

ASPECTOS DA EXECUÇÃO PENAL NA ATUALIDADE

Umberto Luiz Borges D'Urso
Organizador

Clarice Maria de Jesus D'Urso
Coordenadora

ASPECTOS DA EXECUÇÃO PENAL NA ATUALIDADE

ASPECTOS DA EXECUÇÃO PENAL NA ATUALIDADE

Umberto Luiz Borges D'Urso
Organizador

Clarice Maria de Jesus D'Urso
Coordenadora

Copyright® 2022 Tira de Letra Editora.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução parcial ou total desta obra sem a expressa autorização do(s) autor(es).

Editor

J. A. Tiradentes

Revisão

Ciça Ferraz

Design

Fernando Dias

Foto de capa: Matthew Ansley/Unsplash

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Aspectos da execução penal na atualidade [livro eletrônico] / Umberto Luiz Borges D'Urso, organizador ; Clarice Maria de Jesus D'Urso, coordenadora. -- Barueri, SP : Tira de Letra Editora, 2022.
PDF

Vários autores.
Bibliografia.
ISBN 978-65-86550-22-1

1. Direito penal 2. Direito penal - Brasil
3. Execução penal - Leis e legislação - Brasil
4. Penas (Direito penal) 5. Princípio da legalidade
I. D'Urso, Umberto Luiz Borges. II. D'Urso, Clarice Maria de Jesus.

22-130456

CDU-343.8

Índices para catálogo sistemático:

1. Execução penal : Legalidade : Direito penal 343.8

Eliete Marques da Silva - Bibliotecária - CRB-8/9380

t!Ra de Letra
E D I T O R A

www.tiradeletra.com.br
contato@freepress.com.br
(11) 3021-4131 / (11) 98222-1701

Agradecimentos

Queremos aproveitar este espaço para registrar alguns agradecimentos, uma vez que nenhum projeto pode ser realizado individualmente. Assim, nosso primeiro agradecimento é ao criador, a Deus, que orientou nossas ideias e passos, para que pudéssemos finalizar esta obra com a certeza de missão cumprida. Em segundo lugar, agradecemos aos autores que contribuíram com artigos importantes, autores estes que entenderam tratar-se de uma obra de reflexão aos operadores do Direito, bem como de utilidade pública, trazendo ainda mais relevância ao assunto aqui abordado. Em terceiro lugar, agradecemos a todas as pessoas que se dedicaram, de forma direta ou indireta, para a concretização de tudo o que aqui se apresenta. Nosso muito obrigado.

Clarice Maria de Jesus D'Urso e Umberto Luiz Borges D'Urso

Relação de autores

Prefácio – Fernando José da Costa	Matheus Guimarães Cury
Ana Carolina Schmidt de Oliveira	Mauro Rogério Bitencouter
Clarice Maria de Jesus D’Urso – Coordenadora	Maurício Kuehne
Elise Trindade	Paulo César Neves
Flávio Katinkas	Priscila Dias Modesto
Francisco Bustamante	Ricardo Hasson Sayeg
Hélcio de Abreu Dallari Júnior	Rodrigo Campos Hasson Sayeg
Herbert Gavazza Marques	Sérgio Paulo Rigonatti
Hewdy Lobo Ribeiro	Ulysses de Oliveira Gonçalves Junior
Joel dos Passos Mello	Umberto Luiz Borges D’Urso - Organizador
Maria Cristina Teixeira	Wagner Cavalcante dos Santos
Marco Aurélio Vicente Vieira	

Sumário

Prefácio	12
Fernando José da Costa	
Apresentação	14
1	
A dignidade da pessoa humana e o sistema prisional brasileiro: alternativas passíveis de reflexão	18
Flávio Katinkas	
2	
Extinguir a saída temporária é a solução do sistema carcerário brasileiro?	30
Clarice Maria de Jesus D´Urso, Umberto Luiz Borges D´Urso	
3	
A Lei de Execução Penal: uma reflexão entre o espírito da lei e a realidade brasileira ...	37
Wagner Cavalcante dos Santos	
4	
Aplicabilidade da execução provisória da pena nas sentenças condenatórias proferidas no Tribunal do Júri	48
Priscila Dias Modesto	
5	
A progressão de regime para condenado por crime hediondo reincidente em crime comum após a edição da Lei nº 13.964/2019	58
Matheus Guimaraês Cury	
6	
Análise do caso Kids for cash / An analysis of The Kids for Cash Case	67
Ricardo Hasson Sayeg, Rodrigo Campos Hasson Sayeg	
7	
A relação entre a psiquiatria forense e o direito	86
Sérgio Paulo Rigonatti, Maria Cristina Teixeira	
8	
O Provimento nº 188/2018 do Conselho Federal da OAB, que regulamenta a investigação defensiva e sua aplicabilidade na execução penal	103
Marco Aurélio Vicente Vieira	

9	Audiências de custódia.	116
	Francisco Bustamante	
10	Auxílio-reclusão: soluções práticas a serem aplicadas no dia a dia.	122
	Paulo César Neves	
11	Avaliações psiquiátricas forenses e psicológicas jurídicas na superveniência de doença mental	138
	Hewdy Lobo Ribeiro, Elise Trindade, Ana Carolina Schmidt de Oliveira	
12	Execução penal e marginalização da pobreza.	154
	Herbert Gavazza Marques	
13	O egresso prisional e a reintegração tão almejada.	176
	Mauro Rogério Bitencouter	
14	O juiz e a execução penal.	192
	Maurício Kuehne	
15	O Processo de Execução Penal no âmbito da Justiça Militar. Criação das Justiças Militares. Competência para Julgar e as alterações trazidas pela Lei nº 13.491/17 e Lei nº 13.774/2018.	205
	Joel dos Passos Mello	
16	Panorama atual do cárcere no Brasil: dados e políticas públicas sob a perspectiva do Poder Judiciário	221
	Ulysses de Oliveira Gonçalves Junior	
17	Sistema carcerário brasileiro, jurimetria e análise preditiva.	234
	Hélcio de Abreu Dallari Júnior	
18	Aspectos atuais da imputabilidade penal e da medida de segurança no Brasil.	239
	Breno Montanari Ramos	

Prefácio

Recebi dos meus amigos Umberto e Clarice a honrosa missão de prefaci-
ciar esta obra, que agora se apresenta aos leitores.

Após algumas semanas debruçado sobre os seus originais, concluí que se trata de uma obra desafiadora! A começar pelo tempo! Este foi o desafio preambular enfrentado, e vencido, com maestria. O Direito de Execução Penal, como cediço tem, como base legal, uma norma da década de 1980. E esta integração da norma à contemporaneidade, marcada por constantes e céleres transformações, avanços tecnológicos e uma sociedade cada vez mais conectada, plural e diversa. Deu-se em forma de artigos, com temas atuais, amplamente discutidos hodiernamente, como polícia penal, saída temporária, pacote anticrime, facções criminosas, audiência de custódia, Parceria Público-Privada, Conselho Nacional de Justiça, muitos dos quais, inexistentes à época da edição da referida lei.

O outro grande desafio foi a reunião de múltiplos profissionais e operadores do direito, renomados em suas áreas de atuação, de diversas correntes e opiniões. Aglutinar, na mesma obra, diversos e conceituados autores,

de inúmeras vertentes e escolas, exigiu um grande esforço técnico e muita imparcialidade na avaliação.

E o resultado de toda essa saga não me surpreendeu: trata-se de uma obra que desafia os nossos conhecimentos, não só pelo esmero na organização e coordenação, o quilate dos autores, mas também pela pertinência dos assuntos que, apesar de muitos serem densos e complexos, foram abordados de forma clara, objetiva e prática, inclusive, com indicação de diversos julgados recentes e normas infralegais.

Além disso, é um livro abrangente, essencial para aqueles que militam não só no Direito de Execução Penal, mas também nos ramos Penitenciário e Penal, pois expõe as principais questões da atualidade, muitas delas inter-relacionadas.

Como advogado criminalista, professor e autor de livros sobre esta área, recomendo a leitura desta valiosa obra coletiva.

Fernando José da Costa

Advogado criminalista, professor universitário e autor de vários livros. Secretário da Justiça e Cidadania do Governo do Estado de São Paulo. Presidente da Fundação CASA – Centro de Atendimento Socioeducativo ao Adolescente, e superintendente do IMESC – Instituto de Medicina e Criminologia do Estado de São Paulo.

Apresentação

Esta obra pretende reunir diferentes análises, trabalhos, artigos e pesquisas com um único tema central: a Execução Penal. Por conta disso, temos orgulho de apresentar este importante trabalho aos leitores.

Sem dúvida, o tema citado é dos mais controversos e polêmicos da área do Direito. Vivemos um momento de incertezas, grande violência e alta criminalidade em nosso país. Então, ao abordar assuntos como sistema carcerário, presos e Lei de Execução Penal, esbarramos em divergências de opiniões.

Por tal causa, esta obra tem por objetivo reunir textos com reflexões de vários professores e especialistas, que lecionam e/ou atuam na área.

Importante dizer que a Lei de Execução Penal traz as normas para que o condenado cumpra sua sentença, e, por meio da garantia de direitos e do atendimento a deveres, possa voltar ao convívio social, ressocializado.

Como estabelece o artigo 1º da LEP (Lei de Execução Penal), “a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão

criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”.

Na teoria, a Lei de Execução Penal é muito boa, e melhor ainda seria, caso fosse plenamente aplicada, pois um de seus objetivos é a prevenção de novos delitos e a recuperação do delinquente.

Para alcançar tal meta, a lei estabeleceu o sistema progressivo de cumprimento da pena privativa de liberdade, que se traduz no retorno gradativo do reeducando ao convívio social. O condenado, em tese, inicia sua custódia no regime fechado, fica recluso e pode trabalhar dentro do presídio. Depois, cumprindo condições objetivas e subjetivas, passa ao regime semiaberto, que corresponde ao isolamento noturno, ou seja, ele pode trabalhar fora da unidade e retornar para dormir. O terceiro ponto é o regime aberto, a Casa do Albergado, local onde o reeducando deve ter palestras, cursos e atividades educacionais, pode trabalhar fora e recolhe-se à noite. A Casa do Albergado, inclusive, abriga condenados a penas restritivas de direitos que cumprem limitação de fim de semana.

Neste livro, buscamos desmistificar alguns preconceitos que a sociedade ainda preserva, por achar que a lei é branda e que permite aos criminosos breve volta às ruas. Esta obra tem a finalidade de explicar ao cidadão comum que a pena imposta ao preso não tem o objetivo único de punição, e sim de sua recuperação; porém, dadas as condições dos presídios brasileiros, muitos dos encarcerados não alcançam a finalidade almejada pela lei.

A Lei de Execução Penal estabelece, em seu artigo 10, que é dever do Estado prestar assistência ao preso, porém o que vemos é bem diferente da letra da lei, pois o Poder Judiciário parece ignorar a norma. Como podemos falar em ressocialização do indivíduo, com presídios superlotados, processos que se arrastam em fase de execução, demonstrando a ineficiência de um Estado que não consegue atender a demanda? É uma máquina emperrada, que precisa com urgência ser modernizada e precisa buscar auxílio na informatização.

No Brasil, de 2020 para 2021, teve um acréscimo de 8,15% de pessoas presas, saltando de 758.800 para 820.700. São Paulo é o Estado com

a maior população carcerária, depois vêm Minas Gerais, Rio de Janeiro, Pernambuco e Rio Grande do Sul.

Os cárceres brasileiros assemelham-se a verdadeiras celas de tortura, que em nada contribuem para a recuperação do encarcerado, pelas condições desumanas encontradas em celas insalubres, com falta de adequação sanitária, de higiene, presos sem atendimento médico e assistência jurídica.

A nossa Carta Magna, em seu artigo 5º, III, veda expressamente a tortura, que são as chamadas cláusulas pétreas, que garantem os direitos individuais, com base na proteção e respeito da integridade humana, independente de cor, sexo, idade e raça.

Conseguimos, nesta obra, reunir grandes nomes da área da Execução Penal, a começar pelo prefácio, elaborado pelo Secretário da Justiça e Cidadania do Estado de São Paulo, Prof. Fernando José da Costa. Por autores, apresentamos Ana Carolina Schmidt de Oliveira, Clarice Maria de Jesus D'Urso – Coordenadora, Elise Trindade, Flávio Katinkas, Francisco Bustamante, Hécio de Abreu Dallari Júnior, Herbert Gavazza Marques, Hewdy Lobo Ribeiro, Joel dos Passos Mello, Maria Cristina Teixeira, Marco Aurélio Vicente Vieira, Matheus Guimarães Cury, Mauro Rogério Bittencouter, Maurício Kuehne, Paulo César Neves, Priscila Dias Modesto, Ricardo Hasson Sayeg, Rodrigo Campos Hasson Sayeg, Sérgio Paulo Rigonatti, Ulysses de Oliveira Gonçalves Junior, Umberto Luiz Borges D'Urso – Organizador, Wagner Cavalcante dos Santos.

Sabemos que é fundamental modernizar o poder judiciário e as varas de execução penal por todo país, incorporar os avanços tecnológicos, reduzir custos e fazer a justiça andar com mais agilidade, no interesse do jurisdicionado. Mas não podemos admitir que esse avanço suprima direitos dos presos ou ultrapasse os limites da legalidade. A Lei de Execução Penal do Brasil é, sem dúvida, considerada uma das mais avançadas do mundo.

Quando falamos em informatizar a justiça de todo país, estamos falando em diminuir as chances de erro do judiciário. Com isso, poder-se-á calcular, em tempo real e célere, quando o preso adquiriu o direito a determinado benefício, ou quando o cumprimento da pena irá vencer e, assim, evitar que se exceda o tempo de encarceramento fixado na sentença.

Com as possibilidades da informatização, seria possível, a longo prazo, interligar todas as unidades prisionais do país, disponibilizando acesso a policiais, advogados, promotores, juízes e demais servidores que poderiam acompanhar, *pari passu*, os processos de qualquer preso pelo Brasil e, sempre que necessário, comunicar atos, realizar atualizações, solicitar demandas ou inserir informações. Seria a almejada integração entre os sistemas de justiça.

Por todos os fatos e desafios supracitados, estamos lançando este livro sobre Execução Penal, dentro do qual poderão ser encontrados os temas mais atuais ligados à LEP e ao sistema prisional, de modo a garantir que aos advogados e demais membros da sociedade fiquem corretamente informados sobre as vantagens da aplicação desse diploma legal para o bem comum e para atingirmos a democracia plena.

Clarice Maria de Jesus D'Urso
Umberto Luiz Borges D'Urso

1

A dignidade da pessoa humana e o sistema prisional brasileiro: alternativas passíveis de reflexão

Flávio Katinkas¹

-
1. Possui pós-graduação *stricto sensu*, Doutor em Direito Penal do Consumidor pela Universidade Metropolitana de Santos, maio de 2017. Pós-graduado *stricto sensu*, Mestre em Direito Difusos e Coletivos pela Universidade Metropolitana de Santos, novembro de 2004. Pós-graduação *lato sensu*, especialista em Sistemas de Informação para a Gestão de Negócios, Centro Universitário Nove de Julho: 2000. Pós-graduado *lato sensu*, com especialidade em Direito Processual pela Universidade São Judas Tadeu, agosto de 1997. Bacharel em Direito pela Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU, em dezembro de 1990.

Breve apanhado

O Direito Penal é tema dos mais relevantes e empolgantes das ciências jurídicas. Como é cedo a história do direito repressor é das mais antigas e, talvez, a primeira a consagrar a vida em sociedade. Portanto, pensar em Direito Penal sem a reflexão dos avanços sociais e a necessidade de constante aperfeiçoamento é, no mínimo, uma enormidade.

Embora as noções introdutórias sejam relevantes, parece inequívoca a ideia de tratar-se de disciplina jurídica afeta a uma espécie de repugnância às ofensas aos bens mais caros da sociedade (v. g. vida, saúde, patrimônio, dignidade sexual, fé pública etc.).² Com efeito, muito pouco se avançou nos últimos tempos, em clara oposição às demais áreas do conhecimento do Direito, cujas premissas constitucionais parecem estar em franca expansão cognitiva.

Mas qual a razão para que o Direito Penal, algo tão relevante para o conhecimento jurídico, fique em sentido oposto às modernas tendências? A resposta não é simples e, tampouco, direta e objetiva. Todavia, tem-se como verdade duas ideias absolutamente antagônicas: a) a preservação do ser humano que cometeu um ato ilícito e b) a necessidade de uma espécie de reparação social em face da má conduta.

Evidentemente, a reparação social em nada acrescenta à evolução da sociedade, afigurando-se a segregação numa espécie de retorno ou vingança contra aquele que feriu as questões mais relevantes da vida em sociedade. É claro que este estado de coisas não coaduna com os fins perseguidos pelo Direito. Entretanto, não é passível de elocubrações a mitigação. No atual momento histórico, o cárcere apresenta-se como medida efetiva no combate e controle da criminalidade, e uma espécie de pacificação dos membros da sociedade vítimas diretas ou indiretas das práticas criminosas.

Mas, paralelamente as penas privativas de liberdade, tem-se no ordenamento pátrio as sanções pecuniárias (multa) e as restritivas de direitos, em inquestionável demonstração de que o Direito Penal não é uma espécie

2. PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*, pp. 50 e segs.

de resposta desmensurada entre o mal causado e as medidas legais a serem impostas aos transgressores.

Portanto, nada mais cristalino que a busca de uma espécie de vingança por meio da sanção penal como algo a ser repudiado pelas modernas tendências do conhecimento.³

O Direito Penal e as penas: breve apanhado histórico

Os manuais de Direito Penal contemplam na abordagem da parte geral a história das penas privativa de liberdade como um importante fator de desenvolvimento das ideias relacionadas à disciplina que prevê as maiores sanções jurídicas.

Os estudiosos do Direito Penal afirmam que, provavelmente, esta disciplina foi a primeira manifestação das ciências jurídicas na história da civilização. Esta conclusão decorre da abordagem sobre a estrutura social dos primórdios da coexistência em grupo, numa época em que o grau de desenvolvimento pessoal e, por via de consequência, da vida em comunidade não se comparavam em complexidade com as atualmente verificadas.

Sobre o tema, merece destaque o magistério de Luiz Regis Prado:

A história do Direito Penal reflete o estado social e as ideias que o caracterizam. As etapas da evolução da justiça punitiva podem ser assim resumidas: 'a) Primeira época. *Crimen* é atentado contra os deuses. Pena, 106 meio de aplacar a cólera divina; b) Segunda época. *Crimen* é agressão violenta de uma tribo contra outra. Pena, vingança de sangue de tribo a tribo; c) Terceira época. *Crimen* é transgressão da ordem jurídica estabelecida pelo poder do Estado. Pena é a reação contra a vontade individual oposta à sua'. Ou, ainda, apresentam-se como uma concepção bárbara, na qual os delitos são divididos em delitos públicos, punidos com penas corporais cruéis; e delitos

3. NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. p. 942-943.

privados, perseguidos e reprimidos pela vítima ou sua família; uma concepção teocrática, na qual o delito sempre é um atentado à ordem religiosa; e, finalmente, uma concepção política, na qual o delito é considerado como uma lesão da ordem social e a pena como meio de preveni-la e repará-la.⁴

Atualmente existem dois posicionamentos frontalmente antagônicos. De um lado, as pessoas que não estudam direito penal defendem o endurecimento exacerbado da incriminação das condutas e recrudescimento extremo das penas (aliás, em clara afronta à Constituição Federal, verifica-se, inclusive nas redes sociais a defesa da ideia das penas de morte e perpétua).⁵ De outro, muitos especialistas em Direito Penal sustentam pela descriminalização de condutas não mais causadoras de abalo social que justifique a tipificação, bem como a busca de alternativas penais, de molde a evitar-se o quanto possível a aplicação das penas privativas de liberdade. Aliás, alguns mais radicais defendem a concepção de abolição do Direito Penal, todavia não indicam o que deveria ser apresentado em substituição.

Não resta dúvida que a busca de adequação do sistema repressivo vigente demanda uma apreciação bastante profunda e, na medida do possível, desapegada de paixões.

Já ficou demonstrado ao longo da história que o Direito Penal não pode e não deve ser dirigido à educação que se deve verificar no ambiente doméstico e fortalecida em outras estruturas sociais (vida comunitária, escola, práticas

4. PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro*. v. 1. Parte Geral, p. 69.

5. “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XLVII – não haverá penas:

a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;

b) de caráter perpétuo;

c) de trabalhos forçados;

d) de banimento;

e) cruéis”

desportivas, atividades filantrópicas e altruísticas etc.). Esta concepção foi, em larga medida, a causadora do aumento excessivo de comandos limitadores do agir individual que, em razão da sua inadequação técnica, deram azo ao descrédito do sistema punitivo e do próprio poder público.

Certo é que uma posição equilibrada e afastada de pensamentos extremistas se afigura, como no mais das vezes, a melhor solução. Evidentemente, não existe fórmula exata para este tão sonhado equilíbrio, todavia, o produto de toda evolução das ideias jurídicas, sobretudo no campo penal, pode auxiliar na localização do ponto mais próximo do ideal.

De toda sorte, evidencia-se a necessidade de uma clara identificação dos bens juridicamente tutelados e que merecem, o caso de afronta, serem erigidos à condição de crime.⁶ Por outro lado, não se pode olvidar do princípio da proporcionalidade, de molde a evitar-se tratamento penal bastante grave em alguns casos e muito brando em outros.

Contudo, e lembrando que o vertente ensaio tem por fim a questão carcerária nos dias atuais, certo é que se deve avaliar o sistema prisional com a lucidez necessária para não haver dúvidas a respeito da sua eficácia e capacidade de redução da reincidência criminal.

A dignidade da pessoa humana e a sua importância no edifício jurídico pátrio

O artigo 1º da Constituição Federal, embora não seja merecedor de grandes atenções por boa parte da comunidade jurídica, é de fundamental importância para o entendimento dos reais objetivos da Lei Maior que existe no Brasil.

Além de explicitar o nome do país (República Federativa do Brasil), fala da união dos Estados, Municípios e do Distrito Federal, estabelece que se constitui em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: a soberania, a cidadania, a dignidade pluralismo político.

6. HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal, vol. I, tomo I, pp. 13 e 14

Com efeito, o perfeito entendimento do atual texto e os seus reflexos demandam, além do explicitado no artigo 1º a perfeita compreensão dos fundamentos contidos nos artigos 2º ao 4º.

Evidentemente não se trata de uma abordagem com conteúdo estritamente constitucional, o que indica a falta de pertinência nas abordagens dos citados artigos para o desenvolvimento da presente matéria. Todavia, é extremamente relevante o estudo do artigo 1º, mais exatamente no que diz respeito aos incisos III e IV (a dignidade da pessoa humana, bem como os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, respectivamente).

A dignidade da pessoa humana, como fundamento da República, é algo novo, trazido à luz por intermédio da Constituição Federal de 1988. Mas qual o sentido de dignidade da pessoa humana em face do atual texto constitucional? E qual a sua real importância?⁷

Celso Antonio Pacheco Fiorillo demonstra com invulgar precisão o alcance da expressão, por meio de um “piso vital mínimo” consubstanciado nos Direitos Sociais descritos no artigo 6º do texto⁸.

Assim, todos os direitos explicitados no sobredito dispositivo revelam a busca do mínimo necessários para que uma pessoa tenha condições de desenvolvimento pessoal e social. Destarte, a Lei Máxima indica o que é imperioso para a construção de um País dotado de indivíduos com potencial para desenvolver as próprias aptidões e, acima de tudo, estarem engajados numa sociedade com viés progressista.

O inciso IV, do artigo 1º, contempla os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. O dispositivo em comento traduz a preocupação com a relevância da vida laboral e suas consequências para o fomento de novas gerações mais enturmadas com o ideal de uma vida mais construtiva. Paralelamente, existe a expressão “livre iniciativa” que, em última análise, representa o modelo de produção capitalista.

7. NUNES, Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. p. 30.

8. FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental brasileiro*. p. 67-68.

Portanto, embora a Constituição aborde os valores sociais do trabalho, não se nega a existência de um país cujo um dos fundamentos seja capitalista. Assim, não é razoável imaginar-se que o Brasil se trata de um Estado com embasamento único na livre iniciativa, dissociado da concepção de “Estado Social”.

À luz desta concepção, resta patente o entendimento de que a estrutura do Brasil consiste num misto de liberdade econômica sem prejuízo da valorização do trabalho e de sua gente, como meio de engrandecimento macroeconômico e individual.

Diante do exposto, emerge a conclusão de que a dignidade humana, associada aos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa compõem um cenário altamente propício ao desenvolvimento (intelectual, cultural, profissional, social, de agregação, financeiro etc.) de cada pessoa como meio de fomento do crescimento global do País.

Como conciliar as penas privativas de liberdade e o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana

O princípio da dignidade da pessoa humana é, em matéria penal, aspecto da mais alta relevância. Embora o crime, sobretudo os cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, tenha o condão de provocar profunda irrisignação às pessoas em geral, o que leva invariavelmente a discussões acaloradas e posicionamentos radicais, não se pode permitir que a legislação assuma o papel de defender ideias extremadas. Com efeito, a elaboração das normas (e aqui é importante que não se perca de vista o poder limitador do comportamento individual dado pelos tipos incriminadores) e respectivas sanções não podem acarretar diminuição ou degradação da condição humana, por mais repugnante que a conduta individual possa ser. Não é razoável sustentar o raciocínio de que o direito deve se prestar ao estabelecimento de regras capazes de submeter a pessoa a tratamento que possa desnaturá-la ou mesmo destruí-la, haja vista que este ramo do conhecimento tem como principal objetivo criar condições propícias para vida em grupo e, ao mesmo, tempo, conferir condições para o progresso social.

Qual o verdadeiro sentido da dignidade pessoa humana em relação ao Direito Penal. Evidentemente não serão feitos comentários repetitivos daquilo que já restou anteriormente apresentado, entretanto, não se pode olvidar da lembrança de que a questão em comento encerra, em última análise o reconhecimento do ser humano como tal. O respeito à dignidade da pessoa humana é, portanto, o reconhecimento da pessoa em si, acima de questões culturais, econômicas, sociais, ou de “relevância” de determinado indivíduo para o grupo por ele integrado. Assim, ainda que certo alguém não seja considerado um modelo a ser seguido, esse juízo não faz com que o respeito à dignidade possa ser afastado ou diminuído.

Defluem, portanto, do texto constitucional princípios fundamentais do Direito Penal, sendo o primeiro e básico o da dignidade da pessoa humana, do que decorre a proibição de penas cruéis ou o desrespeito à integridade física e moral do preso e do condenado, as penas de caráter perpétuo, a pena de morte. Outros princípios fundamentais, garantidores do indivíduo contra o arbítrio estatal, são os da legalidade, da não retroatividade, da proporcionalidade, da individualização da pena.

Ao lado destes princípios garantistas, uma Constituição de marca social alça ao patamar de valores constitucionais condições essenciais de vida com dignidade, os denominados ‘direitos sociais’, como a saúde, a educação, os direitos trabalhistas, o meio ambiente, bem como as regras da atividade econômica, como a livre concorrência e o limite ao poder econômico.⁹

Estreme de dúvida que a sanção penal tem o condão de limitar porção significativa da liberdade individual e, em se tratando de pena privativa de liberdade, submissão da pessoa do condenado à condição que contraria a própria condição humana no que toca a liberdade de locomoção. Evidentemente, que a imposição da pena privativa de liberdade emerge como a mais dura resposta admitida como regra no Direito brasileiro e, bem

9. REALE JÚNIOR, Miguel. *Instituições de Direito Penal*. Parte Geral. v. I. p. 27.

por isso, mereça avaliação séria e profunda sobre os limites da possibilidade de sua aplicação prática, bem como as condições em que devem ser efetivamente cumpridas. Por outras palavras, não é razoável que a agressão representada pela possibilidade de retirada da liberdade ambulatorial possa ser acompanhada de submissão da pessoa do preso à uma condição degradante da sua condição humana.¹⁰

Bem por isso, e considerando que o ser humano é produto cultural do meio em que vive, o importante é, no caso de cumprimento de pena privativa de liberdade, a criação de condições propícias para que a pessoa encarcerada tenha condições de refletir sobre o malfeito, associada a condições que revelem a capacidade de mudança. Portanto, a adequação das instalações carcerárias a um mínimo de dignidade e condições edificantes são importantíssimas.

Embora possa parecer suficiente o tento descrito no parágrafo anterior, e lembrando que o ser humano é produto cultural do meio em que vive, a criação de cenário propício ao desenvolvimento intelectual, cultural, social e laboral e algo que se deve ter mente para a perfeita adequação da finalidade do cumprimento da pena privativa de liberdade.

Conclusão

Feitas as abordagens, resta agora a abordagem das propostas de adequação das penas privativas de liberdade em face do Princípio da Dignidade Humana.

Por primeiro, é importante salientar a necessidade de constante desenvolvimento do corpo de integrantes da Polícia Penal, de molde a garantir, não apenas a relevância do cargo e dos seus integrantes, mas, e fundamentalmente, a mudança de diretriz na condução do processo de adequação que os novos tempos estão a exigir.

10. GRECO, Rogério. *Direito Penal do equilíbrio*. p. 60-61.

Assim, afora o exposto no parágrafo anterior, é de inquestionável importância a mudança de paradigmas perseguidos pela aplicação das penas que cerceiam a liberdade de locomoção.

Conforme salientado anteriormente, não se pode atribuir o caráter de vingança, na medida em que foge radicalmente dos ideais que norteiam o Direito. Tampouco, pode-se imaginar a busca do *status quo ante* à prática do delito (caráter estritamente reparador).

Desta forma, e considerando a relevância do texto constitucional, máxime, em relação aos dispositivos mencionados, não se pode olvidar dos valores sociais do trabalho.

Desta forma, como meio de propiciar a perfeita adequação dos fundamentos constitucionais enumerados, parece inequívoca a ideia de aperfeiçoamento dos sistema como um todo, a partir da concepção de que a atividade laboral deve funcionar de maneira a criar um ambiente fecundo ao desenvolvimento de quem não teve acesso as informações necessárias, sobretudo, no momento mais indiciado da existência humana.

Para tanto, além de cursos profissionalizantes, atividades culturais, desenvolvimento de metodologias aplicadas ao fomento de adequadas perspectivas de vida após o cumprimento da pena privativa de liberdade etc., é imperiosa a busca de novas ideias de vida, em clara substituição à chamada vida marginal.

Mas como imaginar que um detento possa imaginar que a sua vida possa ser melhor fora do ambiente prisional? A pena privativa de liberdade deve ficar restrita a impossibilidade de livre circular daquele pode ela atingido. Portanto, além do impedimento legal em decorrência da sanção, deve-se imaginar cenário fecundo à criação de uma nova referência de vida, na qual a liberdade se mostre apta ao desenvolvimento pessoal, cultural, familiar, laboral e, acima de tudo, apto a trazer uma paz interior, própria de quem, depois de ser julgado e condenado por agir mal, conseguiu reestabelecer a ordem das coisas e produzir profundas mudanças com vistas a uma realidade melhor, bem como progressista.

Evidentemente, as concepções ora lançadas exigem o melhora aparelhamento dos instalações – o que poderia ser promovida como meio de

labor, da aparência visual das dependências dos prédios que abrigam o sistema prisional e, acima de tudo local de extrema responsabilidade na ressocialização dos presos.

Talvez, a busca de parcerias público-privadas seja uma importante ferramenta para a consecução deste plano – sobretudo, no que diz respeito ao cumprimento dos regimes aberto e semiaberto.

Conforme se buscou explicitar, a denominada “laborterapia” terá importante papel no realinhamento das penas, de maneira a estabelecer condições favoráveis à verdadeira ressocialização.

Paralelamente ao exposto, não se pode olvidar da minimização dos gastos que hoje são causados pela manutenção dos presídios. Assim, poder-se-ia pensar no impacto direto nos custos com alimentação, vestimenta, obras nos ergástulos e demais espaços existentes no sistema prisional etc.

Alguns poderiam pensar em trabalhos forçados a partir da sugestão ora lançada. É com clareza solar que não se pode admitir tal afirmação. Por outras palavras, a dignidade da pessoa humana, além dos aspectos benéficos do trabalho (edificante que se busca estabelecer), deveria ser acompanhado de remuneração que, em parte, deveria ser revertido para a manutenção das despesas decorrentes do encarceramento, bem como na contrapartida que se espera em face dos valores sociais esculpido na constituição de 1988.

Não se pode pensar em absoluta abstenção do fenômeno da reincidência, mas, de maneira clara e cristalina, na busca do atingimento dos fundamentos constitucionais de um ordenamento tão rico e almejado para todos os brasileiros.

Por fim, as alterações propostas, embora alinhadas em larga medida com o ordenamento jurídico vigente, demandam análises e alterações legais para conquistar a juridicidade necessária e, acima de tudo, a legitimidade que as novas legislações devem conter para a sua perfeita eficácia.

Referências

- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal**. 3. ed. Rev. amp. atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2008.
- HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. v. I, tomo I. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.
- NUCCI, Guilherme de Souza, **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 3. ed. Rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- PRADO, Luiz Regis. **Bem Jurídico-Penal e Constituição**. 3. ed. Rev. atual. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. v. 1. Parte Geral. 4. ed. Rev. atual. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de Direito Penal**. Parte Geral. v. I. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2002.

2

Extinguir a saída temporária é a solução do sistema carcerário brasileiro?

Clarice Maria de Jesus D'Urso¹

Umberto Luiz Borges D'Urso²

-
1. Clarice Maria Jesus D'Urso, Bacharel em Direito com Especialização “Lato Sensu” em Direito Penal e Processo Penal pela UniFMU. Mestre pela UniFMU na Sociedade da Informação. Conciliadora na área da família pela Escola Paulista da Magistratura do Estado de São Paulo. Conciliadora pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Membro da Associação Brasileira das Mulheres de Carreiras Jurídicas – ABMCJ e Conselheira do Conselho Estadual da Condição Feminina da Secretaria da Justiça e Cidadania do Estado de São Paulo. Membro Titular do Núcleo de Enfrentamento ao Tráfego de Pessoas e Erradicação ao Trabalho Escravo da Secretária de Justiça e Cidadania do Estado de São Paulo. Coordenadora de Ação Social da OAB/SP por 2 gestões. Diretora do São Paulo Woman's Club – Clube Paulistano de Senhoras. Membro do Comitê Estadual de Vigilância a Morte Materna, Infantil e Fetal da Secretaria da Saúde do Estado. Recebeu várias honrarias, homenagens e é autora de várias cartilhas e artigos.
 2. Umberto Luiz Borges D'Urso, Advogado Criminal, Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Mackenzie, Pós Graduação “Lato Sensu” em Direito Penal pela UNI-FMU. Pós graduação “Lato Sensu” em Processo Penal pela UNI-FMU. Pós-graduação em Direito pela Universidade de Castilla-La Mancha-Espanha. Conselheiro Efetivo Seccional e Diretor de Cultura e Eventos da OAB/SP nas gestões de 2004/2018. Presidente do Conselho Penitenciário do Estado de São Paulo por quatro gestões. Membro do Conselho Estadual de Política Criminal e Penitenciária da Secretária da Administração Penitenciária do Estado de São Paulo. Membro do Comitê Gestor da SAP. Presidente de Honra da Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas – Regional São Paulo, ABRACRIM e autor de vários artigos. Recebeu várias honrarias, dentre elas a Medalha Ruth Cardoso outorgada pelo Conselho Estadual da Condição Feminina.

Foi aprovado, na Câmara dos Deputados, no último dia 3 de agosto de 2022, o projeto de lei que acaba com a saída temporária de presos, conhecida popularmente como “saidinha” ou “saidão”.

O projeto teve por relator o deputado federal Capitão Derrite, do Partido Liberal de São Paulo, e foi aprovado no plenário da Câmara dos Deputados por 311 votos a favor e 98 contra. Agora, o texto retornará ao Senado, como substitutivo do Projeto de Lei nº 6579/13, que ali já tramitou.

Segundo o relator do projeto, o Capitão Derrite, justifica em seu parecer, a saída temporária “causa a todos um sentimento de impunidade diante da percepção de que as pessoas condenadas não cumprem suas penas, e o pior, de que o crime compensa”.

O projeto original é de autoria da ex-senadora Ana Amélia, então no PP-RS, o qual foi aprovado no Senado em 2013. O texto original, porém, não acabava com a saída temporária e, sim, limitava o benefício, restringindo-o a uma vez ao ano e somente a presos primários, desde com verificação das condições objetivas e subjetivas.

A senadora justificou, na ocasião, a maior rigidez da lei como consequência necessária ao aumento da criminalidade durante as saídas temporárias.

O texto do projeto lei original do Senado, nº 7, de 2012, que alterava os artigos 123 e 124 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal) para restringir o benefício da saída temporária de presos, tinha a seguinte redação:

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º Os arts. 123 e 124 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), passam a vigorar com a seguinte redação:

Art.123.....
.....

II – cumprimento mínimo de 1/6 (um sexto) da pena;

IV – primariedade. (NR)

Art. 124. A autorização será concedida apenas 1 (uma) vez ao ano, por prazo não superior a 7 (sete) dias. (NR)

Art. 2º. Revoga-se o § 3º do art. 124 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984.

Art. 3º. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Senado Federal, em 16 de outubro de 2013.

Senador Renan Calheiros

Presidente do Senado Federal

No texto de introdução ao projeto, justifica-se que “o preso que reincide já deu provas suficientes de que não está preparado para gozar deste benefício pois, quando posto em liberdade, tornou a cometer crime. E quanto maior for a frequência da saída, maior será a probabilidade de os presos fazerem contato com comparsas e com integrantes de organizações criminosas”.

Algumas pessoas entendem que a saída temporária deveria ser banida da nossa legislação pelo simples fato que é tempo demais concedido ao preso para ficar fora do cárcere, até porque o trabalhador comum tem direito a trinta dias de férias ao ano; não faria sentido, então, beneficiar o custodiado com maior tempo.

A matéria foi apensada ao texto aprovado pelos senadores a um projeto do ano passado que exigia a realização de exame criminológico para a concessão da saída temporária.

Existem, nas casas legislativas, mais de 40 projetos de lei buscando acabar com a saída temporária ou alterá-la; não vemos, contudo, nenhum estudo com base científica que justifique uma alteração de lei tão radical.

É fundamental salientar que o legislador introduziu a saída temporária na lei de execução penal como parte da ressocialização do reeducando para o indivíduo voltar de forma gradativa ao convívio social.

O reeducando, em tese, inicia o cumprimento da sua pena no regime fechado. Após cumprir um período estabelecido na Lei de Execução Penal (LEP), progride para o regime semiaberto, e adquire gradativamente certos benefícios que a lei concede como trabalhar, estudar fora da unidade prisional e, ainda, direito a outras saídas temporárias. Tudo isso visando à ressocialização e ao preparo para retornar ao convívio social.

A ideia da saída temporária em datas especiais é importante, uma vez que, nessa fase o reeducando poderá manter, reatar ou retomar o vínculo com sua família, além de ter contato com o mundo exterior.

A sociedade precisa saber que, no regime semiaberto, o preso sai todos os dias para trabalhar ou estudar, sem vigilância direta ou com tornozeleira eletrônica, retornando no final do dia para dormir no presídio. Então, o argumento que a fuga do preso é em decorrência das saídas temporárias, por si só, não se sustenta, é tese isolada.

Para entendermos este assunto, bem como desmistificar os fantasmas das inverdades, é importante analisarmos o artigo 122 da LEP:

Art. 122. Os condenados que cumprem pena em regime semiaberto poderão obter autorização para saída temporária do estabelecimento, sem vigilância direta, nos seguintes casos: I – visita à família; II – frequência a curso supletivo profissionalizante, bem como de instrução do segundo grau ou superior na Comarca do Juízo da Execução; III – participação em atividades que concorram para o retorno ao convívio social. Parágrafo único. A ausência de vigilância direta não impede a utilização de equipamento de monitoração eletrônica pelo condenado, quando assim determinar o juiz da execução. (Parágrafo único acrescido pela Lei nº 12.258, de 15/6/2010).

O legislador estabeleceu a saída do condenado da unidade prisional com prazo determinado para seu retorno, desde que preenchidas certas condições objetivas e subjetivas, só aí poderá requerer o benefício – este que pode ser revogado a qualquer momento em que configurar alguma transgressão por parte do beneficiado, ou mesmo desvio de finalidade.

Vale dizer que o sentenciado, para ter o direito de pleitear a saída temporária, deve estar no regime semiaberto, ter cumprido pelo menos 1/6 da pena, se for primário e, caso seja reincidente, ter cumprido ¼ da pena, além de apresentar comportamento adequado, atestado pela unidade prisional, por meio de uma certidão chamada “Atestado de Conduta Carcerária”, bem como que o benefício seja indicado com os objetivos da individualização da pena.

A Lei de Execução Penal prevê a possibilidade de até cinco saídas temporárias do sentenciado no ano, em datas previamente estabelecidas; cada saída não poderá exceder 7 dias, totalizando 35 dias que o preso pode ficar fora do estabelecimento prisional em um ano, com um intervalo de 45 dias entre uma saída e a outra, conforme artigo 124.

Com o advento da Lei nº 13964/2019, que ficou conhecida como pacote “anticrime”, foi extinta a saída temporária ao condenado por crime hediondo que tenha resultado em óbito da vítima, como nos casos de homicídio qualificado, roubo seguido de morte etc. A nova lei só se aplica aos crimes ocorridos após seu sancionamento, em janeiro de 2020. O Professor Alamiro Velludo Netto explica que a Lei de Execução Penal tem natureza de direito material, o que significa que retroage só quando é mais benéfica. “Só vai ficar proibido de ter a saída temporária aquele sujeito que cometer o crime após a nova lei entrar em vigor”, diz.

As saídas temporárias são autorizadas sempre pelo juiz da vara de execuções criminais em datas festivas ou especiais, sem vigilância direta ou escolta. Na prática, o diretor do presídio envia uma lista dos apenados que, em tese, preenchem os requisitos objetivos e subjetivos. Em seguida, o juiz da execução analisa tal pedido e, de forma fundamentada, profere sua decisão. A saída temporária só pode ser analisada pelo Juiz da Vara de Execuções Penais após a manifestação do Ministério Público, bem como da juntada do parecer do Diretor do Presídio.

O Estado de São Paulo, a título de exemplo, permite as saídas temporárias no Natal e Ano Novo, Dia das Mães e dos Pais, Finados e na Páscoa, sempre para visitar algum parente, sem que se tenha estabelecido o grau de parentesco a ser visitado. Podem ser ascendentes, descendentes

ou colaterais. O requerimento para a saída temporária do preso também poderá ser feito pelo seu advogado diretamente ao juiz da execução penal.

Como já vimos, a Lei nº 7.210, de 1984, vislumbra a saída temporária para o preso poder estudar ou trabalhar, podendo frequentar curso supletivo ou profissionalizante, segundo grau ou superior, com a necessidade de que o estabelecimento de ensino seja na comarca da execução. Em tais casos, o preso assume o compromisso de frequentar as aulas ou trabalhar e, ao terminar, retornar imediatamente à unidade prisional, sob pena de ter o benefício revogado e responder a processo administrativo.

A lei também possibilitou a saída temporária para o preso participar de atividades que concorram para a sua reintegração ao convívio social, como participar de peças teatrais, ou exposição em feiras públicas para apresentar seus trabalhos; por exemplo, quadros ou pinturas.

O beneficiado da saída temporária assume certos compromissos, como informar ao juízo o endereço do familiar que deseja visitar, onde poderá ser localizado, durante sua saída.

Este deverá permanecer na residência do visitante no período noturno e não frequentar locais de reputação duvidosa, tais como bares, boates e estabelecimentos semelhantes, evitando assim consumir bebidas alcóolicas, entrar em discussões e participar de brigas.

O reeducando poderá ter o direito ao benefício revogado caso cometa alguma falta disciplinar considerada grave, ou se deixar de cumprir alguma das condições previamente estabelecidas, ou, ainda, se praticar algum crime doloso e não apresentar aproveitamento satisfatório nos cursos em que se inscreveu.

