultado restaurativo significa um acordo construído no processo restaurativo. Resultados restaurativos incluem respostas e programas tais como reparação, restituição e serviço comunitário, objetivando atender as necessidades individuais e coletivas e responsabilidades das partes, bem assim promover a reintegração da vítima e do ofensor. (ONU, 2002)

Nessa perspectiva, a Justiça Restaurativa apresenta-se como a construção de um sistema que trabalha no processo de busca de alternativas capazes de promoverem a reparação dos danos causados pela situação, com enfoque em todas as partes afetadas, ou seja, vítima,

ofensor e comunidade. Note-se que a abordagem dos modelos restaurativos implica na análise do fenômeno do crime de forma complexa, com respaldo na legitimidade da realidade democrática do Estado de Direito.

No contexto do judiciário brasileiro, a Justiça Restaurativa foi incorporada na aplicação do sistema penal com a Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, a Justiça Restaurativa se apresenta como opção de metodologia para o tratamento de uma variedade de conflitos. O processo deve ser um instrumento de empoderamento das partes. Assim, entende-se que as partes não apenas devam assistir ao que acontece no processo penal passivamente – como ocorre sob o paradigma retributivo –, mas deve lhes ser oportunizada a possibilidade de participação ativa nos procedimentos voltados às tomadas de decisões, haja vista ser o seu conflito que se está decidindo. Dessa forma, a Justiça Restaurativa surge como o elo entre o Estado e a cidadania, permitindo a superação do modelo retributivo e criando alternativas que garantam a participação da coletividade para prevenir o direito.

Com o advento da Resolução nº 225/2016 do Conselho Nacional de Justiça–CNJ, a Justiça Restaurativa estabeleceu suas formas de aplicação, trazendo os diálogos conciliatórios e os círculos restaurativos como meios de prevenção dos delitos. Nesse sentido, conforme preleciona Zehr (2005), os métodos da Justiça Restaurativa permitem a pacificação social e a consciência dos atos de cidadania como formas a evitar o conflito.

6. OS MÉTODOS RESTAURATIVOS NA REALIDADE DA JUSTIÇA CRIMINAL

Cumprе salientar que há uma variedade de práticas e métodos restaurativos. Nesse sentido, o presente artigo concentra-se na análise dos modelos mais recorrentes, sem pretensões de exaurir o tema. Temos como oportunas as considerações de Jim Dignan e Peter Marsh (2003), para quem os três procedimentos – conferências, círculos e mediação – apresentam aspectos convergentes, quais sejam: a

responsabilidade que atribuem ao agente perante aqueles que foram atingidos pela prática delituosa; o processo inclusive, na medida em que encorajam a participação de todos; e, por fim, o objetivo primeiro de reparação dos danos decorrentes do crime.

As conferências restaurativas são realizadas por encontros que envolvem, em sua forma mais elementar, a vítima e o agressor, com a finalidade de realização de um acordo reparatório das consequências produzidas pela prática do delito. A abertura conceitual desse modelo restaurativo foi reconhecida por Carlucci (2004), que descreve a conferência como deliberação entre o infrator e sua rede de trabalho, e a vítima e seu grupo, com a intervenção da polícia, que pode funcionar como facilitador ou gestor do procedimento. Esses grupos ou redes, como pontuam Raye e Roberts (2007, p. 87), “podem ser formados por familiares e pessoas que servirão como apoio da vítima e do infrator, como amigos, professores, por exemplo, ao que denominam de *community of care*”.

Quando se trata dos círculos restaurativos, pode-se perceber uma pluralidade de espécies, cujas diferenças, como salienta Carlucci (2004), podem ser situadas nas esferas das finalidades e da abertura para participação. Nesse sentido, encontramos grupos destinados ao auxílio das pessoas envolvidas, como nos casos de mulheres vítimas de abuso sexual, bem como círculos em que há uma preocupação comum com todos os sujeitos protagonistas do delito.

Os *healing circles* (círculos de cura ou círculos sanadores) são desenvolvidos no âmbito da própria comunidade, em fases distintas, e contando com a ampla participação de todos os envolvidos. Iniciam-se com a identificação do problema, sendo promovidos diversos encontros da vítima e do ofensor, respectivamente, com os círculos, formados por membros da comunidade, da família, e, quando necessário, agentes do Estado, como a polícia.

Na doutrina restaurativa, a mediação penal é um instrumento que recorre à comunicação entre vítima e infrator, conferindo-lhes autonomia decisória. Para Cruz Parra (2013, p. 130), a mediação

penal pode ser concebida como “um procedimento dentro do processo penal no qual a vítima e o infrator, ajudados por um mediador oficial podem decidir o conteúdo do acordo de reparação cujo cumprimento efetivo paralisaria o progresso da ação penal”.

Neste diapasão, Leonardo Sica (2007, p. 51) afirma que a mediação, por meio do “instrumento de escuta das emoções, permite a revelação e o reconhecimento pleno das necessidades e dos valores das pessoas em conflito e, portanto, o incremento das possibilidades que cheguem a um acordo estável e duradouro”. Nesse mesmo sentido, Riccardo Cappelletti (2009, p. 35) leciona que a mediação apresenta, em sua essência, uma proposta centrada na conflitualidade humana, podendo significar um problema e, também, representar um “campo de entrelaçamento de potenciais positivos”, num panorama de mudança interpretativa do “outro”, distanciando-o de uma reação defensiva.

7. NÚCLEO DE JUSTIÇA RESTAURATIVA DA BAHIA: UM MODELO DE PRÁTICAS RESTAURATIVAS NO BRASIL

Com o escopo de garantir o acesso dos cidadãos à Justiça e dar efetividade à tutela penal, foi criado, em dezembro de 1999, o Brasil firmou acordo de cooperação técnica com o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, iniciativa esta que gerou o Programa de Modernização da Gestão do Sistema Judiciário. A Justiça Restaurativa passou a ser uma das áreas de atuação conjunta das duas entidades.

Pouco tempo depois, nos dias 14 a 17 de junho de 2005, o conteúdo do documento foi ratificado pela Carta de Brasília, na conferência Internacional “Acesso à Justiça por Meios Alternativos de Resolução de Conflitos”, realizada na cidade de Brasília. Da mesma forma, a Carta do Recife, elaborada no II Simpósio Brasileiro de Justiça Restaurativa, realizado na capital do Estado de Pernambuco–Brasil, nos dias 10 a 12 de abril de 2006, ratificou as estratégias adotadas pelas iniciativas de Justiça Restaurativa em curso.

A partir de 2006, os projetos de Justiça Restaurativa ganharam espaço, sem que fosse perdida a ideia de adaptação das práticas e princípios estrangeiros à realidade brasileira. Sobre esta questão, Rafael Gonçalves de Pinho (2009, p. 246) traz uma importante reflexão, a saber:

Por consequência natural, os conceitos da justiça restaurativa chegaram ao Brasil, principalmente a partir da observação e o estudo do direito comparado, trazendo a baila suas premissas, aplicações e experiências que lograram êxito. Por isso, é necessário registrar que o modelo restaurativo no Brasil não é cópia dos modelos estrangeiros, pois nosso modelo é restritivo, e carece de muitas transformações legislativas para a aplicação integral da justiça restaurativa. Ademais, como a justiça restaurativa é um processo de constante adaptação, é de bom alvitre sempre a adequação necessária à realidade brasileira.

O Núcleo de Justiça Restaurativa, criado pela Resolução Nº 8, de 28 de julho de 2010, visa a aplicação de métodos e práticas restaurativas nas ocorrências e nos processos em tramitação no Juizado Especial Criminal em Salvador, possuindo funções específicas de planejar, apoiar, executar e avaliar a aplicação de vias alternativas na solução de conflitos inseridos na área de atuação jurisdicional.

A Justiça Restaurativa chega como mecanismo de transformação social, uma vez que abre caminho para a forma participativa de promoção da paz social, dando possibilidade de conciliação às vítimas e, aos agressores, de resolverem os transtornos oriundos dos conflitos sociais.