Há que se observar que podem ocorrer situações alheias à vontade do reeducando que impeçam o seu retorno à unidade prisional no dia e hora designados, como, por exemplo, se ele testar positivo para COVID-19 no período da saída temporária. Em tais casos, amigos ou familiares devem entrar em contato imediatamente com a unidade prisional e informar o ocorrido. O preso ficará obrigado a provar o alegado por meio de documentos, sob pena de regredir de regime.

A revogação do benefício, assim como sua concessão, segue um conjunto de normas e está condicionada à instauração de um processo administrativo, que servirá de base para o juiz fundamentar sua decisão. Caso o sentenciado seja absolvido do processo criminal, ou cancelada a sanção disciplinar, e este demonstre ser novamente merecedor do benefício, o juiz poderá restabelecê-lo.

Outra modalidade de saída temporária é a “Autorização de Saída”, ligada a situações excepcionais que podem ocorrer com os presos dos regimes fechado e semiaberto, como participar do funeral de um parente ou tratamento médico não existente no presídio, de acordo com o artigo 120 de LEP. Esta saída, por ser medida urgente, é autorizada pelo diretor do presídio, que determina acompanhamento de escolta.

A sociedade, infelizmente, é bombardeada com *fake news* pelas mídias, com inverdades sobre o sistema prisional, como a afirmação de que essas saídas propiciam fugas, bem como o aumento da delinquência, informações que não passam de sensacionalismo.

Os dados comprovam que somente um número reduzido de apenados não retornam às suas unidades prisionais. Segundo informação da Secretaria da Administração Penitenciária – SAP – de São Paulo, 4,44% dos 36,6 mil presos que deixaram as penitenciárias do estado de São Paulo, durante a chamada “saidinha temporária de fim de ano”, não retornaram ao sistema prisional paulista, em 2019, porcentagem que diminuiu na última vez em que tal benefício foi concedido: entre os dias 14 e 20 de junho de 2022, 34.566 reeducandos deixaram as unidades prisionais e apenas 3,86% não retornaram.

A saída temporária, concluímos, é um benefício amparado pela lei e condicionado a regras e a critérios rígidos, cujas etapas devem ser seguidas à risca. A concessão desse direito tem sido satisfatória, pois, conforme dados supracitados, registram-se baixíssimos números de evasão. Trata-se de um voto de confiança que o estado dá ao preso, e tem por objetivo a reintegração social de forma gradativa, preparando esse indivíduo para o reencontro com a necessária luz da liberdade.

3

A Lei de Execução Penal: uma reflexão entre o espírito da lei e a realidade brasileira

Wagner Cavalcante dos Santos¹

-
1. Advogado criminalista e professor universitário. Pós-graduado em Direito Penal e Direito Processual Penal pela PUC/SP e Docência do Ensino Superior pela FMU. Coordenador de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia da Comissão do Acadêmico e da Acadêmica de Direito da OAB/SP e Presidente da Comissão do Acadêmico e Acadêmica de Direito da 242ª Subseção Butantã.

Introdução

Qualquer norma que entre em vigor, deve ou deveria vir precedida de profundo estudo sobre sua finalidade, atender a objetivos claros e específicos, daí a nosso ordenamento jurídico vigente impor, para a sua legalidade, diversas etapas, que vão desde a elaboração do projeto de lei à sua efetiva promulgação.

A Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, que instituiu a Lei de Execução Penal veio em substituição especialmente à Lei nº 3.274, de 2 outubro de 1957, cujo objeto simplório era dispor acerca de normas do regime penitenciário.

Já na exposição de motivos a nova lei, então LEP, em muito superava a lei revogada, talvez, por ter sido elaborada por juristas de renome à época,² que atentos a boa técnica, deixaram claro os objetivos da lei, como por exemplo, os sujeitos da Execução Penal, os direitos e deveres dos apenados ou submetidos a medida de segurança, o dever de fiscalização dos estabelecimentos penais pelos agentes do Estado e especialmente a proteção dos bens jurídicos e a reincorporação do autor à comunidade, entre outras previsões.

É certo que sempre que uma norma nova entra em vigor, a adaptação se dá com o tempo, especialmente no caso de uma lei tão ampla e complexa, que necessita da atuação de vários agentes, instituições e entes coordenados e comprometidos para o atendimento fiel espírito da lei.

Hoje, não é preciso ser um especialista para verificar que o real espírito do legislador não fora atendido. Qualquer um que milite na esfera penal,

2. A elaboração do anteprojeto foi iniciada em fevereiro de 1981, pela Comissão integrada pelos professores Francisco de Assis Toledo – Coordenador, René Ariel Dotti, Benjamin Moraes Filho, Miguel Reale Júnior, Rogério Lauria Tucci, Ricardo Antunes Andreucci, Sérgio Marcos de Moraes Pitombo e Negi Calixto e revisados pela Comissão Revisora composta pelos professores Francisco de Assis Toledo – Coordenador, René Ariel Dotti, Jason Soares Albergaria e Ricardo Antunes Andreucci. Contou esta última, nas reuniões preliminares, com a colaboração dos professores Sérgio Marcos de Moraes Pitombo e Everardo da Cunha Luna.

em especial adentrando a estabelecimentos prisionais do país, destacado pela superpopulação carcerária e pelas condições físicas dos prédios, além da ausência de políticas para reinserção social, verifica que dificilmente o apenado encontrará condições para uma reeducação ou será devolvido à sociedade em condições de retomar a sua vida.

Aquele que por qualquer motivo vem a ser condenado e, com isso, cumpre pena em nosso sistema penal, simbolicamente acaba ostentando uma “tarja” em seu peito que o impede ou que dificulta retornar ao convívio da sociedade. Após o cumprimento da pena, o então “egresso” tem o denominado antecedentes criminais, destaque negativo que certamente impactará em diversos setores de sua vida, inclusive no mercado de trabalho, por exemplo, já que não é incomum empregadores, editais de concurso público destacarem a necessidade da ausência de registros negativos.

Durante o período de segregação da liberdade ou medida de segurança, além da família (quando não desaparece ou não tem recursos para acompanhar as visitas ao seu ente) o Advogado Criminalista pode ou deveria ser presente na vida do apenado, já que não devemos esquecer que após receber a sentença condenatória e esgotado todos os recursos cabíveis, inicia-se uma nova fase processual, a execução penal, sendo o profissional técnico responsável por postular e acompanhar eventuais pedidos de progressão de regime de pena, remições, saídas temporárias entre outros benefícios previstos na lei.

Nenhum ser humano está livre da prática de eventual delito. É prematuro dizer que jamais cometerá um crime, já que vivemos numa sociedade violenta. Os níveis e diferenças sociais só aumentam, o desemprego é cada vez mais frequente no país e, atualmente, existe uma política de excesso de criminalização de condutas. Por isso, caberia uma reflexão sobre como observarmos ou julgamos aqueles que, eventualmente, se viram diante da prática delitiva e, mais tarde, eventual condenação criminal.

O homem é um ser falível, suscetível a erros, a destemperos, a confronto de ideias e ideais em seu ambiente de trabalho, entre familiares, em seus colegas com time de futebol diversos, a livre escolha política e de religião, enfim, são vários os fatores que podem fazer o homem por algum motivo,

deixar de agir como se espera de um homem médio e, quem sabe, vir a delinquir.

Quando o homem viola uma conduta típica, daí a encarar aquela ação que esteja descrita como crime, deve percorrer o procedimento processual atinente ao caso e, quem sabe, a reprimenda cominada à espécie. E, para tanto, não podemos deixar de avaliar a real finalidade da pena, especialmente se adequada àquela conduta legalmente prevista, lembrando que este apenado deve, ou deveria, retornar ressocializado à sociedade, fato cada vez mais difícil ante a realidade do sistema prisional brasileiro.

O homem como ser falível e a prática de conduta descrita como crime

Sem adentrarmos a questões religiosas ou filosóficas, quem fez qualquer leitura à Bíblia, especialmente no livro de Gênesis, ainda que não o tenha lido, já ouviu falar que Caim matou Abel, ambos eram filhos de Adão e Eva.

Segundo relatos, o móvel do crime seria ciúmes, já que Deus teria gostado mais da oferta de Abel, em detrimento da apresentada por Caim (Gênesis 4:3). Veja-se que, antes mesmo da história do homem, já existem relatos da prática de um grave crime contra a vida.

Diversos ramos da ciência estudam o comportamento humano e a prática do delito, o presente trabalho não tem a função de esgotar cada uma delas. Entretanto, na Sociologia Criminal, ensina o professor Newton Fernandes (FERNANDES, 1998) que o delito advém da própria convivência humana e da influência direta desta na etiologia do crime e na formação do criminoso, cabendo a esta ciência investigar as causas determinantes do crime, no sentido de serem detectados os fatores diretos que produziram o criminoso.

No estudo da criminologia, ensina Sérgio Salomão Shecaira (SHECAIRA, 2011) nos apresenta que, para esta ciência, o crime deve ser encarado como um fenômeno comunitário e como um problema social, apesar de entender que tal conceituação é insuficiente.

Discorrendo sobre “construção” e como “realidade” Eugênio Raul Zaffaroni (ZAFFARONI, 2015) aduz que se cada cidadão fizesse um rápido exame de consciência, comprovaria que várias vezes em sua vida infringiu normas penais, e cita o renomado autor, como exemplo, a possibilidade de levar a toalha do hotel, a não devolução de um livro emprestado, a apropriação de algum objeto perdido, etc.

É evidente que existem pessoas que voluntariamente se dedicam a prática delitiva, sem que sejam motivadas ou levadas a tais fatos desabonadores. Existem sim pessoas vocacionadas a prejudicar o bem jurídico alheio e, a estas pessoas, é que se deve a aplicação da lei.

Em lado oposto, não é demais concluir que cada ser humano é dotado de características, personalidade e atitudes diversas e que, amparado por estudos, o homem pode vir a delinquir em razão do meio em que vive ou em virtude de situações específicas que alteram a sua percepção ou moderação esperada para o homem médio, situações adversas que podem culminar em eventual prática delitiva.

O advogado criminalista e a defesa dos acusados e apenados

Com uma frequência razoável e desagradável, o advogado criminalista é confundido com o autor do delito ou até mesmo responsabilizado pelas consequências do crime, prática que deve ser desprezada e abolida da conduta daqueles que assim pensam.

Não é demais destacar que a Constituição Federal (art. 133, CF) e nosso EAOAB (art. 2º) afirmam que o advogado é indispensável à administração da justiça e, entre outras previsões e prerrogativas, destacamos, ainda, que o Código de Ética e Disciplina nos coloca como defensor do Estado Democrático de Direito, dos direitos humanos e garantias fundamentais (art. 2º).

Neste sentido, vale afirmar que estamos ao lado da defesa (podendo também representar a vítima), postulando pelo pleno exercício da defesa, pelo contraditório e cumprimento das leis, seja a quem e contra quem for.

E aí, cabe destacar que ninguém está livre de eventual prática de crime, daí a merecer melhor reflexão quando for imputado ao advogado, aquele que realiza a defesa técnica, conduta desabonadora.

O advogado criminalista, inicialmente, não defende um condenado. Ele defende um acusado de eventual prática delitiva que, durante uma instrução processual, pode até ser comprovada a sua inocência ou, ainda, circunstâncias que diminuem ou excluem a pena.

Não é demais destacar que o sujeito só é considerado culpado, após trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ou seja, quando não houver mais recursos previstos em lei e, é bom que se diga, que o advogado utiliza dos recursos em lei previstos, caso contrário, careceria de fundamentação ou motivação legal. Daí a afastar outro erro que muitos cometem ao afirmar que o advogado é o responsável por “protelar” ou fazer um causa demorar anos. Frise-se que utilizamos os recursos previstos em lei e não somos “criadores” de leis.

E, no *mister* de advogado criminalista, quando contratados ou eventualmente atuando em virtude de convênios, atuamos na fase de cumprimento de pena ou execução penal, estando ao lado do sentenciado e especialmente de sua família.

Na fase de cumprimento de pena, o advogado criminalista atuará postulando os benefícios e direitos previstos pela Lei de Execução Penal, tais como: progressões de regime prisional, requerimentos de saídas temporárias, remiões em razão de trabalho, estudo ou leitura, livramento condicional, mudança de estabelecimento prisional, entre outros.

Cabe destacar que cada um dos requerimentos ou direitos postulados pelos advogados a seus constituintes estão previstos em lei, que somente são deferidos após preenchimento dos requisitos destacados por ela e após concordância do representante do Ministério Público e deferimento pelo magistrado atuante na Vara de Execução, daí a ser equivocado dizer que “preso tem regalias ou benesses”.

Advogado criminalista atua em favor do seu constituinte, utilizando as ferramentas e recursos legais para o pleno e efetivo cumprimento da lei!

A finalidade da pena

Inicialmente, do contrário do que muitos desejam, a pena não pode ser encarada como um instrumento de vingança, exercida por um particular ou pela vítima que teve um bem jurídico ofendido, muito menos pelo Estado, que deve zelar pelo bem estar e vida de seu povo.

Atento a uma doutrina clássica e nos ensinamentos de Carnelutti (CARNELUTTI, 2006), o significado da palavra pena já traz a expressão “dor” e que faz sofrer. Afirma ainda que se a pena não pode ser um mal, poderíamos considerá-la um bem?

Discorrendo sobre os primórdios da pena Cesare Lombroso (LOMBROSO, 2007) que as penas se originaram por meio do próprio abuso do mal e graças a novos delitos. Sustenta o autor que a vingança não só era permitida, mas, antes, um dever. Quem se sentia lesado faz justiça como pode e não deixaria que outros se intrometessem.

O professor Newton Fernandes (FERNANDES, 2000) ensina que a pena em sua origem, nada mais foi do que vingança, do que simples revide à agressão ou dano sofrido. Cita em seus ensinamentos a pena de talião no Código de Hamurabi, na Babilônia de XXIII a.C., donde vem a expressão “olho por olho, dente por dente”, o que significaria que o agressor pagaria na mesma medida ao sofrer tal “pena”.

Atento a uma doutrina mais contemporânea, como a de Zaffaroni (ZAFFARONI, 2015) nos ensina que a pena é a manifestação da coerção penal, incluindo todas as consequências jurídicas que se acham previstas no Código Penal.

Com a evolução do direito, os conceitos foram se ajustando e, atualmente a doutrina majoritária, inclusive a adotada pelo nosso Código Penal preconiza a dupla finalidade, a primeira de punir o criminoso e, outra de prevenir a prática de outro delito, pela reeducação e pela coerção coletiva. Muitas outras teorias ou nomenclaturas são apresentadas mas, de forma geral, todas elas comungam o mesmo entendimento.

Com esse breve esboço histórico, e diante da atual legislação, não é mais razoável o entendimento de que aqueles que se viram diante da prática

criminosa e estão encarcerados devem ser jogados “as traças” como se animais fossem, ou ainda, lhes desejarem pena perpétua ou de castigos.

O duelo entre a opinião popular frente aos direitos fundamentais dos condenados

Não é difícil verificar nos noticiários televisivos, em alguma mídia impressa ou digital ou opiniões de populares que se manifestam no sentido de destinar aos presos condenados ou provisórios tratamento desumano como trabalhos forçados, pena de morte, cancelamento de visita de familiares, entre outros. Temos até pessoas de destaque na mídia que chegam a dizer que o “preso” ganhará seu Auxílio-reclusão em detrimento da maior parte da população que vive em situação de dificuldade.

Aliás, no tocante ao trabalho, em quase 20 anos de advocacia e, especialmente estando presente em CDPs e penitenciárias, nunca soube que alguém que cumpre pena não quisesse trabalhar. Aliás, é o desejo de todo preso, já que pode remir sua pena pelo trabalho e, ainda, garantir um pecúlio para suas necessidades básicas.

Ponto relevante que merece destaque e esclarecimentos é o eventual pagamento de Auxílio-reclusão que, sem querer esgotar o tema, somente tem direito aquele que cumpre sua pena e a época de sua prisão, preenchia os requisitos previstos em lei, ou seja, não é pago a todos de fora indiscriminada. No mais, o benefício é pago à família do preso e não a ele, daí a mais uma “falácia” ser divulgada de forma equivocada.

Note-se que para aqueles presos ou condenados que cumprem pena, existe uma série de direitos que foram conquistados ao longo do tempo. Portanto, não há o que se falar que o Estado promove-lhes mordomias.

Durante a evolução histórica, o Brasil foi sendo signatário de vários tratados, como por exemplo, o Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos, a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes e Convenção Americana sobre Direitos Humanos, sem falar que nossa própria Constituição Federal de 1988, tem entre seus princípios a prevalência dos Direitos Humanos.

Todo esse ordenamento jurídico veda ao Brasil, adotar especialmente àqueles que estão presos, e sob sua tutela, tratamentos cruéis, como penas de trabalhos forçados, e pena de morte, além de lhes garantir que o Estado deve fornecer alimentos, vestuários e um tratamento digno.

Em outro sentido, exercendo a mídia um papel importante na informação e formação cultural das pessoas, aquele que estiver à frente do veículo e não estiver bem informado pode vir a difundir dados e notícias que podem prejudicar o entendimento da população de massa aos direitos e deveres do condenado.

O saudoso professor Luiz Flávio Gomes em sua obra *Populismo penal midiático* (GOMES, 2013) ao discorrer sobre as imagens do sistema penal e da criminalidade construídas neste processo midiático, aduz que embora seja impossível isolar a atuação midiática de outros fatores que possam repercutir na opinião pública, a fim de determinar um indiscutível nexo causal, sua influência é fundamental e praticamente única quando não há informações diretamente acessíveis ao indivíduo, como ocorre naquelas relacionadas ao sistema penal e seu funcionamento.

Veja, então, que ainda que se respeite opinião diversa, não é aceitável ou razoável aqueles que entendam que aqueles que eventualmente estão com sua liberdade segregada devam ser objetos destinados a maus tratos, a ausência de alimentação, expostos a trabalhos forçados ou, ainda, independentemente do crime cometido, terem sua vida ceifada como pena. Eis que, felizmente, o arcabouço jurídico brasileiro veda tais práticas.

Os números do sistema penal paulista e a difícil missão do cumprimento da Lei de Execução Penal

Não obstante, todo o ordenamento jurídico vigente, e já citado no presente trabalho, com o advento da Lei de Execuções Penais, ficou evidente a vontade do legislador, tanto é assim, que de forma exemplificativa, podemos citar capítulos da lei que são destinados ao condenado e ao internado, a necessidade de assistência a eles, inclusive na saúde, jurídica, educacional, social, religiosa, entre outros direitos.

E, apesar de claro os objetivos, na prática a constatação é inexistente ou de difícil percepção, a começar do número ou superlotação dos locais destinados aos presos provisórios ou definitivos.

No Estado de São Paulo, em razão da administração local, temos a SAP – Secretaria de Administração Penitenciária que, em site oficial,³ noticia que em 10/08/2022 tínhamos a população carcerária de 197.771 indivíduos. E, no mesmo veículo, se formos pesquisar, por exemplo, a Penitenciária de Franco da Rocha I, cuja capacidade é de 914 presos, o próprio site noticia que tem 1216 presos. E esse aumento pode ser verificado em quase todos os estabelecimentos destinados aos presos provisórios ou definitivos.

Aquele que milita, e tem a necessidade de frequentar os estabelecimentos prisionais, sabe que o lugar que deveria oferecer condições de regeneração ou ressocialização do apenado, dificilmente atingirá esse objetivo, seja pela superpopulação carcerária ou pelas condições insalubres do local. Daí, entre outros motivos, ser difícil verificarmos o real cumprimento do legislador.

Conclusão

O presente trabalho não teve a pretensão de esgotar o tema, já que é dinâmico e esperamos de fato, que as condições do sistema penal brasileiro melhorem. Entretanto, teve o objetivo de trazer alguns assuntos indispensáveis à compreensão e à discussão da população.

Como advogado, trouxe à baila alguns assuntos para chamar à reflexão, especialmente caros àqueles que, por algum motivo, foram processados e condenados pela prática de crimes mas, que ainda devem ser objetos do cumprimento da lei.

Para iniciar esta reflexão, cabe ao indivíduo a partir dos assuntos aqui lançados, lembrarmos que o homem é um ser falível e que, em razão de

3. www.sap.sp.gov.br

diversas situações, pode perder sua moderação e se ver diante de uma autoridade delitiva, daí a merecer os rigores da lei, e nada além disso.

Não devemos esquecer que a pena máxima de segregação da liberdade só deve ser destinada para aqueles crimes que de fato necessitem pois, de acordo com as premissas aqui lançadas e de tudo que se vê nos noticiários, não é difícil concluir que o sistema carcerário atual em nada, ou quase nada, contribui para o cumprimento do espírito da Lei de Execuções Penais, dificilmente devolvendo o apenado ressocializado, missão premissa da lei.

Com isso, cabe a nós como indivíduos e pertencentes à sociedade, nos afastarmos de conclusões inexistentes, como regalias prisionais ou direitos que deveriam ser suprimidos e, só assim, quem sabe auxiliares no papel ou objetivo da Lei de Execução Penal, tendo de volta um cidadão digno de direitos e obrigações.

Referências

- BECCARIA, Cesare Bonasena Marchesi Di. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Flório Angelis. Bauru: Edipro, 2001.
- CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Tradução Ricardo Rodrigues Gama. 1. ed. 3ª tiragem, Campinas: Russell Editores, 2008.
- GOMES, Luiz Flávio; ALMEIDA, Débora de Souza. **Populismo penal midiático**. São Paulo: Saraiva 2013.
- LOMBROSO, Cesare. **O homem delinquente**. Tradução e seleção Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 2007.
- MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Fundamentos da pena**. 2. ed., São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**. v. 1 parte geral. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico penal e constituição**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 3. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 1994.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique, **Manual de direito penal**. v. 1: parte geral. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

4

Aplicabilidade da execução provisória da pena nas sentenças condenatórias proferidas no Tribunal do Júri

Priscila Dias Modesto¹

-
1. Advogada Criminalista, mestranda em Psicologia Criminal, pós-graduada em Direito Penal, Processo Penal e Perícia Penal. Atuou, desde 2014, na Comissão de Oratória Forense OAB-SP. Em 2019 trouxe o projeto para OAB Subseção Diadema. Foi presidente da Comissão da Mulher Advogada. Atualmente é vice-presidente da OAB Subseção Diadema. Preside as Comissões de Direito Penal, Processo Penal e Oratória Forense. E-mail: priscila.modesto@aasp.org.br; Instagram @dra_priscila.modesto.

Introdução

Alterações legislativas muitas vezes são necessárias pois, tendo em vista que tudo está em evolução, até mesmo as formas de se cometer um delito passam por uma evolução, quiçá as formas de puni-lo.

O princípio da presunção da inocência remonta à origem do Império Romano, e é consagrado nos mais diversos documentos legislativos de todo mundo. Desta forma, achou-se, por bem, construir esta evolução para estar presente nesta pesquisa como pano de fundo, facilitando para o leigo, ou para o mais letrado, ou para todos os que tenham interesse, o entendimento das alterações trazidas pelo Pacote Anticrime, Lei nº 13.964/2019, direcionadas especificamente para o Art. 492, I, do Código de Processo Penal – CPP.

Dentro desse cenário, o objetivo deste estudo é apurar o motivo pelo qual as jurisprudências do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal entendem que tal disposto é ilegal.

Do Pacote Anticrime

Com o advento do Pacote Anticrime, algumas alterações foram trazidas tanto para o Código Penal, como para o Código de Processo Penal.

Instituído pela Lei nº 13.964/2019, o Pacote Anticrime tinha o objetivo de alterar a legislação penal e também modernizá-la, se opondo rigidamente à criminalidade organizada, crimes violentos e outros crimes de grande repercussão social (SANTOS; CAMPOS, 2021).

Muita polêmica ainda gira em torno das “inovações” trazidas por essas alterações, entre elas, a do artigo 492, I, “e”, do Código de Processo Penal – CPP. Assim, vejamos a redação original do artigo:

Art. 492. Em seguida, o presidente proferirá a sentença que:

I – no caso de condenação:

[...]

e) mandará o acusado recolher-se ou recomendá-lo-á à prisão em que se encontra, se presentes os requisitos da prisão preventiva;

Redação após alteração pela Lei nº 13.964/2019:

Art. 492. Em seguida, o presidente proferirá sentença que: I – no caso de condenação:

[...]

e) mandará o acusado recolher-se ou recomendá-lo-á à prisão em que se encontra, se presentes os requisitos da prisão preventiva, **ou, no caso de condenação a uma pena igual ou superior a 15 (quinze) anos de reclusão, determinará a execução provisória das penas, com expedição do mandado de prisão, se for o caso, sem prejuízo do conhecimento de recursos que vierem a ser interpostos** (grifo nosso).

Como observado, houve alterações relevantes no artigo 492, I, “e” do Código de Processo Penal.

Verifica-se inicialmente que tal alteração contradiz dispositivos da Constituição Federal e do próprio Código de Processo Penal. Desta forma, serão analisados alguns recortes desta nova redação.

Presunção de inocência

Após a ditadura militar, um processo de redemocratização foi instaurado por meio da promulgação da Carta Magna de 1988. O artigo 5º da Carta Constitucional consagra um conjunto de direitos individuais e coletivos, contidos em cláusulas pétreas, aquelas que não estão sujeitas a modificações, salvo por uma nova Assembleia Nacional Constituinte (MARCELO, 2020).

Entre estes direitos, está a presunção de inocência. Assim vejamos: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

O princípio da presunção de inocência remonta ao direito romano. Na Idade Média o referido princípio foi afrontado em razão, principalmente, dos procedimentos inquisitoriais que vigoravam na época, chegando mesmo a ser invertido já que a dúvida poderia levar à condenação. Contudo, o princípio da presunção de inocência foi consagrado na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 refletindo uma nova concepção do direito processual penal. Uma reação dos pensadores iluministas ao sistema persecutório que marcava o antigo regime, no qual a confissão – “rainha das provas” – era obtida por meio da tortura, de tormentos e da prisão (YAROCHEWSKY, 2020).

Esta garantia de cunho processual está diretamente relacionada ao princípio da dignidade da pessoa humana e encontra guarida nos textos internacionais, como o artigo XI da Declaração Universal de Direitos Humanos:

Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa (ONU, 1948).

A presunção de inocência também foi positivada pelo Pacto de San José, na Costa Rica, em seu artigo 8.2, *in verbis*: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente a sua culpa” (OEA, 1969).

E ainda foi normatizada no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 16 de dezembro de 1966, o qual, em seu art. 14.1, estabelece que: “Qualquer pessoa acusada de infração penal é de direito presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido legalmente estabelecida” (ALBUQUERQUE, 2020).

Quanto aos dois últimos tratados internacionais de direitos humanos mencionados, é importante registrar que ambos foram integrados ao ordenamento jurídico pátrio, respectivamente, por meio dos Decretos nº

592/1992 e nº 678/1992, e hoje, segundo o atual entendimento do STF, assumem o caráter de norma supralegal (ALBUQUERQUE, 2020).

Este princípio insculpido na regra artigo 5º, LVII traduz a presunção constitucional de não culpabilidade, vedando condutas dotadas de prejulgamento por parte das autoridades estatais, incluindo membros do Poder Judiciário sendo, portanto, uma garantia do indivíduo (FERNANDES, 2019, p. 595-596).

Consiste em assegurar ao imputado o direito de ser considerado inocente até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (TUCCI, 2004, p. 379).

Neste sentido, Dezem (2019) também afirma que é deste princípio que se extrai a regra: “o acusado deve ser tratado como inocente até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória porque de fato e juridicamente é inocente”.

Verifica-se que o princípio da presunção de inocência reserva implicações que não se limitam ao ônus da prova, na proteção do *in dubio pro reo*, mas direciona-se, também, a impedir restrições antecipadas dos direitos fundamentais do cidadão, salvo aquelas admitidas em caráter cautelar (LEITE; COSTA, 2020).

Desta forma, a regra do artigo 5º, LVII, da Constituição Federal de 1988, deve ser observada no júri. É assegurado constitucionalmente ao cidadão, caso venha a responder processo criminal que lhe será conferido o tratamento de ser presumivelmente inocente, com as consequências daí advindas, em especial no campo do cumprimento da pena somente ser exigível após o esgotamento das vias recursais (ABRÃO, 2020).

Execução provisória da pena

Gira em torno desse recorte do art. 492, I, e, uma grande polêmica sobre a legalidade do dispositivo. Contudo, vale a pena recorrer à cronologia para analisar a legislação pertinente à discussão em referência.

1941 – Código de Processo Penal

Art. 594: “o réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se condenado por crime de que se livre solto”.

Art. 393, I: são efeitos da sentença condenatória recorrível:

I – ser o réu preso ou conservado na prisão, assim nas infrações inafiançáveis, como nas afiançáveis enquanto não prestar fiança.

Art. 669, inciso I: só depois de passar em julgado, será exequível a sentença, salvo:

I – quando condenatória, para o efeito de sujeitar o réu à prisão, ainda no caso de crime afiançável, enquanto não for prestada a fiança.

1973 – A Lei nº 5.941 (Lei Fleury) alterou o artigo 594 do Código de Processo Penal, que passou a ter a seguinte redação: “o réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, ou prestar fiança, salvo se for primário e de bons antecedentes, assim reconhecido na sentença condenatória, ou condenado por crime que se livre solto”.

O caput do artigo 596, que passou a ter a seguinte redação: “a apelação da sentença absolutória não impedirá que o réu seja posto em liberdade”. Com efeito, com as alterações, o recurso de apelação passou a ser dotado de efeito suspensivo quando: a) nos casos em que a fiança fosse cabível; b) quando condenado por crime que se livre solto; ou c) se primário e de bons antecedentes. Fora de tais hipóteses, o réu deveria ser preso depois da sentença condenatória. 1990 – Súmula 9 do STJ cuja redação é a seguinte: “a exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência”.

2008 – A Lei nº 11.719/08 alterou diversos dispositivos do Código de Processo Penal. O artigo 3º da supracitada lei revogou expressamente o artigo 594 do CPP. Além disso, inseriu o parágrafo único no artigo 387 com a seguinte redação “O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento da apelação que vier a ser interposta”.

No que se refere ao procedimento especial do Tribunal do Júri, inseriu a alínea e, no inciso I do artigo 492, cuja nova redação passou a determinar que o juiz – presidente, ao proferir sentença no caso de condenação, mandará o acusado recolher-se ou recomendá-lo-á à prisão em que se encontra, se presentes os requisitos da prisão preventiva.

2011 – foi publicada a Lei nº 12.403 que conferiu a seguinte redação ao artigo 283 do CPP:

[...] ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.

2009 – O Plenário do STF, ao julgar o Habeas Corpus nº 84.078, em decisão dividida, firmou entendimento de que é inconstitucional a execução antecipada da pena.

2016 – O Plenário do Supremo Tribunal Federal retomou o tema ao julgar o Habeas Corpus nº 126.262. Com uma nova composição, a Corte alterou o entendimento até então vigente e fixou a tese de que o início de execução da pena após a confirmação da sentença condenatória em segundo grau não viola o princípio da presunção de inocência.

Diante desta polêmica mudança de entendimento, foram ajuizadas 3 Ações Diretas de Constitucionalidade – ADCs 43, 44 e 54 – em que se pretendia a declaração de plena vigência e compatibilidade constitucional do artigo 283 do Código de Processo Penal. Enquanto estava pendente o julgamento das ADCs – e, portanto, predominava o entendimento de que era constitucional a execução da pena após a confirmação da sentença condenatória em segundo grau – a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal proferiu duas decisões admitindo a execução provisória da pena decorrente de condenação pelo Tribunal do Júri, sem que haja necessidade de se aguardar o julgamento em segundo grau de jurisdição e independentemente do quantum de pena aplicado na sentença condenatória (SANTOS; CAMPOS, 2021).

Houve, também, diversas decisões monocráticas dos ministros da Corte admitindo o cumprimento imediato da pena no âmbito dos crimes dolosos contra a vida, após o encerramento das instâncias ordinárias.

Finalizado o julgamento no início de novembro, foi marcado por uma nova mudança de entendimento da Corte. O Supremo adotou o entendimento de que o artigo 283 do Código de Processo Penal, segundo o qual ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva está de acordo com o princípio da presunção de inocência, garantia prevista no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal e, portanto, é inconstitucional a execução provisória da pena após decisão condenatória de segundo grau (SANTOS; CAMPOS, 2021).

Apesar da mudança de entendimento da Corte, a Lei nº 13.964/2019 alterou o artigo 492, inciso I, alínea e, do CPP, que passou a estabelecer que em caso de decisão condenatória proferida pelo Tribunal do Júri, deverá o juiz presidente determinar a execução provisória da pena em caso de condenação a uma pena igual ou superior a 15 anos, com a expedição do respectivo mandado de prisão, sem prejuízo de eventuais recursos a serem interpostos. Nota-se que o verbo utilizado é *deverá*, ou seja, o magistrado não possui discricionariedade. Ele será obrigado a determinar a prisão (SANTOS; CAMPOS, 2021).

Em ato contínuo, a Lei do pacote “anticrime” nº 13.694/2019 entrou em vigor em janeiro de 2020, após a decisão do Supremo Tribunal Federal que julgou definitivamente as Ações Declaratórias de Constitucionalidade nºs 43, 44, e 54 e decidiu pela constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, firmando o entendimento *erga omnes*, onde a pena privativa de liberdade só poderá ser iniciada após o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Entretanto, a possibilidade de haver imediata execução no rito do Tribunal do Júri ainda em discussão no Supremo Tribunal, com o RE nº 1.235.340 (Tema 1.068 da repercussão geral), aduz que viola o princípio

da presunção de inocência. Outrossim converge que a execução imediata da condenação pelo Tribunal do Júri, independentemente do julgamento da apelação ou de qualquer outro recurso, poderia ser totalmente legal a luz do artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea c, da Constituição Federal que aduz sobre a soberania dos veredictos do Tribunal do Júri, autorizando a imediata execução de condenação imposta pelo corpo de jurados, independentemente do total da pena aplicada.

Conclusão

Tendo em vista a pesquisa, concluiu-se que as jurisprudências publicadas pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Superior Tribunal Federal continuam perseguindo o entendimento pacificado antes da promulgação da Lei nº 13.469/2019, qual seja: “ninguém pode ser considerado culpado antes do trânsito em julgado”.

Embora esta temática ainda deriva de discussões nos meios jurídicos, com base na jurisprudência pacífica dos Tribunais Superior e Supremo, a condenação pelo tribunal do júri não tem efeito automático, entende-se que é ilegal a execução provisória da pena como decorrência da condenação proferida pelo Tribunal do Júri, salvo quando o apenado já estiver encarcerado ou surgir algum novo fato que justifique a decretação da prisão preventiva, caso contrário, a decretação da prisão com a finalidade de antecipar o cumprimento da pena e concomitantemente a execução automática fere os Direitos Constitucionais que se refere à presunção de inocência, bem como, o princípio da dignidade humana e a plenitude de defesa que estão envoltos ao Tribunal do Júri.

Referências

- ABRÃO, Guilherme Rodrigues. A inconstitucionalidade do artigo 492, I, 'e', do código de processo penal. **Consultor Jurídico**, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-fev-06/abrao-inconstitucionalidade-artigo-492-cpp>. Acesso em: 10 jun. 2022.
- ALBUQUERQUE Lucas Augusto Reis. A execução provisória das penas restritivas de direito à luz do precedente firmado pelo STF a partir do HC nº 126.292. In: PINTO, Felipe Martins (Coord.) **Presunção de inocência**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Instituto dos Advogados de Minas Gerais, 2020, p. 225-247.
- DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p.798.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. Salvador: JusPODIVM, 2019, p. 595-596.
- LEITE, Gisele; COSTA, Arthur Riboo da. Pacote Anticrime (Lei 13.864/2019). **Jornal Juríd**, Bauru, 9 jan. 2020. ISSN 1980-4288. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3jqslfu>. Acesso em: 06 jun. 2022.
- MARCELO, Leonardo. Presunção de inocência e prisão por decisão e 2ª instância. In: PINTO, Felipe Martins (Coord.) **Presunção de inocência**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Instituto dos Advogados de Minas Gerais, 2020, p. 356-368.
- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. San José: OEA, 1969. Disponível em: <https://bit.ly/34pSrLi>. Acesso em: 10 jun. 2022.
- ONU, 1948. Disponível em: <https://bit.ly/37xdPk1>. Acesso em: 10 jun. 2022.
- SANTOS, Maurício Januzzi; CAMPOS, Marcus Vinícius Barbosa de. Os aspectos constitucionais do novo artigo 492 do código de processo penal. In: **Revista Direitos Democráticos & Estado Moderno**. São Paulo :Faculdade de Direito da PUC-SP, n. 02 – Jan./Jun. 2021, p.144-162. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br>. Acesso em: 10 jun. 2022.
- TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 374.
- YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. O STF e a presunção de inocência. In: PINTO, Felipe Martins (Coord.) **Presunção de inocência**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Instituto dos Advogados de Minas Gerais, 2020, p. 197-208.

5

A progressão de regime para condenado por crime hediondo reincidente em crime comum após a edição da Lei nº 13.964/2019

Matheus Guimaraês Cury¹

1. Matheus Guimaraês Cury, Advogado Criminalista, Professor de Direito Penal na Universidade Católica de Santos (UNISANTOS), Presidente do Conselho Penitenciário do Estado de São Paulo nos anos de 2012/13 e 2014/15, Mestre em Direito pela Universidade Metropolitana de Santos (Unimes), Pós Graduado em Direito Penal Econômico e Europeu pela Universidade de Coimbra.

O presente artigo objetiva esclarecer de que forma a Lei nº 13.964/2019 (pacote anticrime) interferiu na progressão de regime para condenados por crime hediondo, mas reincidentes em crime comum.

Antes de entrar na seara da progressão de regime, cabe esclarecer que o artigo 5º, inciso XLIII da Constituição Federal determina que caberá ao legislador ordinário definir quais são os crimes hediondos, e equipara a tortura, o terrorismo e o tráfico de drogas, para prever o mesmo tratamento dos crimes considerados hediondos pelo legislador ordinário.

Assim, a Lei nº 8.072/1990 (Lei de Crimes Hediondos), abrange não só as infrações penais enumeradas em seu art. 1º, mas também os crimes de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e o terrorismo que, apesar de não serem hediondos, são considerados pela própria Constituição Federal como assemelhados.

Conseqüentemente, a eles aplicam-se todas as regras penais e processuais penais previstas na citada lei, conforme o art. 2º da Lei nº 8.072/90, com todas as conseqüências mais graves do que as geralmente impostas aos crimes comuns.

Pela redação dada pela Lei nº 11.464/2007, e depois pela Lei nº 13.769/2018, o parágrafo 2º da Lei nº 8.072/1990 passou a considerar o lapso temporal de 2/5 da pena como condição para o condenado por crime hediondo ou equiparado primário progredir de regime, e o lapso temporal de 3/5 da pena como condição para o condenado por crime hediondo ou equiparado reincidente progredir de regime.

Para tanto, o legislador não exigia a reincidência específica, bastando a reincidência comum, conceituada pelos artigos 63 e 64 do Código Penal.

Com o advento da Lei nº 13.964/2019, a progressão de regime, sobretudo no que diz respeito ao requisito objetivo, passou a submeter-se aos novos lapsos temporais, prescritos, em consonância com a natureza do delito, no art. 112 da Lei de Execução Penal, assim expresso:

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

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

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

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

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

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

VI – 50% (cinquenta por cento) da pena, se o apenado for: a) condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, com resultado morte, se for primário, vedado o livramento condicional; b) condenado por exercer o comando, individual ou coletivo, de organização criminosa estruturada para a prática de crime hediondo ou equiparado; ou c) condenado pela prática do crime de constituição de milícia privada;

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

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

A Lei nº 13.964/2019 revogou expressamente o parágrafo 2º do artigo 2º da Lei nº 8.072/1990 e modificou o artigo 112 da Lei de Execução Penal para considerar no seu inciso V, o lapso temporal de 40% (quarenta por cento) da pena, se o apenado for condenado pela prática de crime hediondo ou equiparado, se for primário; e no inciso VII o lapso temporal de 60% (sessenta por cento) da pena, se o apenado for reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado.

Vale destacar que 40% da pena corresponde à fração de 2/5, e 60% da pena, corresponde à fração de 3/5.

Mas, e quando o acusado não é primário e nem reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado, mas reincidente em crime comum?

A Lei nº 13.964/2019 não trouxe novo lapso temporal para o reincidente por crime comum.

Isso mesmo. Em relação aos apenados que foram condenados por crime hediondo ou equiparado, mas que são reincidentes em razão de crimes comuns, não há percentual previsto na nova redação da Lei de Execução Penal, para fins de progressão de regime, visto que os percentuais de 60% e 70% se destinam unicamente aos reincidentes específicos, não podendo a interpretação ser extensiva, vez que seria prejudicial ao apenado.

Dessa forma, por ausência de previsão legal, deve o julgador considerar integrar a norma aplicando a analogia *in bonam partem*.

Assim, para o condenado por crime hediondo ou equiparado a hediondo que seja reincidente genérico, deverá incidir o percentual aplicável ao primário, ou seja, no caso concreto, o lapso temporal de 40% de cumprimento da pena.

Neste sentido vem asseverando a doutrina, ao tratar das inovações promovidas no art. 112 da LEP pela Lei nº 13.964/2019:

O dispositivo faz referência à reincidência específica em crime com violência ou grave ameaça. Mas e se o reeducando for reincidente, mas não específico, ou seja, somente um dos crimes, passado e presente tiver sido cometido com violência ou grave ameaça? Lendo e relendo o artigo em comento, concluímos que estamos diante de uma lacuna, cuja integração, por óbvio, deverá observar o princípio do *in dubio pro reo* (CUNHA, Rogério Sanches, *Pacote Anticrime: Lei nº 13.964/2019 – Comentários às alterações no CP, CPP e LEP*. Salvador: Editora JusPodvim, 2020. p. 371).

Em sentido diverso, o inciso VII do art. 112 da LEP, com redação determinada pelo Pacote Anticrime, é categórico ao apontar o patamar de 60% (sessenta

por cento) para o apenado reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado. Como se pode notar, trata-se de reincidência específica em crimes dessa natureza, não necessariamente no mesmo delito (...) Logo, na hipótese de se tratar de apenado já condenado irrecorrivelmente por um crime qualquer que vier a cometer novo delito, dessa vez hediondo ou equiparado, não se revela possível a aplicação do inciso VII do art. 112, devendo ser aplicado (...) o patamar previsto no inciso V, qual seja, 40% (quarenta por cento), desde que do crime hediondo (ou equiparado) em questão não tenha resultado morte (...) (LIMA, Renato Brasileiro de. *Pacote Anticrime: comentários à Lei nº 13.964/19*. Salvador: Jus Podivm, 2020, p. 394).

Este entendimento foi sedimentado pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial repetitivo nº 1.910.240/MG.