O Projeto atende, atualmente, às regiões urbanas com população estimada em mais de um milhão e duzentos mil habitantes, uma vez que o Núcleo de Justiça Restaurativa instalado na Capital recebe termos circunstanciados das Delegacias de Polícia da Liberdade (2ª DP), Bonfim (3ª DP), São Caetano (4ª DP), Periperi (5ª DP), Madre de Deus (17ª DP) e da Delegacia Especializada de Tóxicos e Entorpecentes, as quais abrangem regiões e bairros diversos, segundo Santos (2014, p. 106).

8. CONCLUSÕES

Dentro de uma realidade de corrosão do estado constitucional, faz-se necessário o estabelecimento de métodos alternativos que

buscam garantir a tutela penal de forma eficiente e satisfativa, que prime pelo respeito aos direitos humanos. Nos 30 anos da Constituição Cidadã é inadmissível sustentar um Direito Penal que corrobore para a criminalidade e violência no país.

É necessário romper os paradigmas e reformular os ideais de justiça criminal para que as partes sejam restauradas e a paz social seja estabelecida. Em um cenário que denota falência dos institutos de execução das penas, cumpre ordenar novas formas de pensar o direito, buscando a superação dos modelos meramente retributivos a fim de incorporar o empoderamento das partes dentro do processo penal.

Nesse contexto, a Justiça Restaurativa surge como a construção desse novo paradigma criminal, tendo como missão principal a pacificação dos conflitos, utilizando-se, para alcançar essa finalidade, práticas democráticas com respeito às premissas dos direitos fundamentais estabelecidos na Constituição Federal. A orientação pela eficiência na gestão dos conflitos demonstra que a Justiça Restaurativa direciona sua atenção ao interesse na reparação do dano, em sua disposição de neutralizar as consequências decorrentes de seu comportamento, como forma de alcançar a paz social.

Considerada como um instrumento que recorre à comunicação entre vítima e infrator, empoderando-os para um panorama de autonomia decisória, a Justiça Restaurativa objetiva a celebração de um acordo destinado à reparação dos danos resultantes da atividade criminosa, satisfazendo, desse modo, os interesses legítimos da vítima, bem como à responsabilidade e à reintegração do autor do delito. Pelas razões delineadas, é possível considerar as práticas restaurativas como um novo paradigma de otimização de direitos e legitimação da tutela penal dentro do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Rafael Damaceno de. *A realidade atual do sistema penitenciário Brasileiro*. Disponível em: <http://br.monografias.com/trabalhos908/a-realidade-atual/a-realidade-atual.shtml/>. Acesso em: 20 de junho de 2017.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução J. Cretella Júnior e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BRANCHER, Leoberto Narciso. *Justiça Restaurativa: a cultura de paz na prática da Justiça*. Disponível em: <http://jjj.tj.rs.gov.br/jjj_site/docs/JUST_RESTAUR/VIS%C3O+GERAL+JR_0.HTM>. Acesso em 17/02/2017.

BRASIL. *Código Penal de 1940*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm/>. Acesso em 20 de junho de 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=1241>>. Acesso em 25 out. de 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução n. 225, de 12 de julho de 2016*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=1241>>. Acesso em 25 out. de 2017.

BRASIL. *Constituição* (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, Senado, 2013.

CAPPI, Riccardo. *Mediação e prevenção da violência*. In: VELOSO, Marília Lomanto. AMORIM, Simone. LEONELLI, Vera. (org.). PINHEIRO, Eliane. (rev.). *Mediação popular: uma alternativa para a construção da justiça*. Salvador: Juspopuli Escritório de Direitos Humanos, 2009.

CRUZ PARRA, Juan Antonio. *La mediación penal: problemática y soluciones*. Granada: Belicena, 2013.

CUNHA JUNIOR, Dirley Da. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2010.

DIGNAN, Jim. MARSH, Peter. *Restorative justice and family group conferences in England: current state and future prospects*. In: MORRIS, Alisson. MAXWELL, Gabrielle. *Restorative justice for juveniles – conferencing, mediation and circles*. Portland: Hart Publishing, 2003.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. Petrópolis: Vozes, 1987.

INFOPEN, jun/2014; Senasp, dez/2013; IBGE, 2014. Disponível em: <http://www.infopen.gov.br/dados.gov.br/dataset/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias/> Acesso em 22 de julho de 2017.

JACCOUD, Mylène. *Princípios, tendências e procedimentos que cercam a justiça restaurativa*. In: *Justiça Restaurativa*. Slakmon, C., R. De Vitto, e R. Gomes Pinto (org.) Brasília: Ministério da Justiça/PNUD, 2005.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída. *Justicia restaurativa: posible respuesta para el delito cometido por persona menores de edad*. 4. ed. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2004.

MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. *O conceito material de culpabilidade: o fundamento da imposição da pena a um indivíduo concreto em face da dignidade da pessoa humana*. Salvador: JusPodivm, 2010.

NUNES, Luiz Antônio Rizzato. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Saraiva, 2002.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Resolução 2002/12 de 24 de julho de 2002*, p. sem número. Conselho Econômico e Social.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Resolução 1999/26, de 28 de julho de 1999. Desenvolvimento e Implementação de Medidas de Mediação e Justiça Restaurativa na Justiça Criminal.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Resolução 2000/14 de 24 de julho de 2000. Princípios Básicos para utilização de Programas Restaurativos em Matérias Criminais.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Resolução 40/34, de 29 de novembro de 1985. Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder*. Assembleia Geral das Nações Unidas.

PACI, Maria Fernanda. Sistema prisional brasileiro. *Intertem@S*, Presidente Prudente, v. 12, n. 12, 2016. Disponível em: <<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/3263/3012>>. Acesso em: fev. de 2017.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. *Justiça restaurativa: da teoria à prática*. São Paulo: IBCCrim, 2009.

PARKER, L. Lynette. *Justiça restaurativa: um veículo para reforma?* In: Justiça Restaurativa. Slakmon, C., R. De Vitto, e R. Gomes Pinto (org.) Brasília: Ministério da Justiça/PNUD, 2005.

PINTO, Renato Sócrates Gomes. *Justiça restaurativa é possível no Brasil?* In: Justiça Restaurativa. Slakmon, C., R. De Vitto, e R. Gomes Pinto (org.) Brasília: Ministério da Justiça/PNUD, 2005.

PINTO, Renato Sócrates Gomes. *Justiça Restaurativa é possível no Brasil?* In: SLAKMON, C., R. De Vitto, e R. Gomes Pinto, org., 2005. *Justiça Restaurativa* (Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005).

PINTO, Renato Sócrates Gomes. *Justiça Restaurativa é possível no Brasil?* In: SLAKMON, C.; DE VITTO, R.; PINTO, R. Gomes (Org.) *Justiça Restaurativa*. Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005.

PRANIS, Kay. *Processos Circulares*. São Paulo: Palas Athena, 2010.

RAYE, B. E. and ROBERTS, A. W. *Restorative processes*. In: *Handbook of Restorative Justice*. Cullompton, UK; Portland, USA: Willan Publishing, 2007.

ROCHE, Declan. *Retribution and restorative justice*. In: Gerry and VAN NESS, Daniel W (ed). *Handbook of Restorative Justice*. Cullompton, UK; Portland, USA: Willan Publishing, 2007.

ROLIM, Marcos. *A síndrome da rainha vermelha: policiamento e segurança pública no século XXI*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007.

SANTOS, Cláudia Cruz. *A justiça restaurativa: um modelo de reação ao crime diferente da justiça penal – porquê, para quê e como?* Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

SICA, Leonardo. *Justiça restaurativa e mediação penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

ZEHR, Howard. *Changing lenses – a new focus for crime and justice*. 3. ed. Ontario: Herald Press, 2008.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – SEÇÃO DE GOIÁS – GESTÃO 2016-2018

Diretoria da OAB/GO

Lúcio Flávio Siqueira de Paiva - Presidente
Thales José Jayme - Vice-Presidente
Jacó Carlos Silva Coelho - Secretário-Geral
Deltira Santos Menezes - Secretária-Geral Adjunta
Roberto Serra da Silva Maia – Tesoureiro

Diretoria da Escola Superior de Advocacia da OAB/GO

Rafael Lara Martins - Diretor-Geral
Giovanny Heverson de Mello Bueno - Diretor-Adjunto
Luciana Lara Sena Lima - Diretora-Adjunta
Rildo Mourão Ferreira - Diretor-Adjunto