O acórdão foi assim ementado:

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME. ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA LEI nº 13.964/2019 (PACOTE ANTICRIME). DIFERENCIAÇÃO ENTRE REINCIDÊNCIA GENÉRICA E ESPECÍFICA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO DOS LAPSOS RELATIVOS AOS REINCIDENTES GENÉRICOS. LACUNA LEGAL. INTEGRAÇÃO DA NORMA. APLICAÇÃO DOS PATAMARES PREVISTOS PARA OS APENADOS PRIMÁRIOS. RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA. PATAMAR HODIERNO INFERIOR À FRAÇÃO ANTERIORMENTE EXIGIDA AOS REINCIDENTES GENÉRICOS. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. A Lei nº 13.964/2019, intitulada Pacote Anticrime, promoveu profundas alterações no marco normativo referente aos lapsos exigidos para o alcance da progressão a regime menos gravoso, tendo sido expressamente revogadas as disposições do art. 2º, § 2º, da Lei nº 8.072/1990 e estabelecidos patamares calcados não

apenas na natureza do delito, mas também no caráter da reincidência, seja ela genérica ou específica. 2. Evidenciada a ausência de previsão dos parâmetros relativos aos apenados condenados por crime hediondo ou equiparado, mas reincidentes genéricos, impõe-se ao Juízo da execução penal a integração da norma sob análise, de modo que, dado o óbice à analogia in malam partem, é imperiosa a aplicação aos reincidentes genéricos dos lapsos de progressão referentes aos sentenciados primários. 3. Ainda que provavelmente não tenha sido essa a intenção do legislador, é irrefutável que de lege lata, a incidência retroativa do art. 112, V, da Lei nº 7.210/1984, quanto à hipótese da lacuna legal relativa aos apenados condenados por crime hediondo ou equiparado e reincidentes genéricos, instituiu conjuntura mais favorável que o anterior lapso de 3/5, a permitir, então, a retroatividade da lei penal mais benigna. 4. Dadas as ponderações acima, a hipótese em análise trata da incidência de lei penal mais benéfica ao apenado, condenado por estupro, porém reincidente genérico, de forma que é mister o reconhecimento de sua retroatividade, dado que o percentual por ela estabelecido – qual seja, de cumprimento de 40% das reprimendas impostas –, é inferior à fração de 3/5, anteriormente exigida para a progressão de condenados por crimes hediondos, fossem reincidentes genéricos ou específicos. 5. Recurso especial representativo da controvérsia não provido, assentando-se a seguinte tese: É reconhecida a retroatividade do patamar estabelecido no art. 112, V, da Lei nº 13.964/2019, àqueles apenados que, embora tenham cometido crime hediondo ou equiparado sem resultado morte, não sejam reincidentes em delito de natureza semelhante (REsp n. 1.910.240/MG, relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Terceira Seção, DJe de 31/5/2021).

Em decisão recente, Habeas Corpus nº 747.631/SP, 09/06/2022 o Ministro João Otávio de Noronha, do Superior Tribunal de Justiça, assim observou:

Ao estabelecer as frações para a progressão de regime, o novo texto da Lei de Execução Penal não contemplou a presente hipótese – isto é, de paciente não reincidente em delito hediondo ou equiparado –, o que denota a ausência de específica previsão legal, cabendo ao julgador proceder à sua integração.

Portanto, ao contrário do entendimento da instância ordinária, a norma não pode ser interpretada extensivamente para prejudicar o sentenciado, sendo inadmissível a incidência, por analogia in malam partem, do percentual de 60% da pena prevista para “reincidente na prática de crime hediondo ou equiparado” (art. 112, VII, da LEP).

Assim, por se tratar de paciente condenado na condição de reincidente comum, conforme se depreende dos autos, impõe-se a aplicação do lapso temporal de 40% (art. 112, V, da LEP) para a progressão de regime.

Na mesma esteira do Superior Tribunal de Justiça, o Supremo Tribunal Federal, ao negar provimento em Agravo Regimental no HC nº 621.621/SC, Relator Ministro Edson Fachin, 24/05/2021, assim ementado:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. EXECUÇÃO PENAL DEFINITIVA. PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL. REINCIDÊNCIA. CRIME HEDIONDO. PACOTE ANTICRIME (Lei nº 13.964/2019). APLICAÇÃO DE 60% (SESSENTA POR CENTO) DO CUMPRIMENTO DA PENA PARA CONCESSÃO DA BENESSE. CONSTRAINGIMENTO ILEGAL NÃO VERIFICADO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A decisão agravada deve ser mantida por seus próprios fundamentos. 2. O entendimento delineado pelo Tribunal de origem encontra-se alinhado ao desta Corte Superior no sentido de que a Lei dos Crimes Hediondos não faz distinção entre a reincidência comum ou específica ao determinar a fração de 3/5 (três quintos) como lapso temporal para a progressão de regime, e que, consistindo a reincidência em condição pessoal, uma vez reconhecida, influi sobre o requisito objetivo dos

benefícios da execução em relação a todas as condenações. Importa acrescer que, não há falar nem em lei mais benéfica, e nem em de qualquer forma prejudicial ao apenado, tendo em vista que o percentual de 60% (consagrado hoje pelo denominado “Pacote Anticrime”), corresponde exatamente à anterior fração de 3/5. Precedentes. 3. Agravo regimental desprovido.

Assim, por absoluta ausência de previsão legal, o julgador deve integrar a norma aplicando a analogia *in bonam partem*. Com isso, para o condenado por crime hediondo que seja reincidente genérico deverá incidir o lapso temporal equivalente ao primário, ou seja, 40% ou 50%, a depender do caso.

Tem-se, assim, uma *novatio legis in melius*, uma vez que a esse respeito, estabelece o art. 5º, XL, da Constituição da República de 1988, que “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”, ou seja, situação que pode, inclusive, ser pleiteada perante o Juiz da Execução Penal, na forma do artigo 66, inciso I, da Lei de Execução Penal e da Súmula 611, do Supremo Tribunal Federal.

Dessa forma, somente se aplica a fração de 60% ou de 3/5 para progredir de regime prisional ao apenado por crime hediondo ou equiparado, mas reincidente em crime hediondo ou equiparado. Aos reincidentes por crime comum, mesmo que condenados antes da vigência da Lei nº 13.964/2019, aplica-se para progredir de regime prisional a fração de 40% ou 2/5, ou de 50% a depender do caso concreto.

Referências

BRASIL. **Lei de Execução Penal (7.210/1984)**. Brasília-DF: Câmara dos Deputados.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **Lei de Crimes Hediondos (8.072/1990)**. Brasília-DF: Câmara dos Deputados.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial repetitivo nº 1.910.240/MG e Habeas Corpus nº 747.631/SP**. Brasília-DF.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental nº HC 621.621/SC e Súmula 611**. Brasília-DF.

CUNHA, Rogério Sanches, **Pacote Anticrime: Lei nº 13.964/2019**: comentários às alterações no CP, CPP e LEP. Salvador: JusPodvím, 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Pacote Anticrime**: comentários à Lei nº 13.964/19. Salvador: Jus Podvím, 2020.

6

Análise do caso Kids for cash / An analysis of The Kids for Cash Case

Ricardo Hasson Sayeg¹

Rodrigo Campos Hasson Sayeg²

-
1. Professor Livre-Docente da PUCSP do Núcleo de Direitos Humanos do Programa de Doutorado e Mestre. Doutor e Mestre em Direito pela PUCSP. Presidente da Comissão Nacional Cristã de Direitos Humanos do FENASP.
 2. Professor do Programa de Especialização de Penal e Processo Penal da COGEAE/PUC-SP. Doutorando em Direito pela UNICURITIBA. Mestre *cum laude* pela California Western School of Law. Membro da Comissão Nacional Cristã de Direitos Humanos do FENASP.

Introdução

O tema da privatização das prisões e do sistema penitenciário brasileiro continua constantemente em voga. Isso porque, como é sabido, o sistema penitenciário brasileiro, em seu atual estado, corresponde a uma verdadeira crise institucional. Sob o ambiente hostil que o Supremo Tribunal Federal, em razão das graves e indistintas lesões aos direitos constitucionais dos presos, reconheceu como “Estado de Coisas Inconstitucional”, ao julgar a ADPF 347, em setembro de 2015,³ a população carcerária brasileira somente aumenta, conforme se verifica pelos números citados pelo Depen, órgão do Ministério da Justiça que informou que o total de presos no país é de 811 mil pessoas. Das 1.381 unidades prisionais, 997 têm mais de 100% da capacidade ocupada e outras 276 estão com ocupação superior a 200%. Sobram vagas em apenas 363 prisões.⁴

3. Vide: CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”. FUNDO PENITENCIÁRIO NACIONAL – VERBAS – CONTINGENCIAMENTO. Ante a situação precária das penitenciárias, o interesse público direciona à liberação das verbas do Fundo Penitenciário Nacional. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA – OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. Estão obrigados juizes e tribunais, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 347 MC, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, Julgado em: 09/09/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-031 DIVULG 18-02-2016 PUBLIC 19-02-2016. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&orgao_julgador=Tribunal%20Pleno&page=1&pageSize=10&queryString=adpf%20347&sort=_score&sortBy=desc).

4. AGÊNCIA CÂMARA DE NOTÍCIAS. *ONU vê tortura em presídios como “problema estrutural do Brasil”*. 22 set. 2019. Câmara dos Deputados. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/809067-onu-ve-tortura-em-presidios-como-problema-estrutural-do-brasil>. Acesso em: 04 ago. 2022.

Inclusive, o diplomata peruano Juan Pablo Vegas, integrante do Subcomitê da Organização das Nações Unidas para a Prevenção da Tortura, criticou as ações tomadas até agora pelo Brasil na tentativa de acabar com a superlotação e a violência no sistema penitenciário.⁵

Assim, visando a solução da referida problemática, veio a tona a discussão sobre a privatização desta função notoriamente pública, diante da nítida inadequação e ineficiência do Estado, inspirando-se no modelo Americano.

Por um lado, esta iniciativa recebe suas críticas diante da possibilidade de mercantilização desta função, sem uma análise, sob o ponto de vista, de proteção aos custodiados. Este posicionamento é bem representado pelo trabalho de Patrick Caicedo *Privatização das prisões: direções opostas na penalidade neoliberal*.⁶

Com mais de um terço da população prisional brasileira, o Estado de São Paulo pretende alimentar uma política penitenciária que se mostrou, na experiência estadunidense, fracassada em todos os seus objetivos, salvo o de gerar lucro ao setor privado. Não bastassem a dor e sofrimento causados pelo aprisionamento massivo brasileiro, o fomento à privatização prisional não só intensifica tais efeitos, como o faz por meio da sua mercantilização. Em um dos países mais desiguais do mundo, o enriquecimento por meio de um mecanismo reprodutor de desigualdade, o aprisionamento, expõe os limites da irracionalidade punitiva.

Neste sentido, Donna Selman e Paul Leighton apontaram, que “as prisões privadas pegaram dinheiro dos ricos para construir prisões para prender cidadãos pobres e desproporcionalmente minoritários, dando aos ricos a oportunidade de ficarem mais ricos com os pobres que ficam presos”⁷.

5. AGÊNCIA CÂMARA DE NOTÍCIAS. *ONU vê tortura em presídios como “problema estrutural do Brasil”*. 22 set. 2019. Câmara dos Deputados. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/809067-onu-ve-tortura-em-presidios-como-problema-estrutural-do-brasil/>. Acesso em: 04 ago. 2022.

6. CACICEDO, Patrick. *Privatização das prisões: direções opostas na penalidade neoliberal*. Boletim do IBCCRIM, 2020.

7. SELMAN, Donna; LEIGHTON, Paul. *Punishment for sale: private prisons, big business and incarceration binge*. Mariland: Rowman & Littlefield Publishers, 2010, p. 4. Tradução livre.

Por outro lado, temos a posição da possibilidade e da racionalização desta iniciativa privada, a qual pode ser melhor representada na dissertação de Mestrado de Henrique Ramidoff, *Concessão de serviços penitenciários: responsabilidade patrimonial e compliance*. Em sua obra, o autor conseguiu definitivamente provar que a “humanização por trás da prestação de serviços penitenciários dignos é a melhor forma de demonstração de que o direito empresarial e a cidadania podem e andam, sim, juntos” e, ao mesmo tempo, considerou os impactos e reflexos desta mudança na comunidade.⁸

Porém, diante destes dois trabalhos, percebe-se que a problemática acerca da privatização do sistema carcerário nacional é frequentemente analisada pelo espectro da responsabilidade ao agente particular em corresponder com seus deveres de assegurar os direitos fundamentais dos custodiados pelo Estado.

Como se percebe, até mesmo as mais assoadas críticas ao sistema penitenciário atacam-no pelo viés da responsabilidade dos agentes econômicos envolvidos, sem pensar na responsabilidade dos agentes jurídicos envolvidos com a problemática de encarceramento.

De fato, ao analisarmos o sistema penal americano, especialmente em comparação com o Estado da Califórnia, talvez a solução não se encontre na posição dos agentes econômicos. Em *Brown v. Plata*, a Suprema Corte determinou que o Estado da Califórnia reduzisse a sua população prisional ao limite de 137,5% da sua capacidade oficial como forma de remediar a violação de direitos constitucionais decorrentes da superlotação. Naquela referida decisão, o Ministro Relator afirmou que a Legislatura Californiana não se demonstrou hábil ou determinada em alocar recursos para o enfrentamento desta crise.⁹

Sendo certo que as medidas tomadas pelo Braço legislativo de encerrar a privatização das suas prisões, sancionada pelo governador em 11 de

8. RAMIDOFF, Henrique Munhoz Burgel. *Concessão de serviços penitenciários: responsabilidade patrimonial e compliance*. São Paulo: Max Limonad, 2021.

9. SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Brown v. Plata*. 563 U.S. 493 (2011). Tradução livre.

outubro de 2019,¹⁰ não trouxe a solução efetiva buscada, especialmente diante de uma nova onda de criminalidade em suas principais cidades como por exemplo São Francisco, apelidada de “o paraíso dos furtos”.¹¹

Porém, o escopo do presente trabalho não incorpora a análise acerca da atuação legislativa e as soluções a serem tomadas na seara da política criminal como um todo, o qual também possui extensa bibliografia. No presente trabalho, será analisado como os agentes processuais, em especial o juiz, possuem tantas, se não mais, obrigações do que até mesmo os agentes econômicos envolvidos no processo de privatização do sistema penitenciário.

Para tanto, ao invés de analisarmos o conflito jurisprudencial travado em diversos tribunais no tocante a aplicação de determinadas penas, sendo dentre elas a discussão acerca das penas aplicadas aos agentes praticantes de tipos penais da Lei de Drogas (Lei nº 11.343/06)¹² etc., analisaremos um caso de violação direta do dever fiduciário de independência do magistrado, ocorrido nos Estados Unidos, denominado de *Kids for cash*.

Isto porque, o Brasil possui, no art. 36 da Lei Orgânica da Magistratura, doravante denominada como LOMAN a seguinte disposição:

10. Veja GOVERNMENT OF CALIFORNIA. *Governor Newsom Signs AB 32 to Halt private, for-profit prisons and immigration detention facilities in California*. Publicado em: 11 out. 2019.

11. RILEY, Jason L. *San Francisco has become a Shoplifter's paradise*. Wall Street Journal. Publicado em: 19 out. 2021. Disponível em: https://www.wsj.com/articles/san-francisco-shoplifters-theft-walgreens-decriminalized-11634678239?reflink=desktopwebshare_permalink. Acesso em: 04 ago. 2022.

12. Conforme afirmou o Ministro Schietti no julgamento do HC nº 596.603, a insistente desconsideração das diretrizes normativas derivadas das cortes superiores, por parte das demais instâncias, “produz um desgaste permanente da função jurisdicional, com anulação e/ou repetição de atos, e implica inevitável lesão financeira ao erário, bem como gera insegurança jurídica e clara ausência de isonomia na aplicação da lei aos jurisdicionados”. Confira: SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *STJ concede habeas corpus a mais de mil presos de SP que cumprem pena indevidamente em regime fechado*. Notícias STJ. Publicado em: 08 set. 2020. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/08092020-STJ-da-habeas-corpus-a-mais-de-mil-presos-de-SP-que-cumprem-pena-indevidamente-em-regime-fechado.aspx>.

Art. 36 – É vedado ao magistrado: I – exercer o comércio ou participar de sociedade comercial, inclusive de economia mista, **exceto como acionista ou quotista**.¹³

Assim, tendo em vista que a participação societária do magistrado em tese não é sempre vedada, questiona-se o seguinte: seria possível um magistrado ser acionista ou quotista em uma empresa privada que trabalha com o cárcere?

Do caso Kids for cash

O caso “Kids for cash”, foi um escândalo, no qual dois juízes estaduais da Pensilvânia foram condenados por corrupção e organização criminosa por montarem um esquema no qual estes recebiam milhões de dólares de empresas administradoras de presídios. Qual era o ato de contrapartida? Condenar inúmeros jovens infratores a penas altíssimas e os encaminhar a estes presídios privados.

De acordo com dados apresentados na propositura de medida coletiva pela associação Juvenile Law Center, foi requerida o relaxamento e a ordem de soltura para mais de 2500 jovens empriionados injustamente, a qual, após a revelação do esquema de corrupção, foram concedidas por meio de decisão da Suprema Corte do Estado da Pensilvânia.¹⁴

A investigação começou no ano de 2006, quando o FBI recebeu uma denúncia anônima acerca das irregularidades praticadas no gabinete do Juiz Michael T. Conahan, da Comarca de Luzerne County, dentre elas denúncias de nepotismo.¹⁵

13. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Lei Complementar nº 35, de 14 de Março de 1979. *Dispõe sobre a Lei Orgânica da Magistratura Nacional*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp35.htm. Acesso em: 04 ago. 2022.

14. *Luzerne County*. Juvenile Law Center. 27 abr. 2009. Disponível em: <https://web.archive.org/web/20100412100902/http://www.jlc.org/luzerne>.

15. SISAk, Michael R. (December 12, 2009). “*Lokuta says conduct board kept Conahan allegations under wraps*”. *The Citizens’ Voice*. Publicado em 14 dez. 2009. Disponível em: <https://>

Outrossim, foi revelado pelo Comitê de Conduta Ética da Magistratura do Estado da Pensilvânia que este referido comitê não cumpriu e investigou a fundo inúmeras denúncias dentre o período de 2004 a 2008 acerca de várias condenações de menores sem fundamento ou aconselhamento e acompanhamento de advogado.¹⁶

Neste interim, o FBI e a Receita Federal norte Americana (IRS) investigaram o Juiz Titular Michael Conahan e Mark Ciavarella, este último presidente do Foro do Condado de Luzerne à época de sua prisão e Juiz Titular da Vara de Infância, juventude e menores infratores daquele condado.

Consta da denúncia pela Procuradoria da República Norte Americana que, dentre os anos de 2000 a 2007,¹⁷ ambos juízes organizaram um esquema em associação com duas instituições privadas destinadas a exploração da atividade de detenção de menores infratores.

Conforme informações obtidas durante o processo disciplinar da Juíza Ann Lokuta,¹⁸ a qual inclusive auxiliou o FBI em suas investigações, foi informado que os referidos dois magistrados, em conjunto com o Juiz Michael Toole, também condenado por corrupção e sonegação fiscal,¹⁹ se

web.archive.org/web/20091214020749/http://citizensvoice.com/news/lokuta-says-conduct-board-kept-conahan-allegations-under-wraps-1.480057.

16. ECHOLS, Noah. *State failed to investigate complaints in Juvenile Court kickback scandal*. Juvenile Justice Information Exchange. Publicado em: 22 mar. 2010. Disponível em: <https://jjie.org/2010/03/22/getting-the-juvenile-justice-system-to-grow-up>.
17. UNITED STATES' DEPARTMENT OF JUSTICE. *United States of America v. Michael T. Conahan and Mark A. Ciavarella, Jr., Defendants* (PDF). U.S. Department of Justice for the Middle District of Pennsylvania. January 26, 2009. Archived from the original (PDF) on October 19, 2012. Retrieved September 12, 2009. Disponível em: https://web.archive.org/web/20121019024006/http://www.justice.gov/usao/pam/Corruption/Ciavarella_Conahan/conahan%20and%20ciavarella%20information.pdf. Acesso em: 04 ago. 2022.
18. MORGAN-BESECKER, Terrie. November 5, 2008. *Board: Lokuta violated ethics*. Times Leader. Retrieved August 27, 2009.
19. THE UNIFIED JUDICIAL SYSTEM OF PENNSYLVANIA. *Common pleas judges*. Disponível em: <https://www.pacourts.us/courts/courts-of-common-pleas/common-pleas-judges>. Acesso em: 04 ago. 2022. Toole, após a revogação dos benefícios previstos em seu acordo de colaboração e não persecução penal por meio de decisão da Suprema Corte do Estado da Pensilvânia, foi condenado a pena de 2 anos e 6 meses de reclusão, além de multa de US\$ 50 mil, em razão do indevido recebimento de US\$ 30 mil dólares em manipulação e

reuniam no apartamento de propriedade compartilhada entre Michael Conahan e Ciavarella,²⁰ para discutir os rumos dos casos em pauta em sua jurisdição.

Narra a denúncia que, foi verificado que o esquema se aperfeiçoou em 2002, quando o Juiz Michael Conahan, enquanto presidente do Foro do Condado, requereu o fechamento da unidade pública prisional do condado e usou o orçamento do respectivo ente público para abrir um suspeito processo licitatório em favor da iniciativa privada naquele mesmo ano destinada a custódia destes infratores.²¹

Por sua vez, a atuação do Juiz Mark Ciavarella, Juiz Titular da Vara de infância, juventude e menores infratores do Condado de Luzerne, seria a de condenar os menores infratores a penas gravíssimas e desproporcionais, assim como com o encarceramento destes menores, os quais seriam encaminhados para as unidades prisionais já previamente fixadas sobre o controle da companhia PA Child Care LLC, recebendo em contrapartida o valor de aproximadamente US\$ 2 milhões e 600 mil.²² Exemplos das penas desproporcionais foram um jovem de 15 anos que ficou encarcerado na

indicação de um advogado para um caso perante sua Vara. Confira também: SISAk, Michael R. *Toole's plea completes stunning fall*. The Citizens' Voice. Publicado em: 14 dez. 2009. Disponível em: https://www.citizensvoice.com/news/tooles-plea-completes-stunning-fall/article_e8932390-b071-5cbe-8eae-d8d6be9d87b6.html. Acesso em: 04 ago. 2022.

20. SISAk, Michael R. *Lokuta says conduct board kept Conahan allegations under wraps*. The Citizens' Voice. Publicado em: 14 dez. 2009. Disponível em: <https://web.archive.org/web/20091214020749/http://citizensvoice.com/news/lokuta-says-conduct-board-kept-conahan-allegations-under-wraps-1.480057>.
21. UNITED STATES' DEPARTMENT OF JUSTICE. *United States of America v. Michael T. Conahan and Mark A. Ciavarella, Jr., defendants* (PDF). U. S. Department of Justice for the Middle District of Pennsylvania. January 26, 2009. Archived from the original (PDF) on October 19, 2012. Retrieved September 12, 2009. Disponível em: https://web.archive.org/web/20121019024006/http://www.justice.gov/usao/pam/Corruption/Ciavarella_Conahan/conahan%20and%20ciavarella%20information.pdf. Acesso em: 04 ago. 2022.
22. UNITED STATES' DEPARTMENT OF JUSTICE. *United States of America v. Michael T. Conahan and Mark A. Ciavarella, Jr., defendants* (PDF). U.S. Department of Justice for the Middle District of Pennsylvania. January 26, 2009. Archived from the original (PDF) on October 19, 2012. Retrieved September 12, 2009. Disponível em: https://web.archive.org/web/20121019024006/http://www.justice.gov/usao/pam/Corruption/Ciavarella_Conahan/conahan%20and%20ciavarella%20information.pdf. Acesso em: 04 ago. 2022. Tradução Livre.

instituição privada por ter xingado um Diretor do Colégio e um jovem de 14 anos sentenciado a 9 meses de detenção no centro juvenil por ter furtado trocados não ultrapassando 15 dólares, inclusive sendo este levado para audiência com escolta policial e algemado.²³

Estes valores foram recebidos em duas etapas. A primeira foi referente a comissão pela indicação e direcionamento do procedimento de contratação da companhia Mericle Construction Company,²⁴ a qual foi contratada pelo sócio majoritário da companhia PA Child Care LLC, Robert Powell, o qual era amigo de Juiz Michael Conahan.²⁵

Ao aceitar a proposta, Michael Conahan exigiu que a comissão de 10% do valor do projeto fosse paga através de Robert Powell, a qual seria ilícitamente repassada a este e ao Juiz Mark Ciavarella, como contraprestação de sua participação e apoio no esquema ilícito.²⁶

Assim, ambos os juízes utilizaram de sua influência e poder para garantirem o sucesso da contratação e da empreitada, inclusive simulando um contrato de arrendamento do terreno entre o condado e a companhia PA Child Care para que servisse como garantia bancária para empréstimos e financiamentos do projeto.²⁷

23. CHEN. Stephanie, *Pennsylvania rocked by 'jailing kids for cash' scandal*. CNN. Publicado em: 24 fev. 2009. Disponível em: <http://edition.cnn.com/2009/CRIME/02/23/pennsylvania.corrupt.judges>. Acesso em: 04 ago. 2022. Tradução Livre.

24. "UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE THIRD CIRCUIT n° 11-3277: United States of America v. Mark Ciavarella, Jr., Appellant". Julgado em: 24 mai. 2013. Disponível em: <http://www2.ca3.uscourts.gov/opinarch/113277p.pdf>. Acesso em: 04 ago. 2022. tradução livre

25. UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE THIRD CIRCUIT n° 11-3277: "United States of America v. Mark Ciavarella, Jr., Appellant". Julgado em: 24.05.2013. Disponível em: <http://www2.ca3.uscourts.gov/opinarch/113277p.pdf>. Acesso em: 04 ago. 2022. tradução livre.

26. "UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE THIRD CIRCUIT n° 11-3277: United States of America v. Mark Ciavarella, Jr., Appellant". Julgado em: 24 mai. 2013. Disponível em: <http://www2.ca3.uscourts.gov/opinarch/113277p.pdf>. Acesso em: 04 ago. 2022. tradução livre.

27. "UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE THIRD CIRCUIT n° 11-3277: United States of America v. Mark Ciavarella, Jr., Appellant". Julgado em: 24.05.2013. Disponível em: <http://www2.ca3.uscourts.gov/opinarch/113277p.pdf>. Acesso em: 04 ago. 2022. tradução livre

Conforme constou do acórdão proferido pelo Tribunal Federal do Terceiro Circuito dos Estados Unidos da América, desta mesma forma ambos os juízes procederam na construção de uma segunda unidade de detenção, inclusive recebendo novamente contrapartidas financeiras indevidas.²⁸

Visando agora o sucesso da empreitada, após ter sido realocado para outra Vara, o Juiz Mark Ciavarella em 2002 foi reconduzido para a titularidade Vara da Infância e Juventude pelo recém nomeado Juiz Presidente do Foro Michael Conahan, com a missão de criar artificialmente a demanda para assegurar o sucesso dos dois centros de detenção operados pela empresa PA Child Care.²⁹ Para tanto, este julgou inúmeros jovens em violação direta de seus direitos e garantias constitucionais, determinando a detenção e direcionamento do cumprimento de penas dentro das instalações controladas pela PA Child Care.

Narra o acórdão que, conforme procedimento conduzido pela Suprema Corte da Pensilvânia, para apurar a extensão do esquema, o juiz corregedor nomeado relatou que se tratava de um número “substancial” de jovens que tiveram seus direitos e garantias de ampla defesa e contraditório transgredidos, com consequente encaminhamento para os centros de detenção da PA Child Care.³⁰

28. UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE THIRD CIRCUIT nº 11-3277: *United States of America v. Mark Ciavarella, Jr., appellant*. Julgado em: 24 mai. 2013. Disponível em: <http://www2.ca3.uscourts.gov/opinarch/113277p.pdf>. Acesso em: 04 ago. 2022. Tradução livre.

29. UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE THIRD CIRCUIT nº 11-3277: *United States of America v. Mark Ciavarella, Jr., appellant*. Julgado em: 24 mai. 2013. Disponível em: <http://www2.ca3.uscourts.gov/opinarch/113277p.pdf>. Acesso em: 04 ago. 2022. Tradução livre.

30. UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE THIRD CIRCUIT nº 11-3277: “United States of America v. Mark Ciavarella, Jr., Appellant”. Julgado em: 24.05.2013. Disponível em: <http://www2.ca3.uscourts.gov/opinarch/113277p.pdf>. Acesso em: 04 ago. 2022. tradução livre. Neste sentido, para termos uma dimensão do escopo, a Associação Juvenile Law Center, informou a Suprema Corte da Pensilvânia que foram em torno de 2500 jovens emprisoados injustamente, sendo 50% deles sob a jurisdição de Ciavarella. A referida conduta inclusive levou a Associação a entrar com uma ação civil coletiva em face dos referidos Juízes e das companhias envolvidas no escândalo, visando a indenização dos danos causados pelas injustas condenações Confirma Juvenile Law Center. LUZERNE “KIDS FOR CASH” SCANDAL. Disponível em: <https://jlc.org/luzerne-kids-cash-scandal#:~:text=From%202003%20to%202008%2C%20the,were%20removed%20from%20their%20homes>. Acesso em: 04 ago. 2022.

Em razão deste esquema, ambos os juízes, após terem seus acordos de colaboração e não persecução rejeitados pelo Juiz Federal do Distrito Central da Pennsylvania, foram processados criminalmente, sendo que um Grande Juri Federal aceitou 48 acusações, dentre elas incidências de tipos penais previstos na Lei de Crime Organizado dos Estados Unidos, comumente chamada de RICO,³¹ em face de ambos.

Enquanto o Juiz Michael Conahan celebrou acordo, correspondente a confissão da prática de extorsão e organização criminoso, sendo acordado a pena de 17 anos e meio de reclusão, o Juiz Ciavarella recusou a mesma proposta, sendo este condenado por 12 das 48 acusações, correspondendo a pena de 28 anos de reclusão, as quais foram mantidas em grau de recurso.³²

O referido esquema, em sua brutalidade demonstrou claramente os riscos do envolvimento dos sujeitos processuais possuírem poder sobre o sistema carcerário. Milhares de jovens tiveram suas vidas maculadas diante da ganância de dois juízes que declaradamente abandonaram seu dever fiduciário de proteção dos cidadãos de sua jurisdição.

Ocorre que, mesmo em uma hipótese na qual o envolvimento não seja direto, seria possível normalizar uma situação aproximada a essas? Explica-se. Caso fosse o juiz sócio ou acionista das referidas empresas, o resultado deste caso no Brasil seria diferente?

Da análise do caso a luz da função da magistratura no Brasil

Parece até uma pergunta desnecessária de se fazer, pois o primeiro instinto presumidamente seria afirmar que um juiz jamais poderia se associar a uma companhia voltada a exploração da atividade carcerária.

31. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Racketeer Influenced and Corrupt Organizations (RICO) Act*. 18 U.S.C. §§ 1961–1968.

32. UNITED STATES COURT OF APPEALS FOR THE THIRD CIRCUIT nº 11-3277: *United States of America v. Mark Ciavarella, Jr., appellant*. Julgado em: 24 mai. 2013. Disponível em: <http://www2.ca3.uscourts.gov/opinarch/113277p.pdf>. Acesso em: 04 ago. 2022. Tradução livre.

Porém, a LOMAN traz uma hipótese curiosa em seu texto, correspondente ao artigo 36, inciso I:

Art. 36 – É vedado ao magistrado: I – exercer o comércio ou participar de sociedade comercial, inclusive de economia mista, **exceto como acionista ou quotista**.³³

Se destacou a expressão “exceto como acionista ou quotista”, pois essa expressão, na literalidade do expresso no ordenamento abre margem a interpretação de que, a resposta seria sim, poderia um juiz buscar legitimar a conduta acima descrita sob o pretexto de que este apenas seria sócio quotista ou acionista da companhia privada que gere as instituições de custódia e encarceramento.

Assim, a clara margem de atuação de conduta imprópria na qual poderia ser burlada a imparcialidade do juiz diante do nítido interesse econômico.

Desta forma, visando verificar se há mesmo esta margem, é necessário fazer uma análise diante das normas de conduta da Magistratura. A análise pode ser feita da forma recomendada pelo Conselheiro Joaquim Falcão, no Pedido de Providências 200710000003002³⁴ ao analisar a participação de Magistrados em sociedades voltadas ao ensino jurídico:

A questão é decidir se, no caso de participação societária, o magistrado estaria emprestando o prestígio de seu cargo público, de alguma maneira que não na mera docência, para beneficiar, financeiramente ou de outro modo, agentes privados, inclusive ele próprio. Cabem aqui duas considerações preliminares. Primeiro, há que se distinguir a natureza do sujeito:

33. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. *Lei Complementar nº 35*. De 14 mar. 1979. Dispõe sobre a Lei Orgânica da Magistratura Nacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp35.htm. Acesso em: 04 ago. 2022.

34. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Pedido de Providências nº 200710000003002*. Relator Joaquim Falcão. Julgado em: 08 ago. 2008. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/juiz_sociodefalculdade.pdf. Acesso em: 04 ago. 2022.

(1) magistrado como pessoa física de direito privado e (2) magistrado como cargo de direito público. O que estamos analisando não é o prestígio do indivíduo, mas o uso pelo indivíduo do prestígio do cargo público.

Assim, em sua primeira consideração, o conselheiro explica que, a violação do dever fiduciário do magistrado e sua isenção do sistema comercial, sendo a dedicação exclusiva a vida judicial o foco na análise de como será utilizado seu cargo. Assim, prossegue o Conselheiro quanto a segunda análise.³⁵

Segundo, há que se distinguir a natureza do objeto: (i) a participação como quotista ou acionista em entidade na qual ser magistrado não traga benefícios, como por exemplo, acionista da Petrobrás, quotista de um restaurante, ou de outra sociedade empresarial não-relacionada ao Poder Judiciário. Neste caso, não existe benefício que, direta ou indiretamente, decorra do cargo de juiz. Não é este o caso que estamos analisando. Estas participações são absolutamente legítimas e não-vedadas por lei. (ii) Há casos, porém, como o caso em questão, no qual temos de analisar se a participação do magistrado como quotista ou acionista traz benefícios para a sociedade e quais seriam eles. Para tanto, precisamos entender que uma sociedade não é avaliada apenas pelo seu capital financeiro objetivo e determinado. Há diversos elementos intangíveis compondo o “estabelecimento” da empresa, como sua marca (Coca-Cola, Microsoft, IBM, GE, McDonald’s etc), patentes que detenha, fatia do mercado ou marketshare, solidez contábil, independência interna e de seus clientes de fatores voláteis do mercado, como câmbio, contratos de curta duração etc.

35. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Pedido de Providências nº 200710000003002. Relator Joaquim Falcão. Julgado em: 08 ago. 2008. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/juiz_sociodefalculdade.pdf. Acesso em: 04 ago. 2022.

O teste a ser feito deve visar a determinar se a participação do magistrado contribui para a formação do “estabelecimento” da sociedade.³⁶ Assim, o conselheiro conclui que:

O “exceto como acionista ou quotista” prevê que o magistrado pode participar de sociedade empresarial, desde que exclusivamente como acionista ou quotista, ou seja, de forma não individualizável. De modo que a pessoa física não se utilize do prestígio gozado pelo magistrado como titular de um cargo público. Entretanto, quando o magistrado participa de forma individualizável em sociedade com objeto de atuação justamente no Poder Judiciário, este está claramente exercendo ato de empresa, já que o prestígio de seu cargo está sendo utilizado para buscar lucros, contrariando, portanto, as proibições legais. A imagem, o prestígio e até mesmo a eventual influência do magistrado como titular de cargo público acrescenta valor à sociedade. O papel do magistrado é um bem com valor em situações específicas. Passa a ser ativo intangível dela. É exatamente a hipótese prevista no art. 981 do CC citado acima, na qual a pessoa contribui “com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados”. No caso, o magistrado não é simples acionista ou quotista; ele contribui com a imagem, com o prestígio de um cargo público, para o resultado financeiro da sociedade limitada privada com fins lucrativos.³⁷

Este entendimento foi bem expandido com um caso similar a hipótese do magistrado atuar em sociedade de função próxima a atividade decisória. O CNJ em 2018 recebeu consulta no sentido da participação de

36. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Pedido de Providências nº. 20071000003002*. Relator Joaquim Falcão. Julgado em: 08 ago. 2008. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/juiz_sociodefalculdade.pdf. Acesso em: 04 ago. 2022.

37. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Pedido de Providências nº. 20071000003002*. Relator Joaquim Falcão. Julgado em: 08 ago. 2008. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/juiz_sociodefalculdade.pdf. Acesso em: 04 ago. 2022.

magistrados como quotistas ou acionistas em Câmaras de Conciliação e Mediação Privadas, ainda que sem poderes de administração.³⁸

Nesta consulta, o CNJ decidiu por unanimidade a vedação completa da participação do Juiz de sociedades que administram Câmaras de Mediação e Conciliação, como se vê sintetizado na Ementa:

CONSULTA. PARTICIPAÇÃO DE MAGISTRADO EM ATIVIDADE COMO SÓCIO DE CÂMARA PRIVADA DE CONCILIAÇÃO E MEDIAÇÃO, AINDA QUE SEM PODERES DE ADMINISTRAÇÃO E DIREÇÃO. VEDAÇÃO. 1. A LOMAN proíbe ao magistrado o exercício de cargo de direção ou técnico de sociedade comercial, exceto como acionista ou quotista. 2. Os Princípios de Bangalore de Conduta Judicial orientam que o magistrado “não deve servir como um funcionário, diretor, sócio ativo, administrador, consultor ou empregado de qualquer negócio, exceto em empreendimento intimamente mantido e controlado por membros da família do juiz”. 3. Pretende-se, com a recomendação, evitar o mau uso do prestígio judicial e o possível conflito de interesses, caso o negócio venha a litígio. 4. A vedação à participação do magistrado como sócio inclui tanto as Câmaras de conciliação e mediação que atuam incidentalmente no processo, quanto aquelas exclusivamente privadas.³⁹

A ideia por de traz desta decisão parte dos Princípios de Bangalore, no qual sobre a atividade judicial, ensinam que:

38. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CONS. Consulta nº 0009762-74.2017.2.00.0000 – Rel. ALOYSIO CORRÊA DA VEIGA – 36ª Sessão Virtual – Julgado em: 28 set. 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/InfojurisI2/Jurisprudencia.seam?jurisprudenciaIdJuris=49895&indiceListaJurisprudencia=0&tipoPesquisa=LUCENE&firstResult=0>. Acesso em: 04 ago. 2022.

39. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CONS. Consulta nº 0009762-74.2017.2.00.0000 – Rel. ALOYSIO CORRÊA DA VEIGA – 36ª Sessão Virtual – Julgado em: 28 set. 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/InfojurisI2/Jurisprudencia.seam?jurisprudenciaIdJuris=49895&indiceListaJurisprudencia=0&tipoPesquisa=LUCENE&firstResult=0>. Acesso em: 04 ago. 2022.

169. Um juiz tem os mesmos direitos que um cidadão comum quanto aos seus interesses financeiros privados, com a exceção de limitação requerida para salvaguardar o apropriado desempenho dos deveres judiciais. Um juiz pode possuir e administrar investimentos, incluindo imóveis, e tomar parte em outra atividade remunerada, mas não deve servir como um funcionário, diretor, sócio ativo, administrador, consultor ou empregado de qualquer negócio exceto em empreendimento intimamente mantido e controlado por membros da família do juiz. A participação do juiz nesse tipo de negócio, embora geralmente permissível, deve ser evitada se tomar muito tempo ou envolver mau uso do prestígio judicial, ou se for provável que o negócio venha a litígio. É todavia inapropriado a um juiz servir ao quadro de diretores de um empreendimento comercial cujos objetivos estejam relacionados com a obtenção de lucro. Isso se aplica tanto a companhias públicas quanto privadas, se a relação de diretor é executiva ou não executiva, e se é remunerada ou não.⁴⁰

Desta forma, conforme foi explicada na resposta a consulta:

Ao magistrado não basta ser imparcial; é preciso que as partes não tenham dúvida dessa imparcialidade. Caso seja admitida a possibilidade de o magistrado ser sócio de Câmara Privada de Conciliação e de Mediação que atue no Poder Judiciário, várias ocorrências poderão comprometer a necessária imagem de imparcialidade, inclusive gerando inúmeras situações de impedimento ou de suspeição. Qualquer processo encaminhado para a Câmara cujo sócio seja um magistrado possivelmente seria encarado pelas partes como favorecimento. Mais graves ainda são as situações que poderiam configurar mau uso do prestígio judicial, tais como facilidade do cadastro no

40. Nações Unidas (ONU). Escritório Contra Drogas e Crime (Unodc). *Comentários aos Princípios de Bangalore de Conduta Judicial*. Tradução de Marlon da Silva Malha, Ariane Emílio Kloth. – Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2008, p. 117.

Tribunal; maior divulgação da Câmara nos fóruns e em outros ambientes judiciais; incentivo a que outros magistrados remetam as partes para a Câmara Privada, sobretudo se o sócio for magistrado de instância superior. Além disso, por tratar de casos incidentes em processos judiciais, é muito provável que o negócio venha a litígio. Qualquer atuação indevida do mediador e do conciliador de uma Câmara Privada provavelmente será questionada no processo em que for tentada incidentalmente a solução consensual. A própria avaliação da Câmara por meio dos tribunais pode ser vista como reconhecimento dessa ligação indissociável. Por esses motivos, um magistrado não pode ser sócio de Câmara Privada que atue incidentalmente em processos judiciais.⁴¹

E esta gravidade do mau uso do prestígio judicial, especialmente a maior divulgação da sociedade empresária nos fóruns e em outros ambientes judiciais; e, o incentivo a que outros magistrados remetam as partes para a Câmara Privada, sobretudo se o sócio for magistrado de instância superior se encaixam perfeitamente na situação do escândalo *Kids For cash*.

Em um país com um sistema carcerário como o Brasil, no qual foi constatado o Estado de Coisas Inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, possuir empresas com relações societárias com magistrados causaria certamente uma grave desconfiança do próprio sistema penal.

Conclusão

Diante do apurado no escândalo *Kids for cash*, percebe-se claramente a preocupação daqueles que temem que, na privatização do sistema carce-

41. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CONS. Consulta nº 0009762-74.2017.2.00.0000 – Rel. ALOYSIO CORRÊA DA VEIGA – 36ª Sessão Virtual – Julgado em: 28 set. 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/InfojurisI2/Jurisprudencia.seam?jurisprudenciaIdJuris=49895&indiceListaJurisprudencia=0&tipoPesquisa=LUCENE&firstResult=0>. Acesso em: 04 ago. 2022.

rário brasileiro, possa ocorrer uma busca pelo lucro desenfreado por parte até mesmo dos servidores judiciais, inclusive magistrados.

Assim, a “humanização por trás da prestação de serviços penitenciários dignos é a melhor forma de demonstração de que o direito empresarial e a cidadania podem e andam, sim, juntos”; logo, devem ser tomadas diversas cautelas, inclusive e em especial em face dos atores e sujeitos processuais.

No presente trabalho ao se analisar um caso de violação direta do dever fiduciário de independência do magistrado, ocorrido nos Estados Unidos, denominado de *Kids for cash*, justamente se encontrou disposta a regra brasileira contida no art. 36, I, da LOMAN, que veda a participação do magistrado como acionista ou quotista de sociedade empresária de serviços carcerários.

Ao magistrado não basta ser imparcial; é preciso que as partes não tenham dúvida dessa imparcialidade, e a sua participação em empresas carcerárias colocaria em xeque esta premissa.

Concluindo, no mesmo sentido quanto ao decidido no tocante as Câmaras Privadas de Mediação e Conciliação, verifica-se que, realmente, a melhor solução é a vedação da participação dos magistrados nas empresas prestadoras de serviços carcerários, em qualquer condição, mesmo que sem qualquer poder de gerência ou administração.

RESUMO: Com a discussão acerca da privatização da atividade estatal do encarceramento, muito se pondera acerca da responsabilidade dos agentes econômicos que irão ingressar neste ramo de negócios, porém, pouco se fala sobre as responsabilidades dos agentes jurídicos neste processo. Nos Estados Unidos da América, essa discussão foi travada por meio do escândalo denominado “Kids for cash”, no qual dois Juízes foram acusados de elaborar um esquema de prisão visando o enriquecimento de uma companhia privada no Condado de Luzerne, na Pensilvânia. Desta forma, a partir da análise deste caso, neste trabalho será analisado a função da Prisão como meio de reinserção do apenado a sociedade e como os agentes

processuais possuem tanta, senão mais responsabilidade acerca do sistema carcerário quanto os agentes econômicos que irão ingressar neste mercado.

ABSTRACT: With the discussion about the privatization of the State's Penitentiary system, much is considered about the responsibility of the economic agents who will enter this business branch; however, little is said about the responsibilities of legal agents in this process. In the United States of America, this discussion became relevant in the kids for cash scandal, in which two judges were accused of drawing up a scheme aimed at enriching a private company in Luzerne County, Pennsylvania by the unjust incarceration of many teens and children. Thus, from the analysis of this case, this work will analyze the function of prison as a means of reinsertion of the inmate in society and how the legal actors have as much, if not more responsibility for the prison system as the economic agents who will enter this market.

7

A relação entre a psiquiatria forense e o direito

Sérgio Paulo Rigonatti¹
Maria Cristina Teixeira²

-
1. Médico psiquiatra, com título de especialista pela Associação Brasileira de Psiquiatria em Psiquiatria Clínica e Forense – CRM 17.334. Graduado em Medicina Legal e Medicina do Trabalho. Membro do grupo SAMPO – Grupo Saúde Mental e Psiquiatria do Trabalho do IPQ-FMUSP. E-mail: sergioprigo@yahoo.com.
 2. Doutora e Mestra em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora titular do Curso de Direito da Universidade Paulista – UNIP. Advogada. E-mail: mcristinateixeira@uol.com.br.

Introdução

A sociedade contemporânea apresenta, a todo o tempo, situações que têm se revelado desafios, em nível político, econômico e social. A pandemia de COVID-19 e a guerra entre Rússia e Ucrânia, são exemplos recentes das questões que se apresentam em nível mundial, regional e local. A relação entre todos os ramos e níveis do conhecimento, das ciências é fundamental para que possamos evoluir, avançar na construção de uma sociedade livre, justa, solidária, que resolva da melhor forma as questões que ora se apresentam.

Nesta medida, a relação entre Medicina e Direito é fundamental para a realização do direito humano à saúde. Neste contexto, é preciso reconhecer a importância do elo entre a Psiquiatria, especialidade da Medicina e de seu ramo, a Psiquiatria Forense e o Direito, essencial não apenas à concretização do direito à saúde mas, também, para a melhor compreensão da pessoa em sua totalidade e, para possibilitar ações, de natureza preventiva e de cuidados para a preservação, manutenção e recuperação da saúde.

Aqui merece atenção especial, a relação indicada no que se relaciona à avaliação de situações específicas, relacionadas aos vários aspectos do Direito para que a legislação seja aperfeiçoada, de forma a atender adequadamente as necessidades da sociedade, bem como para que medidas cautelares, preventivas, de cerceamento de liberdade, entre outras, possam ser aplicadas a partir de critérios científicos que tragam à justiça o que, em muitas situações, é possível apenas com o conhecimento de aspectos científicos e técnicos trazidos por meio de perícias, muitas realizadas por meio de psiquiatras.

Para tratar do tema proposto vamos, brevemente, tratar do direito humano à saúde, nos detendo na conformação que foi dada ao mesmo pela Constituição Federal de 1988, uma vez que em nosso país este direito é um direito fundamental social para, após, identificar os conceitos de perícia e perito, essenciais às atividades da psiquiatria forense para, depois disso, traçar um panorama a respeito da relação entre os temas deste estudo, ou seja, a psiquiatria forense e o direito, em suas várias vertentes.

O direito à saúde na Constituição de 1988

O que caracteriza um direito fundamental sob o aspecto material é a sua vinculação à realização do princípio da dignidade da pessoa humana, previsto na Constituição, no art. 1º, inciso III. Podem estar positivados ou não no Texto Constitucional. De acordo com José Afonso da Silva (2013), a Constituição classificou estes direitos “com base no critério de seu conteúdo que, ao mesmo tempo, se refere à natureza do bem protegido e objeto que tutela”. Nesta medida, pode-se classificá-los em cinco grupos: direitos individuais: artigo 5º; direitos coletivos: artigo 5º; direitos sociais: artigos 6º e 193 e seguintes; direitos à nacionalidade: artigo 12; direitos políticos: artigos 14 a 17.

Essa classificação é genérica, não excluindo qualquer direito fundamental. São seus destinatários, nos termos do art. 5º, caput da Constituição, os brasileiros e estrangeiros residentes no país. A aplicabilidade e eficácia das normas que contêm direitos fundamentais, de acordo com o autor (2013), “dependem muito de seu enunciado, pois se trata de assunto que está em função do Direito positivo”.

O Texto Constitucional expressamente, no art. 5º, § 1º, garante a aplicabilidade imediata das normas “definidoras de direitos e garantias fundamentais”. Entretanto, o próprio Texto Constitucional “faz depender de legislação ulterior à aplicabilidade de algumas normas definidoras de direitos sociais, enquadrados dentre os direitos fundamentais” (SILVA, 2013). É o caso das disposições contidas nos artigos 206, incisos V e VI, que tratam da educação.

Conforme Ingo Wolfgang Sarlet (2014), direitos fundamentais são “posições jurídicas reconhecidas e protegidas na perspectiva do direito constitucional interno dos Estados”. Estas situações se caracterizam sob os aspectos formal e material. No que se refere ao primeiro, o autor (2014) afirma que: está relacionada ao regime jurídico estabelecido pela própria Constituição, caracterizado pelos seguintes elementos: a sua posição no ápice do ordenamento jurídico e sua limitação no que se refere às normas do processo legislativo para a modificação do Texto Fundamental, nos seguintes termos:

É neste sentido que a nota distintiva da fundamentalidade, em outras palavras, aquilo que qualifica um direito como fundamental, é precisamente a circunstância de que esta fundamentalidade é simultaneamente formal e material. A fundamentalidade formal encontra-se ligada ao direito constitucional positivo no sentido do regime jurídico definido a partir da própria constituição, seja de forma expressa, seja de forma implícita, e composto, em especial, pelos seguintes elementos: (a) como parte integrante da constituição escrita, os direitos fundamentais situam-se no ápice do ordenamento jurídico, gozando da supremacia hierárquica das normas constitucionais; (b) na qualidade de normas constitucionais encontram-se submetidos aos limites formais (procedimento agravado) e materiais (cláusulas pétreas) de reforma constitucional, (c) além disso, as normas de direitos fundamentais são diretamente aplicáveis e vinculam de forma imediata as entidades públicas e, mediante as ressalvas e ajustes, também os atores privados (art. 5º, § 1º, da CF) [...].

O direito à saúde é, nos termos da Constituição, arts. 6º e 196/200, é um direito fundamental social. As ações do Estado devem realizar sua “promoção, proteção e recuperação”, nos termos do art. 196.

Para José Afonso da Silva (2006), o Estado deve “prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício”. Os direitos sociais, econômicos e culturais relacionam-se às atividades do Estado que, segundo Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior (2013), “reclamam do Estado um papel prestacional, de minoração das desigualdades sociais. Conforme Sueli Dallari (1988),

[...] examinado em seus aspectos sociais, o direito à saúde privilegia a igualdade. As limitações aos comportamentos humanos são postas exatamente para que todos possam usufruir igualmente as vantagens da vida em sociedade. Assim, para preservar-se a saúde de todos é necessário que ninguém possa impedir outrem de procurar seu bem-estar ou induzi-lo a adoecer. Essa é a razão das normas jurídicas que

obrigam à vacinação, à notificação, ao tratamento, e mesmo ao isolamento de certas doenças, à destruição de alimentos deteriorados e, também, ao controle do meio ambiente, das condições de trabalho. A garantia de oferta de cuidados de saúde do mesmo nível a todos que deles necessitam também responde à exigência da igualdade. É claro que enquanto direito coletivo, a saúde depende igualmente do estágio de desenvolvimento do Estado. Apenas o Estado que tiver o seu direito ao desenvolvimento reconhecido poderá garantir as mesmas medidas de proteção e iguais cuidados para a recuperação da saúde para todo o povo.

De acordo com Patrícia Ulson Pizarro Werner (2018), o direito à saúde,

Categorizado como direito fundamental, o direito à saúde deve ser concretizado através do projeto constitucional denominado Sistema Único de Saúde (SUS), baseado nos princípios da igualdade, do acesso universal e da integralidade. A sua estrutura pressupõe a participação consciente da comunidade e o fortalecimento do sistema federativo, por ter sido desenhado com base em uma rede hierarquizada e regionalizada, com ênfase na atuação dos Municípios.

Realizar as ações necessárias ao seu exercício necessita de financiamento público. Para isso, o legislador constituinte derivado promulgou em 13 de setembro de 2000, a Emenda Constitucional nº 29/2000, que incluiu dispositivos nos Artigos 34, 35, 156, 160, 167 e 198 da Constituição da República e no artigo 77 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias a fim de estabelecer critérios para o seu financiamento.

As alterações trazidas pela Emenda Constitucional visam estabelecer percentuais mínimos dos recursos públicos necessários à consecução do direito à saúde que devem a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios destinarem dos seus orçamentos anuais para a saúde, entre outras normas instituídas. Estas normas, em parte, tinham sua eficácia limitada,

pois, o § 3º, do Artigo 198 estabeleceu que lei complementar disporia sobre os percentuais mínimos de aplicação, os critérios de rateio dos recursos, as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas de saúde, as normas de cálculo a serem utilizadas pela União e a reavaliação a cada cinco anos.

Esta Emenda foi regulada pela Lei Complementar nº 141, de 13 de janeiro de 2012, depois de transcorrido 11 anos e 4 meses da edição da referida modificação constitucional, na qual foram disciplinados aspectos importantes como a definição do que deve ser considerado como despesas de ações ou serviços públicos de saúde daquilo que não pode ser considerado como despesas de ações ou serviços públicos de saúde e do controle social (fiscalização, avaliação e controle) das despesas com saúde.

O direito à saúde tem previsão e disciplina em diversos textos legais, entre os quais, considerado o tema deste trabalho, destacamos: Lei nº 8080/1990, Lei Orgânica da Saúde, Lei nº 8142/199, que trata da participação da comunidade na gestão do Sistema Único de Saúde (SUS) e sobre as transferências intergovernamentais de recursos financeiros na área da saúde e dá outras providências; Lei Complementar nº 141/2012, que regulamenta o § 3º do art. 198 da Constituição Federal sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde.

Para além das ações do Estado para a realização do direito à saúde, no que refere à atuação de médicos, especialmente na condição de peritos, há inúmeras situações nas quais é possível identificar a relação entre Medicina e Direito, especialmente, identificadas neste estudo aquelas relativas à Psiquiatria Forense.

A perícia e o perito

Para tratar da relação entre a Psiquiatria Forense e o Direito é preciso tratar, em primeiro lugar, de um personagem e de uma situação especial: o perito e a perícia. Quem é este personagem? O que ele faz?

Na prática, a ação do perito consiste em investigações técnicas, que possam esclarecer questões normativas que interessam a um procedimento judicial, seja ele de natureza processual civil, criminal, trabalhista etc.

Conforme De Plácido e Silva (2014), a palavra perito,

Do latim *peritus* (hábil, experimentado, que sabe por experiência), exprime, na linguagem técnica do Direito, a pessoa que, nomeada pelo juiz, ou escolhida pelas partes, em uma demanda ou litígio, vai participar ou realizar uma *perícia*. É, assim, designação genérica dada ao *avaliador*, ao *examinador*, ao *arbitrador*, *avistoriador*, ou a toda pessoa que se indica para, numa questão judicial, proceder a um *exame*, dele dando seu *parecer* ou as conclusões a que chegou a respeito do *fato examinado*. Diz-se, também, *experto*. E é também conhecido, na linguagem forense, como *louvado*. Quando se trata de examinar questão de *ordem técnica e profissional*, o perito deve ser o técnico ou habilitado na respectiva profissão. Daí, a distinção entre *perito leigo* e *perito habilitado* ou *técnico*. O *perito leigo* é o que não se mostra senhor de uma profissão técnica, nem habilitado, legalmente, em qualquer profissão. O *perito habilitado*, ou *técnico*, tanto pode ser aquele que se mostra habilitado legalmente para o exercício de certa profissão, como aquele que exerce efetivamente um ofício mecânico, sendo, por isso, senhor de sua arte e ofício. Habilitado ou técnico é o homem da arte, que tem experiência dela ou nela é hábil. Nesta razão, no conceito jurídico, *perito* entende-se o homem hábil (experto), que, por suas qualidades ou conhecimentos, está em condições de esclarecer a situação do fato ou do assunto, que se pretende aclarar ou pôr em evidência, para uma solução justa e verdadeira da contenda. E, por este motivo, é que a lei aconselha que se designe sempre um técnico ou profissional legalmente habilitado, quando se trata de assuntos de ordem técnica ou profissional.

Ainda de acordo com o autor, *perícia*,

Do latim *peritia* (habilidade, saber), na linguagem jurídica designa especialmente, em sentido lato, a *diligência* realizada ou executada *por peritos*, a fim de que se *esclareçam* se *evidenciem certos fatos*. Significa, portanto, a *pesquisa*, o *exame*, a *verificação*, acerca da verdade ou da realidade de certos fatos, por pessoas que tenham reconhecida *habilidade* ou *experiência* na matéria de que se trata. Assim, a denominação dada a esta habilidade ou saber passou a distinguir a própria ação ou investigação levada a efeito para o *esclarecimento* pretendido. A *perícia* tem como espécies: os *exames*, as *vistorias*, as *avaliações*. Todas elas, genericamente, também se dizem *exames periciais*. A perícia, segundo princípio da lei processual, é portanto a medida que vem *mostrar o fato*, quando não haja meio de prova documental para mostrá-lo, ou quando se quer esclarecer circunstâncias, a respeito do mesmo, que não se acham perfeitamente definidas. A perícia, por via de regra, importa sempre em exame que necessite ser feito por *técnicos*, isto é, por peritos ou pessoas hábeis e conhecedores da matéria a que se refere (DE PLÁCIDO E SILVA, 2014).

O exame, a diligência ou qualquer medida que não tenha por escopo a *descoberta de um fato*, que dependa de habilidade técnica ou de conhecimentos técnicos, não constitui, propriamente, uma perícia, no rigor do sentido do vocábulo.

A relação entre a Psiquiatria Forense e o Direito

Quando uma sindicância é de natureza médica, a exigência de um perito médico é imprescindível. Assim temos que no julgamento de um caso de homicídio, a primeira demonstração exigida é a da morte da vítima, ou seja, a justiça – para aplicar a Lei Penal – precisa que um médico faça o diagnóstico de certeza da morte da vítima, prova que ele geralmente apresenta na forma de um laudo, elaborado após a realização a perícia necroscópica.

Em um processo civil de indenização por dano físico, como em um caso de atropelamento ou erro médico, o juiz necessita, para embasar a sentença, que o médico perito por ele indicado, após examinar o queixoso, esclareça as implicações jurídicas dos fatos médicos que constate, por exemplo como, se o reclamante apresenta lesões ou sequelas e se estas têm nexos causais com o acidente ou com o procedimento médico, a gravidade das mesmas do ponto de vista legal etc.

Um trabalhador brasileiro que venha a ficar inválido devido a uma patologia é amparado pela legislação previdenciária, que lhe garante receber sem precisar trabalhar. Porém, para que isto ocorra, deverá ser constituído um processo administrativo de aposentadoria por invalidez, no qual a incapacidade laborativa terá que ser comprovada por meio de uma perícia médica.

O perito médico não exerce medicina curativa ou preventiva. Seu objetivo é mais vasto em termos de ação social, visa a justiça e a preservação dos direitos da pessoa. Para o perito médico, não basta ter a ciência médica. É fundamental conhecer as normas a que está adstrita a perícia, que esta entenda a linguagem do Direito e que compreenda os objetivos do Direito, para assimilar o espírito da lei e não apenas sua letra, que esteja ciente da jurisprudência, isto é, da interpretação dada pelos juízes e tribunais a cada particularidade da lei, nos casos que julgam.

Na formação do médico perito é necessário que estejam presentes conhecimentos médicos e as adequadas noções de Direito, o aprendizado e domínio dos critérios específicos, que possam estabelecer a ligação entre os parâmetros médicos (diagnósticos, terapêuticos e preventivos) e os parâmetros jurídicos.

É preciso lembrar que o Direito e a Psiquiatria são ciências com os mesmos objetos de estudo e atuação, o homem e as relações humanas. O Direito se ocupa com a normatização dos comportamentos humanos, das relações sociais, tratando de regulamentar as leis do convívio, e a Psiquiatria busca uma compreensão dos fatores etiológicos, psicológicos, biológicos, socioeconômicos e culturais, determinantes dos comportamentos chamados patológicos.

Assim, podemos dizer que a Psiquiatria se constitui em importante ciência auxiliar do Direito ao influir com suas compreensões a respeito do comportamento humano, traduzidas em perícias psiquiátricas.

Para tratar desta questão, é importante conhecer a evolução do tema.³ A partir de 1870 temos a Escola Positiva que, em sua essência, consiste no abandono do ponto de vista jurídico da Escola Clássica (livre-arbítrio, responsabilidade moral pelo delito e a proporcionalidade entre o delito e a pena), deslocando o enfoque para o prisma antropológico – o estudo do autor e das causas determinantes do crime.

Conforme Michel Foucault (1972), a loucura atravessa o tempo e o espaço. Como o inconsciente, ela é atemporal e não obedece a critérios geográficos ou espaciais. Na Grécia Antiga, em Roma, na Idade Média, Moderna e Contemporânea, o ângulo pelo qual se via a loucura era variável de acordo com o poder, a crença, o interesse e o incômodo que ela causava.

A loucura interessa ao Direito na medida em que é o elemento determinante para a capacidade. Capacidade é a aptidão da pessoa para praticar atos da vida civil: atos que fazem fatos, atos que fazem contratos, atos que fazem negócios, atos que expressam vontade.

Os atos jurídicos são determinados essencialmente pela vontade e esta, por sua vez, por fatores de ordem psíquica. Del Vecchio (1979) estabeleceu que: “É ainda preciso conhecer a natureza dos processos psíquicos, da atividade do espírito, para compreender a origem do Direito. O Direito desenvolve-se inteiramente na ordem psíquica dos fatos”.

Ao Direito interessa precisar os limites da razoabilidade, buscando o auxílio das doenças psiquiátricas, para legislar, definir critérios e criar parâmetros que possam garantir a segurança das relações jurídicas dentro do justo e em consonância com os princípios éticos. Temos que lembrar, conforme Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2003), que “o Direito deve ser justo ou não tem sentido a obrigação de respeitá-lo”.

3. RIGONATTI, Sérgio Paulo; BARROS, Edgard Luiz de. A respeito, ver Notas sobre a história da psiquiatria forense, da Antiguidade ao começo do século XX. In: *Temas em Psiquiatria Forense e Psicologia Jurídica*.

A realização da perícia acontece com o auxílio e o registro dos documentos médico-legais ou médico-judiciários. São eles: o atestado, o relatório, o laudo, a consulta, o parecer e o depoimento oral.

Os atestados médicos são declaração simples, por escrito, dadas por um profissional de medicina, de um estado mórbido e de suas consequências. É a afirmação simples e por escrito de um fato médico e de suas consequências.

De acordo com o Código Penal, art. 302, constitui crime “Dar o médico, no exercício de sua profissão, atestado falso”. A pena para esta conduta é de prisão de um mês a um ano. Também, conforme o Decreto Lei nº 20.931 de 11/01/1932, que regula e fiscaliza o exercício da medicina, da odontologia, da medicina veterinária e das profissões de farmacêutico, parteira e enfermeira, no Brasil, é vedado ao médico atestar óbito de pessoa à qual ele não tenha prestado assistência médica, e firmar atestados sem praticar os atos profissionais que o justifiquem.

A consulta médico-legal é importante quesito que é apresentado aos profissionais de maior renome na especialidade. O parecer vale pela autoridade científica e moral de quem a subscreve. O depoimento oral acontece durante os processos.

A elaboração de um laudo não é simples. Não é somente um exame psiquiátrico clínico, um diagnóstico, é um enquadramento legal. Deve seguir um trajeto semelhante a um trabalho científico, pois implica colheita de dados, compreensão de tais dados, trabalho intelectual e emocional sobre o material colhido, argumentação teórica, discussão e conclusões. É sempre redigido posteriormente. Deve ser metódico e constará das seguintes partes: preâmbulo, quesitos, histórico, descrição, discussão e conclusões.

Em relação às respostas dos quesitos, temos o preâmbulo do qual constam: nome, títulos, endereço, autoridade que determinou o exame, local e horário do exame pericial, qualificação do examinando e transcrição dos quesitos. Do histórico devem fazer parte: informes colhidos do interessado, seus parentes e amigos, a transcrição de trechos de autos e laudos anteriormente feitos, os informes de outros profissionais, se o segredo médico o permitir.

A descrição é a parte básica, contendo o *visum et repertum*. Deve ser a reprodução fiel e minuciosa de todos os exames praticados e de todas as verificações feitas. Os peritos reproduzirão pormenorizadamente o que virem e o resultado dos exames que mandaram fazer. Na discussão devem constar os diagnósticos feitos pelos peritos que se fizerem necessários, com isso as suas impressões pessoais (inclusive eventual nexo causal), comentando os dados obtidos no exame e cotejando-os com outros dados.

Deve ser orientada para encaminhar as deduções periciais que as conclusões e os quesitos conterão, quer quanto à etiologia, quer quanto ao prognóstico. O diagnóstico deverá ser discutido, bem como as condições e o grau de violência.

A etiologia esclarecerá a existência de lesões dissimuladas ou agravadas. Também, deverá ser discutido o prognóstico e as questões relativas à identidade, sexologia ou psicopatologia, se for o caso. As conclusões devem ser a síntese do que os peritos conseguiram deduzir do exame e da discussão.

Em relação às respostas aos quesitos, devemos lembrar que a palavra perícia vem do latim *peritia*, que significa destreza, habilidade. Assim, o *peritus* é o indivíduo erudito e capaz do ponto de vista jurídico, uma vez que a perícia é um exame realizado por técnicos, a serviço da Justiça e que tem por objetivo fundamentar a sentença. O Código de Processo Civil (CPC) disciplina as atividades dos peritos nos arts. 156/158. Os mesmos podem ser oficiais e não oficiais. As provas periciais são objeto dos arts. 464/480. Conforme a legislação processual, o juiz não ficará adstrito ao laudo, podendo aceitá-lo no todo ou em parte.

Vamos tratar, agora, de uma questão importante, que é a Instauração de Incidente de Insanidade Mental, realizado nos termos do art. 149 do Código de Processo Penal (CPP). De forma esquemática, vamos descrever a procedência dos examinandos e a questão jurídica (quesito) a ser respondida pelo perito, que, em geral, acompanha a cópia dos autos do processo que são, em última instância, a meta a ser alcançada e explicitada com o procedimento pericial, pois nela repousa a dúvida que impeliu o judiciário a recorrer à perícia médico-legal.

No Direito Penal se relaciona com casos provenientes da Vara Criminal: são os Incidentes de Insanidade Mental na fase processual, os Incidentes de Farmacodependência, também na fase processual, a solicitação de progressão de regime durante o cumprimento de pena, na fase de execução penal.

Aqui, as questões devem verificar a capacidade de imputação, avaliar a eficácia do processo reeducativo, por intermédio do Exame Criminológico (reinserção social/ probabilidade de reincidência). Também existem os casos de Medida de Segurança, aqui, a questão é a Verificação da cessação da periculosidade, que também acontece na fase de Execução Penal.

Em relação ao Direito Civil, temos as questões das Varas Cíveis, da Família e Sucessões e da Infância e Juventude. São os casos de interdição, nos quais se verifica a capacidade de reger sua pessoa e administrar seus bens, nas situações de anulação de casamentos e separação litigiosa; capacidade de testar; modificação da guarda de filhos; regulamentação de visitas; avaliação de transtornos mentais em ações de indenização securitárias, e outras. Também pode dizer respeito à verificação da aptidão para os atos da vida civil, desde que envolva danos psíquicos, neurofuncionais, psicológicos e simulação.

Em relação às disposições do Código Civil quanto à capacidade, podemos dizer que a Psiquiatria se relaciona com as hipóteses de incapacidade absoluta, porque busca proteger os portadores de uma deficiência jurídica apreciável. Quanto às situações de incapacidade relativa, trata da indicação da necessidade de curador e, nas duas situações, absoluta e relativa, pode determinar a necessidade da interdição (absoluta ou relativa).

Em relação a esta situação, a curatela é disciplinada no art. 1767 do Código que, em seu texto original, incluía entre os sujeitos, à curatela as pessoas que “por outra causa duradoura, não puderem exprimir a sua vontade; aos deficientes mentais e os excepcionais sem completo desenvolvimento mental. Seu texto foi modificado pela Lei nº 13146/2015 (Lei Brasileira de Inclusão), que passou a disciplinar o instituto nos seguintes termos:

Art. 1.767. Estão sujeitos a curatela:

– aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência).

– (Revogado); (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência) III – os ébrios habituais e os viciados em tóxico; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

IV – (Revogado); (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência). V – os pródigos.

A modificação da Lei Civil, se relaciona com a Lei nº 13146/2015, na medida em que esta reconhece direitos fundamentais às pessoas com deficiência, que se relacionam ao reconhecimento de sua autonomia, uma vez que o art. 84, § 1º do Estatuto da Pessoa com Deficiência estabelece hipóteses extraordinárias de curatela e a possibilidade de auxílio para a tomada de decisões apoiadas, conforme se verifica da leitura do texto do referido artigo:

Art. 84. A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas.

§ 1º Quando necessário, a pessoa com deficiência será submetida à curatela, conforme a lei.

§ 2º É facultado à pessoa com deficiência a adoção de processo de tomada de decisão apoiada.

§ 3º A definição de curatela de pessoa com deficiência constitui medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível.

§ 4º Os curadores são obrigados a prestar, anualmente, contas de sua administração ao juiz, apresentando o balanço do respectivo ano.

Art. 85. A curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial.

§ 1º A definição da curatela não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto.

§ 2º A curatela constitui medida extraordinária, devendo constar da sentença as razões e motivações de sua definição, preservados os interesses do curatelado.

§ 3º No caso de pessoa em situação de institucionalização, ao nomear curador, o juiz deve dar preferência a pessoa que tenha vínculo de natureza familiar, afetiva ou comunitária com o curatelado.

Nas perícias realizadas em situações que envolvem este ramo do Direito, conforme Eduardo Henrique Teixeira (2006),

[...] até três psiquiatras podem atuar como peritos, sendo um nomeado pelo Juiz (perito louvado ou perito nomeado) e dois indicados pelas partes, que atuarão como Assistentes Técnicos, nos termos do Art. 421 do Código de Processo Civil. Enquanto o perito do juízo apresentará suas conclusões na forma de laudo médico-pericial, os últimos apresentarão suas conclusões finais na forma de parecer. Em matéria civil é comum a atuação do psiquiatra perito em ação de interdição (a mais comum), anulação de casamento, guarda de menores, regulamentação de visitas, perda do pátrio poder, separação conjugal, pensão alimentícia, verificação de validade de ato jurídico, testamento, infortunistica, entre outros.

No que se refere ao Direito do Trabalho, se aplica aos casos provenientes das Varas Trabalhistas, para verificação da capacidade laborativa (médico-legal), relação de nexos causal do dano físico com o fato (Medicina Legal), ou deste com dano psíquico (Psiquiatria e Psicologia Forenses). Também diz respeito aos casos de indenização, na hipótese de traumatismo cranioencefálico (Médico Legal), de sequelas psíquicas, neurofuncionais (Psiquiatria, Neuropsicologia e Psicologia), para as situações de procedimento médico-hospitalar, como erro/negligência (Médico Legal)

se com sequelas psíquicas, emocionais e neurofuncionais (Psiquiatria, Psicologia e Neuropsicologia). Também pode identificar outras disfunções ou acometimentos cerebrais, para verificar o grau de sequelas psíquicas e a relação nexu causal com o fato ocorrido. Estes casos podem, dependendo das circunstâncias, serem encaminhados à Vara Cível.

Quanto ao Direito Administrativo, podemos indicar a verificação das condições mentais, de acordo com a legislação vigente, para fins de aposentadoria por doença mental, reintegração no cargo e faltas cometidas.

No Direito Militar, a verificação das condições mentais para fins de ingresso/reformas/reintegração no cargo e, no Direito Canônico, a verificação da capacidade de contrair matrimônio e para receber sacramentos.

Considerações finais

Do exposto é possível identificar de forma clara a relação fundamental entre Psiquiatria Forense e o Direito para, conforme referido, o aperfeiçoamento da legislação e a aplicação desta aos casos nos quais existe a necessidade de conhecimentos técnicos para que a decisão, seja ela de natureza administrativa ou judicial, possa ser proferida após avaliação de todos os elementos necessários à sua avaliação.

Como dissemos no início deste estudo, nosso cotidiano neste início do século XXI tem sido permeado por desafios de ordem pessoal, econômica, social e política que interferem, de forma direta e indireta, em nossa saúde, o que se traduz em impactos importantes em todas as áreas da convivência social.

Estas reflexões refletem a importância de avaliações e informações técnicas adequadas para que legislação, políticas públicas, ações e decisões judiciais sejam criadas, realizadas e proferidas de melhor forma, para contribuir com a convivência pacífica e produtiva entre todos.

Referências

- ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES Júnior, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 17. ed. São Paulo: Verbatim, 2013.
- BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 06 jul. 2022.
- BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 06 jul. 2022.
- BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 06 jul. 2022.
- BRASIL. **Lei nº 13.146/2015**. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm. Acesso em: 06 jul. 2022.
- DALLARI, Sueli Gandolfi. O direito à saúde. **Rev. Saúde Pública**, São Paulo, v. 22, n. 1, p. 57-63, fevereiro de 1988. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S003489101988000100008&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 25 abr. 2021.
- DEL VECCHIO, Giorgio. **Lições de Filosofia do Direito**. 5. ed. Coimbra: Ceira, 1979.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Estudos de Filosofia do Direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- FOUCALT, Michel. **Uma história da loucura**. São Paulo: Perspectiva, 1978.
- RIGONATTI, Sérgio Paulo (coord). **Temas em Psiquiatria Forense e Psicologia Jurídica**. São Paulo: Vetor, 2003.
- RIGONATTI, Sérgio Paulo (coord). **Temas em Psiquiatria Forense e Psicologia Jurídica II**. São Paulo: Vetor, 2006.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Atualizado por Nagib Slaibi Filho e Priscila Pereira Vasques Gomes. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- WERNER, Patricia Ulson Pizarro. Direito à saúde. *In*: **Enciclopédia jurídica da PUC-SP**. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Administrativo e Constitucional. Vidal Serrano Nunes Jr., Maurício Zockun, Carolina Zancaner Zockun, André Luiz Freire (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/170/edicao-1/direito-a-saude>. Acesso em: 25 abr. 2021.

8

O Provimento nº 188/2018 do Conselho Federal da OAB, que regulamenta a investigação defensiva e sua aplicabilidade na execução penal

Marco Aurélio Vicente Vieira¹

-
1. Advogado criminal. Pós-graduado em Limites Constitucionais da Investigação no Brasil pela Universidade do Sul de Santa Catarina – UNISUL/LFG. Pós-graduado em Direitos Fundamentais pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCRIM) e pela Universidade de Coimbra – Portugal. Especialista em Perícias Criminais pela Faculdade Damásio. Auditor Auxiliar do Superior Tribunal de Justiça Desportiva. Auditor do Tribunal de Justiça Desportiva do Automobilismo de São Paulo – Federal de Automobilismo de São Paulo (FASP), desde 2016. Auditor Vice-Presidente do Tribunal de Justiça Desportiva do Volleyball Paulista – Federação Paulista de Volleyball (FPV), desde 2017. Presidente da Comissão de Direitos e Prerrogativas e Procurador do Estado de São Paulo da Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas – Regional São Paulo – ABRACRIMSP.

O Direito de Execução Penal é o ramo que cuida da execução da pena e da aplicabilidade do direito de punir do Estado.

Assim, tratarei do tema apenas quanto à pena (punição), já que a medida de segurança não é considerada pena, pois é aplicada aos portadores de doenças mentais, que não podem ser considerados responsáveis pelos seus atos e, como tal, devem ser tratados e não punidos.

Pois bem. Encerrada a fase de conhecimento da ação penal com o trânsito em julgado da sentença, com a aplicação das penas privativa de liberdade, restritiva de direitos ou multas (pecuniárias) inicia-se, assim, a fase de execução da pena.

E a Lei de Execução Penal nº 7210, de 11 de junho de 1984, e suas alterações tratam do direito do reeducando no sistema penitenciário brasileiro, e sua reinserção à sociedade.

Portanto, a execução penal inicia-se com a expedição da guia de recolhimento e é remetida à vara de execução penal, para cumprimento da pena imposta em sentença penal transitada em julgado.

E, para cumprimento da pena, é necessário deliberar uma série de atos, judiciais e administrativos pois, segundo Andreucci (2010, p. 276), a execução da pena “tem o acompanhamento do Poder Judiciário em toda sua extensão, sendo garantida, desta forma, a observância dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa”. Assim, a Lei de Execuções Penais (LEP) nada mais é que uma legislação especial reguladora do cumprimento da pena imposta por sentença condenatória.

Assim não há dúvida de que a Lei de Execuções Penais é um diploma que reconhece o preso como um sujeito de direitos, e deveres, para a correta e boa aplicação da sanção penal, de forma a possibilitar, aos presos definitivos, a efetiva concretização de sua ressocialização, enquanto reeducandos.

As penas no direito penal estão definidas no Código Penal (parte especial) e nas legislações especiais. Neste diapasão, o ordenamento jurídico brasileiro prevê três tipos de pena: as privativas de liberdade, que se dividem em reclusão e detenção; as restritivas de direito, que somente podem ser

aplicadas em substituição à penas privativas de liberdade nos casos autorizados em lei; e a pena pecuniária, que são as multas, as quais devem ser aplicadas pelo magistrado de modo a punir e evitar a ocorrência de novos crimes.

E, nas penas privativas de liberdade fixadas no regime de reclusão, o indivíduo condenado será privado da sua liberdade, ou seja, cumprirá a pena em regime fechado.

Uma vez inserido no sistema prisional brasileiro para cumprimento da pena, o preso – independentemente das graves falhas estruturais existentes no sistema, tais como superlotação, ambiente insalubre, domínio de facções, consumo de drogas, aliadas à má administração pública e à falta de interesse político e da sociedade – é um sujeito de direitos e deveres, e ao Estado cabe a responsabilidade de efetivar o cumprimento das normas garantidoras dos presos.

Todavia, no cumprimento da pena, o preso poderá cometer faltas de natureza leves, médias e graves – art. 49, caput, da Lei de Execução Penais; porém, em importante precedente, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no habeas corpus (HC) nº 176.036/SP, decidiu que, para a imputação do cometimento de faltas disciplinares de natureza média ou leve, é necessária a previsão legal estadual:

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO DA PENAL. ANOTAÇÃO DE FALTA DISCIPLINAR DE NATUREZA MÉDIA. CONDUTA PREVISTA APENAS EM MANUAL DE PROCEDIMENTOS DE SECRETARIA ESTADUAL. ILEGALIDADE. ART. 49 DA LEP. COMPETÊNCIA DO ESTADO PARA DESCREVER ATOS CARACTERIZADORES DE FALTAS DISCIPLINARES DE NATUREZA MÉDIA E LEVE. PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL. ORDEM CONCEDIDA. 1. Para imputação do cometimento de faltas disciplinares de natureza média ou leve, ex vi do art. 49 da Lei de Execuções Penais, é necessário previsão legal estadual. 2. Nesse contexto, se o preso foi surpreendido com suposta bebida alcoólica dentro da cela e essa conduta não está prevista como falta disciplinar de natureza média ou leve pela legislação estadual, conduta descrita como infração disciplinar

apenas em regimento interno de secretaria, não há como ser reconhecida a falta. 3. Ordem concedida para tornar sem efeito a decisão do Juízo das Execuções que imputou à Paciente a prática de falta média, referente ao PAD nº. 121/09. (HC 176.036/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, j. 02.08.2012, DJe 13.08.2012).

Assim, o tema será desenvolvido em relação às penas do preso em regime fechado, portanto, as faltas disciplinares limitarão as faltas graves, conforme previsão legal.

O preso encarcerado sob a administração do sistema prisional brasileiro, ao cometer uma conduta passível de reprovação, dentre aquelas capituladas no artigo 50 da Lei de Execuções Penais, a autoridade administrativa penitenciária deverá instaurar o procedimento para apuração, conforme regulamento interno de cada estado, sendo obrigada a assegurar o direito de defesa. É o que dispõe o artigo 59 da Lei de Execuções Penais.

Vale lembrar que os regulamentos internos das administrações penitenciárias não podem instituir faltas e sanções, isso caberá somente à Lei de Execuções Penais, cujo rol, previsto em seu artigo 50, é taxativo, sendo vedada interpretação extensiva e/ou complementar.

O reconhecimento da prática de falta grave, no âmbito do cumprimento da execução penal, só será possível mediante um procedimento administrativo, ou seja, sua instauração é obrigatória, sendo ainda imprescindível a presença de advogado constituído ou defensor público – Súmula 533, STJ:

Para reconhecimento da prática de falta disciplinar no âmbito da execução penal, é imprescindível a instauração de procedimento administrativo pelo direito do estabelecimento prisional, assegurado o direito de defesa, a ser realizado por advogado constituído ou defensor público nomeado.

O processo administrativo disciplinar (PAD) é de caráter sancionatório administrativo, com reflexos no cumprimento da pena, sob a jurisdição

da Vara de Execuções Penais, por meio da qual a Administração Pública (estabelecimento prisional), após apurar os fatos descritos como infrações disciplinares, punirá o infrator pelas condutas reprováveis praticadas pelo preso nas Unidades Prisionais (UP), cabendo ao estabelecimento prisional apenas comunicar o juiz da Vara de Execuções Penais para que decida a respeito das referidas sanções de sua competência, sem prejuízos das aplicadas pela autoridade administrativa; porém, as decisões são passíveis ao controle de legalidade pelo Poder Judiciário (Jurisprudência em Teses, Edição nº 145, STJ).

Uma vez instaurado o procedimento administrativo disciplinar, impõe-se, sem dúvida, a observância das normas constitucionais que regem os processos administrativos e judiciais (art. 5º, LIV e LV, CF/88), sob pena de padecer de mácula incontornável.

A falta de defesa acarreta a nulidade do procedimento:

[...] II – “Para o reconhecimento da prática de falta disciplinar, no âmbito da execução penal, é imprescindível a instauração de procedimento administrativo pelo diretor do estabelecimento prisional, assegurado o direito de defesa, a ser realizado por advogado constituído ou defensor público nomeado” (REsp n. 1.378.557/RS, Terceira Seção, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, DJe de 21/3/2014, grifei). III – O Plenário do col. Pretório Excelso, em julgamento do RE n. 398.269/RS, Rel. Exmo. Min. Gilmar Mendes, DJe 26/2/2010, concluiu pela inaplicabilidade da Súmula Vinculante n. 5 aos procedimentos administrativos disciplinares realizados em sede de execução penal, ressaltando a imprescindibilidade da defesa técnica nesses procedimentos, sob pena de afronta aos princípios do contraditório e da ampla defesa, aos ditames da LEP e à legislação processual penal. IV – A apuração e aplicação de sanção disciplinar em procedimento administrativo disciplinar instaurado para apuração de falta grave supostamente praticada no curso da execução penal sem a presença de defesa técnica, viola os princípios do contraditório e da ampla defesa e configura causa de nulidade absoluta do PAD. (STJ, HC 517.663/MG, j. 01/10/2019).

Com isso, não se admite, dentro de um sistema lógico acusatório, o que vale para os procedimentos administrativos disciplinares, cujo caráter é estritamente sancionatório, uma passividade defensiva cujo resultado se refletirá diretamente nessas garantias constitucionais do preso.

Desta forma, sendo obrigatório observar as garantias constitucionais, a defesa técnica poderá produzir provas, juntar documentos, postular diligências e requerer a oitiva de testemunhas, ou seja, na prática, adotar todas as iniciativas proativas no sentido de constituir, extinguir, impedir e modificar os fatos apurados no procedimento administrativo disciplinar.

E, seguindo o que há na prática em outros países, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil editou o Provimento nº 188, publicado no Diário Eletrônico da OAB no dia 31 de dezembro de 2018, que regula o exercício da prerrogativa profissional do advogado de realização de diligências investigatórias para instrução em procedimentos administrativos e judiciais. Portanto, o Provimento disciplina os aspectos procedimentais a serem adotados aos advogados, sob a ótica da eficiência quanto aos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, em especial quando se trata do sistema penitenciário penal, cuja função do administrador prisional é acusatória.

Esse Provimento não tem força de lei, apenas serve como norma reguladora do exercício da prerrogativa profissional do advogado no dia a dia forense.

Daí a necessidade de uma defesa técnica com postura reativa, a partir da instrumentalização probatória, e não mais para figurar como uma personagem meramente formal, em especial no procedimento administrativo disciplinar, e a investigação defensiva veio para consolidar os princípios constitucionais da igualdade, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Para Bulhões,

Sob todas essas perspectivas, pode-se falar que a investigação defensiva traz um ganho social o qual incrementa o trabalho estatal. Incrementa e, em alguns casos, supre um verdadeiro vácuo institucional

existente. Fala isso em razão das dificuldades humanas e materiais presentes em muitos dos órgãos públicos encarregados pela Segurança Pública (Bulhões, 2019, p. 46-47).

E continua o autor:

[...] uma finalidade preventiva na investigação defensiva, que ser (i) em alguns momentos para fomentar, através do controle externo, a legalidade na atuação dos agentes estatais; (ii) em outros para viabilizar as responsabilidades dos eventuais desvios e excessos cometidos por esses mesmos agentes. Sendo importante perceber que a potencialidade da segunda medida, acarreta um efeito pedagógico fomentador da primeira (BULHÕES, 2019).

A atividade da investigação defensiva surge como ato privativo de advocacia – capacidade postulatória em juízo ou fora dele (art. 5º, caput, EAOAB) –, é um instrumento a serviço do defensor, que deve ser usado desde o início da instauração do procedimento administrativo disciplinar de qualquer natureza, na busca de material probatório útil à defesa dos interesses do destinatário final, da parte ou interessado.

O Provimento nº 188/2018, em seu artigo 1º, define a investigação defensiva como um

[...] complexo de atividades de natureza investigatória desenvolvida pelo advogado, com ou sem assistência de consultor técnico ou outros profissionais legalmente habilitados, em qualquer fase de persecução penal, procedimento ou grau de jurisdição, visando à obtenção de elementos de prova destinados à constituição de acervo probatório lícito, para tutela de direito de seu constituinte.

Já no artigo 3º, não limita a investigação defensiva ao rol, pois permite sua aplicação para outras finalidades, com o objetivo de promover

diretamente todas as diligências investigatórias necessárias ao esclarecimento do fato, em especial a colheita de depoimentos, pesquisa e obtenção de dados e informações disponíveis em órgãos públicos ou privados, bem como determinar a elaboração de laudos e exames periciais, e realizar reconstituições, ressalvadas as hipóteses de reserva de jurisdição (art. 4º).

Assim, sendo uma espécie do gênero investigação preliminar, a investigação defensiva poderá ser realizada em qualquer área e de diferentes formas – administrativa, por meio de notificação ou interpelação extrajudicial; pré-processual, por meio de queixa-crime ou no inquérito policial; e judicial, por meio da instrução probatória criminal, nos recursos, assim como medida de admissibilidade de revisão criminal e habeas corpus, e em especial na execução penal nas defesas de faltas graves.

E o que se busca com a investigação defensiva é a livre possibilidade de produzir as provas e contraprovas que interessem na busca da verdade e/ou da sustentação da sua versão. Na prática é poder colaborar para o esclarecimento dos fatos, para possibilitar, ao final da colheita das provas pelas partes, em especial pela defesa, a conclusão mais favorável ao preso.