Conselho Federal da OAB/GO

Dalmo Jacob do Amaral Júnior
Fernando de Paula Gomes Ferreira
Leon Deniz Bueno da Cruz
Marcello Terto e Silva
Marisvaldo Cortez Amado
Valentina Jungmann Cintra

Diretoria da CASAG

Rodolfo Otávio Pereira da Mota Oliveira – Presidente
Marcelo Di Rezende Bernardes - Vice-Presidente
Ana Lúcia Amorim Boaventura - Secretária-Geral
Estênio Primo de Souza - Secretário-Geral Adjunto
Carlos Eduardo Ramos Jubé - Direto Tesoureiro
Cácia Rosa de Paiva - Diretora-Adjunta
Hélcio Costa de Oliveira - Diretor-Adjunto
Osório Evandro de Oliveira Silva - Diretor-Adjunto
Tênio do Prado - Diretor-Adjunto
Thiago Mathias Cruvinel - Diretor-Adjunto

Conselho Seccional da OAB/GO

Aibes Alberto da Silva	Leandro de Oliveira Bastos
Allinne Rizzie Coelho Oliveira Garcia	Leandro Martins Pereira
Ana Carollina Ribeiro Barbosa	Leandro Melo do Amaral
Ana Paula Félix de Souza Carmo Gualberto	Lilian Pereira de Moura
André Luis Cortes de Souza	Luciano de Paula Cardoso Queiroz
Arcênio Pires da Silveira	Luis Gustavo Nicoli
Ariana Garcia do Nascimento Teles	Marcos Cesar Gonçalves de Oliveira
Bárbara de Oliveira Cruvinel	Marlene Moreira Farinha Lemes
Bartira Macedo de Miranda Santos	Maura Campos Domiciana
Carla Franco Zannini	Maurício Alves de Lima
Carlos André Pereira Nunes	Milena Maurício Moura
Caroline Regina dos Santos	Nadim Neme Neto
Colemar José de Moura Filho	Osmar de Freitas Junior
Daniella Grangeiro Ferreira	Paulo Gonçalves Paiva
Danilo Di Rezende Bernardes	Philippe Dall'Agnol
Danúbio Cardoso Remy	Rafael Lara Martins
David Soares da Costa Junior	Raphael Rodrigues de Ávila Pinheiro Sales
Diego Martins Silva do Amaral	Renata Abalém
Dirce Socorro Guizzo	Renata Medina Felici
Eduardo Alves Cardoso Júnior	Ricardo Gonçalves
Eliane Ferreira Pedroza de Araújo Rocha	Ricardo Silva Naves
Eliane Simonini Baltazar Velasco	Rildo Mourão Ferreira
Erlon Fernandes Cândido de Oliveira	Rodnei Vieira Lasmar
Fabício Antônio Almeida de Brito	Rodrigo Lustosa Victor
Fabício Cândido Gomes de Souza	Romildo Cassemiro de Souza
Fabricio Rocha Abrão	Rubens Fernando Mendes de Campos
Flávia Silva Mendanha Crisóstomo	Sara Mendes
Flávio de Oliveira Rodovalho	Scheilla de Almeida Mortoza
Flávio Henrique Silva Partata	Sérgio Murilo Inocente Messias
Henrique Alves Luiz Pereira	Simon Riemann Costa e Silva
Idécio Ramos Magalhães Filho	Sirlene Moreira Fidélis
Iraci Teófilo Rosa	Telmo de Alencastro Veiga Filho
Janine Almeida Sousa de Oliveira	Valdir José de Medeiros Filho
Janúncio Januário Dantas	Valéria Alves dos Reis Menezes
Jean Pierre Ferreira Borges	Vandelino Cardoso Filho
Jônatas Moreira	Vasco Rezende Silva
José Carlos Ribeiro Issy	Vitor Hugo Albino Pelles
José Humberto Abrão Meireles	Viviany Souza Fernandes
José Mendonça Carvalho Neto	Waldemir Malaquias da Silva
Juscimar Pinto Ribeiro	Weliton Soares Teles