Desta forma, é possível, por exemplo, demonstrar que os fatos não aconteceram daquela maneira, e que os agentes penitenciários se equivocaram quanto à conduta do preso – e isso é viável com a tomada de depoimentos no escritório do advogado e/ou até por meio de lavratura de ata notarial, bem como até gravação de imagem e áudio de arquivos eletrônicos, instrumentalizada por parecer técnico realizado por profissionais digitais, para posterior juntada no procedimento administrativo disciplinar.

Outra possibilidade é o ajuizamento de medidas judiciais, tais como ação autônoma de produção antecipada de prova (art. 381, CPC), ação de exibição de documentos ou coisa (art. 396, CPC), inclusive pedido de busca e apreensão pelas partes (art. 242, CPC), além da Lei nº 13.423, de 11 de abril de 2017, que regulamenta a profissão de detetive particular.

Assim, quanto às formas de investigação defensiva, nosso ordenamento jurídico oferta formas de ações positivas para obtenção de informações relevantes ao cliente, como atividade legítima da defesa.

O autor português Oliveira (2008, p. 56) enumera algumas ações sobre o tema:

(i) o da comprovação do alibi ou de outras razões demonstrativas da inocência do imputado; (ii) o da desresponsabilização do arguido em virtude de actuação de terceiros; (iii) o da exploração dos factos que integram causas de exclusão da ilicitude ou da culpa; (iv) o dos possíveis erros de raciocínio a que possam induzir determinados factos; (v) a vulnerabilidade técnica ou material de determinadas perícias ou exames forenses realizados pelos órgãos de polícia criminal; (vi) o exame do local e reconstituição do crime, em busca das razões de incoerência das teses acusatórias; (vii) o da identificação e localização de possíveis testemunhas; (viii) o da identificação e localização de possíveis peritos.

Não há dúvida de que a realização da investigação defensiva permite a apreciação da prova e formação da convicção de forma fundamentada.

Existe importante destaque do Professor Talon, no sentido de que toda investigação deve ser finalizada por meio de um relatório que denomina de “Relatório da Investigação Criminal Defensiva”, ou seja, trata-se de uma explicação das diligências realizadas. Para o festejado autor, devem constar no relatório da investigação criminal defensiva: detalhamento do que foi feito para possibilitar uma visão geral; análise dos atos, dos fatos, das circunstâncias, dos locais e pessoas, para, ao final, se apresentarem as conclusões.

Caso o advogado ou algum de seus auxiliares diligencie para obter documentos, tirar fotos ou entrar em contato com pessoas envolvidas, será útil documentar, por meio de um relatório, as circunstâncias da diligência, as informações recebidas e quaisquer outras questões relevantes.

Para Bulhões (2019, p. 137):

Por fim, ao término de todas as diligências e da atuação de todo o aporte documental produzido, a última

peça dos Autos de Investigação Defensiva (AID) deve ser, o relatório de conclusão. Este deve possuir, no mínimo, os requisitos sugeridos para o relatório a ser exigido pela conclusão das diligências empreendidas pelos eventuais profissionais externos que atuarem no caso, mais as conclusões finais obtidas e os encaminhamentos almejados.

Neste esteio, Machado (2010, p. 174) acrescenta:

Os atos de investigação defensiva são registrados pelo defensor, em regra, na forma escrita. Para evitar questionamentos a cerca da confiabilidade desses elementos, deve haver regulamentação clara do seu modo de documentação, sob pena de inutilização processual.

No que concerne à instrumentalização dos atos da investigação defensiva para sua validade e licitude na produção probatória, cabe um parêntese para falarmos sobre a cadeia de custódia, cujo instituto foi introduzido pelo Pacote Anticrime – Lei nº 13.964, de 2019, conforme o artigo 158-A do Código de Processo Penal, que define a cadeia de custódia como o

[...] conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte.

No livro *Cadeia de Custódia de Prova*, de 2018, editado pela Editora Scortecci, de minha autoria, faço referência à cadeia de custódia, ao afirmar que para

[...] garantir a responsabilidade, rastreabilidade e a confiabilidade é necessário um registro escrito de todo o procedimento (manuseio, armazenamento e preservação), bem como a identificação de todas as pessoas envolvidas na CC, ou seja, na linha da dimensão temporal, desde a coleta da prova até sua apresentação ao juízo natural (p. 170).

Com isso, pode-se concluir que essa instrumentalização da investigação defensiva deve observar a cadeia de custódia para preservar a integridade e autenticidade de todo o procedimento, sob pena de comprometer todo o conjunto de elementos de coletas.

A relevância do tema da investigação defensiva movimentou as casas legislativas, por meio de Projeto de Lei nº 8045/2010, que debate o novo Código de Processo Penal (CPP), em substituição ao código em vigor, datado do ano de 1941, com a normatização, em capítulo próprio, da “investigação defensiva”, que possibilitará a defesa técnica, em benefício do seu constituinte, dentro dos limites da legalidade, por meio da investigação particular para obtenção de provas, com o intuito de salvaguardar a tutela de direitos de seus clientes.

Mas, esta investigação defensiva há de respeitar os limites legais, para não causar muito mais do que um simples desconforto, o defensor deve cercar-se de cuidados no sentido de preservar o sigilo das informações e dos elementos colhidos, que possam atingir a dignidade da pessoa humana, a privacidade, a intimidade e os demais direitos e garantias individuais (art. 5º, X, CF/88).

Não há dúvida de que a investigação defensiva é aplicável para as execuções penais, para galgar os benefícios à sua ressocialização, tais como demonstrar o lapso temporal para progressão de regime, detração, remição, livramento condicional, indulto e comutação de penas, dentre outros, já que é sabido que o preso (reeducando) deve possuir comportamento exemplar dentro do sistema prisional.

Por outro lado, para os presos com mau comportamento, o sistema prisional é regido para apurar as transgressões disciplinares, aplicando sanções pesadas quando comprovada conduta disciplinar reprovável.

E, uma vez aplicadas as sanções disciplinares, sejam de natureza leve, média ou grave, após o seu cumprimento se possibilita que o preso tenha a oportunidade de reabilitar-se, ou seja, de ter bom comportamento de novo, de mostrar que aquele deslize foi isolado, e a investigação defensiva poderá ser usada para demonstrar uma situação fática do passado.

Neste sentido, Roig (2018, p. 214) esclarece:

O comportamento satisfatório do condenado não necessita ser comprovado durante toda a execução da pena, mas apenas em período razoavelmente anterior, sob pena de consagração de punição sem limites temporais. Se inclusive a prática de delitos admite a reabilitação, não se justificaria vedá-la para as faltas disciplinares. Enfim, permitir que uma falta longínqua possa contaminar toda a execução da pena se assemelharia, grosso modo, a própria admissão de sanção carcerária “perpétua” (obviamente dentro dos limites temporais da execução da pena).

Portanto, os condenados têm direito à ampla defesa, ao contraditório, ao duplo grau de jurisdição, ao devido processo penal, à individualização e humanização da pena, à retroatividade de lei mais benéfica, e aos princípios da anterioridade e da legalidade.

De qualquer forma, o Provimento é um importante parâmetro para a atuação do advogado, devendo ser utilizado como base da sua atuação profissional em qualquer esfera – administrativa ou judicial –, pois utilizar-se da investigação defensiva é uma questão de postura. Esse foi o tratamento dispensado pelo Constituinte originário, segundo o qual “O advogado é indispensável à administração da justiça...” (art. 133, CF), e conforme o advento da Lei Federal nº 8.906, de 04 de julho de 1994 – Estatuto da Advocacia e da OAB.

Referências

- ANDREUCCI, Ricardo Antônio. **Legislação Penal Especial**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BULHÕES, Gabriel Nobrega Dias. **Manual prático de investigação defensiva: um novo paradigma na advocacia criminal brasileira**. Florianópolis: Editora EMais Prática Forense, 2019.
- MACHADO, André Augusto Mendes. **Investigação criminal defensiva**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- OLIVEIRA, Francisco da Costa. **A defesa e a investigação do crime**. 2. ed. Coimbra, Portugal: Almedida, 2008.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução Penal: teoria crítica*. 4. ed. São Paulo: Editora Saraiva Educação, 2018.

Fontes de pesquisas:

CONJUR – Consultor Jurídico – <https://www.conjur.com.br/2021-set-21/flavio-cappi-reforma-cpp-investigacao-defensiva>.

EVINIS TALON – <http://www.evinistalon.com/relatórios-da-investigação-criminal-defensiva>.

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ – <https://stj.jus.br>.

9

Audiências de custódia

Francisco Bustamante¹

1. Advogado criminalista e ex-conselheiro do Conselho Penitenciário do Estado de São Paulo.

Medida paliativa ou solução para a superpopulação carcerária?

De início, regulamentada pela Resolução nº 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça, com as alterações posteriormente introduzidas pelas Resoluções CNJ nº 329/2020 e 357/2020 e, daí introduzida na legislação processual penal pela Lei nº 13.964/2019, as “audiências de custódia” passam a ser obrigatórias em todos os estados brasileiros, exigindo sua implantação pelos tribunais de justiça e pelos tribunais regionais federais no prazo máximo de 90 (noventa) dias, contados da vigência da Resolução CNJ nº 213/2015.

Em verdade, o Conselho Nacional de Justiça veio regulamentar algo que já era realidade em alguns estados brasileiros desde o mês de fevereiro do ano de 2015, sendo o Estado de São Paulo o pioneiro neste projeto.

O importante da Resolução do Conselho Nacional de Justiça é que ela vem disciplinar e, ao mesmo tempo, unificar os procedimentos que devem ser adotados para a realização destas audiências, fazendo com que todos os magistrados cumpram as mesmas regras quando da sua efetivação, dentre as quais, a necessidade da presença do Ministério Público, de representante da Defensoria Pública ou de advogado constituído pelo preso.

Assim, nas 24 (vinte e quatro horas) que sucedem a prisão em flagrante, é dever da autoridade policial, apresentar o preso perante o “juiz de garantias” para a realização da audiência de custódia onde o magistrado, com base nas regras ditadas pela legislação vigente e pelas normas do Conselho Nacional de Justiça, avaliará tanto a legalidade quanto a necessidade da manutenção da prisão, decidindo, ainda, se o preso poderá aguardar o julgamento em liberdade ou até mesmo determinando o cumprimento de alguma medida cautelar, como por exemplo, o uso de tornozeleira eletrônica até o julgamento, dentre outras.

É de extrema importância esse contato “olho no olho” do juiz com o preso, momento oportuno em que fará a colheita de mais informações acerca da prisão em flagrante, da sua íntegra e da logística dos fatos, sopesando a uma análise mais profunda e minuciosa em relação à personalidade e ao

caráter do preso obtendo, assim, mais subsídios a seu respeito, para bem decidir sobre a manutenção ou não da prisão em flagrante.

Este primeiro contato do juiz com o preso, também vem a ser de suma importância, pois é nesse momento que o magistrado analisa se este sofreu algum tipo de tortura ou maus tratos, deliberando como aduzido, pela manutenção da prisão em flagrante ou convertendo-a em preventiva se assim entender ou ainda, liberando o acusado para responder o processo em liberdade mediante algumas medidas restritivas.

Antes mesmo da Lei Anticrime (nº 13.964/2019) que introduziu no sistema penal brasileiro a “audiência de custódia”, a legalidade e legitimidade de sua realização, já havia sido ratificada por inúmeras decisões do Supremo Tribunal Federal.

Por outro lado, a implantação das audiências de custódia, já estavam previstas em pactos e tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos adotado pelo Brasil através do Decreto Presidencial nº 592, de 6 de julho de 1992 e a Convenção Interamericana de Direitos Humanos também conhecida como “Pacto de San José da Costa Rica”.

Ainda que estas audiências de custódia viessem a desagradar parte do mundo jurídico, em verdade, elas representam “um caminho sem volta”. Eis que os seus benefícios diretos na diminuição da superpopulação carcerária são incomensuráveis.

Analisando o custo benefício da implantação das “audiências de custódia”, informações divulgadas pelo Conselho Nacional de Justiça através de seu endereço eletrônico (www.cnj.jus.br), noticiam que só no ano de 2015 (data da sua implantação em alguns estados) houve uma redução de quase 15 mil prisões, as quais deixaram de agravar o já superlotado sistema prisional, trazendo um verdadeiro alívio para o Estado.

Estes dados, sem sombra de dúvida, representam fato extremamente significativo e impactante na diminuição da população carcerária ao ponto que, não permite o seu crescimento, atenuando inclusive, o seu quadro atual.

Há notícias inclusive, de que, em alguns estados brasileiros, a justiça vem realizando estas audiências de custódia com jovens e adolescentes infratores, também no intuito de tentar reduzir a grande população atualmente existente, cumprindo medidas socioeducativas por conta de atos infracionais.

Contudo, é importante frisar o papel que tanto o Poder Executivo quanto o Poder Judiciário desempenham na eficácia e na contribuição que as audiências de custódia têm demonstrado na drástica redução da superpopulação carcerária, pois de nada adianta se o entrave burocrático persistir na administração dos presídios e na execução das penas, como por exemplo, mantendo o Estado a enorme massa de presos provisórios, indeterminadamente, por conta dos processos judiciais que se arrastam por anos a fio.

É preciso celeridade de fato na execução das penas pois, do contrário, ainda que as audiências de custódia contribuam expressivamente para impedir o aumento da população carcerária, o quadro atual levará anos para apresentar melhoras significativas se nada mais for feito em curto prazo.

De qualquer forma, as audiências de custódia, embora inicialmente tenham tido algumas falhas pontuais nas suas realizações, hoje em dia encontram-se mais aperfeiçoadas, tanto pela legislação anticrime quanto pelas Normativas do Conselho Nacional de Justiça, padronizando e unificando os atos judiciais a serem praticados pelos magistrados, contribuindo de forma eficaz, na redução da população carcerária brasileira, evitando que injustiças sejam cometidas nas prisões em flagrante, garantindo ao preso o direito da ampla defesa desde o início de sua detenção, como é o caso da realização da audiência e o seu comparecimento à presença do juiz competente, no prazo de 24 horas.

Nesta linha de raciocínio, é imprescindível dizer que a “não realização da audiência de custódia pelo juiz de garantias” sem motivação idônea, acarretará ao magistrado sanções de ordem administrativas, civis e penais, ensejando, inclusive, a ilegalidade da prisão em flagrante que deverá ser relaxada (§ 4º, art. 310, CPP).

Oportuno ainda ressaltar que, embora haja determinação expressa no artigo 3º-B, § 1º, do Código de Processo Penal, acrescido pelo artigo 3º da Lei Anticrime, de que “o preso em flagrante deve ser encaminhado à presença do juiz para a realização da audiência de custódia”, fato é que por força das medidas de emergência em saúde pública estabelecidas pela Lei Federal nº 13.979/2020, o Conselho Nacional de Justiça através da Resolução CNJ nº 329/2020, com as alterações introduzidas pela Resolução CNJ nº 357/2020, houve por bem autorizar a realização das audiências de custódia, também por videoconferência, quando não for possível na sua forma presencial no prazo de 24 horas, conforme estabelece o artigo 19 da Resolução CNJ nº 329/2020, com as alterações introduzidas pela Resolução CNJ nº 357/2020 e desde que atendidas as exigências para a sua efetivação (art. 19, Res. 329/2020, CNJ).

Que muito embora, neste dado momento, as medidas emergenciais de saúde já tenham sido superadas, a verdade é que a realização das audiências criminais por videoconferência se tornaram uma realidade do ponto de vista prático e econômico para a justiça, sendo certo que, a partir desta realidade, o que era exceção será regra, ou seja, as audiências presenciais serão exceção e aquelas por videoconferência uma regra, sendo assim, as audiências por videoconferência vieram para ficar.

Assim é que, aliada à celeridade dos atos processuais da execução penal, as “audiências de custódia”, sejam elas realizadas presencialmente ou por videoconferência, senão uma solução para a redução da superpopulação carcerária, com certeza evitará o seu agravamento.

Em verdade, para a justiça criminal e para o sistema penal em especial, as “audiências de custódia” tornaram-se uma via de mão única, ou seja, sem volta.

P. S.: O autor abre mão de qualquer direito autoral, haja visto que o presente artigo é de utilidade pública.

Referências

- ARRUDA, Vinicius. **Audiência de Custódia** (Lei nº 13.964 de 24 de Dezembro de 2019). Disponível em: vinciuius.jusbrasil.com.br.
- CUNHA, Rogério. **Pacote Anticrime**. Lei nº 13.964/19. Comentários às alterações no CP, CPP e LEP. Salvador: Juspodivm, 2020.
- CNJ. **Atos Normativos (Resoluções nº 213/2015, 329/2020 e 357/2020; Lei Federal nº 13.964/2019; Decreto-Lei nº 3.689/1941; Doutor Penal**. Disponível em: www.cnj.jus.br

10

Auxílio-reclusão: soluções práticas a serem aplicadas no dia a dia

Paulo César Neves¹

1. Paulo César Neves, advogado, pós-graduado em direito previdenciário e direito digital, Engenheiro da Computação e Professor de Gramática da Língua Portuguesa.

Introdução

O presente trabalho tem como escopo revelar pontos importantes relativos ao Auxílio-reclusão.

O autor demonstrará o conceito de seguridade social versus previdência social com base na nossa Carta Magna de 1988.

Também, haver-se-á apontamentos sobre a previsão legislativa do benefício, o conceito, o período histórico, o fato gerador, o valor da renda mensal inicial e os requisitos mínimos para o requerimento do Auxílio-reclusão.

Ainda, o autor não se preocupará em aprofundamentos históricos, filosóficos, sociológicos e teóricos, porque não é o que se busca em um trabalho de tão poucas laudas.

Porém, ter-se-á uma preocupação em escrever sobre o tema de forma simples e para ser aplicado no dia a dia, seja o advogado, seja qualquer cidadão.

Conceito de seguridade social versus conceito de previdência social

A Constituição Federal de 1988 dispõe que a seguridade social é diversa da previdência social.

De forma pontual, no artigo 194 da Constituição Federal e no artigo 1º da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991 está consolidado que a seguridade social é um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade destinado a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência social e à assistência social, que deve obedecer, i.e., aos princípios e às diretrizes da universalidade, uniformidade, irredutibilidade, equidade, etc.

Já sobre a previdência social, nos termos do artigo 1º da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, tem como escopo assegurar aos beneficiários dela, mediante contribuição, meios indispensáveis de manutenção, por motivo

de incapacidade, idade avançada, tempo de serviço, desemprego involuntário, encargos de família e *reclusão* ou morte daqueles que dependem economicamente dos segurados dela, que deve obedecer, i.e., aos princípios e às diretrizes da universalidade, valor de renda de benefícios não inferior a um salário mínimo, cálculos corretos tendo como base os salários de contribuição do segurado, preservação do valor real dos benefícios, etc.

De formar simplificada, a seguridade social é gênero e a previdência social é espécie, enquanto aquela cuida do direito relativo à saúde, à previdência e a assistência social, esta cuida dos benefícios dos segurados dela, inclusive o *Auxílio-reclusão*.

Ressalta-se que a previdência social nada mais é do que uma grande seguradora pública que administra os benefícios do Regime Geral de Previdência Social – RGPS por intermédio do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, autarquia federal instituída com fundamento nos termos do artigo 17 da Lei nº 8.029, de 12 de abril de 1990, este vinculado ao Ministério do Trabalho e Previdência.²

Por fim, o professor Marcelo Leonardo Tavares³ conceitua a previdência social como um seguro público, coletivo, compulsório, mediante contribuição e que visa a cobrir os riscos sociais por incapacidade, idade avançada, tempo de contribuição, encargos de família, morte e *reclusão*. Ainda, em relação ao desemprego involuntário, o doutrinador explica que embora seja um risco previdenciário, ele não é coberto pelo Regime Geral da Previdência Social – RGPS e sim pelo Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT.

2. MARTINEZ, Wladimir Novaes. *A Seguridade Social na Constituição Federal*. São Paulo: LTr, 1992.

3. TAVARES, Marcelo Leonardo. *Direito Previdenciário – Regime Geral de Previdência Social e Regimes Próprios de Previdência Social*. 15ª ed. Revista e atualizada, Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

Da previsão legislativa do Auxílio-reclusão

No que tange a previsão legislativa, o Auxílio-reclusão está previsto no inciso IV, do artigo 201, da Constituição Federal de 1988, no artigo 80 da Lei nº 8.213 de 24 de julho de 1991, nos artigos 116 ao 119 do Decreto nº 3.048, de 06 de maio de 1999 entre outras leis esparsas.

Do conceito do Auxílio-reclusão

O Auxílio-reclusão é um benefício previdenciário, com caráter alimentar, destinado aos dependentes do segurado recluso de baixa renda recolhido à prisão em regime fechado e que não se encontra beneficiado por aposentadoria ou auxílio-doença.⁴

Ainda, o Auxílio-reclusão tem como escopo trazer proteção para a família do recluso, ou seja, *não é pago ao preso* e sim aos dependentes dele.

Por fim, o benefício é pago aos dependentes e o segurado preso não terá direito aos benefícios do doença-doença e da aposentadoria enquanto houver pagamento do benefício do Auxílio-reclusão aos dependentes.

Do período histórico do Auxílio-reclusão

O Auxílio-reclusão é um benefício que já existe deste o ano de 1933 e ele foi criado, no Brasil, pelo Instituto de Aposentadoria e Pensões dos Marítimos – IAPM, em razão disso somente os trabalhadores do setor de navegação tinha direito ao benefício do Auxílio-reclusão naquela época.

Para a população em geral, o Auxílio-reclusão foi instituído somente em 1960 por intermédio da Lei Orgânica da Previdência Social, no artigo 22 da Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960 e, por fim, está garantido o benefício no artigo 201 da Constituição Federal de 1988.

4. RIBEIRO, Juliana de Oliveira Xavier. *Manual de Direito Previdenciário em esquemas*. 5. ed. São Paulo: Rideel, 2020.

Do fato gerador do Auxílio-reclusão e a pena privativa de liberdade

O Direito Previdenciário rege pelo princípio *tempus regit actum*, isto é, prevalece a lei vigente no momento do fato gerador.⁵

Assim, o fato gerador para se ter o direito ao Auxílio-reclusão é a *data da prisão e que ela seja em regime fechado* do segurado de baixa renda.

Ressalta-se, a data da reclusão do segurado em regime fechado é de extrema importância, sem ela, certamente erros crassos ocorreram.

Assim, neste trabalho, haverá três datas significativas para se pensar no fato gerador, isto é, a prisão ocorreu:

- a) Até 18 de janeiro de 2019, analisar-se-á o fator gerador e os requisitos da Lei nº 8.213 de 24 de julho de 1991;
- b) A partir de 19 de janeiro de 2019, analisar-se-á o fator gerador e os requisitos na Medida Provisória nº 871, de 18 de janeiro de 2019, vigência de 19 de janeiro de 2019 a 17 de junho de 2019; e na Lei nº 13.846, de 18 de junho de 2019, vigência de 18 de junho de 2019 a 13 de novembro de 2019;
- c) A partir de 14 de novembro de 2019, analisar-se-á o fator gerador e os requisitos da Emenda Constitucional 103, de 12 de novembro de 2019, vigência atual.

No que tange a pena privativa de liberdade, ela *deve* ser em regime fechado, definido em legislação especial, podendo esta prisão ser *provisória, preventiva* ou *temporária*, **o que importa é o regime fechado**.

Ainda, se o maior de 16 (dezesseis) anos e menor de 18 (dezoito) anos de idade for internado *em regime fechado* em estabelecimento educacional

5. MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Direito adquirido na Previdência Social*. 3. ed. São Paulo: LTr. 2010, p. 190.

ou congêneres, sob custódia do Juizado da Infância e da Juventude, equipara-se a condição de recolhimento à prisão ao regime fechado. Assim havendo dependente, por exemplo, filho nascido durante o recolhimento do segurado à prisão, este terá direito ao Auxílio-reclusão a partir do nascimento da criança.

Também, se a prisão for domiciliar em regime fechado, o segurado terá direito ao benefício.

Por outro lado, o segurado preso em regime aberto e semiaberto não tem direito, atualmente, ao benefício do Auxílio-reclusão, *somente o regime fechado*.

Sem esquecer, que até o dia 18 de janeiro de 2019, o pedido do Auxílio-reclusão podia ser requerido pelos dependentes dos segurados reclusos em regime semiaberto ou fechado e a partir do dia 19 de janeiro de 2019 que ele passa a ser concedido somente aos dependentes dos segurados presos em regime somente fechado.

Por fim, outra dúvida comum, é qualquer dependente do preso em regime fechado que tem direito ao Auxílio-reclusão? Não! Para isso, se faz necessário o preenchimento de todos os requisitos para a obtenção do benefício.

Dos requisitos para a obtenção do Auxílio-reclusão

a) Da qualidade de segurado e o Período de Graça Previdenciário.

O primeiro requisito obrigatório para obtenção do Auxílio-reclusão é o preso ter qualidade de segurado no momento da prisão em regime fechado após 19 de janeiro de 2019, antes desta data o regime podia ser semiaberto também.

Isto é, ao recluso é necessário ter qualidade de segurado que é a condição atribuída a todo cidadão filiado ao Regime Geral da Previdência Social – RGPS, com inscrição no Instituto Nacional do Seguro Social – INSS e realize pagamento mensais das contribuições: Seja como empregado,

empregado doméstico, trabalhador avulso, contribuinte individual, segurado especial ou facultativo.⁶

Neste interim, indo direto ao ponto, se ele estava contribuindo, no momento da prisão, é provável que os dependentes tenham o direito a receber o Auxílio-reclusão, deste que preenchidos os outros requisitos mas, se o recluso não estava contribuindo, os dependentes dele não terão direito ao benefício do Auxílio-reclusão? A resposta é: depende!

Vamos ao raciocínio. Se o segurado de baixa renda foi preso, mas estava desempregado em um período menor de 12 (doze) meses na data da prisão por regime fechado, os dependentes dele terão direito ao Auxílio-reclusão, pois o segurado pode usufruir do denominado “período de graça”, onde perdura a manutenção da qualidade de segurado por mais 12 (doze) meses, período que ele deixou de exercer atividade remunerada, tema do inciso II, do artigo 15 da Lei nº 8.213 de 24 de julho de 1991.

Além disso, se o segurado recluso tiver mais de 120 (cento e vinte) contribuições mensais sem interrupção, antes da prisão, o período de graça, período para manutenção da qualidade de segurado será prorrogado por um prazo máximo de 24 (vinte e quatro) meses, nos termos do parágrafo 1º, do artigo 15 da Lei nº 8.213 de 24 de julho de 1991, assim, se o segurado for preso no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) meses do período de graça em dobro, os dependentes terão direito a requerer o benefício.

Por outro lado, se o preso é segurado facultativo terá um período de graça apenas de 06 (seis) meses; depois deste período sem contribuições, ele perderá totalmente a qualidade de segurado, ensinamento do inciso II, do artigo 15 da Lei nº 8.213 de 24 de julho de 1991, não podendo os dependentes requerer o benefício.

Com isso, se o recluso preencher os requisitos da qualidade de segurado usufruindo ou não o período de graça, se tiver direito, ele conservará todos os direitos perante a Previdência Social, parágrafo 3º, do artigo 15

6. ALENCAR, Hélio Gustavo. *Auxílio-reclusão – direitos dos presos e de seus familiares*. São Paulo: LTr, 2007.

da Lei nº 8.213 de 24 de julho de 1991, conseqüentemente os dependentes dele terão direito ao auxílio. Em sentido diferente, não preenchidos os requisitos, os dependentes do preso de baixa renda em regime fechado, não terão direito ao Auxílio-reclusão.

b) Do período de carência.

Carência, de maneira bem simples, é o período mínimo que o segurado deve cumprir, pagar um número mínimo de contribuições mensais, para usufruir de algum benefício da Previdência Social.⁷

São exemplos, carência mínima de 12 (doze) contribuições mensais para auxílio-doença e aposentadoria por invalidez; 180 (cento e oitenta) contribuições mensais para aposentadoria por idade, por tempo de serviço e especial; e 24 (vinte e quatro) contribuições mensais para o Auxílio-reclusão, neste caso, as contribuições devem ser de baixa renda.

Vale ressaltar que até 18 de janeiro de 2019, nos termos da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991 não se exigia carência para os dependentes do segurado preso para requerer o Auxílio-reclusão, entretanto a partir de 19 de janeiro de 2019, há a necessidade de cumprimento de carência, no mínimo, de 24 (vinte e quatro) contribuições mensais, de acordo com Medida provisória nº 871, de 18 de janeiro de 2019, vigência de 19 de janeiro de 2019 a 17 de junho de 2019; a Lei nº 13.846, de 18 de junho de 2019, vigência de 18 de junho de 2019 a 13 de novembro de 2019, a Emenda Constitucional 103 de 12 de novembro de 2019 e o inciso IV, do artigo 25 da Lei nº 8.213/91.

Ao analisar se há carência ou não, deve-se se atentar ao fato gerador que é a data da prisão, por exemplo, se o segurado foi preso em regime fechado *antes de 18 de janeiro de 2019 e preencheu todos os outros requisitos*, não deverá o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS exigir a carência, pois na data do fato gerador, a legislação não exigia carência. Entretanto,

7. LAZZARI, João Batista; CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. *Direito previdenciário*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; Método, 2021.

se o segurado foi preso depois do dia 18 de janeiro de 2019, o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS exigirá o cumprimento da carência de 24 (vinte e quatro) meses.

c) Dos dependentes do segurado do benefício Auxílio-reclusão.

Preenchido os requisitos da qualidade de segurado, da carência, no mínimo, 24 (vinte e quatro) contribuições mensais a partir de 19 de janeiro de 2019, os dependentes dele terá direito ao Auxílio-reclusão, este que tem como escopo trazer proteção para a família do recluso, porque **não é pago ao preso** e sim aos dependentes dele.

Porém, quem terá a qualidade de dependente, para ser dependente o artigo 16 da Lei nº 8.213 de 24 de julho de 1991 dispõe três classes de dependentes do segurado, são elas:⁸

- 1) O cônjuge, companheiro, filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválidos, aqui a dependência é presumida;
- 2) Se não houver a classe de dependente anterior, os pais, ou não ausência destes, a madrasta, padrasto, são dependentes desde que comprovem dependência econômica ocorrida antes da prisão do segurado;
- 3) Inexistindo as duas classes anteriores de dependentes, os irmãos menores de 21 (vinte e um) anos ou inválidos desde que comprovem dependência econômica ocorrida antes da prisão do segurado.

Vale lembrar que a classe superior exclui a classe inferior, ou seja, por exemplo, se houver cônjuge e os pais, somente o cônjuge terá direito ao Auxílio-reclusão excluindo os pais.

Em relação aos companheiros, inclusive relação homoafetiva, para ter o direito de requerer o Auxílio-reclusão, eles devem comprovar união estável

8. BRAGANÇA, Kerlly Huback. *Manual de direito previdenciário*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

por intermédio de documentos contemporâneos dos últimos 24 (vinte e quatro) meses da data do recolhimento do segurado à prisão. Ressalta-se, é totalmente vedada a prova exclusivamente testemunhal, exceto por motivo de força maior e caso fortuito, nos termos do § 5º, da Lei nº 13.846, de 18 de junho de 2019.

Ainda, a dependência econômica é comprovada por intermédio de documentos descritos no § 3º, do artigo 22 do Decreto nº 3.048, de 06 de maio de 1999, com rol de documentos meramente exemplificativo, e o dependente deve apresentar no mínimo dois documentos, i.e., certidão de nascimento de filho havido em comum, declaração do imposto de renda do segurado, em que conste o interessado como dependente dele.

Ressalta-se que os pais, na ausência destes, madrasta, padrasto; irmãos menores de 21 (vinte e um) ano ou inválidos não têm dependência presumida, assim devem comprovar a dependência econômica habitual e substancial ocorrida antes da prisão do segurado, isto é, a dependência a comprovar é aquela que se não houver o benefício, prejudicará o sustento da família, cuja falta acarretaria desequilíbrio dos meios de subsistência do dependente do segurado.

Ponto importante, o filho inválido, de qualquer idade, ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, declarado judicialmente, tem dependência presumida e tem o direito de requerer o benefício do Auxílio-reclusão, consoante artigo 16, inciso I, § 4º da Lei nº 8.213 de 24 de julho de 1991. Mas, a invalidez tem que existir antes do fato gerador do benefício, antes da data da prisão do segurado; se surgiu depois, o dependente não terá o direito ao benefício.

Por fim, o filho nascituro tem direito a proteção previdenciária, inclusive o Auxílio-reclusão, Assim, o benefício será concedido a partir do nascimento da criança, desde que da data da prisão não tenha ocorrido mais de 300 (trezentos) dias, de acordo com inciso II, do artigo 1.597, do Código Civil, e preenchidos todos os requisitos para a concessão do benefício, assim haverá o reconhecimento da qualidade de dependente da criança.

Descritos os dependentes, explanar-se-á um ponto crucial para requerer o benefício, que é a baixa renda.

d) Da baixa renda do segurado recluso.

Ponto crucial é a avaliação da baixa renda do segurado. Mas o que é baixa renda? Como se calcula? Qual o critério de baixa renda?

Lembre-se que os requisitos mínimos para a obtenção de Auxílio-reclusão é ter o segurado recluso qualidade de segurado ter, no mínimo, 24 (vinte e quatro) contribuições mensais de carência a partir de 19 de janeiro de 2019 e ter baixa renda.

No que tange aos valores da remuneração de baixa renda, *deve ser considerada o valor da baixa renda no ano da prisão do segurado*, em razão disso todo ano é publicada Portaria Interministerial do Ministério do Trabalho e Previdência – MTP e o Ministério da Economia – ME onde dispõe sobre os reajustes do valor de salário de contribuição considerado de baixa renda, por exemplo: a) A remuneração de baixa renda de 2020 foi de R\$ 1.425,56 (mil quatrocentos e vinte e cinco reais cinquenta e seis centavos), nos termos da Portaria Interministerial MTP/ME nº 914 de, 13 de janeiro de 2020; b) Já o salário de baixa renda de 2021 foi de R\$ 1.503,25 (mil quinhentos e três reais vinte e cinco centavos), nos termos da Portaria Interministerial MTP/ME nº 477 de, 12 de janeiro de 2021; e c) Por fim, o salário de baixa renda de 2022 foi de R\$ 1.655,98 (mil seiscentos e cinquenta e cinco reais noventa e oito centavos), nos termos do artigo 5º da Portaria Interministerial MTP/ME nº 12 de, 17 de janeiro de 2022.⁹

Assim, o valor de baixa renda para o ano de 2022 é de R\$ 1.655,98 (mil seiscentos e cinquenta e cinco reais noventa e oito centavos) que deverá

9. Art. 5º O Auxílio-reclusão, a partir de 1º de janeiro de 2022, será devido aos dependentes do segurado de baixa renda recolhido à prisão em regime fechado que não receber remuneração da empresa e nem estiver em gozo de auxílio por incapacidade temporária, pensão por morte, salário-maternidade, aposentadoria ou abono de permanência em serviço que, no mês de recolhimento à prisão tenha renda igual ou inferior a R\$ 1.655,98 (um mil seiscentos e cinquenta e cinco reais e noventa e oito centavos), independentemente da quantidade de contratos e de atividades exercidas, observado o valor de R\$ 1.212,00 (um mil duzentos e doze reais), a partir de 1º de janeiro de 2022.

Parágrafo Único. A aferição da renda mensal bruta para enquadramento do segurado como de baixa renda ocorrerá pela média dos salários de contribuição apurados no período dos doze meses anteriores ao mês de recolhimento à prisão, corrigidos pelos mesmos índices de reajuste aplicados aos benefícios do Regime Geral de Previdência Social – RGPS.

ser calculada pela média dos últimos 12 (doze) meses anteriores a data da prisão em regime fechado do segurado recluso.

Para efeito de cálculo para determinar se o segurado é baixa renda ou não, até 18 de janeiro de 2019, o Superior Tribunal de Justiça, STJ, no Tema 896, já transitado em julgado, julgou que vale a última remuneração constante no Cadastro Nacional de Informações Sociais – CNIS *no momento da prisão*. Se porventura, no momento da prisão do segurado, ele estava desempregado, não havia nenhuma contribuição, a remuneração do segurado será considerada ZERA, com isso o segurado será considerado de baixa renda.

De 19 de janeiro de 2019 para frente, para efeito de cálculo da baixa renda, far-se-á a média das últimas 12 (doze) contribuições e o resultado, para se considerar de baixa renda, deve ser menor ou igual aos valores descritos nas Portarias publicadas pelo Ministério do Trabalho e Previdência – MTP e o Ministério da Economia – ME, por exemplo, em 2022, se a média for igual a menor de R\$ 1.655,98 (mil seiscentos e cinquenta e cinco reais noventa e oito centavos), o segurado é considerado de baixa renda.

Do valor renda mensal inicial do benefício do Auxílio-reclusão

O valor da Renda Mensal Inicial do Auxílio-reclusão é o que mais causa polêmica entre as pessoas, principalmente com “fake news”.

Na rede de computadores mundial, há de tudo sobre o tema, mas se deve colocar uma pá de cal para excluir qualquer tentativa de cilada ou burla.

Sendo assim, a partir da Emenda Constitucional 103, de 12 de novembro de 2019, o valor da Renda Mensal Inicial – RMI do benefício é de um salário mínimo, ou seja, o valor em 2022 é de R\$ 1.212,00 (mil duzentos e doze reais) para dividir para os dependentes do segurado preso.

Ou seja, é um salário para cada dependente? Não! Se o segurado recluso tem 04 (quatro) dependentes, o valor do benefício de um salário mínimo será dividido em 04 (quatro) partes, uma parte para cada dependente.

Ainda, se uma dessas quatro pessoas perde a qualidade de dependente, por exemplo, completou 21 (vinte e um) ano de idade, o valor dela não será repassado para os outros três remanescentes, prevalece as mesmas regras da pensão por morte.

Insta frisar que até 13 de novembro de 2019, o valor da Renda Mensal Inicial – RMI do benefício do auxílio- Reclusão era calculado com as mesmas regras da pensão por morte.

Do pedido do benefício do Auxílio-reclusão

Para requerer o benefício do Auxílio-reclusão, o dependente ou advogado dele precisa verificar se todos os requisitos estão preenchidos, inclusive analisar qual foi a data da prisão, pois devemos observar a lei vigente no momento da prisão.

Preenchidos os requisitos, isto é, o segurado foi preso em regime fechado, tem qualidade de segurado, tem dependentes, tem carência cumprida, prisão ocorrida depois de 19 de janeiro de 2019, tem baixa renda, basta o dependente ou advogado dele requerer junto ao estabelecimento prisional o atestado ou declaração que certifique o cárcere e o tipo de prisão e, também, requerer a certidão judicial de objeto e pé diretamente pelo sítio do Tribunal de Justiça, aqui em São Paulo, junto ao sítio <https://www.tjsp.jus.br/Certidoes>.

Com todas as certidões em mãos e os documentos pessoais do segurado preso e dos dependentes basta requerer o benefício diretamente no sítio <https://meu.inss.gov.br>.

Repete-se. Deve-se ter muita atenção no momento do pedido do benefício, se o segurado foi preso até o dia 18 de janeiro de 2019, nos termos da Lei nº 8.213 de 24 de julho de 1991, os requisitos são: ter qualidade de segurado, ter qualidade de dependente, prisão em regime fechado ou semiaberto, não há necessidade de carência, ter baixa renda até 31 de dezembro de 2018 no valor de R\$ 1.319,18 (mil trezentos e dezenove reais e dezoito centavos).

Se o segurado foi preso entre o dia 19 de janeiro de 2019 a 13 de novembro de 2019, Medida provisória nº 871, de 18 de janeiro de 2019, vigência de 19 de janeiro de 2019 a 17 de junho de 2019 e Lei nº 13.846, de 18 de junho de 2019, vigência de 18 de junho de 2019 a 13 de novembro de 2019, os requisitos são: ter qualidade de segurado, ter qualidade de dependente, prisão em regime fechado, carência de 24 (vinte e quatro) contribuições mensais, renda mensal inicial de acordo com o cálculo por pensão por morte, ter baixa renda calculada pela média dos últimos 12 (doze) meses anterior a data da prisão e não pode ser superior ao valor de R\$ 1.364,43 (mil trezentos e sessenta e quatro reais quarenta e três centavos), consoante artigo 5º da Portaria Ministério da Economia – ME nº 09, de 15 de janeiro de 2019.

Também, se o segurado foi preso após 13 de novembro de 2019, Emenda Constitucional, 103 de 12 de novembro de 2019, vigência atual, os requisitos são: ter qualidade de segurado, ter qualidade de dependente, prisão em regime fechado, carência de 24 (vinte e quatro) contribuições mensais, renda mensal inicial será de um salário mínimo, ter baixa renda calculada pela média dos últimos 12 (doze) meses anterior a data da prisão e não pode ser superior ao valor de R\$ 1.655,98 (mil seiscentos e cinquenta e cinco reais noventa e oito centavos) em 2022, consoante artigo 5º da Portaria Interministerial MTP/ME nº 12 de, 17 de janeiro de 2022.

Em relação às datas dos pedidos perante o INSS, se for menor de 16 (dezesseis) anos, absolutamente incapaz, não corre prescrição contra o menor, o pedido sempre retroagirá a data da prisão. Sendo o filho for maior de 16 (anos) e menor de 18 (dezoito) anos, se o pedido for dentro de 180 (cento e oitenta) dias retroagirá a data da prisão e para os demais dependentes retroagirá a data da prisão se o pedido for feito até 90 (noventa) dias. Passado os tempos retros informados, o início do benefício ocorrerá a partir da data da solicitação.

Da manutenção e cessação do pagamento do Auxílio-reclusão

Deferido o Auxílio-reclusão, os dependentes devem a cada 90 (noventa) dias apresentar atestado ou declaração do estabelecimento prisional que comprove a reclusão, sob pena de cessação dele.

Ainda, a duração do Auxílio-reclusão dependerá da idade de cada dependente: Assim, se o dependente tiver menos de 21 (vinte e um) anos, ele terá apenas direito a cota dele pelo período de 03 (três) anos; entre 21 (vinte e um) e 26 (vinte e seis) anos, terá duração do benefício por 06 (seis) anos; entre 27 (vinte e sete) e 29 (vinte e nove) anos, terá duração do benefício por 10 (dez) anos; entre 30 (trinta) e 40 (quarenta) anos, terá duração do benefício por 15 (quinze) anos; entre 41 (quarenta e um) e 43 (quarenta e três) anos, terá duração do benefício por 20 (vinte) anos; e a partir de 44 (quarenta e quatro), o direito ao benefício será de forma vitalícia, desde que não haja a cessação do Auxílio-reclusão.

No que tange a cessação do Auxílio-reclusão: ele cessará pelo óbito do dependente ou do segurado; com o óbito deste, os dependentes podem requerer a pensão por morte; pela perda da qualidade do segurado ou do dependente; com a extinção da última cota ao dependente em razão da idade; com o fim da invalidez do dependente auferida pelo médico pericial a cargo do INSS; quando o segurado passa a receber aposentadoria; com o fim do regime fechado; com a soltura; quando o segurado foge do presídio ocorrerá a suspensão do benefício, pela falta de entrega de atestado ou declaração do estabelecimento prisional que comprove a reclusão.

Considerações finais

No presente trabalho, o autor revelou pontos importantes relativos ao Auxílio-reclusão.

Demonstrou-se a importância de se saber quando se inicia o fato gerador para requerer o benefício, que é a data da prisão do segurado recluso, pois o momento da prisão será o norte para se saber em qual legislação o dependente ou o advogado dele buscará o direito dele.

Também, apontou-se sobre a previsão legislativa do benefício, o conceito, o período histórico, o fato gerador, o valor da renda mensal inicial e os requisitos mínimos para o requerimento do Auxílio-reclusão.

Além disso, verificou-se que ao depender da data da prisão, há exigência ou não de carência, o cálculo para se auferir a baixa renda, pode ser

feito levando em consideração uma única contribuição ou a ausência dela ou a média das últimas 12 (doze) contribuições e o valor da Renda Mensal Inicial – RMI que pode ser calculada conforme a regra da pensão por morte ou, como atualmente, em um único salário mínimo, divisível pelo número de dependentes, tudo isso depende da data da prisão.

Por fim, em todo o trabalho, a explanação foi direcionada ao tema de forma simples e para ser aplicado no dia a dia, seja o advogado, seja qualquer cidadão.

Em tempo, o Auxílio-reclusão não é uma “bolsa-bandido”, pois o benefício não é direcionado para o segurado, mas sim para os dependentes dele. Estes não podem ser culpados pelos atos do segurado e necessitam, por intermédio de políticas públicas, serem alcançados com o objetivo de diminuir a desigualdade do país, essa é a função verdadeira do Auxílio-reclusão.

11

Avaliações psiquiátricas forenses e psicológicas jurídicas na superveniência de doença mental

Hewdy Lobo Ribeiro¹

Elise Trindade²

Ana Carolina Schmidt de Oliveira³

-
1. Hewdy Lobo Ribeiro é médico psiquiatra forense titulado pela Associação Brasileira de Psiquiatria e Diretor da Vida Mental Serviços de Perícias Médicas Psiquiátricas Forenses e Psicológicas Jurídicas. E-mail: lobo@vidamental.com.br.
 2. Elise Trindade é especialista em Psicologia Jurídica e profissional da Equipe Vida Mental.
 3. Ana Carolina Schmidt de Oliveira é psicóloga jurídica e atua na Equipe Vida Mental.

Considera-se superveniência de doença mental (SDM) o aparecimento de transtorno mental em um determinado indivíduo, em qualquer período, após a prática de um fato criminoso (LOBO, 2015), quando aguarda por julgamento ou após condenado, no cumprimento da pena.

Segundo o Código de Processo Penal:

Art. 152. Se se verificar que a doença mental sobrevier à infração o processo continuará suspenso até que o acusado se restabeleça, observado o § 2º do art. 149.

§ 1º O juiz poderá, nesse caso, ordenar a internação do acusado em manicômio judiciário ou em outro estabelecimento adequado.

§ 2º O processo retomará o seu curso, desde que se restabeleça o acusado, ficando-lhe assegurada a faculdade de reinquirir as testemunhas que houverem prestado depoimento sem a sua presença.

[...]

Artigo 154 – Se a insanidade mental sobrevier no curso da execução da pena, observar-se-á o disposto no artigo 682.

[...]

Artigo 682 – O sentenciado a que sobrevier doença mental, verificada por perícia médica, será internado em manicômio judiciário, ou, à falta, em outro estabelecimento adequado, onde lhe seja assegurada a custódia.

Importante destacar a diferença entre SDM e o Incidente de Insanidade Mental.

O primeiro, realiza uma avaliação transversal, da saúde mental atual do indivíduo; o segundo, tem uma perspectiva retrospectiva, considerando a saúde mental no momento do crime.

A origem ou agudização dos sintomas psiquiátricos na SDM é multifatorial, podendo ser consequência do consumo de substâncias psicoativas;

de um quadro orgânico por causa de doenças físicas traumáticas, neoplásicas e inflamatórias; do próprio estresse do encarceramento; pela descontinuação de medicamentos psicotrópicos, que usava antes da reclusão, como os benzodiazepínicos; devido à ausência ou restrição de assistência psicológica e/ou psiquiátrica; por preocupações com vida extra muros; diante da idade, como fator associado com perdas cognitivas e desenvolvimento de *delirium* ou demência; entre outros muitos fatores que devem ser avaliados individualmente, em caso de dúvidas.

Os operadores do direito ficam mais seguros, quando recebem os esclarecimentos sobre saúde e doença mental dos profissionais da psiquiatria forense e da psicologia jurídica, sobre uma pessoa para a qual existem dúvidas, sobre presença de um transtorno mental e qual a repercussão deste adoecimento, após estar inserida no sistema prisional, podendo ter seu quadro agravado de maneira significativa.

Além disso, casos severos são totalmente incompatíveis com a possibilidade de defesa em um processo criminal ou de reeducação, para ressocializar no cumprimento da pena (TEIXEIRA; BARROS, 2015).

Desta forma, esta perda da sanidade mental do réu interfere em sua punibilidade.

De acordo com o artigo 183 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, a Lei de Execução Penal:

Art. 183 Quando, no curso da execução da pena privativa de liberdade, sobrevier doença mental ou perturbação da saúde mental, o juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou da autoridade administrativa, poderá determinar a substituição da pena por medida de segurança.

A medida de segurança previne situações de risco no ambiente do cárcere, desde o suicídio até o homicídio, para aqueles com transtornos mentais graves e aos outros que estão convivendo sem este adoecimento.

Estes podem não reunir as habilidades necessárias, para o manejo das situações adversas, que comumente se encontram nas relações dentro de

um presídio, cometendo mais violações disciplinares e estando mais vulneráveis à agressão física e sexual de forma ativa e passiva (HIGA; CORDEIRO, 2013).

Por exemplo, em um episódio psicótico é comum que os outros presos não compreendam o que está acontecendo como um sintoma de doença, podendo considerar como chacota ou mesmo simulação, algo que é muito rechaçado por alguns presos. Isto, somado ao fato de que uma pessoa quando psicótica, ou seja, agindo sem compreender a realidade, não tem reconhecimento, do que está ocorrendo, destituindo-se da noção sobre o que fala e de como se comporta, correndo o risco de ser agredido por terceiros.

A substituição da pena por medida de segurança possibilitará o adequado tratamento do transtorno mental, de maneira que o indivíduo não ofereça riscos a ele próprio, aos outros condenados ou ao patrimônio, para sua posterior reintegração a sociedade (GIACOMO, 2015).

Saúde mental no sistema prisional

Segundo a literatura nacional e internacional, os transtornos mentais possuem alta prevalência entre os presos, sendo estatisticamente superior ao que se encontra na população geral.

Uma revisão sistemática e meta análise encontrou a prevalência de 6,2% psicose; 16,0% depressão maior grave; 3,8% transtornos por uso de álcool e 5,1% no que tange às drogas em prisioneiros de 13 países de baixa e média renda (BARANYI et al., 2019).

A epidemiologia do Relatório Mundial sobre Drogas de 2019 revelou que 31% dos indivíduos no sistema prisional fizeram pelo menos um uso de qualquer droga durante o período de encarceramento, e 19% no último mês, sendo as drogas mais utilizadas a maconha, a heroína e a cocaína, respectivamente (UNODC, 2019).

Em pesquisa nacional, que foi realizada nos presídios paulistas, verificou-se que a prevalência de doenças mentais, nos 12 meses que antecederam o estudo, foi de 39,2% em mulheres e 22% em homens.

Os transtornos de ansiedade tiveram prevalência de 27,7% nas presas e de 13,6% nos presos; as patologias relacionadas ao humor, de 21% em homens e de 9,9% em mulheres; os transtornos associados ao uso de álcool ou a outras substâncias, de 1,6% nas detentas e de 1,3% nos detentos; os quadros severos representados por psicóticos e depressões graves, de 14,7% em mulheres e de 6,3% em homens (ANDREOLI et al., 2014).

A presença de transtorno mental grave e relacionado ao uso de substâncias, somado ao pouco apoio social e familiar, altos índices de impulsividade, agressividade e tentativas anteriores de suicídio são fatores de risco na população carcerária, indicando maior possibilidade de o sujeito atentar sobre a própria vida.

O método mais utilizado nesses casos é o enforcamento na própria cela, durante a madrugada (SCHNEIDER, 2006).

Esta é uma preocupação no sistema prisional, sendo o suicídio o modo mais comum de morte nas prisões, apresentando uma taxa aproximadamente oito a nove vezes maior, do que na população em geral (CHISWICK; DOOLEY, 1995).

Em casos de transtorno mental sem tratamento especializado e com ausência do devido monitoramento, o risco passa a ser ainda maior.

Relevante observar o aumento da gravidade nos casos, em que há comorbidade psiquiátrica, ou seja, a presença de duas doenças concomitantes em um indivíduo ou também, denominada patologia dual.

Segundo Cordeiro, Diehl e Mari (2019), quando a existência de comorbidade, reduz as chances de tratamento, diminuindo a resposta terapêutica aos medicamentos, e aumentando a chance de danos neuropsicológicos, bem como atenuando a probabilidade de recuperação ou reeducação para ressocializar.

Se destaca, ainda, a relação entre o transtorno relacionado ao uso de substâncias e transtornos mentais graves, pois mesmo que em pequenas doses e de modo casual, o consumo de drogas pode gerar as piores consequências, do que em indivíduos sem adoecimentos.

Importância da perícia psiquiátrica forense e psicológica jurídica

Conforme referido anteriormente, o exame de SDM pode ocorrer antes do julgamento ou após a condenação. Quando na instrução do processo, se entende que o réu apresentava sanidade mental no momento do ato criminoso, porém perde tal condição em tempo antecessor ao julgamento.

Neste caso, o Código de Processo Penal (CPP) coloca:

Art. 149. Quando houver dúvida sobre a integridade mental do acusado, o juiz ordenará, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, do defensor, do curador, do ascendente, descendente, irmão ou cônjuge do acusado, seja este submetido a exame médico-legal.

§ 1º – O exame poderá ser ordenado ainda na fase do inquérito, mediante representação da autoridade policial ao juiz competente.

§ 2º – O juiz nomeará curador ao acusado, quando determinar o exame, ficando suspenso o processo, se já iniciada a ação penal, salvo quanto às diligências que possam ser prejudicadas pelo adiamento.

Art. 150. Para o efeito do exame, o acusado, se estiver preso, será internado em manicômio judiciário, onde houver, ou, se estiver solto, e o requererem os peritos, em estabelecimento adequado que o juiz designar.

§ 1º – O exame não durará mais de quarenta e cinco dias, salvo se os peritos demonstrarem a necessidade de maior prazo.

§ 2º – Se não houver prejuízo para a marcha do processo, o juiz poderá autorizar sejam os autos entregues aos peritos, para facilitar o exame.

Quando o réu adoece no tempo entre o crime praticado e a condenação, a função do psiquiatra perito é identificar a psicopatologia e determinar a cronologia em relação ao ato infracional. Neste caso não há nexo de causalidade entre doença e crime, e propor o tipo adequado de tratamento (TEIXEIRA; BARROS, 2015).²

Complementarmente, o psicólogo jurídico poderá avaliar as funções cognitivas, afetivas, comportamentais, personalidade, ou seja, sintomas e síndromes psicopatológicas, entre outros aspectos emocionais e psicossociais relevantes ao caso.

Porém, na maioria dos casos de SDM, o adoecimento tem início, se agudiza ou agrava dentro do estabelecimento penitenciário, após a condenação.

Pela falta de profissionais com treinamento em saúde mental, é comum que não se identifique os sintomas do transtorno mental precocemente, apenas quando o quadro se torna mais grave (HIGA; CORDEIRO, 2013),⁴ dificultando o manejo terapêutico e expondo o condenado a riscos de agressões auto e heterodirigidas.

Por isso, a perícia para a constatação de SDM em pessoas encarceradas deve ser realizada sempre que se detectem alterações comportamentais indicativas de transtorno psiquiátrico, com garantia do direito ao tratamento multiprofissional adequado, de acordo a literatura especializada e atualizada.

Caso o diagnóstico seja positivo para SDM, será função do perito indicar o local e tipo de tratamento adequado. O objetivo será prevenir o agravamento do quadro, riscos da exposição do doente ao ambiente carcerário, a recuperação e ressocialização do indivíduo.

Segundo Telles, Cardoso e Blank (2016), a perícia em SDM é transversal, ou seja, visa identificar o possível transtorno mental no momento do exame.

Os procedimentos da avaliação feita pelo psiquiatra forense e pelo psicólogo jurídico são (ABDALLA-FILHO; RIBEIRO; CABRAL, 2018, TELLES; CARDOSO; BLANK, 2016):¹¹

- Realizar a leitura dos autos;
- Reconhecer os quesitos a serem respondidos e fazer os esclarecimentos;
- Aplicar a análise pormenorizada da história de vida e de saúde do periciando e da coerência bibliográfica;

- Obter a história do sujeito através de fontes colaterais, como parentes, amigos, vizinhos, testemunhas, funcionários do presídio que acompanhavam o indivíduo e observaram sua alteração comportamental, entre outros;
- Verificar os documentos adicionais, como prontuários, relatórios, exames neuropsicológicos, de neuroimagem e demais existentes;
- Histórico de saúde mental, documentos produzidos por equipe que acompanhava em Unidade Básica de Saúde, Centro de Atenção Psicossocial, enfermarias psiquiátricas, pela equipe de saúde do próprio sistema penitenciário e similares;
- Avaliar os prejuízos nas diversas esferas da vida em decorrência do transtorno mental;
- Considerar as comorbidades psiquiátricas, podendo ou não ser um desencadeador do outro;
- Aferir os prejuízos das funções cognitivas, como memória, atenção, controle inibitório, capacidade de planejamento, juízo crítico e demais;
- Examinar características e da personalidade;
- Aplicar instrumentos de mensuração objetivos e padronizados;
- Obter diagnóstico com base em manuais como a 5ª Edição do Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (DSM-5) e Classificação Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde (CID-10) e em breve aplicação da décima primeira versão;
- Realizar avaliação psicodiagnóstica, ao encargo exclusivo dos psicólogos;
- Atentar para a possibilidade de simulações por parte do avaliado.

Também é relevante destacar os desafios na perícia de SDM.

As avaliações do psiquiatra forense e do psicólogo jurídico é essencialmente clínica, baseada na história do sujeito, não existindo exames

complementares que possam comprovar psicopatologia de forma inequívoca. Por este motivo, é possível que o periciando tente induzir o perito ao diagnóstico que lhe seja conveniente (ABDALLA-FILHO, RIBEIRO, CABRAL, 2018).¹²

Além disso, o próprio contexto forense não oferece condições, que favoreçam uma maior abertura do avaliando, pela não obrigatoriedade do sigilo por parte dos peritos; devido ao setting de avaliação associados à realidade policial ou judicial; diante da relação pontual com o avaliador; frente a intenção do perito que é informar, diferentemente do profissional da área clínica, que visa realizar o tratamento indicado, entre outras questões pertinentes à especificidade, desse tipo de avaliação.

A medida de segurança

O resultado do exame pericial de SDM é de fundamental importância, uma vez que poderá condicionar a decisão do juízo quanto a substituição da pena por medida de segurança.

Conforme a Lei de Execuções Penais:

Art. 183. Quando, no curso da execução da pena privativa de liberdade, sobrevier doença mental ou perturbação da saúde mental, o Juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, da Defensoria Pública ou da autoridade administrativa, poderá determinar a substituição da pena por medida de segurança.³

Como visto, estes artigos estão de acordo com o disposto no Código de Processo Penal, artigos 154 citado na introdução deste capítulo, e pelo artigo 682:

Art. 682 – O sentenciado a que sobrevier doença mental, verificada por perícia médica, será internado em manicômio judiciário, ou, à falta, em outro estabelecimento adequado, onde lhe seja assegurada a custódia.

§ 1º – Em caso de urgência, o diretor do estabelecimento penal poderá determinar a remoção do sentenciado, comunicando imediatamente a providência ao juiz, que, em face da perícia médica, ratificará ou revogará a medida.

§ 2º – Se a internação se prolongar até o término do prazo restante da pena e não houver sido imposta medida de segurança detentiva, o indivíduo terá o destino aconselhado pela sua enfermidade, feita a devida comunicação ao juiz de incapazes.

Segundo Barros (2019),² o entendimento do parágrafo segundo é fundamental, uma vez que se o prazo de cumprimento da sentença findar e a pessoa estiver internada ou em regime ambulatorial, a condição de seu transtorno mental é que definirá se seguirá no tratamento determinado ou não.

Este ponto pode gerar debates, pois transtornos mentais são, de maneira geral, crônicos, e, em sendo assim, a SDM persistente, de modo que, conforme decretado no Código Penal, o tratamento tem prazo indeterminado, até que cesse a periculosidade:

Art. 97 – Se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação (art. 26). Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

Prazo

§ 1º – A internação, ou tratamento ambulatorial, será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade. O prazo mínimo deverá ser de 1 (um) a 3 (três) anos (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984).

Tendo esta discussão em consideração, o Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que o prazo da medida de segurança será o mesmo da pena privativa de liberdade:

Consolidou-se nesta Superior Corte de Justiça entendimento no sentido de que a medida de segurança prevista no art. 183 da Lei de Execução Penal é aplicada quando, no curso da execução da pena privativa de liberdade, sobrevier doença mental ou perturbação da saúde mental, ocasião em que a sanção é substituída pela medida de segurança, que deve perdurar pelo período de cumprimento da reprimenda imposta na sentença penal condenatória, sob pena de ofensa à coisa julgada (STJ, 5ª Turma, rel. Min. Maria Thereza, unânime, j. 12/5/2020).

Desta forma, apesar de não ser considerada com uma pena, previne-se que, na medida de segurança, o indivíduo seja perpetuamente privado de sua liberdade, ou que seja punido pela eventual probabilidade de voltar a cometer delitos, e não pelas condutas que praticou (VELLOSO et al. 2013).

Entretanto, caso o quadro de saúde mental continue grave e/ou persista a periculosidade do sujeito, o Ministério Público pode solicitar sua interdição e tratamento em unidade psiquiátrica comum, evocando o Código Civil.

Merece a reflexão a decisão de justificar a interdição na periculosidade, o que está relacionado à medida de segurança. A necessidade de encaminhamento do paciente no contexto civil deveria ser por pertinência clínica, com finalidade terapêutica e não penal (HIGA; CORDEIRO, 2013).⁴

Vale recordar que a SDM poderá ser transitória. Assim, o indivíduo receberia o tratamento necessário e ao ser constatada sua remissão, regressaria à instituição penitenciária, para a cumprir sua sentença. O tempo do tratamento é contabilizado de acordo com o cumprimento de pena.

Atenção à saúde mental no sistema prisional

O tratamento dos casos de SDM estão previstos no Código de Processo Penal, artigo 682, citado anteriormente e pelo Código Penal:

Art. 41. O condenado a quem sobrevém doença mental deve ser recolhido a hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, a outro estabelecimento adequado.

Art. 42 – Computam-se, na pena privativa de liberdade e na medida de segurança, o tempo de prisão provisória, no Brasil ou no estrangeiro, o de prisão administrativa e o de internação em qualquer dos estabelecimentos referidos no artigo anterior.

O cuidado em saúde mental condizente às necessidades do indivíduo com transtorno psiquiátrico é assegurado por Lei, tanto pela Constituição Brasileira em seu artigo 196º, como pela Lei nº 10.2016, que trata de garantir saúde às pessoas com doenças mentais, orientando sobre a qualidade e modalidades de tratamentos.

Assim, segundo a Constituição Brasileira:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

De acordo com a Lei nº 10.2016:

Art. 2º Parágrafo único. São direitos da pessoa portadora de transtorno mental:

I – ter acesso ao melhor tratamento do sistema de saúde, consentâneo às suas necessidades;

II – ser tratada com humanidade e respeito e no interesse exclusivo de beneficiar sua saúde, visando alcançar sua recuperação pela inserção na família, no trabalho e na comunidade;

III – ser protegida contra qualquer forma de abuso e exploração;

IV – ter garantia de sigilo nas informações prestadas;

V – ter direito à presença médica, em qualquer tempo, para esclarecer a necessidade ou não de sua hospitalização involuntária;

VI – ter livre acesso aos meios de comunicação disponíveis;

VII – receber o maior número de informações a respeito de sua doença e de seu tratamento;

VIII – ser tratada em ambiente terapêutico pelos meios menos invasivos possíveis;

IX – ser tratada, preferencialmente, em serviços comunitários de saúde mental

Art. 4º A internação, em qualquer de suas modalidades, só será indicada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes.

§ 1º O tratamento visará, como finalidade permanente, a reinserção social do paciente em seu meio.

[...]

Art. 9º A internação compulsória é determinada, de acordo com a legislação vigente, pelo juiz competente, que levará em conta as condições de segurança do estabelecimento, quanto à salvaguarda do paciente, dos demais internados e funcionários.¹⁴

Portanto, apesar das unidades de saúde prisionais poderem dispor de atendimento de médico clínico geral, enfermagem, técnico de enfermagem, psicologia, serviço social e atendimento médico psiquiátrico na rede externa de saúde, pode ser necessária a internação em hospital de custódia, enfermarias psiquiátricas ou clínicas para o tratamento do transtorno mental, dependendo de sua gravidade, características e necessidade de ambiente continente e cuidados intensivos 24 horas.

A internação pode ser mais segura em termos de preservação da saúde, integridade física e psíquica e para melhor prognóstico, como para a evolução da doença.

Se ressalta que a estadia em presídio, nos quadros em que há ideação suicida, aumenta as chances de comportamentos de autoextermínio. Em

ambiente clínico, as rotinas já incluem avaliação contínua, para o risco de suicídio, enquanto no cárcere habitualmente isto não está previsto como prioridade, sem demérito, por outras inúmeras e sabidas necessidades.

Em casos mais complexos, nos quais mesmo após a crise, o atendimento na unidade prisional se mostre insuficiente, o tratamento após a internação pode seguir de forma mais terapêutica e protetiva, por exemplo, em ambiente de hospital dia e ambulatorial, com indivíduo morando em sua residência, caso tenha rede de apoio continente, possibilidade de restabelecimento e consolidação de vínculos com familiares saudáveis, de boa fé e bem instruídos.

Considerações finais

De acordo com estatísticas apresentadas, o exame de SDM se aplica muito no contexto brasileiro, pela alta porcentagem de pessoas com transtornos mentais que tiveram repercussões judiciais.

O não reconhecimento desses quadros poderá contribuir para a pior evolução e cronificação da psicopatologia, com consequências negativas que dificultam o processo de ressocialização do reeducando.

Portanto, é fundamental que réus ou indivíduos, em cumprimento de sentença, sejam avaliados diante da suspeita de transtorno mental, para que a justiça seja feita de modo mais adequado e existam possibilidades reais de cuidado, tratamento e reinserção social, como direito, garantido constitucionalmente.

A dificuldade em identificar as psicopatologias destes indivíduos o mais precocemente possível precisa ser superada. Desse modo, entende-se que o sistema penitenciário carece de profissionais treinados, para a detecção e o manejo adequado de detentos com transtorno mental, principalmente relacionados ao uso de substâncias e o risco de suicídio.

É importante notar ainda que, apesar do sistema penitenciário brasileiro oferecer serviços de saúde dentro do presídio, esta não é a realidade em todos os locais, assim como pode não ser suficiente, para os diferentes

casos de SDM, que requeiram estrutura clínica especializada, como de hospital de custódia ou outros serviços da rede de atenção psicossocial em saúde mental.

Recorda-se que, de acordo com a Lei nº 10.216, o tratamento deve se dar de acordo com as necessidades do indivíduo doente, avaliando-se a possibilidade de afastar-se do presídio, com a finalidade única e exclusiva de receber o tratamento ambulatorial ou realizá-lo desde a sua residência se possível e/ou necessário.³

Notas

- ¹ LOBO, H. **O que é exame de superveniência de doença mental?** Jusbrasil, 2015. Disponível em: <https://lobo.jusbrasil.com.br/artigos/232639900/o-que-e-exame-de-superveniencia-de-doenca-mental>.
- ² BARROS, D. M.; TEIXEIRA, E. H. **Manual de perícias psiquiátricas**. Porto Alegre: Artmed, 2015.
- ³ BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal [Internet]. Brasília: Casa Civil; 1940 [capturado em 05 jun. 2014]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm.
- ⁴ HIGA, K. K. L., CORDEIRO, Q. **Superveniência de doença mental e medida de segurança**. In: Medida de segurança – uma questão de saúde e ética. / Organização de Quirino Cordeiro e Mauro Gomes Aranha de Lima. São Paulo: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, 2013.
- ⁵ GIACOMO, G.D. **Superveniência de doença mental e as penas privativas de liberdade**. Jusbrasil, 2015. Disponível em: <https://gioduarte.jusbrasil.com.br/artigos/254216428/superveniencia-de-doenca-mental-e-as-penas-privativas-de-liberdade>.
- ⁶ BARANYI G, SCHOLL C, FAZEL S, PATEL V, PRIEBE S, MUNDT AP. **Severe mental illness and substance use disorders in prisoners in low-income and middle-income countries: a systematic review and meta-analysis of prevalence studies**. *Lancet Glob Health*. 2019 Apr;7(4):e461-e471. doi: 10.1016/S2214-109X(18)30539-4. PMID: 30879509; PMCID: PMC6419715.
- ⁷ UNODC. **World Drug Report 2019**. Disponível em: <https://wdr.unodc.org/wdr2019/en/index.html>
- ⁸ ANDREOLI S.B.; DOS SANTOS M.M, QUINTANA MI, RIBEIRO WS, BLAY SL, TABORDA J. G.V. et al. Prevalence of mental disorders among prisoners in the State of Sao Paulo, Brazil. *PLoS One*. 2014;9(2):e88836.
- ⁹ SCHNEIDER AMN. **Ato suicida: a relação com o perfil biopsicossocial legal do preso nas instituições prisionais do Rio Grande do Sul** [dissertação]. Porto Alegre: PUCRS; 2006.

- ¹⁰ CHISWICK D.; DOOLEY E. Psychiatry in prisons. *In*: CHISWICK, D.; COPE, R. editors. **Practical forensic psychiatry**. London: Gaskell, 1995.
- ¹¹ TELLES, L. E. B.; CARDOSO, R. G, BLANK, P. Exame de Superveniência de Doença Mental. *In*: ABDALLA-FILHO, E.; CHALUB, M.; TELLES, L. E. B. **Psiquiatria forense de Taborda**. 3. ed. Porto Alegre: Artmed, 2016.
- ¹² ABDALLA-FILHO, E.; CABRAL, A.; RIBEIRO, H. L. Psiquiatria forense aplicada à dependência química. *In*: DIEHL, A.; CRUZ, C.; LARANJEIRA, R. **Dependência Química Prevenção, tratamento e políticas públicas**. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 2018.

12

Execução penal e marginalização da pobreza

Herbert Gavazza Marques¹

1. Advogado graduado e pós-graduado pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professor universitário e produtor de conteúdo.

Introdução

O vigor introduzido pela Constituição da República Federativa do Brasil (abrev.: CR) trouxe consigo imperativo de renovação da ordem jurídica, a partir de 05 de outubro de 1988, final do século passado, mormente através da exegese dos Direitos Fundamentais e Dignidade Humana que irradiaram luz mais civilizatória aos institutos jurídicos balizadores da conduta Administrativa do Estado Brasileiro – por seu Judiciário que sempre há de recordar – exerce sua emanada destinação de soberania, em nome e bem estar da nação.

Tudo quanto é feito na ordem constitucional se efetiva no mundo prático dos cidadãos por meio das normas infraconstitucionais, verdadeiros ditames de um processo constitucional inevitavelmente com natureza permeada pelas teorias dos direitos fundamentais, norteadoras de legisladores e intérpretes. Portanto, tudo enquanto jurisdição constitucional, via de regra inspira o ambiente jurisdicional ordinário.

Para a dimensão constitucional adquirir a sua realização concreta no mundo, pressupõe esforço interpretativo que exige apreciação teórica subsidiária, sendo certo que necessita, como requisito de aplicabilidade, a interpretação.²

No ano de 1983 o Ministro da Justiça Ibrahim Abi Ackel obteve êxito em aprovar o projeto que, posteriormente, foi convertido na Lei nº 7.210/1984, denominada Lei de Execução Penal, que consta do art. 1º que:

A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado, deixa expresso que o pressuposto da execução é a existência de título executivo judicial e preconiza, ainda que de forma não unânime da natureza jurídica tem caráter de processo judicial contraditório, obedecendo a critério jurídico

2. GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 4. ed., p. 29-31. Rev. e ampl. São Paulo: RCS, 2005.

administrativo, obrigada que está a jurisdição do juiz das execuções, mas fica a cargo do comando do diretor do sistema prisional.

A Resolução nº 113/2010, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), assim norteia o procedimento executório:

A sentença penal condenatória será executada nos termos da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, da Lei de Organização Judiciária local e da presente Resolução, devendo compor o processo de execução, além da guia, no que couber, as seguintes peças e informações: I – qualificação completa do executado; II – interrogatório do executado na polícia e em juízo; III – cópia da denúncia; IV – cópia da sentença, votos, acórdãos e respectivos termos de publicação, inclusive contendo, se for o caso, a menção expressa ao deferimento da detração que importe determinação de regime de cumprimento de pena mais benéfico do que seria não fosse a detração, pelo próprio juízo do processo de conhecimento, nos termos do art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal, acrescentado pela Lei nº 12.736/12, com redação dada pela Resolução nº 180, de 03 de outubro de 2013; V – informação sobre os endereços em que possa ser localizado, antecedentes criminais e grau de instrução; VI – instrumento de mandato, substabelecimento, despachos de nomeação de defensores dativos ou de intimação da Defensoria Pública; VII – certidões de trânsito em julgado da condenação para a acusação e para a defesa; VIII – cópia do mandado de prisão temporária ou preventiva, com a respectiva certidão da data de cumprimento, bem como com a cópia de eventual alvará de soltura, também com a certidão da data de cumprimento da ordem de soltura, para cômputo da detração, caso, nesta última hipótese, esta já não tenha sido apreciada pelo juízo do processo de conhecimento para determinação do regime de cumprimento de pena, nos termos do art. 387, §2º, do Código de Processo Penal, acrescentado pela Lei nº 12.736/12, com redação dada pela Resolução nº 180, de 03 de outubro de 2013; IX – nome e endereço do curador, se houver; X –

informações a respeito do estabelecimento prisional em que o condenado encontra-se recolhido e para o qual deve ser removido, na hipótese de deferimento de detração que importe determinação do regime de cumprimento de pena mais benéfico do que haveria não fosse a detração, pelo próprio juízo do processo de conhecimento, para determinação do regime de cumprimento de pena, nos termos do art. 387, §2º, do Código de Processo Penal, acrescentado pela Lei nº 12.736/12, com redação dada pela Resolução nº 180, de 03 de outubro de 2013; XI – cópias da decisão de pronúncia e da certidão de preclusão em se tratando de condenação em crime doloso contra a vida; XII – certidão carcerária; XIII – cópias de outras peças do processo reputadas indispensáveis à adequada execução da pena. Parágrafo único. A decisão do tribunal que modificar o julgamento deverá ser comunicada imediatamente ao juízo da execução penal (incluído pela Resolução nº 237 de 23.08.2016), extraído do site do CNJ.³

Diante da incorporação do conjunto de medidas acima colacionadas (CNJ), se ainda há um explosivo crescimento de nossa população carcerária é porque a prisão não resolve o problema da criminalidade endêmica em nossa sociedade.

Estratégias puramente reativas da polícia, aliadas aos métodos obsoletos de investigação criminal perderam o controle sobre a criminalidade.

A Lei de Execução Penal e legislações pertinentes devem permanecer em constante evolução, no intuito de servir de baliza à administração dos procedimentos que norteiam a Execução Penal.

A parte as críticas que recebe, a LEP possui mecanismos que, se utilizados com interesse, podem evitar demandas de erros imperdoáveis

3. Art. 1º da LEP: A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e internado.

praticados pela administração, a exemplo dos moldes não digitais havidos no século passado. As modificações aclamadas não justificam o desemprego da legislação em vigor.

Nestas condições caóticas da segurança pública, bem como o estado letárgico na aceitação e convívio da sociedade frente aos desvalores humanos, José Vicente da Silva Filho detecta que a violência no Brasil atingiu índices inaceitáveis e a grande dificuldade em se pôr um fim a esse mal é a multiplicidade e grandeza de suas causas existindo um ciclo vicioso com a precária condição econômica do país; a desigualdade social; o crescente aumento da criminalidade; a violência sistêmica, e; polícia ineficiente sob o ponto de vista do mau aparelhamento técnico, científico e remuneratório.

Indica o supracitado autor que, para atacar tais problemas, é necessária uma ação participativa da sociedade e, também, o empenho dos órgãos administrativos.⁴

A execução da pena, subsequente ao processo de conhecimento, dele extraia a sentença condenatória com trânsito em julgado findando o procedimento de pretensão punitiva, já quando há certeza jurídica de que decorreu o prazo sem que houvesse interesse em recurso, ou quando recorrida a sentença de primeiro grau, na esfera recursal o acórdão nega provimento, no todo ou em parte, à decisão combatida.

Daí firma-se o conteúdo definitivo da condenação imposta, na qual consta qual tipo de condenação foi imposta, se privativa de liberdade, restritiva de direitos e ou de multa.

Neste momento a sentença se torna Título Executivo Judicial, ou seja, inicia o procedimento de execução da pena propriamente dito, e a Pretensão Executória do Estado.

4. Modificado do original de José Vicente da Silva Filho (<http://www.aprasc.com.br/policia/aco.es.asp>).

Individualização

Do quanto consta, já definidas as condições pessoais definidoras que reconhecem no sentenciado sua capacidade para suportar juridicamente o mandamento da sentença imposta, reclama a execução da pena, com caráter de retribuição e prevenção em face à prática do fato punível, inobstante outrossim, possuir à evidência, a significância de castigo.⁵

Destarte o sistema prisional parte para a execução da pena, molde inicial das características individuais do cumprimento, luta inglória de fiscalização e proteção jurisdicional dos direitos fundamentais do indivíduo preso, como de tais formas:

- A Individualização Legislativa da pena *in abstracto*, aquela estipulada pelas leis às práticas de delitos possíveis (segundo critérios do princípio da anterioridade da lei), ocorre quando os titulares do poder legiferante do Estado, atuando para a criação de nova lei de caráter genérico e abstrato (novo tipo penal), avaliando se referida lei deve imputar pena de detenção ou de reclusão, e qual o correspondente lapso temporal entre os limites mínimo e máximo, o juiz deve valer-se para mensurar dada sentença;
- Na Individualização Judicial da Pena, quando os autos do processo estão conclusos para sentença, o magistrado fixa a pena *in concreto*, na medida da culpabilidade do agente (mínimo e o máximo). Transformando em concreto a abstração legislativa, mensura o regime de cumprimento inicial da pena, e eventuais benefícios (penas alternativas; suspensão condicional etc.), e a terceira;
- Individualização Executória da Pena, quando deverá iniciar o cumprimento variável da pena, dependente de fatores próprios especificamente ligados ao comportamento carcerário do condenado, que pode cumprir seu tempo integral ou variável, em obediência às

5. NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 5. ed., p. 1002-1003, Ver., Atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

possibilidades disponibilizadas pela progressão do regime prisional através dos benefícios da Execução Penal.

Administração jurisdicional do sistema de execução

A natureza jurisdicional da execução decorre em toda medida dos princípios norteadores do processo penal, mormente da concretização de sua positividade quando é instado a exercer seu monopólio da violência legitimado, atributo soberano do poder punitivo do Estado. Disto arrazoa Ada Pellegrini Grinover, para quem:

[...] a execução penal é atividade complexa, que se desenvolve, entrosadamente, nos planos jurisdicional e administrativo. Nem se desconhece que dessa atividade participam dois Poderes estatais: o judiciário e o executivo, por intermédio, respectivamente, dos órgãos jurisdicionais e dos estabelecimentos penais.⁶

Nesta esteira destaca-se a impossibilidade de ausência do órgão jurisdicional na execução da pena.⁷

De tal modo se justifica, pelo fato de que a atribuição normativa de dizer o direito ao caso concreto, bem como a efetivação da pretensão executória decorrente da punitiva ser de competência exclusiva do Poder Judiciário, mesmo que imprescindível toda a estrutura administrativa federal, a quem cabe privativamente a competência de legislar em matéria de execução penal, direito penal e processual penal, para a sua concretização.

Guilherme de Souza Nucci, ainda informa sobre as particularidades da

[...] impossibilidade de dissociação do Direito de Execução Penal, do Direito Penal e do Direito Processual Penal, pois o primeiro regula vários institutos

6. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Natureza jurídica da execução*, p. 7.

7. BENETI, Sidnei Agostinho. *Execução penal*. São Paulo: Saraiva, p. 6-7, 1996.

de individualização da pena, úteis e utilizados pela execução penal, enquanto o segundo estabelece os princípios e as formas fundamentais de regular o procedimento da execução, impondo garantias processuais penais típicas, como o contraditório, a ampla defesa, o duplo grau de jurisdição, entre outras.⁸

Sob a doutrina de Mirabete e Fabbrini, em se tratando de execução há de se considerar a natureza jurídica: 1. Jurisdicionalidade da execução penal e; 2. Administrativa dotada de jurisdicionalidade episódica.

No entanto, para eficácia da lei de execução penal, as duas correntes forçosamente devem ser consideradas.

Pena – Execução – Atividade administrativa que adquiriu status de garantia constitucional após o advento da Carta Magna de 1988 – Existência de obrigações e deveres constitucionais – Entendimento. [...] Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a execução da pena, além de se constituir uma atividade administrativa, adquiriu status de garantia constitucional, como se depreende do art. 5º, XXXIX, XLVI, XLVII, XLVIII e XLIX, tornando o sentenciado sujeito de relação processual, detentor de obrigações, deveres e ônus, e também, titular de direitos, faculdades e poderes (RJDTACRIM 32/422).

Os cuidados do procedimento

No processo de execução, a prática do procedimento deve ter o total alcance de visão da estrutura do Estado, que constitui as funções: a) administrativa; b) legislativa, com intrínseca sintonia com a função jurisdicional do c) Poder Judiciário, que deve ser voltada para os d) internados, presos provisórios e presidiários, com especial atenção aos reflexos no

8. NUCCI, Guilherme de Souza. *Opus citatum*, p. 1004.

tecido social produzidos, a serem tratados nos primordiais aspectos: social, político e jurídico.

Decorre daí o reconhecimento da função de resguardo dos princípios da Dignidade da Pessoa Humano, insertos no arcabouço legal interno e internacional, que fundamentam a promoção da plena realização dos valores humanos que a sociedade anseia para se sentir verdadeiramente livre.

A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e internado (LEP).

É a realização do bem comum, significativo de igualdade social, com a plena realização dos ideais democráticos e valores da vida, como resultado da pacificação social por meio da desejável e reconhecida dignidade humana, como objetivo primeiro da Justiça criminal.

A jurisprudência reconhece na execução penal a atividade administrativa, posto que esta adquiriu natureza jurisdicional pela dimensão de garantia constitucional, constituindo necessária força fiscalizadora.

Inserido neste contexto, a pena não deve ser aplicada de forma a violar princípios fundamentais preservadores da incolumidade física, moral, espiritual e intelectual, assim reconhecendo igualdade no percebimento de *pecúlio público* previsto na legislação vigente.

O trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva (LEP).

Tanto assim que preconiza a necessidade de garantia da recuperação social do trabalhador preso, disciplinando o trabalho do presidiário, com foco na assistência social, na instrução, na educação, na alimentação, nas peculiaridades da higiene de gênero, como itens essenciais da reestruturação psíquica, intelectual e moral da população prisional, lhes garantindo tempo de vida carcerária saudável, em busca de inofismável reabilitação, que o devolva a sociedade como renovado cidadão.

A pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado, e; às presidiárias serão asseguradas as condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação (LEP).

Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença (LEP).

Neste sentido, a lei de execução busca impedir o excesso ou o desvio no cumprimento da pena que possam comprometer a dignidade humana dentro do sistema prisional, tornando expressa a extensão dos direitos e princípios constitucionais aos internos.⁹

Auxílio-reclusão

Tema há muito discutido no ordenamento jurídico pátrio, mas ainda controverso, a legislação previdenciária no que tange o Auxílio-reclusão merece destaque com o objetivo de esclarecimento dos impactos sociais dos benefícios previdenciários devidos aos familiares dependentes dos presos apenados enquanto perdurar os efeitos da prisão em regime fechado.

O objetivo fundamental do direito à previdência é, pois, o digno aproveitamento educativo do trabalho como meio de prover o sustento do apenado e de seus familiares, através de suas capacidades laborativas próprias e a ser adquiridas dentro do sistema prisional, bem como as demais formas terapêuticas de reeducação na forma de pecúlio ou demais benefícios oferecidos, ou ainda, para aprimoramento pessoal, indenização e reparação de danos pessoais e materiais às vítimas etc., como exemplos de atividades a serem disponibilizadas, dada a real necessidade de se devolver livre um cidadão recuperado de erros pretéritos.

Tanto quanto há tempos enunciado e, ainda, a se realizar com efetividade, a garantia constitucional de exercício dos direitos aos benefícios

9. Mirabete; Fabbrini, 2018, p. 24.

da previdência social, é realidade posta, tendo como pressuposto de sua natureza a necessidade prévia e obrigatória de contribuição pecuniária a justificar os presentes e futuros acessos aos benefícios, porém apresentando dificuldades aos internos e presos que laboram no cárcere de ter viabilidade para sua efetivação dentro e fora das dependências prisionais. Uma das formas para se ter o acesso a alguns benefícios como a aposentadoria, a de ser efetivado o recolhimento como contribuinte individual.

Assim, o fruto do labor a ser usufruído através do tempo remido, apenas se acessa o pagamento depois de liberto, questionando-se o porquê não se poderia contribuir sob periodicidade mensal para se ter o benefício da previdência.

O Instituto nacional do Seguro Social (INSS) tem por objetivo assegurar aos detentos ou reclusos a manutenção e sobrevivência de suas famílias, quando em regime fechado. O valor é devido enquanto estiver em cumprimento de prisão para que seus dependentes de baixa renda não fiquem desprovidos de recursos de subsistência, proporcionando aos recebedores qualidade de vida digna através de renda mensal, como sustentáculo às bases alimentar, educacional e de saúde, durante o referido período de cumprimento de pena, a constar na certidão judicial, documento comprobatório do intervalo de tempo de permanência na condição de internado ou preso.

Porém, nem todos os encarcerados recebem o Auxílio-reclusão, porquanto muitos não preenchem os requisitos necessários à sua concessão. É certo que por incorreções sistemáticas de informação de algumas mídias, a população repudia a concessão do auxílio por desinformação, não dando crédito que somente reduzida parcela do número de presos faz jus por falta dos prévios requisitos. Prevalece o interesse da coletividade, pois deve imperar a proteção social e a dignidade da pessoa humana diante do interesse particular.¹⁰

10. A principal característica da seguridade social é de concretizar a garantia universal da prestação de serviços e benefícios de caráter social pelo Estado, prestação essa que deverá ser ampla e composta por políticas que agem diante das situações de carência e dos riscos sociais. A seguridade social age de forma inclusiva, por isso todos os cidadãos deverão ser tutelados pela proteção social, com base em critérios que não seja somente o da contribuição indi-

A Constituição prevê em seu art. 5º, XLIX, e pelo art. 38 do Código Penal, que ao sentenciado se deve conservar todos os direitos não alcançados pela sentença condenatória. No mesmo diapasão, dispõe o art. 41 da LEP, que são direitos dos presos entre outros: a atribuição de trabalho e a sua remuneração, previdência social, constituição de pecúlio, proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas etc., compatíveis com a execução da pena e recebimento de atestado da pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária.

A previdência social deve ser entendida como fundamento de direito da seguridade social, garantindo a dos os indivíduos, acrescidas a assistência social e a saúde, pelo postulado no art. 6º da Constituição Federal. A seguridade social é o “conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, com o destino de assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social, sendo esta financiada por toda a sociedade de modo direto ou indireto mediante recursos dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das contribuições sociais, assim sendo gerida a renda necessária a custear a seguridade social.

O acesso dos trabalhadores aos benefícios previdenciários ocorre através do pagamento de um tipo de seguro contra impeditivos a promoção de necessidades pessoais básicas do indivíduo ou familiares, por intermédio de ações conjuntas das iniciativas estatais e da sociedade, que na ocorrência de sinistro deverá ser acionado, a fim de se obter a devida cobertura.

No entendimento conceitual de Castro e Lazzari, os segurados do regime Geral da Previdência Social são classificados em obrigatórios e facultativos. Obrigatórios são os segurados de quem a lei exige a participação no custeio, bem como lhes concede, em contrapartida, benefícios e serviços, quando presentes os requisitos para a concessão. Facultativos são aqueles que, não tendo regime previdenciário próprio (art. 201, §5º, da CF, com redação da

vidual, como ocorre com aqueles que são segurados obrigatórios (MACHADO, Laura. *O trabalho do apenado e a (des) marginalização do direito laboral*. [Dissertação] Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre; 2015).

EC n. 20/98), nem se enquadrando na condição de segurados obrigatórios do regime geral, resolvem verter para fazer jus a benefícios e serviços.¹¹

O Auxílio-reclusão possui como base formal, proclamados solenemente como direitos naturais, em princípios constitucionais pertinentes a igualdade e justiça social. De notar-se que os Direitos humanos são inerentes à pessoa humana, e não estavam para serem criados, nem mesmo necessitar de recebimento de valor jurídico por uma assembleia.

Pura ingenuidade. A sociedade, para preservar estes direitos, necessita de garantias constitucionais também por princípios lógicos protegidos por um conjunto de textos bastante diversos que definem as “liberdades públicas” dos cidadãos nos Estados livres.¹²

A Dignidade da Pessoa Humana está reconhecida na constituição (Art. 1º, inciso III da CF/1988), porquanto visa assegurar a constante busca e manutenção de uma sociedade igualitária e justa, onde aos seus integrantes sejam assegurados o desenvolvimento pleno de suas liberdades, tendo o estado como seu garantidor, através de ações positivas de assistência às pessoas e o respectivo cumprimento de condições mínimas de igualdade de condições de vida e desenvolvimento intelectual e material, portanto o reconhecimento dos direitos de assistência integral aos integrantes da população carcerária e respectivas famílias. Assim, Flávia Piovesan entende que, no princípio da dignidade da pessoa humana, a dignidade da pessoa é um dos mais relevantes princípios estabelecidos na constituição junto aos direitos e garantias fundamentais, de valor ético e de justiça.¹³

Por seu turno, o art. 226 (CF) reconhece o Princípio de Proteção a Família como base da sociedade, independente da sua composição ou situação, justificando e concedendo o benefício do Auxílio-reclusão, como

11. LAZZARI, João; CASTRO, Carlos. *Direito previdenciário*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020.

12. MORANGE, Jean. *Direitos humanos e liberdades públicas*. p. XIX; tradução Eveline Bouteiller. Barueri, SP: Manole, 2004.

13. PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

forma de proteção constitucional contra formas de exclusão discriminatória aos presos e seus familiares.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (redação dada pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010).

No art. 3º, inciso I da CF foi reconhecido o Princípio da Solidariedade Social, nos seguintes termos: I – Construir uma sociedade livre, justa e solidária [...], no escopo de se envidar esforços sistemáticos em ações que fortaleçam a sociedade como um todo; já no inciso III da carta, está previsto o Princípio da Erradicação da Pobreza, enunciando que constituem objetivos fundamentais da República: erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

Em apertada síntese, constata-se em apenas algumas referências, a Legislação Brasileira possui inúmeros dispositivos legais para concretizar os direitos à Dignidade da Pessoa Humana dos presos condenados e provisórios, via de consequência, de seus familiares, restando cristalina a injustiça social negligenciada pelo poder estatal, que mantém a desigualdade entre cidadãos, em total desalinho com os ditames republicanos e democráticos da Constituição.

Histórico psicológico da violência atrelado ao estigma da pobreza

Aporofobia: você tem medo de que?¹⁴

14. JÚNIOR, Ari A. Oliveira. *Aporofobia: Você tem medo de que?* Ensaio não publicado. São Paulo, 2022.

Se o mundo nunca produziu tanta riqueza, por um lado; por outro nunca se concentrou tanta renda e riqueza nas mãos de tão poucos. O outro lado dessa equação, portanto, é uma massa com bilhões de pessoas alijadas dos processos centrais de produção e distribuição da riqueza e conseqüentemente com acesso cada vez menor às benesses e promessas do desenvolvimento técnico-industrial.

Os novos e principais protagonistas destes processos são as empresas/conglomerados de tecnologia que tomaram o lugar dos produtores tradicionais de bens e mercadorias e mesmo de governos como motores principais da nova economia e do desenvolvimento social.

A mediação tecnológica no controle metódico e sistêmico dos processos de produção, venda, distribuição e marketing introduziram a possibilidade de controle extremo das cadeias produtivas e comerciais nas mãos de poucos atores. Por outro lado, a extrema racionalidade e sistematização crescente fez com que vários processos produtivos fossem horizontalizados, de modo que funções, cargos e até mesmo várias profissões se tornassem obsoletas e desaparecessem.

Assim, se cargos, funções e posições de trabalho diminuem, as possibilidades de desenvolvimento pessoal e profissional certamente diminuem também. Impossível não pensar na correlação entre desenvolvimento econômico e concentração de renda. O mundo torna-se, portanto, cada vez mais desigual.

Vive-se, por exemplo, a extrema opulência das elites que constroem cidades no deserto e em meio ao oceano nos emirados árabes, ao mesmo tempo em que os trabalhadores que os constroem vivem situação análoga à escravidão em pleno século XXI.

O futuro como um lugar onde o progresso social e tecnológico faz surgir um mundo equânime e próspero, não passa de uma fantasia encobridora construída para que as massas possam suportar a dura realidade. Migrações em massa de vastos contingentes populacionais, refugiados econômicos e de guerras enfrentam as duras políticas migratórias dos países ricos.

Degradação social e ambiental extrema, formando ambientes insalubres em meio ao acesso precário à saúde.

Se as necessidades imediatas fazem com que as pessoas se acomodem ou apassivem seus ímpetos contra tais situações, por outro, pode-se pensar nas questões de ordem íntima que ajudam os sujeitos, tomados como coletividade, a suportar minimamente esta situação.

Marx foi particularmente feliz ao estudar o efeito e a função da ideologia nas massas. Se o maior feito do Diabo é o de encobrir sua existência, analogamente o maior feito da ideologia é o de fazer-se desaparecer através de discursos que naturalizam os fenômenos que de fato são de ordem histórica e política.

A naturalização faz certas coisas parecerem normais, razoáveis e, enfim, pertencem à ordem imaginária que ordinariamente chamamos de senso comum. São discursos que organizam a vida, fornecem valores e sentidos à vida das pessoas ordinárias, de modo que se reproduzem transgeracionalmente, sem críticas ou maiores problematizações. As categorias “homens de bem” ou “homens de família”, tão caras aos neoconservadores atualmente no poder, são exemplos claros do que se afirma até aqui.

Outro discurso travestido de verdade inabalável, bastante caro à parcela conservadora, elitista ou alienada da população é o da meritocracia. A mensagem desse discurso é muito clara, ou seja, a ascensão social está associada total ou principalmente aos seus próprios méritos. Trabalhe duro, seja o melhor, o mais rápido e o mais eficiente, que a prosperidade, principalmente a material, estará ao seu alcance. Entre os mais pobres o discurso da meritocracia é um mantra de fé, misto de autoengano e esperança, turbinado muitas vezes por certa teologia da prosperidade, já para os herdeiros de situações privilegiadas, funciona como justificativa para a própria posição, exaltando os feitos de pais e avós, ainda que seus próprios sejam menores, inexistentes ou questionáveis diante uma vez que o sucesso da geração precedente já lhe fornece, como dissemos, desde a saída, uma posição privilegiada. A falácia deste discurso encontra-se principalmente nesses dois vieses. Ainda que não se negue a correlação entre investimento

e resultado, ela está longe de ser necessária e suficiente apenas em seus próprios termos. Ou seja, não há garantias.

Estas são apenas duas variáveis num sistema que comporta uma infinidade delas, muitas delas inacessíveis a qualquer ingerência do sujeito, tais como política econômica, macro cenários locais ou globais, como pandemias, guerras, tragédias ambientais, intercorrências como adoecimentos, tragédias pessoais e etc.

O que a ideologia da meritocracia esquece convenientemente de mencionar são as diferenças de background. Em qualquer esporte se considera que a disputa é justa apenas e tão somente se os competidores são equivalentes. Peso, idade, preparação devem ser equiparadas para que a disputa tenha algum sentido.

De maneira análoga, acesso sistemático ao longo da vida a boa alimentação, educação e saúde, saneamento básico, transporte e outros, como apoio e validação social, mostram-se como barreiras às conquistas pessoais e sociais de grande parte da população. Entretanto, há entre aqueles menos privilegiados os que vencem todas as barreiras e conquistam posições sociais e profissionais de destaque mesmo partindo de posições pouco privilegiadas.

De maneira perversa, o discurso ideológico da meritocracia os considera como evidencia de sua efetividade. No campo da lógica e das estatísticas sociais, eles são as exceções que confirmam a regra. Estudo sócio etnográfico na cidade de Veneza mostrou que desde o século XIV até o XXI são as mesmas 40 famílias que controlam o destino socioeconômico desta cidade. Nas raízes do Brasil, Holanda localiza no estoicismo dos colonizadores portugueses a dificuldade ou mesmo impossibilidade do laço comunitário entre os brasileiros. Tese questionável, mas impossível de não ser lembrada no contexto, uma vez que o individualismo se mostra como traço essencial associado à ideologia meritocrata.

Aporofobia pode ser definida como uma posição que, para além do simples preconceito, aponta para o ódio e a rejeição aos pobres. Se na ética protestante, como discute Weber, o sucesso financeiro poderia ser entendido

como sinal da graça Divina, por extensão pode ser válido o raciocínio contrário, ou seja, a pobreza pode ser tomada como um sinal de desgraça na ideologia liberal dominante.

A nau dos excluídos já foi frequentada por diversas categorias de pessoas ao longo da história, numa lista que, se não é propriamente modificada, certamente é atualizada ao sabor da história do desenvolvimento sócio-econômico. A história humana mostra que cada era produz mais propriamente seu tipo de resto.

Assim, o louco, a mulher, a prostituta, o aleijado, o detento ou egresso do sistema prisional, o homossexual, o transexual, o escravizado, o imigrante, o etnicamente diferente, todos aqueles que por nascença, opinião ou circunstância mostram algum traço divergente na mitologia imaginária de uma determinada população são os candidatos à barca da exclusão e expostos ao ódio daqueles que sustentam o discurso majoritário, mesmo que não sejam de fato a maioria.

A pobreza, tomado como categoria, algumas vezes pode ser pensada como espécie de guarda-chuvas onde as demais categorias excluídas também habitam, uma vez que os outros excluídos ou vulneráveis têm oportunidades econômicas reduzidas, num ciclo que a ideologia dominante enxerga a justificativa de suas teses, mas que é na verdade o ciclo que denuncia o mecanismo perverso que está em operação.

Num mundo onde o sucesso econômico é extremamente valorizado, ter renda baixa, não enriquecer ou não prosperar segundo esses padrões é visto como um sinal de fracasso. O pobre, então, é o vagabundo que pouco trabalha, o burro que não se qualificou o suficiente, aquele que foi ultrapassado pelo trem do progresso, o desleixado, aquele sem qualidades. Não à toa as políticas segregacionistas e higienistas fazem tanto sucesso.

Retirar o pobre dos locais onde a elite circula parecer ser uma medida razoável, relegar os mais pobres às periferias, às grandes distâncias, ao escasso acesso aos bens e serviços que constroem a cidadania também é visto como razoável. Todos querem empregadas domésticas, mas não querem que ela habite o seu bairro.

NIMB – *Not In My Backyard* é a sigla que revela o posicionamento hipócrita das elites. Associar o pobre à sujeira, como resto a ser varrido, escondido debaixo do tapete social e manter essa sujeira no seu lugar, ainda que com uso ostensivo dos dispositivos coercitivos penais de Estados Policiais, parece ser o alcance máximo das políticas sociais de Segurança Pública das elites.

As elites socioeconômicas, como se sabe, são míopes em relação aos seus próprios privilégios, mas extremamente atentas às causas da pobreza e não se furtam a elaborar suas teorias enviesadas, não raras racistas, xenófobas e preconceituosas, sem maiores pudores ou considerações, *denunciando o pobre como único artífice de sua própria miséria*, na mesma medida em que exalta seus feitos particulares ou do mérito de sua linhagem.

As elites socioeconômicas parecem apreciar a caridade, desde que dedutível dos impostos, na exata medida em que perpetuam os mecanismos de exclusão, minando ou pouco contribuindo para que políticas a favor da equidade se instalem ou tenham sucesso, o que tornaria a caridade desnecessária.

Os jovens brancos de classe média quando se envolvem com o crime têm narrativas romantizadas nos noticiários, onde os fatores emocionais e contingentes oferecem uma explicação razoável para seu enredo criminoso. Já os jovens negros e periféricos envolvidos com o crime têm, ao contrário, narrativas coletivas menos enriquecidas ou favoráveis, comumente sequer demandam explicações, uma vez que são pobres e negros e seriam desde a saída, portanto, criminosos em potencial.

A mitologia dominante de maneira geral criminaliza e odeia suas vítimas, os excluídos e vulneráveis, como no caso de mulheres abusadas sexualmente, que não raro sofrem outros abusos quando denunciam os abusadores. Sua moral, suas roupas, seu comportamento, sobretudo sexual, coloca em xeque o abuso em si, colocando junto nesse mesmo movimento seu lugar na *pólis* e o seu valor.

Por isso, a noção libertária de liberdade compreende um sentido mais coletivo e realista ao afirmar que não se pode pensar em liberdade enquan-

to houver ao menos um escravizado. Este “um” traz consigo o horizonte da escravidão para todos. Este “um” é o pobre, na complexidade das inter-relações com os recortes étnicos, de gênero e históricos que produzem a miséria e a exclusão.

Fator sociológico da violência atrelado ao estigma da pobreza

De todos os instrumentos legais reproduzidos em Resoluções do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, observados acima, tal qual benesses sociais de proteção exclusiva aos “cidadãos de bem”, de notar-se que em nada resolveu ou sequer atenuou as potencialidades da criminalidade e a sensação de insegurança a que a sociedade está submetida.

A violência simbólica é exercida sobre a maioria pobre da nação, com a cumplicidade tácita daqueles que a sofrem, e usufruída pelos que a exercem de forma inconsciente, ou nem tanto, sendo subproduto da dezídia do poder público, em retribuição a minoria dominante da qual seus integrantes também fazem parte, no aneio de perpetuarem-se no discreto poder econômico-social e secular de dominação.

É sutil porque se utilizam a centenas de anos de instrumentos psicológicos transmissíveis pela cultura, em forma de manipulação invisível perpetuada pela violência, através da comunicação e do monopólio do conhecimento, que se estabelece entre os aculturados, condicionados, e submissos estigmatizados pela pobreza e dominação, junto aos seus subjulgadores “ricos-dominantes”, num viés catártico inconsciente pelo tempo, no qual faz o dominado ser cúmplice do dominador.

Esta violência simbólica, não é no todo imperceptível ou inconsciente, para ambos pois, aos poucos, se faz perceber como algo real e legítimo pelos que se veem fora do modelo estabelecido pelos “cidadãos de bem” do grupo dominador, herdeiro do padrão de seu acervo cultural.

Violência simbólica é um conceito social elaborado pelo sociólogo francês Pierre Bourdieu, o qual aborda uma forma de violência exercida pelo corpo sem coação física, causando danos morais e psicológicos.

Esclarece ainda Bourdieu¹⁵ (1998), que violência simbólica, “é vista como a forma de coação que se apoia no reconhecimento de uma imposição determinada, seja esta econômica, social ou simbólica”.

Como a população carcerária faz parte do signo da pobreza que está mantida na invisibilidade humana e social, se estivesse consciente de que isto o despersonalizou escolheria combater esta imposição discriminatória, combatendo a si mesmos, sem notar que um dos lados desta perversa moeda é a sua própria submissão legitimadora.

Em várias épocas, também há muito no Brasil, a violência se apresenta dentro do sistema prisional e social penalizador, como parte integrante da equação entre o castigo e o combate estatal na forma recrudescedora da segregação punitiva dos métodos táticos de modelos como a “tolerância zero”.

A criminalização da pobreza se produz por meio indireto da estigmatização prisional da política do encarceramento, das restrições à liberdade condicional, superlotação carcerária, entre outras formas não salubres ao trato humano. Não se reconstrói valores humanos em masmorras de torturas.

Referindo-se a essa segregação social, Bauman diz que:

O refugio humano não pode mais ser removido para depósitos de lixo distantes [como fora feito no colonialismo] e fixado firmemente fora dos limites da “vida normal”. Precisa, assim, ser lacrado em contêineres fechados com rigor. O sistema penal oferece esses contêineres.¹⁶

Se identifica a violência psicológica nos atos de humilhação, de desvalorização moral ou deboche público, assim como em atitudes que abalam a auto-estima do preso e podem desencadear diversos tipos de doenças, tais

15. BOURDIEU, P. La domination masculine. In: *Actes de la recherche en Sciences Sociales*. Paris, Minuit, n. 84, septembre 1990, p. 2-31. BOURDIEU, P. *La domination masculine*. 1998. Paris, Seuil.

16. BAUMAN, Zygmunt. *Europa: uma aventura inacabada*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2006.

como depressão, distúrbios de cunho nervoso, transtornos psicológicos, entre outras.

Os encarcerados muitas vezes desconhecem sua condição de vítima, ou ainda a legitimam por entenderem ser eles, pelos atos puníveis que praticaram, os responsáveis pelas sevícias internas e externas que somente um Estado policial pode impingir sobre eles, pois ignoram o fato de que o poder público não pode justificar seus atos de vingança desmedida, por este mesmo Estado captuladas como crime.

Como modo de prevenção e reparação das lesões psicológicas, e demais decorrentes sofridas pela criminalização da pobreza, o poder público deve assumir sua responsabilidade de atuar de forma resolutiva, por ser titular do poder soberano, no intuito de elidir as desigualdades sociais em toda a nação, mantendo serviços de saúde eficientes, criando assistência psicossocial e jurídica, assim preparando o sistema judicial necessário ao interesse ressocializador desejado em um Estado livre – democrático de direito.

Portanto o Estado deve agir de forma humanizada em suas funções precípua de fiscalização do cumprimento devido ao reconhecimento dos direitos humanos, e à dignidade da pessoa humana, por ele ratificado e incorporado ao direito interno, mesmo fora de suas atividades jurisdicionais e administrativas imprescindíveis à execução penal, daquele esperado sistema prisional civilizado.

13

O egresso prisional e a reintegração tão almejada

Mauro Rogério Bitencouter¹

Hoje estou contido, amanhã estarei contigo.

Alvino Augusto de Sá

1. Especialista em Direitos Humanos. Membro do Instituto Brasileiro de Execução Penal IBEP. Gestor em Reintegração Social.

A privação da liberdade é sem sombra de dúvidas umas das penas mais severas que existe atualmente no nosso ordenamento penal e que ainda, por mais que se tente, não pode ser substituída na grande maioria dos crimes do nosso ordenamento jurídico.

Se junta a este fato o caráter degradante que grande maioria das prisões brasileiras possuem não possibilitando, em nenhum momento do cumprimento da pena, o verdadeiro processo de individualização como direito fundamental do indivíduo previsto na Constituição em seu artigo 5º inciso XLVI.

Não basta que as autoridades penitenciárias tratem os presos com dignidade e humanidade. Elas precisam oferecer oportunidades de mudanças, transformação e desenvolvimento aos presos sob sua custódia. A Lei de Execuções Penais deixa isso muito claro quando, em seu artigo primeiro, mostra que um dos objetivos da execução é “proporcionar condições para a harmônica reintegração social dos condenados”.² Isto exige habilidades consideráveis, muito trabalho, muito empenho e investimentos.

A maioria das prisões estão repletas de pessoas marginalizadas.³ Muitas delas tiveram origens na extrema pobreza e vêm de famílias desestruturadas e situação de extrema vulnerabilidade social. Uma alta percentagem são de pessoas desempregadas; os níveis de escolaridade são baixos, algumas pessoas viveram nas ruas e não possuíram qualquer rede social legítima. Mudar as perspectivas dessa população não é tarefa fácil.

Muitos trabalhos de reintegração social já se encontram implantados nas prisões, nas unidades de atendimento de reintegração social, nos patronatos, nas casas de acolhimento, nas igrejas, nas ONGs e entidades dos mais diversificados segmentos que se organizam para esta função social,

2. Lei de Execução Penal – Art. 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

3. Segundo Alvin August de Sá, “a conduta criminosa, como é sabido, não raras vezes é o resultado natural de uma vida socialmente marginalizada, marcada por sentimentos de rejeição e hostilidades”. SÁ, Alvin August. *Criminologia Clínica e Psicologia Criminal*. Ed. RT.

uns prestados diretamente pelos órgãos estatais responsáveis pela administração penitenciária e outros através de parcerias.

No Estado de São Paulo, os trabalhos propostos pela Coordenadoria de Reintegração Social e Cidadania,⁴ da Secretaria da Administração Penitenciária, vem possibilitando o amplo conhecimento das práticas reintegradoras de modo que possam ser utilizadas entre os diversos setores e fases da administração da pena, favorecendo que tais trabalhos e práticas possam ser assumidas formalmente por todas as unidades prisionais e que possa atender às demandas e necessidades identificadas entre o público prisional, egressos, familiares e cumpridores de penas restritivas de direito. É neste contexto de trabalho de reintegração que procurarei me ater, tentando pautar-me por uma visão de quem vivenciou a reintegração social na prática cotidiana e por leituras bibliográficas, visto que, como servidor penitenciário há trinta e dois anos, trabalhei na construção desta política pública de atendimento de reintegração social e cidadania por vinte deles, sendo criador e coordenador por treze anos da Coordenadoria de Reintegração e Cidadania⁵ que atua dentro e fora das prisões na reintegração de presos, egressos, familiares e nas alternativas penais.

O sistema de execução da pena não pode ainda abrir mão da ideia de que existe um comportamento criminoso que deve ser punido. Porém deve preocupar-se em ver no encarcerado, não somente um criminoso mas, sobretudo, uma pessoa detentora de todos os direitos fundamentais e direitos humanos. Deve-se preocupar em conhecer esta pessoa num processo de escuta, conhecer as aspirações desta pessoa, o que motivou sua conduta criminosa, o que ela representa dentro de seu contexto familiar, ambiental e histórico.

Enquanto conceito de intervenção na pessoa do criminoso, não deve se ater apenas na pessoa do preso, mas deve preocupar-se em engajar todas

4. <http://www.sap.sp.gov.br/crsc.html>.

5. Coordenadoria de Reintegração Social e Cidadania. Criada pelo Decreto nº 54.025 de 16 de fevereiro de 2009.

as pessoas envolvidas no cumprimento da pena, dentro e fora das prisões, de forma direta ou indiretamente. Deve haver um interesse especial em conhecer a família do preso e com ela interagir sistematicamente. Deve, também, haver o envolvimento e o desenvolvimento de estratégias de reintegração social que considerem todas as áreas dentro da prisão onde esta pessoa encontra-se custodiada, envolvendo os diretores, policiais penais, área meio e técnicos, com vistas a comprometê-los. Para além dos muros, deve-se preocupar com o retorno deste para a sociedade e ao convívio social e a retomada de sua cidadania plena, buscando maneiras de intervenção e atuação junto aos egressos do sistema prisional.

Assim, como pilar de um trabalho de reintegração que busque a sua efetividade, temos os trabalhos que devem ser desenvolvidos após a soltura, trabalhos estes que devem ter um objetivo claro de desenvolver uma política pública de reintegração social ao egresso prisional. Esta política de reintegração será tanto mais eficaz se prezar pelo atendimento pós soltura, atendimento ao egresso⁶ e pelo acompanhamento do mesmo por um período dentro de seu processo de reinserção na sociedade. Grande parte do processo de reintegração acontece fora das grades junto à sociedade organizada, sendo sua efetividade diretamente proporcional ao quanto a sociedade se envolve neste processo. Engana-se a sociedade que pensa que vai reintegrar apenas encarcerando e não se preocupando com os pós prisão. Assim, não há reintegração social sem que a sociedade se envolva neste processo.

A sociedade

Em todo o processo descrito, em momento algum pode-se descartar a participação da sociedade no processo de reintegração, desde a entrada até a saída do sentenciado da prisão. Envolver a sociedade neste processo

6. Lei de Execução Penal – Art. 26. Considera-se egresso para os efeitos desta Lei:

- I – o liberado definitivo, pelo prazo de 1 (um) ano a contar da saída do estabelecimento;
- II – o liberado condicional, durante o período de prova.

é simplesmente garantir que ele surta efeito. Não envolver é fadar o processo de reintegração ao fracasso. Este é um dos motivos que nos faz ver hoje uma série de projetos até bem intencionados mas que, ao final, não resultam em positividade, justamente porque a sociedade não participa do mesmo e não se envolve na administração da pena.

Alessandro Barata diz que:

O conceito de reintegração social requer a abertura de um processo de interação entre o cárcere e a sociedade, no qual os cidadãos recolhidos no cárcere se reconheçam na sociedade externa e a sociedade externa se reconheça no cárcere.⁷

A participação da sociedade deve e pode vir de maneiras diversas, podendo atuar de forma direta ou indiretamente, mas sempre atuando. Temos hoje os Conselhos da Comunidade,⁸ órgão da execução penal, que deve ser montado pelos magistrados em municípios onde existem prisões justamente para que o mesmo ajude na administração da mesma. A composição do conselho legalmente instituída facilita a participação de vários segmentos da sociedade neste processo de inclusão e controle social.

Por outro lado, temos as igrejas e as organizações da sociedade civil que prestam ajuda dentro e fora das unidades prisionais atendendo, muitas vezes, as demandas da população carcerária, dos familiares e dos egressos do sistema. Estas fazem um perfeito link entre a sociedade local, os presídios e os seus usuários.

7. BARATTA, Alessandro. Por un Concepto Crítico de Reintegración Social del Condenado, Tradução e coordenação de OLIVEIRA, Eduardo. *Criminologia crítica*. Fórum Internacional de Criminologia Crítica.

8. Lei de Execução Penal – Art. 80. Haverá, em cada comarca, um Conselho da Comunidade composto, no mínimo, por 1 (um) representante de associação comercial ou industrial, 1 (um) advogado indicado pela Seção da Ordem dos Advogados do Brasil, 1 (um) Defensor Público indicado pelo Defensor Público Geral e 1 (um) assistente social escolhido pela Delegacia Seccional do Conselho Nacional de Assistentes Sociais.

Não menos importante, a participação das universidades no universo prisional promove a aproximação da sociedade através de suas futuras gerações formadoras de opinião, de modo que estas também se envolvam na administração do mesmo, e não só isso, mas também na produção de conhecimento e de pesquisas acerca do tema.

Temos as empresas e suas respectivas áreas de responsabilidade social que podem investir em projetos de qualificação profissional com foco no mercado de trabalho auxiliando, assim, a retomada do emprego. Além disso, as empresas podem contratar os egressos e os pré egressos que estão no regime semiaberto em condições especiais em relação à Consolidação das Leis de Trabalho (CLT), regras estas estabelecidas pela Lei de Execuções Penais justamente para incentivar a contratação destes egressos e pré egressos e para a inserção dos mesmos ao meio produtivo. No estado de São Paulo foi criado o Pró Egresso,⁹ programa intersecretarial com o objetivo de facilitar a inserção do egresso no mercado de trabalho.

Por outro lado, não menos importante, temos as parcerias com o próprio setor público através de seus vários serviços ofertados, Secretarias, Fundações, Autarquias e serviços prestados diretamente ao cidadão onde pode-se conseguir alcançar a retomada da cidadania através das documentações necessárias para a via em liberdade, a qualificação ou requalificação profissional, acesso aos serviços de assistência social, acesso a saúde, programas de transferência de renda e acesso ao mercado de trabalho, dentre outros.

O próprio Estado vem provendo este tipo de apoio através de seus órgãos específicos de atendimento ao Egresso e Família que, na sua essência, busca fortalecer a rede de parceiros e de proteção em torno do atendimento das demandas apresentadas e da inserção principalmente no mercado de trabalho, maior demanda de quem sai da prisão. Em alguns estados

9. Decreto nº 55.126 de 07 de dezembro de 2009. O Pró-Egresso determina que os órgãos públicos estaduais podem exigir, em seus contratos e editais de licitação de obras ou serviços, que a empresa vencedora contrate um percentual mínimo de 5% de egressos do sistema prisional em seu grupo funcional.

isso é feito pelas Centrais de Atenção ao Egresso e Família,¹⁰ Patronatos,¹¹ Casas de Apoio ao Egresso dentre outros.

Assim como já preconizado pelo saudoso Professor Alvino, “a reintegração social do preso se viabilizará na medida que se promover uma aproximação entre ele e a sociedade, ou seja, na medida que o cárcere se abrir para a sociedade e esta se abrir para o cárcere”.¹² Ampliar a compreensão sobre as necessidades deste grupo populacional específico e ofertar serviços sociais que respondam as suas demandas individuais, auxiliando na construção de novos rumos, na construção do pertencimento e nas possibilidades e novos projetos de vida em comunidade significa investir na reintegração do egresso.

Preparação para a liberdade

O conceito de preparação para a liberdade, que deve acontecer antecedendo o fim do cumprimento da pena, refere-se a um processo de olhares e de intensificação das inserções técnicas. Os processos de preparação para a liberdade devem instrumentalizar o(a) futuro(a) egresso(a) quanto aos enfrentamentos inerentes à vida que terá em liberdade, sobretudo na busca de alternativas de vivência social que traga uma disruptura das abordagens cotidianas de estigmatização, adversidade, marginalização e na consequente quebra de preconceitos.

10. <http://www.sap.sp.gov.br/crsc/egresso-familia.html>.

11. Lei de Execução Penal – Art. 78. O Patronato público ou particular destina-se a prestar assistência aos albergados e aos egressos (artigo 26).

Art. 79. Incumbe também ao Patronato:

I – orientar os condenados à pena restritiva de direitos;

II – fiscalizar o cumprimento das penas de prestação de serviço à comunidade e de limitação de fim de semana;

III – colaborar na fiscalização do cumprimento das condições da suspensão e do livramento condicional.

12. SÁ, Alvino Augusto. *Criminologia Clínica e Psicologia Criminal*. Editora RT.

A preparação para a liberdade deve olhar o sentenciado como futuro(a) egresso(a), ou seja, o pré egresso. Deste modo, deve produzir ações que viabilizem aos que participam das atividades de preparação para a liberdade, espaços de acolhimento que abram caminhos para a fala, a escuta, o diálogo, a educação profissionalizante voltada à autonomia, o trabalho como retorno financeiro justo e a cultura como caminho de construção social. Ponto importante e primordial para o retorno a vida social, a preparação para a liberdade é processo fundamental no momento da desinstitucionalização do indivíduo e deve auxiliá-lo no enfrentamento do preconceito que sofrerá ao sair da prisão, bem como no sentimento de pertencimento que se quer que o egresso tenha, pertencimento esse primordial para que o mesmo se engaje socialmente.

A preparação para a liberdade deve garantir o fornecimento de informações úteis a serem utilizadas após a sua saída. Deve, também, avaliar as condições de retorno da pessoa presa à sua residência tomando as providências cabíveis antecipadamente. Deve encaminhá-la para programas de apoio, ou outras instituições/programas, orientar para a nova etapa e transição de regime de cumprimento de pena.¹³

Sensibilizar familiares e orientar quanto as necessidades especiais em casos de vulnerabilidade psicossocial, envolver os familiares no processo de desinstitucionalização, promover a reflexão sobre o papel da família na manutenção dos laços se torna fundamental neste momento. Empiricamente, podemos assinalar que, a maioria dos egressos prisionais tem, como primeiro sustentáculo, os seus familiares para onde geralmente regressam ao serem libertos.

Além disso, a preparação para a liberdade passa pela elevação do nível de escolaridade e qualificação profissional do pré egresso de forma que o mesmo saia preparado para o mercado de trabalho e possa ser inserido no mesmo ou trabalhar como autônomo.

13. *Manual de Ações de Reintegração Social*. Coordenadoria de Reintegração e Cidadania. Disponível em: <http://www.reintegracaosocial.sp.gov.br/db/crsc-kyu/archives/fbd3a352708e-47274c600760f28999c6.pdf>.

Hoje é fato que uma das formas mais eficazes de se reintegrar é pelo trabalho e pelo estudo. Mais do que isso, os mecanismos legais tem amparado esta proposta quando não só permite a remição da pena pelo trabalho, mas agora também pelo estudo. Já podemos dizer que estamos partindo para uma remição mais ampliada quando os tribunais estão aceitando a remição por leitura e atividades culturais.¹⁴

A preparação para a liberdade inclui a retomada da cidadania através da regularização documental da pessoa que se tornará egressa. Um aspecto significativo para o exercício da cidadania é estar com toda a documentação pessoal em dia. Quando se esta preso, o estado é *responsável por* providenciar a documentação de seu público alvo. No primeiro momento parece termos aqui algo de somenos importância no processo reintegrativo, no entanto devemos considerar que hoje para sermos e termos o status de cidadão, temos de estar em dia com nossas documentações, em principal o cadastro de pessoa física, CPF, documento primordial de entrada no mercado de trabalho formal ou informal.¹⁵

O trabalho com egresso e família

Pilar da reintegração social, um programa de atendimento aos egressos e familiares deve trabalhar na perspectiva de descentralizar e regionalizar as assistências e atendimentos; articular as ações de preparação para a liberdade realizadas no interior das unidades prisionais com ações externas que possibilitem aos(às) egressos(as) a reconstituição do convívio social; desenvolver estratégias de fortalecimento da participação familiar no processo de reintegração do(a) egresso(a), durante e após o cumprimento da pena privativa de liberdade; criar condições para o envolvimento da sociedade civil organizada na reintegração social do(a) egresso(a).

14. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3918>.

15. Orientações Gerais Sobre Documentação Para Presos e Egressos. Disponível em: <http://www.reintegracaosocial.sp.gov.br/db/crsc-kyu/archives/46f0ba99267372aa3bbaafb36ab63f99.pdf>.

A Lei de Execução Penal registra, em seu Artigo 25, quais as assistências que devem ser oferecidas aos egressos destacando-se neste ponto o “apoio para reintegrá-lo a vida em liberdade”.¹⁶

Como dito anteriormente, cada estado da federação vem desenvolvendo estes trabalhos, mesmo que de forma muito tímida frente a grande demanda, através de Programas de Apoio como as Centrais de Atendimento ao Egresso e Família, Casas de Egressos, Patronatos, Conselhos da Comunidade e órgãos semelhantes com o mesmo fim.

De acordo com as LOAS:¹⁷

[...] a assistência social, direito do cidadão e dever do Estado, é Política de Seguridade Social não contributiva, que provê os mínimos sociais, realizada através de um conjunto integrado de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas.

Um programa efetivo de apoio ao egresso tem que apresentar-se como instrumento público de articulação e proposição de políticas de desenvolvimento social em correlação com o princípio de universalidade da assistência social. Um programa de atendimento ao egresso deve ter como finalidade inserir a prestação de assistências aos(as) egressos(as) e aos seus familiares nas pautas de atendimento e na prestação de serviços realizados por organizações públicas, privadas e civis, prezando pela interiorização territorial deste tipo de atendimento, fazendo com que o recurso chegue mais próximo e mais rápido da demanda apresentada.

16. Lei de Execução Penal – Art. 25. A assistência ao egresso consiste:

I – na orientação e apoio para reintegrá-lo à vida em liberdade;

II – na concessão, se necessário, de alojamento e alimentação, em estabelecimento adequado, pelo prazo de 2 (dois) meses.

17. BRASIL. Lei de Organização da Assistência Social, *Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8742.htm. Acesso em: 17 mai. 2013.

Tomando como foco o(a) egresso(a) do sistema prisional, um programa de egresso tem de intercambiar com outros públicos, a saber, os seus familiares e os familiares de sentenciados(as). Isso porque a abordagem da condição de egresso(a) prisional passa, primeiramente, pela abordagem preparatória da liberdade, a qual, por seu turno, necessita do envolvimento da família como ponto de sustentação. Não só por isso, sabe-se que a família do preso, muitas vezes, encontra-se na mesma condição de vulnerabilidade social que o mesmo no momento de sua prisão. Desta forma, estabelece-se como sistemática de trabalho a composição em redes de proteção social.

Um programa realmente eficaz deve trabalhar sobre três eixos de ação: a preparação para a liberdade, a atenção pós-soltura e o envolvimento da sociedade no processo de retorno.

Dentro desta perspectiva, as finalidades que devem ser a de contribuir para a dignidade e a inclusão social do egresso e de sua família, intervir para reconstituição e manutenção do vínculo afetivo, contribuir para o aprimoramento educacional, a qualificação profissional e a geração de renda, oferecer os instrumentos necessários para superação dos efeitos negativos da prisão e o enfrentamento de situações de discriminação e exclusão social.

Devemos considerar que muitas famílias de presos se encontram em má situação socioeconômica devido à prisão daquele que, por muitas vezes, é o único provedor ou têm importante participação no orçamento familiar,¹⁸ o que invoca, também, a necessidade de proporcionar a estas famílias alternativas de superação deste quadro e de emancipação.

Um programa eficaz deve interagir com as áreas de reintegração social pertencentes às unidades penitenciárias, promover a capacitação, o acompanhamento e engajamento das equipes que trabalharão no programa, buscar as redes de apoio social disponíveis nas localidades de destino dos egressos atendidos, discutir estratégias para obter informações sobre o acompanhamento dos mesmos e mapear as localidades de destino dos participantes do atendimento que ora se propõe.

18. Segundo dados do GEPEN (<http://www.gepen.mj.gov.br>), cerca de 20% da população carcerária manifestam esta característica.

As articulações devem atuar no sentido de inserir o programa no campo de intervenção de outras secretarias, órgãos estatais e não estatais, dentre as quais podem ser destacadas as Secretarias de Assistência e Desenvolvimento Social, Secretarias de Educação, Secretarias das Relações de Trabalho e Relações de Emprego, Secretarias dos Transportes, Secretarias Municipais e Estaduais de Assistência e Desenvolvimento Social, Secretarias da Justiça, Secretarias da Saúde, Rede “S”, Sebrae, Organizações Sociais, dentre outros.

Além disso, há de se estabelecer a criação de equipes de coordenação para o programa, que será responsável por coordenar a implantação em todo o território de abrangência, prover os atendimentos ao público elencado e a elaboração de termo de cooperação e parceria entre os órgãos envolvidos, visando padronizar o relacionamento das equipes.

Nestes espaços deve-se fazer a escuta, o acolhimento, orientação e encaminhamento de demandas objetivas e subjetivas, inserção em programas de capacitação profissional e geração de renda, avaliação e orientação para inclusão em programas sociais municipais, estaduais e/ou federais, assistência para obtenção de benefícios sociais, de saúde e trabalhistas, auxílio na aquisição ou regulamentação de documentos pessoais, orientações jurídicas, encaminhamento à rede de saúde, auxílio na retomada do processo de escolarização/educação, dentre outros.

Como recurso tecnológico, deve ser utilizado todo e qualquer tipo de banco de dados que consiga sistematizar os atendimentos de modo que as ações possam ser contabilizadas, planilhadas e que novas demandas possam ser triadas a partir desta contabilização.

Recortes estratégicos

Falar em diversidade é falar sobre o ser humano. As necessidades dos(as) egressos(as) e familiares de sentenciados são determinadas pelo perfil apresentados por eles ou elas.¹⁹ Um programa de atenção ao egresso

19. Agenda da diversidade – Ficha 22. Disponível em: <http://www.reintegracaosocial.sp.gov.br/db/crsc-kyu/archives/b9d0a54a5d715323032c15e9f7871244.pdf>.

que considere este perfil terá maior abrangência e eficácia com o aumento das possibilidades de reintegração social do indivíduo, vistas as dificuldades específicas de cada recorte.²⁰

As egressas, além dos mesmos obstáculos dos egressos, enfrentam outros desafios relacionados à sua condição de mulher e ex-presidiária. É sabido que as mulheres presas quase não recebem visitas de seus familiares, comparando-se aos homens presos. Outra situação enfrentada pela egressa é a busca pelos filhos, tanto aqueles concebidos durante o cumprimento da pena, e que se encontram em abrigos ou em lares parentais, como daqueles que se perderão em consequência da prisão da mãe, os quais também podem estar em abrigos ou em outras instituições.

Algumas egressas, ao retomarem as suas funções maternas e, em muitos casos, são chefes da família, procuram superar dificuldades para obterem alguma remuneração lícita. Se as mulheres sem antecedentes criminais enfrentam problemas para se inserirem no mercado de trabalho, certamente esta situação, em virtude de preconceitos, agrava-se quando se trata de egressa.

Sabe-se que existe um grande recorte racial dentro das prisões, sendo a maior quantidade de negros, somando-se o número de presos(as) que se declararam pardos e pretos, em relação aos(as) presos(as) que se declararam brancos.²¹

Considerando o racismo existente na sociedade, torna-se notória a maior dificuldade de reintegração social vivida por egressos(as) negros(as). Os familiares de sentenciados(as) pertencentes à raça negra também sofrem preconceitos raciais.²²

20. Diversidade e Políticas Específicas no Sistema Penitenciário Paulista – Disponível em: <http://www.reintegracaosocial.sp.gov.br/db/crsc-kyu/archives/6e4a3b0828a276e819df357960f31725.pdf>.

21. Disponível em: <https://dados.mj.gov.br/dataset/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias>.

22. Agenda da Diversidade – Ficha 23. Disponível em: <http://www.reintegracaosocial.sp.gov.br/db/crsc-kyu/archives/a2d05f20f64fd6d05306deb7661923d7.pdf>. Agenda da Diversidade – Ficha 07. <http://www.reintegracaosocial.sp.gov.br/db/crsc-kyu/archives/7aa8fc757dd2e3a9b9d8981b1e30623f.pdf>.

Outro ponto a ser considerado é o oferecimento de assistência específica ao(à) egresso(a) ex-interno(a) dos hospitais de custódia. Frequentemente, no momento da desinternação, quando não existe contato familiar, torna-se difícil encontrar instituição que possa receber o(a) egresso(a). Também há dificuldades para a continuidade de tratamento na rede de assistência à saúde mental em virtude de sua deficiência e preconceitos destinados a estes(as) egressos(as). Além desta modalidade de egressos(as) há aqueles usuários de drogas que necessitam de tratamento. Neste sentido, a experiência trazida pelo Projeto PJUR _ Projeto de Psiquiatria Forense e Psicologia Jurídica no Estado de São Paulo,²³ fruto de parceria com o poder judiciário, mostrou-se eficaz neste tipo de atendimento e fortalecimento dos vínculos contribuindo para inserção deste perfil específico na sociedade.

Temos, ainda, as populações LGBTQIA+ com demandas específicas²⁴ e que precisam ser consideradas no momento da prisão, durante o cumprimento da sua pena e no momento que se tornam egressos do sistema prisional.

Deve-se também explorar outros perfis encontrados, como por exemplo presos estrangeiros²⁵, povos indígenas²⁶, idosos²⁷, pessoas com deficiências²⁸, população em situação de rua²⁹, dentre os mais diversos perfis que

23. Instituto Innovare – Práticas Premiadas – Disponível em: <https://www.premioinnovare.com.br/pratica/pjur-projeto-de-psiQUIIATRIA-forense-e-psicologia-juridica-no-estado-de-sp/1993>.

24. Agenda da diversidade – Ficha 04. Disponível em: <http://www.reintegracao-social.sp.gov.br/db/crsc-kyu/archives/32e592d95598dd2efcee10dd0a076adc.pdf>.

25. Agenda da Diversidade – Ficha 30. Disponível em: <http://www.reintegracao-social.sp.gov.br/db/crsc-kyu/archives/1b6d8a387c0429ae3b111c80f518cbf8.pdf>.

26. Agenda da Diversidade – Ficha 38. Disponível em: http://www.sap.sp.gov.br/download_files/pdf_files/crsc/agenda-diversidade-38_populacao-indigena.pdf.

27. Atenção a Pessoa Idosa Presa. Disponível em: <http://www.reintegracao-social.sp.gov.br/db/crsc-kyu/archives/ff213a0e43d3c99f2ccb912947110cd5.pdf>.

28. Agenda da Diversidade – Disponível em: Ficha 11. <http://www.reintegracao-social.sp.gov.br/db/crsc-kyu/archives/96a454cad872c88e2f152a69cb3b9f29.pdf>.

29. Agenda da Diversidade – Ficha 14. Disponível em: <http://www.reintegracao-social.sp.gov.br/db/crsc-kyu/archives/542765d062ded22f421597a9b1800b3c.pdf>.

povoam o sistema prisional, tornando o atendimento focado na demanda específica de cada um, considerando as suas necessidades e anseios.

Conclusão

A reintegração social tão almejada, em especial a do egresso prisional, deve permear todas as discussões sobre o sistema penal carcerário se quisermos ter um sistema mais justo, humano e, principalmente, menos violento. Mais do que isso, a reintegração social é o meio e o caminho para que possamos colocar as pessoas fora das prisões de uma maneira melhor do que entraram contribuindo, assim, para a não reincidência criminal.

Quando falamos de reintegrar estamos falando de toda uma política pública de atuação do Estado no combate a violência e ao encarceramento em massa. Ao tratar deste tema, devemos ter sempre em mente que não dá mais para se falar em prisões, crimes, criminalização sem pensar o que se fazer com estas pessoas durante o cumprimento de suas penas e, principalmente, após a sua soltura.

Deste modo, o Estado e a sociedade devem buscar mecanismos de apoio às pessoas presas, seus familiares e aos egressos do sistema prisional de modo que as ações a serem propostas não passem de meras ações pontuais que se perderão ao longo do tempo. O Estado é responsável em criar a política pública de apoio ao egresso e ao preso, mesmo que isto no primeiro momento não encontre eco na sociedade.

Por outro lado, vimos que o processo de reintegração deve passar primordialmente pelos seus eixos de atuação, envolvendo a pessoa do preso, o processo de individualização da pena, os seus familiares, as pessoas envolvidas na administração da pena, incluindo nesta o Poder Judiciário que, muitas vezes, se coloca numa posição de apenas observador e fiscal, bem como a própria prisão no seu contexto, funcionários e diretores e o trabalho com o egresso no sentido de auxiliar a sua retomada e a sua cidadania através de um processo de torna-lo autônomo em suas ações.

Mais do que isso, e primordialmente importante, temos a sociedade como principal sustentáculo a todo o processo de reintegração social. A sociedade deve e tem de se envolver diretamente na administração da pena e no apoio ao egresso de modo que possa criar meios e caminhos para que os egressos possam permanecer livres após as suas solturas. Sem a sociedade todo o processo de reintegração, desde seu início até o seu final, não se completa e, com isso, teremos cada vez mais os cárceres superlotados e a reincidência crescendo cada vez mais.

Assim a reintegração social é dever de todos e compromisso de cada um.

Referências

- AGENDA DA DIVERSIDADE. Disponível em: <http://www.reintegracaosocial.sp.gov.br/db/crsc-kyu/archives/1b6d8a387c0429ae3b111c80f518cbf8.pdf>.
- BARATTA, Alessandro. Por un Concepto Critico de Reintegración Social del Condenado, Tradução e Coordenação de OLIVEIRA, Eduardo. *Criminologia Critica, Fórum Internacional de Criminologia Crítica*. Belém/PA: CEJUP, 1990. p. 141-157.
- DAHER, S. Funções da equipe interprofissional criminológica. *Revista da Escola do Serviço Penitenciário do Rio Grande do Sul*, 1(3), abril-junho de 1990. p. 53-55.
- MANUAL DE AÇÕES DE REINTEGRAÇÃO SOCIAL. **Coordenadoria de Reintegração e Cidadania**. Disponível em: <http://www.reintegracaosocial.sp.gov.br/db/crsc-kyu/archives/fbd3a352708e47274c600760f28999c6.pdf>.
- ORIENTAÇÕES GERAIS SOBRE DOCUMENTAÇÃO PARA PRESOS E EGRESSOS. Disponível em: <http://www.reintegracaosocial.sp.gov.br/db/crsc-kyu/archives/46f0ba99267372aa3bbaafb36ab63f99.pdf>.
- SÁ, Alvinio Augusto. Prisionização: um dilema para o cárcere e um desafio para a comunidade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Ano 6, n. 21, jan. - mar. 1998. p. 117-123.
- SÁ, Alvinio Augusto. *Criminologia Clínica e Psicologia Criminal*. 2. ed. revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- SECRETARIA DA ADMINISTRAÇÃO PENITENCIÁRIA - SAP. <http://www.sap.sp.gov.br/crsc.html>.

14

O juiz e a execução penal

Maurício Kuehne¹

1. Promotor de Justiça aposentado MP/PR. Professor Emérito do Centro Universitário Curitiba.

[...] gostaria de salientar que tanto a sociedade como os governantes, ao enfrentar os desafios do sistema penitenciário deste país, levem em conta que as soluções de médio e longo prazos só serão efetivadas na medida em que se consiga reduzir substancialmente as causas mais profundas da violência crônica e estrutural. No caso brasileiro essas causas podem ser identificadas principalmente nas desigualdades sociais e nos níveis de carência abaixo da linha de subsistência em que vive porção considerável da população nacional, bem como na profunda crise de valores éticos, que afeta desastrosamente a vida e o vínculo familiar (DOM RAYMUNDO DAMASCENO ASSIS, Secretário Geral da CNBB, quando da realização do 1º Congresso Nacional de Execução da Pena, realizado em Fortaleza, de 24 a 26/9/1997).

A problemática penitenciária, à qual está intimamente ligado o tema Execução Penal, representa, hodiernamente, um dos assuntos mais palpitantes. Com efeito, viva voz corrente nos mais diversos rincões de nosso país, apregoa que o sistema penitenciário está, literalmente, falido.

A este respeito, melhor do que palavras, os números são estarrecedores quando sabemos que o Brasil, como um todo, alberga um contingente de encarcerados, hoje, na casa de mais de 800.000 pessoas privadas de liberdade, quer em caráter provisório, quer condenados em definitivo, ocupando espaços destinados nos cárceres longe do ideal, em completa dissonância com os postulados legais. A Lei de Execução Penal é explícita ao consignar que *o condenado será alojado em cela individual que conterà dormitório, aparelho sanitário e lavatório*, além do que, estatui, como requisitos básicos da unidade celular *salubridade do ambiente pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana e área mínima de seis metros quadrados*.

Fossemos percorrer nosso país, a tônica constante é: *desumanidade*. Com efeito, os encarcerados, na maioria das vezes, encontram-se em locais fétidos e imundos, muitos dos quais indignos, até, de serem recolhidos animais. E teimamos com o encarceramento, julgando ser a medida correta, à falta de respostas que o ordenamento possa propiciar àquele que delinuiu.

Entendemos de bom alvitre, rememorar o que já salientamos quando, em situação similar a esta, delineamos aspectos do sistema punitivo. Aludimos que a abordagem que se queira efetivar atinente ao sistema penitenciário brasileiro necessita, ainda que de forma sintética, uma retrospectiva histórica, sem a preocupação, neste ensejo, de um aprofundamento maior, matéria afeta à literatura especializada nos meandros do penitenciarismo.

Possuímos valioso instrumental jurídico, fruto de exaustivos estudos, que pode ser assim abordado: o sistema penitenciário brasileiro e a Execução Penal, ou o procedimento executivo penal merece, uma rápida digressão no que tange aos sistemas penitenciários, posto que, deles emergiram os regimes a que nosso direito punitivo veio a abarcar.

Numa abordagem resumida, de se salientar que nos primórdios da antiguidade não se pode falar em sistema penitenciário, ou regime, enfim, qualquer terminologia que se queira emprestar. Quando imposta a medida punitiva, os condenados sofriam as sanções que lhes eram ditadas, as quais consistiam, em sua maioria, na morte, através das mais variadas formas, que não seria adequado trazermos à colação.

Milênios vimos transcorrer, até que, no Século das Luzes, embora a Idade Média já registre, episodicamente, alguma tendência em formular um sistema, ou direcionar alguma coisa a respeito do real significado de penitenciária, o que podemos asseverar é que, e isto a História testemunha, tratava-se dos penitenciários, ou seja, lugares onde os penitentes purgavam pelo mal cometido.

Em termos de sistema, o século atrás apontado é que vem a traçar as primeiras linhas, movido pelas ideias libertárias de uma situação que não mais se tolerava, não mais era concebida pelo homem, haja vista as diversificadas formas de punição, humilhantes, que punham o ser humano em lugar de objeto, e não de pessoa.

Manoel Pedro Pimentel, renomado Mestre não só da Ciência Penal, mas também profundo conhecedor do penitenciarismo, em sua obra *O crime e a pena na atualidade* (ed. RT, 1983), traz substancial lição concernente aos sistemas penitenciários às fls. 134 *usque* 145, de onde se extrai não apenas o que precedeu os sistemas, mas também aqueles que vieram a formar defensores.

Doutrina o mestre paulista que

[...] não é indiferente o uso das expressões sistema e regime penitenciário, parecendo que não está com a razão Cuello Calón quando sustenta que ambas se equivalem. Sistema é gênero, enquanto regime é espécie, pois os regimes penitenciários cabem dentro do sistema penitenciário. Preferimos, por isso, usar a expressão sistemas penitenciários para dar significado ao tema que ora trataremos.

Como precursores, valendo-nos do autor citado, de se salientar o nome de John Howard, o qual

[...] foi nomeado sheriff do condado de Belfast, em 1772. Em razão do seu ofício conheceu a prisão local e ficou vivamente impressionado com as deficiências apresentadas. Viajou por várias localidades da Inglaterra visitando as prisões existentes, horrorizando-se com o que lhe foi dado ver em todas elas. Homem de posses, iniciou uma cruzada em favor da melhoria das prisões escrevendo, em 1776, o livro que se tornou famoso *The state of prison in England and Wales*. Suas justas críticas deram origem aos chamados *Howard's Acts* beneficiando os presos, e se lhe atribuiu também, a elaboração do projeto das *Penitentiary houses*. Foi, até o fim de sua vida, um apóstolo pregando as ideias relacionadas com a humanização da prisão.

Menciona a figura por todos conhecida de Beccaria que, em 1764, levou à humanidade o pequeno grande livro *Dos delitos e das penas*, o qual veio a assumir o mesmo contorno da obra de John Howard. Segue-se o não menos conhecido Bentham que, em 1818, escreveu a *Teoria das penas e das recompensas*.

Tais nomes, encontráveis em obras de Direito Penal, legaram à posteridade páginas imorredouras, que vieram a se constituir na base dos grandes sistemas que tomaram conta do mundo, a partir de então.

Historicamente, o primeiro sistema penitenciário que surgiu foi o denominado Pensilvânico ou de Filadélfia, seguindo-se o Auburniano, o Espanhol, também conhecido como de Montesinos, o Progressivo Inglês e o Progressivo Irlandês. Este último, nossa legislação, conquanto não tenha adotado na sua inteireza, dele extraiu as linhas determinantes da situação em que hoje nos encontramos.

Com efeito, o Sistema Progressivo Irlandês tem na pessoa de Walter Crofton, que dirigiu as prisões da Irlanda o seu idealizador. Quatro etapas, ou períodos caracterizavam-no, consoante diz o ex-Secretário de Justiça, e também da Segurança Pública do Estado de São Paulo. Vejamos quais eram:

[...] o penal, na cela; o da reforma, pelo isolamento noturno; o intermediário com trabalho em comum, caracterizado pelo fato dos prisioneiros vestirem roupas civis e desempenharem alguns empregos ou encargos externos, até mesmo como trabalhadores livres; o da liberdade provisória, que se tornava definitiva pelo bom comportamento. O acesso a cada uma dessas etapas era feito progressivamente, através do ganho de vales merecidos.

Se verificarmos o Código Penal de 1940, em sua redação originária, observamos que, com algumas modificações, o Sistema Progressivo Irlandês foi o adotado.

Mesmo antes da edição do código, tentativa tivemos como o Anteprojeto do Código Penitenciário da República de 1933, que se converteu no Projeto de 1935, de autoria de Cândido Mendes, Lemos Britto e Heitor Carrilho. Embalde esforços não logrou aprovação.

Posteriormente, tivemos o Anteprojeto de Código Penitenciário de Oscar Stevenson, datado de 1957, sucedendo o de Roberto Lyra, de 1963, como também o Anteprojeto de Código de Execuções Penais de 1970, de autoria de Benjamin Moraes Filho e, ainda, o Anteprojeto de Lei que define e disciplina as normas gerais de regime penitenciário, de autoria de um grupo de trabalho presidido por A. B. Cotrim Neto.

Não se pode olvidar a Lei nº 3.274 de 02/10/57, que dispunha sobre normas gerais de regime penitenciário, a qual, todavia, foi de escassa ou nenhuma aplicabilidade, daí porque os estudos continuaram com a formulação dos anteprojetos, culminando com a edição da Lei nº 7.210 de 11/07/84, em cuja exposição de motivos vemos um relato de tudo o que foi exposto. Para registro, há que se mencionar parte do contido no nº 186 da exposição retro aludida, na qual consta:

A elaboração do Anteprojeto foi iniciada em fevereiro de 1981, por Comissão integrada pelos Professores Francisco de Assis Toledo, Coordenador, René Ariel Dotti, Benjamin Moraes Filho, Miguel Reale Júnior, Rogério Lauria Tucci, Ricardo Antunes Andreucci, Sérgio Marcos de Moraes Pitombo e Negi Calixto. Os trabalhos de revisão, de que resultou o presente Projeto foram levados a bom termo, um ano após, por Comissão Revisora composta pelos Professores Francisco de Assis Toledo, Coordenador, René Ariel Dotti, Jason Soares Albergaria e Ricardo Antunes Andreucci. Contou esta última, nas reuniões preliminares, com a colaboração dos professores Sérgio Marcos de Moraes Pitombo e Everardo da Cunha Luna.

Mencionamos tal tópico, posto que os nomes citados foram os artífices de uma avançada legislação, por muitos aplaudida, por outros criticada, mas que, embora careça em alguns aspectos de reformulação, não há de se negar que se trata de instrumento jurídico avançado, e que veio a dar dignidade à Execução Penal, com o Princípio da Jurisdicionalização, fazendo com que a justiça continuasse a acompanhar a execução da pena, em todos os seus incidentes, quer no aspecto técnico, quer nos “casos” que suscita a execução da pena. Como acentuam Ada Pellegrini Grinover et al., não há como negar que o juiz da execução é chamado frequentemente a exercer, em sua plenitude e em sua pureza, a função jurisdicional: e nem assim poderia deixar de ser, porquanto a sentença condenatória penal contém implícita a cláusula *rebus sic stantibus*, como sentença determinativa que é. O juiz fica, assim, autorizado pela natureza mesma da sentença, a agir por equidade, operando a modificação

objetiva da sentença sempre que haja mutação nas circunstâncias fácticas. Cumpre lembrar que a sentença determinativa transita em julgado, sendo, porém passível de um processo de integração em obediência à cláusula que *contem; é, pois, suscetível de revisão, no processo de execução, nos casos expressamente autorizados por lei.*

É assim que se explica, processualmente, o fenômeno das modificações da sentença condenatória penal

[...] trântisa em julgado, daí derivando a extensa gama de atividades jurisdicionais no processo de execução penal, em cujo curso as modificações se operam. Deixando de lado a atividade meramente administrativa que resulta da expiação da pena, através da vida penitenciária do condenado, ou de sua vigilância, observação cautelar e proteção, e que é objeto do direito penitenciário e matéria estranha ao processo, o processo de execução penal tem, assim, natureza indiscutivelmente jurisdicional [...].

De se gizar que a Lei nº 7.210/84 passou a vigor juntamente com a Reforma da Parte Geral do Código Penal, que reproduziu, em grande parte, as alterações que foram efetivadas através da Lei nº 6.416/77.

Com o novel instrumento, passou nosso país a viver um novo tempo. Eis que tudo acenava para que a problemática penitenciária fosse em grande parte minimizada. Contudo, ledor engano, eis que os números crescem de uma forma assustadora. Necessário, entendermos, uma melhor conscientização dos operadores do Direito, máxime daqueles estreitamente ligados aos problemas da Execução Penal.

Os últimos dados divulgados quanto à realidade penitenciária brasileira vêm a demonstrar que os postulados insertos na Lei de Execução necessitam, mais do que nunca, a sua viabilização, em termos concretos. Possuímos normativa que permite a atenuação das crises que no cotidiano ocupam as manchetes dos meios de comunicação.

Salientadas as situações acima, que alçam o problema penitenciário à condição emergente, em algum lugar se escreveu, na perspectiva de uma

síntese dos Direitos Humanos que estes são os direitos fundamentais de todas as pessoas, sem quaisquer discriminações (raça, idade, credo, cor, orientação sexual, condição social, etc.) e que todas as pessoas tem direito à vida, liberdade, dignidade, nacionalidade, respeito, igualdade, justiça, segurança, opinião política, privacidade, proteção da lei, propriedade, bem como direito à liberdade de pensamento, credo, opinião, expressão, reunião, organização, voto, etc. O condenado, em nosso sistema, perde sua liberdade, mas não a **dignidade humana**.

Colocada assim a questão, à primeira indagação que se queira formular quanto ao respeito aos Direitos Humanos em termos de Brasil, a resposta, lamentavelmente é negativa, com ressalva a algumas **excepcionalíssimas** situações.

Nossa Lei de Execução Penal, vigente desde 1985, após a *vacatio legis*, indubitavelmente apresenta notável avanço, posto que se erige em valioso documento, contemplando todos os meandros possíveis de solver os graves problemas que afligem a execução. Basta, tão só, consoante já asseverado em várias oportunidades, a necessária vontade política.

Revela-se a exposição de motivos em verdadeiro caudal de informações doutrinárias, sendo necessário que, para ilustração, sejam destacados alguns tópicos, a fim de compreender a preocupação do legislador para com o assunto em referência.

Ao início, o Exmo. Sr. Ministro da Justiça enfatizava que *a edição de lei específica para regular a execução das penas e das medidas de segurança tem sido preconizada por numerosos especialistas*.

Após resenha histórica das razões determinantes quanto a edição do novel instrumento legislativo, no que atine especificamente ao objeto da Lei, vale colher do referencial acima salientado:

Do objeto e da aplicação da Lei de Execução Penal

13. Contém o artigo 1º duas ordens de finalidades: a correta efetivação dos mandamentos existentes nas

sentenças ou outras decisões, destinados a reprimir e a prevenir os delitos, e a oferta de meios pelos quais os apenados e os submetidos às medidas de segurança venham a ter participação construtiva na comunidade social.

14. Sem questionar profundamente a grande temática das finalidades da pena, curva-se o Projeto, na esteira das concepções menos sujeitas à polêmica doutrinária, ao princípio de que as penas e medidas de segurança devem realizar a proteção dos bens jurídicos e a reincorporação do autor à comunidade.

15. À autonomia do Direito de Execução Penal corresponde o exercício de uma jurisdição especializada, razão pela qual, no artigo 2º, se estabelece que a “jurisdição penal dos juízes ou tribunais da justiça ordinária, em todo o território nacional, será exercida, no processo de execução, na conformidade desta lei e do Código de Processo Penal”.

[...]

Não se distanciaram das premissas salientadas os preceitos da Constituição cidadã, posto que as disposições relacionadas aos Direitos e Garantias Individuais, particularmente em relação às normas direcionadas à situação dos implicados com o Direito Penal, se constitui em referencial que projeta, em nível de Direito escrito, em nosso país, frente às demais nações.

Lamentável, contudo, que estejamos, tão só, no campo eminentemente programático, posto que várias disposições contempladas no ordenamento jurídico não são observadas pelas autoridades constituídas, no mais amplo sentido; no nível político, direcionado ao Poder Legislativo; no nível de aplicação concreta da Lei, dirigido tal aspecto ao Poder Judiciário, e no nível de exequibilidade dos postulados legais, neste passo, com endereço certo ao Poder Executivo que, malgrado os gritos que ecoam, traça diretrizes, todavia, de concreto, pouca coisa é realizada no sentido de encontrar, senão a solução, ao menos minimizar os cruciais problemas que afligem a situação dos encarcerados.

Quando observamos os postulados legais no que atine ao papel do Juiz de Execução Penal, lamentamos, sob os mais variados aspectos, que a magistratura, (**ressalvadas exceções**) ainda não se apercebeu do papel reservado pelo legislador, que erige o magistrado à condição máxima de condutor da execução das penas. Leitura atenta do que acima se expôs, e a reflexão que induz, não permite, com a devida venia, que se chegue a outra conclusão, senão a de que a Execução Penal entre nós está jurisdicionalizada, e como tal, há de se extrair todos os consectários decorrentes do princípio declinado. **Necessário mencionar, por igual, que o Ministério Público; Conselhos Penitenciários (com as ressalvas devidas) também são omissos.**

A doutrina Jason Albergaria em *O Juiz da Execução Penal*, artigo publicado na Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária do Ministério da Justiça edição Imprensa Nacional, a. 1 n. 3, p. 41-57, de jan/jun-1994, afirma que:

A instituição do juiz de execução penal é uma das consequências da evolução da legislação penal, motivada pelo progresso das ciências criminológicas. O avanço da criminologia e das ciências sociais iria determinar a mudança da estrutura e funcionamento da administração penitenciária, notadamente quanto à substituição de seu caráter administrativo pelo seu caráter jurisdicional.

Adiante enfatiza:

1.2. Com a jurisdicionalização da execução penal, são protegidos os direitos da pessoa humana do preso. No Estado Democrático do Direito, a situação entre o Estado e o sentenciado não se define como situação de poder, mas como relação jurídica, com direitos e deveres para cada uma das partes, a qual terá sempre a proteção do órgão judiciário. Efetivamente, da sentença passada em julgado, emerge uma nova relação jurídica, em que o sentenciado não figura apenas como objeto de obrigação, mas, sobretudo, como sujeito de direitos subjetivo.

Interessante ressaltar a incursão que efetiva quanto à *reação de oposição à intervenção do órgão judiciário na execução penal*, consignando que,

[...] até agora tem sido manifesta a resistência à instituição do juiz da execução penal. Paradoxalmente, sua reação provém do próprio juiz e do diretor do estabelecimento penitenciário. O juiz não cumpre a obrigação de visitar mensalmente a instituição penitenciária o que afeta sua autoridade moral.

Examine-se, agora, o que estabelece a Constituição, quando, no que atine à problemática dos direitos dos presos, situação intimamente ligada à execução, enfatiza, em vários dos incisos (extraímos alguns) contidos no artigo 5º, *verbis*:

Art. 5º – Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

III – ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

XLV – nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;

XLVIII – a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado;

XLIX – é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral;

LXXV – o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença.

Em sede de Execução Penal, esta se encontra informada pelos mesmos princípios aplicáveis ao ordenamento jurídico-penal como um todo. Observando a legislação reguladora dos mandamentos contidos na sentença condenatória, sem dúvida, que dela se extrai as premissas às conclusões inarredáveis que se possam efetivar. O juízo de execução tem uma vasta gama de competências, o que se observa nos artigos 65 e 66 da LEP.

Como se pode ver, a presença do Juiz de Execução Penal transparece em todo e qualquer incidente que se efetive. Não apenas observamos os delineamentos a respeito das atividades de ordem administrativa, mas também, e acima de tudo, o que pertine ao aspecto jurisdicional. Saliente-se que em relação a todo e qualquer procedimento que se possa observar, a dinâmica quanto às providências jurisdicionais é objeto de precisa regulamentação, em que pese a concisão do legislador. A respeito vejam-se os artigos 194 a 197 da LEP.

Assim, em todos os momentos, o Juiz de Execução está presente, a fim de, com o procedimento adequado solver o problema que a execução, vier a suscitar. De tal forma, deve aplicar não apenas as disposições legais específicas, mas também, e acima de tudo, os Princípios contemplados no ordenamento jurídico, propiciando a que, com Calamandrei venha a dizer:

Senhor, queria ao morrer ter a certeza de que todos os homens que condenei (e aqui se diga: executei) morreram antes de mim, pois não posso pensar que fiquem nas prisões deste mundo, a sofrer **penas humanas** (destaque e grifo nosso), os que lá foram metidos por ordem minha.(diga-se aqui mantidos). Queria Senhor, que quando me apresentasse ao Teu Juízo, os encontrasse à Tua porta, para que me dissessem que os julguei com Justiça, segundo aquilo que os homens chamam Justiça, e se para com algum e sem dar por isso fui injusto, esse, mais do que outro desejaria encontrar ao meu lado, para lhe pedir perdão e para lhe dizer que nem uma só vez, ao julgar, esqueci de ser uma pobre criatura humana, escrava do erro; que nem uma só vez, ao condenar, consegui reprimir a perturbação da consciência, tremendo perante um ofício, que, em última instância, apenas pode ser Teu, Senhor!.

São as considerações que entendemos oportunas para destacar o relevante papel do Juiz na Execução da Pena. Acaso este se conscientize de sua competência, sem dúvida teremos, no porvir, o devido respeito aos Direitos Humanos consoante atrás aludimos.

15

O Processo de Execução Penal no âmbito da Justiça Militar. Criação das Justiças Militares. Competência para Julgar e as alterações trazidas pela Lei nº 13.491/17 e Lei nº 13.774/2018

Joel dos Passos Mello¹

-
1. Mestre em Direito Difusos e Coletivos. Especialista em Direito do Consumidor. Especialista em Direito Desportivo. Especialista em Direito Militar, formado pela Escola de Formação de Governantes (Ciências Políticas). Defensor militante na Justiça Militar Estadual e Federal. Presidente da Comissão de Direito Militar da OAB/SP e Vice-presidente da Comissão de Direitos e Prerrogativas da OAB/SP (2016/2018). Palestrante do Departamento de Cultura e Eventos da OAB/SP. Atualmente é Sócio fundador da banca Joel Mello Sociedade de Advocacia e defensor na Justiça Militar do Estado e da União. Advogado criminalista, professor de pós-graduação da FADISP, palestrante em diversas universidades. Procurador de Justiça do Tribunal de Justiça Desportiva – TJD/SP e Presidente da Comissão de Direito Militar da 160ª Subseção de Socorro/SP – OAB/SP. E-mail: juridico@joelmelloadvogados.com.br.

Introdução

A Carta Magna de 1988 consolidou a dilatação dos direitos e garantias individuais, porquanto trouxe ao Direito Penal e Processual Penal representações positivas. Na esfera da execução da pena, houve a materialização de princípios capitais, como o princípio da individualização da pena; da oposição à penalidades cruéis e desumanas; da diferenciação dos estabelecimentos penais conforme a natureza dos crimes, idade e sexo do condenado. O Direito Penal e Processual Militar, por sua vez, não prosseguiram no mesmo compasso e, por sua natureza, veta o aproveitamento de vários institutos vastamente aproveitados no Direito Comum.

O Direito Penal Militar e o Direito Processual Penal Militar compõem a hipótese de Direito Especial – consideram os sujeitos do delito e sua condição de militar. Sua aplicação compete ao órgão judiciário específico, a Justiça Militar, seja no domínio federal, seja no estadual, conforme as regras constitucionais e as legislações relacionadas à matéria. Por valer-se do princípio da especialidade, conforme disposto no art. 9º do Código Penal Militar, só é aplicado o Direito Criminal comum de forma acessória. O presente trabalho trata, de forma breve mas não rasa, sobre o Processo de Execução Penal no âmbito da Justiça Militar, sobre a competência para julgar, e as alterações que a Lei nº 13.491/17 e Lei nº 13.774/2018 trouxeram.

Processo de Execução Penal no âmbito da Justiça Militar

O art. 59 do CPM orienta sobre a execução da sentença aposta ao militar. A pena privativa de liberdade, seja reclusão ou de detenção, de até dois anos é modificada para pena de prisão e observada totalmente em quartel. O objetivo desta prática, nos casos de penas de curta duração, é buscar manter a dignidade e o status militar do sentenciado, visto que, nestes casos, não terá perdido seu posto ou graduação.

Para as penas privativas de liberdade maiores que dois anos, o sentenciado pode cumpri-las em penitenciária militar, no caso de ainda manter-se como militar da ativa. Só na falta da penitenciária militar é que este

será transferido para estabelecimento prisional civil (art. 61 do CPM), se estiver na condição de civil.

A execução da sentença na Justiça Militar da União cabe ao Juiz Auditor, conforme art. 588 do CPPM e art. 30, inciso XI, da Lei nº 8457/92 – LOJ-MU. É ele quem efetua a audiência admonitória (art. 610 do CPPM), além de fiscalizar o cumprimento das condições fixadas na sentença quando conferido o sursis (Instituto da Suspensão Condicional da Pena). A competência para fiscalizar sursitário, civil ou militar, é sempre do Juiz Auditor, de acordo com o art. 610 do CPPM e do art. 30, inciso XV da LOJMU.

O Juízo da Execução Penal comum apenas terá competência para deliberar sobre o condenado da Justiça Militar, quando este estiver recluso em estabelecimento submetido à jurisdição ordinária, conforme dita o parágrafo único do art. 2º da Lei de Execução Penal. Um condenado licenciado do serviço ativo das Forças Armadas, que possua sentença transitada em julgado, com benefício de sursis, e não recolhido à prisão submetida à jurisdição ordinária, não deve ser submetido à execução da pena pela Justiça Comum Estadual.²

No caso do sentenciado militar que persiste nesta situação, a execução da pena e qualquer incidente da execução é solucionado pelo Juiz-Auditor, até mesmo a suspensão condicional da pena. Quando o condenado é militar, e assume a condição de civil, seja durante o processo, ou durante a execução: se pena for suspensa, enquanto o processo ou execução está no STM, a inspeção pelo implemento das condições do sursis, cabe ao Juiz Auditor; se não foi suspensa a reprimenda, e transitada em julgado a sentença que conferiu pena privativa de liberdade, o civil (ex-militar) terá contra si emitida Carta de Guia para recolhimento em estabelecimento prisional civil, sendo que neste caso a execução cabe ao Juiz da Vara de Execuções Penais do Estado.

Conforme dissemos anteriormente, a Justiça Militar da União processa e julga os delitos militares determinados na lei, seja o militar, seja o civil. É

2. Recurso criminal nº 2004.01.007179-8/PR, relator Ministro Flávio de Oliveira Lencastre, Julgado em: 31 ago. 2004.

uma competência extensa, diferente da Justiça Militar Estadual, que pode processar e julgar somente policiais e bombeiros militares, não os civis.

O cumprimento da pena aposta ao civil, seja ele antes civil ou seja ex-militar, acompanha o previsto na legislação militar. Penas privativas de liberdade com até dois anos podem ser passíveis de sursis, caso sejam atendidas as condições legais. Já as penas superiores a dois anos são observadas em estabelecimento prisional comum, e ao sentenciado podem ser aplicados os regulamentos da LEP.

O sentenciado militar, quando em penas privativas de liberdade até 02 anos, seja em reclusão ou detenção, sua pena é convertida em prisão, nos termos do art. 59 do CPM, tendo que cumpri-la em quartel conforme seu posto e graduação, e podendo além disso ser favorecido pelo sursis.

O sentenciado civil, caso não seja favorecido com suspensão da pena, transitando em julgado, será expedido mandado de prisão e o mesmo será recolhido ao sistema prisional comum. Somente neste momento é que o mesmo poderá se valer, dos benefícios da LEP e do previsto na Lei nº 9.714/98 – Penas alternativas; pressupostos até o momento rebatidos pela Justiça Militar, com aval de modo inclusivo do STJ e do STF.

A competência do Tribunal do Júri na Justiça Militar

O Tribunal do Júri foi constituído pelo art. 5º, inciso XXXVIII, alíneas “a” a “d” da Carta Magna de 1988. Ele garante o direito fundamental coletivo e individual, a ele competindo o processo e julgamento dos crimes dolosos contra a vida, sendo avaliado como uma cláusula pétrea, visto estar situado no art. 5º da Constituição, de acordo com o art. 60, § 4º, inc. IV da CF88 (NUCCI, 2016, p. 437).

Também são instituídos os princípios da plenitude de defesa, do sigilo nas votações e da soberania dos veredictos no Tribunal do Júri (LIMA, 2019, p. 1372).

Existe a possibilidade de delitos não dolosos contra a vida serem julgados no Tribunal do Júri, desde que sejam ligados ou continentais entre si,

de acordo com o art. 78, inc. I do CPP. A Lei nº 13.491, de 13 de outubro de 2017, que modificou a competência do Tribunal do Júri para que tenha competência para o processamento e julgamento dos crimes dolosos contra a vida, e constituiu algumas circunstâncias singulares onde os militares das Forças Armadas devam ser julgados pela Justiça Militar da União. Esta mudança foi aplicada aos processos que estavam em andamento, até mesmo inquéritos que estavam tramitando na Justiça Comum, que foram enviados para a auditoria militar, e a todos os casos a partir de sua promulgação.

Como exemplo de circunstância específica, e para explicitar o conceito, temos: se o acusado de crime de estupro tiver crime conexo a crime de homicídio, a alçada de julgamento será a do Tribunal do Júri, conquanto o estupro não seja considerado com crime doloso contra a vida, mas contra a dignidade sexual (AVENA, 2017, p. 557).

Apreende-se que tribunal do júri possui competência para julgar os militares nos delitos de atentado contra vida de civil de natureza dolosa; e mesmo que o crime de estupro não seja categorizado como crime doloso contra a vida, a competência a ele se estende (AVENA, 2017, p. 557).

Ou seja, o Tribunal do Júri possui competência em julgar e processar os crimes dolosos contra a vida e os crimes conexos a estes, e não existe impedimento para que o legislador majore sua competência, porque, enquanto clausula pétrea, tão-só pode ser alterado para prolongamento do seu alcance (NUCCI, 2016, p. 62).

A Justiça Militar Estadual e a Justiça Militar da União

A principal diferença entre a Justiça Militar da União e a Justiça Militar dos Estados reside no fato de que a JMU pode julgar ainda aos civis que incorram em crimes militares, enquanto que a JME julga apenas militares estaduais que incorram em crimes militares, conforme os incisos I e II, do artigo 9º, do Código Penal Militar. Assis (2012, p. 10-11) ensina que:

A Justiça Militar Estadual tutela os valores que são caros para as Polícias Militares e Corpos de Bombeiros

Militares, a ela competindo processar julgar os crimes militares definidos em lei. desde que praticados por policiais e bombeiros militares. É uma competência criminal restrita, dela escapando os civis. Sua jurisdição limita-se ao território de seu Estado ou do Distrito Federal. Atualmente, conquanto a Constituição Federal preveja a possibilidade de os Estados criarem Tribunais Militares quando o efetivo de sua Polícia Militar ultrapasse o efetivo de 20.000 integrantes, somente três Estados: Minas Gerais, São Paulo e Rio Grande do Sul, possuem tribunais militares próprios.

A publicação da Lei nº 13.774/2018 trouxe importantes alterações na Lei de Organização da Justiça Militar da União (Lei nº 8.457/1992). Ela conferiu alçada ao juiz federal da Justiça Militar a fim de ajuizar de modo monocrático os delitos militares cometidos por civis. Também instituiu o julgamento singular, por juiz civil togado, nos casos onde o militar praticou crime militar tendo como coautor, coparticipante, a figura de um ou mais civis. Portanto, o crime militar com participação de civil no polo ativo será ajuizado de modo monocrático por juiz da Justiça Militar.

A Carta Magna de 1988 antecipa a criação dos Tribunais Militares Estaduais, mas apenas no caso de efetivo militar maior do que vinte mil integrantes. A criação dos mesmos é facultativa, mesmo quando os Estados preenchem estas condições. Por isso, somente três Estados do Brasil criaram Tribunal Militar: Minas Gerais, São Paulo e Rio Grande do Sul. A Magna Carta atesta que:

Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição. § 3º A lei estadual poderá criar, mediante proposta do Tribunal de Justiça, a Justiça Militar estadual, constituída, em primeiro grau, pelos juizes de direito e pelos Conselhos de Justiça e, em segundo grau, pelo próprio Tribunal de Justiça, ou por Tribunal de Justiça Militar nos Estados em que o efetivo militar seja superior a vinte mil integrantes (Constituição da República Federativa do Brasil. 1988).

Corrêa (1991, p. 17), sinaliza que mesmo anteriormente, as Justiças Militares Estaduais se estabeleceram, participando do Poder Judiciário, conforme normatiza a Constituição de 1946:

Também as Justiças Militares Estaduais tomaram-se componentes do Poder Judiciário, a partir da Constituição de 1946, já que seu art. 124 autorizava os Estados a organizar a sua justiça, e o seu inciso XII rezava que “a Justiça Militar estadual, organizada com observância dos preceitos gerais da lei federal (art. 5º nº XV. Letra f), terá como órgãos de primeira instância os conselhos de justiça e como órgão de segunda instância um tribunal especial ou o Tribunal de Justiça”. Assim, membros do Poder Judiciário, a Justiça Militar Federal e as Justiças Militares Estaduais passam a ser, efetivamente, aquela a começar de 1934, e estas de 1946, órgãos da Justiça brasileira, situações confirmadas nas Cartas Magnas de 1967 e 1988.

Deste modo, apenas três Estados instituíram Tribunal de Justiça Militar, com competência recursal para ajuizar recursos em segunda instância. Nos outros Estados, com efetivo militar menor do que vinte mil pessoas, e onde não há Tribunal de Justiça Militar, os recursos são julgados pelo próprio Tribunal de Justiça. Barreto Filho (2007, p. 137-138) ratifica afirmando que:

No Brasil, atualmente apenas 3 (três) Estados criaram os Tribunais de Justiça Militares, sendo Minas Gerais. São Paulo e Rio Grande do Sul, logicamente, onde o efetivo das polícias militares ultrapassa os vinte mil integrantes, na forma do artigo 125 § 3º da Constituição Federal de 1988. Tais tribunais têm competência recursal e julga os recursos em segunda instância. Nos demais estados, onde não foram criados os Tribunais em segunda instância, os recursos contra as sentenças proferidas pela Justiça Militar em 1º grau (denominadas Auditorias Militares), são julgados pelos próprios Tribunais de Justiça.

Barreto Filho (2007, p. 138) complementa ao sinalizar que, depois da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, o art. 125 da Constituição Federal

Brasileira de 1988, teve alterações, nomeadamente nos parágrafos terceiro, quarto e quinto, instituindo que, para atingir o efetivo estadual, é necessário somar o montante de policiais militares e bombeiros militares.

O Estado do Rio Grande do Sul foi o primeiro a criar a sua Justiça Militar Estadual. Garcia (2003, p. 17 apud ASSIS, 2012, p. 11), instrui que “no Rio Grande do Sul, a Justiça Militar existiu mesmo antes da Justiça Comum. Chegou a bordo das naus portuguesas que integravam a expedição militar de Silva Paes, em 1737”.

O autor continua (2012, p. 11), ao informar que a Justiça Militar do Rio Grande do Sul, com “seu Tribunal Militar criado em 1918 é o mais antigo Tribunal Militar do país”, enquanto o “o Tribunal Militar do Estado de São Paulo foi criado em 1937”.

Na era Vargas (1930-1945; 1950-1954) foi instituída a Justiça Militar no Estado de Minas Gerais, através da Lei nº 226 de 09 de novembro de 1937. A instituição começou com apenas um auditor e Conselhos de Justiça. A Câmara Criminal da Corte de Apelação (atual Tribunal de Justiça) realizava o julgamento em 2ª instância. Depois de nove anos, a Constituição da República de 1946 incluiu a Justiça Militar Estadual como órgão do Poder Judiciário dos Estados, e a Lei de organização judiciária do Estado de Minas Gerais reestrutura as Justiças Militares, através da criação do Tribunal Supremo de Justiça Militar, com sede em Belo Horizonte (ASSIS. 2012. p. 11).

É importante também sinalizar que a Justiça Militar da União e a Justiça Militar Estadual surgiram em contexturas diferentes: a JMU foi prevista pela Carta Magna em 1934, enquanto a JME foi normatizada apenas em 1946. Outro destaque é seu modelo, diferente de outros países: no Brasil a Justiça Militar é dividida em Justiça Militar Federal e Justiça Militar Estadual (ASSIS. 2012. p. 09).

O Direito Militar e os Tribunais Militares existem desde a vinda da Família Real Portuguesa para o Brasil, e portanto possuem um grupo de valores morais e históricos inestimável. O Superior Tribunal Militar e, por conseguinte, a Justiça Militar Brasileira, foi instituído com a vinda da Família Real Portuguesa ao Brasil, em 1º de Abril de 1808, através de resolução com força de lei, firmado pelo Príncipe-Regente D. João VI, com o

nome de Conselho Supremo Militar e de Justiça. É o mais antigo Tribunal Superior do país permanecendo há mais de 200 anos (ASSIS. 2012. p. 10).

A Justiça Militar da União é disposta pela Lei nº 8.457/92, que explicita como órgãos da Justiça Militar:

- I – o Superior Tribunal Militar;
- II – a Auditoria de Correição;
- III – os Conselhos de Justiça e;
- IV – os Juízes-Auditores e os Juízes-Auditores Substitutos.

Compete ao Superior Tribunal Militar, dentre outras imputações, processar e julgar Oficiais-Generais das Forças Armadas, nos delitos militares determinados na lei; a representação para determinar a indignidade de oficial ou sua incompatibilidade para com o oficialato e penalidades acessórias previstas pelo Código Penal Militar, além de pedidos de habeas corpus e habeas datas, quando permitido em lei.

O art. 112, II, da Constituição prevê a existência de Tribunais Militares, mas esses órgãos não foram criados, competindo ao STM agir como órgão de segunda instância no julgamento das apelações e recursos de decisões em primeiro grau.

A composição do Superior Tribunal Militar decorre diretamente do art. 123 da Constituição:

Art. 123. O Superior Tribunal Militar compor-se-á de quinze Ministros vitalícios, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a indicação pelo Senado Federal, sendo três dentre oficiais-generais da Marinha, quatro dentre oficiais-generais do Exército, três dentre oficiais-generais da Aeronáutica, todos da ativa e do posto mais elevado da carreira, e cinco dentre civis.

Parágrafo único. Os Ministros civis serão escolhidos pelo Presidente da República dentre brasileiros maiores de trinta e cinco anos, sendo:

I – três dentre advogados de notório saber jurídico e conduta ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional;

II – dois, por escolha paritária, dentre juízes auditores e membros do Ministério Público da Justiça Militar .

Na primeira instância estão os Conselhos de Justiça, constituídos por quatro Oficiais das Forças Armadas e pelo Juiz Auditor, Titular ou Substituto, de acordo com as normas de distribuição processual. A presidência do Conselho anteriormente competia ao Oficial de maior posto, jamais inferior a Major (Exército e Aeronáutica) ou Capitão de Corveta (Marinha).

Com advento da Lei nº 13.774/2018, os conselhos de justiça passam a ser presididos pelo juiz federal da Justiça Militar. O STM justificou a decisão, por ocasião do projeto, sinalizando que a mudança conferiria mais celeridade aos julgamentos, visto que se manteria um mesmo juiz na condução de todo o processo.

Os Conselhos de Justiça são constituídos conforme a Força que teve o bem jurídico lesado e de acordo com o posto ou graduação do réu: nas auditorias existem conselhos para a Marinha, Exército e Aeronáutica. Estes podem ser Permanentes ou Especiais. Os Conselhos Permanentes atuam ao processar e julgar as praças em geral e os civis. São formados, de acordo com o art. 16, II, da Lei nº 8.457/92, “pelo Juiz-Auditor, por um oficial superior (presidente), e por três oficiais de posto até capitão-tenente ou capitão.” A formação desse conselho se modifica trimestralmente, através de sorteio de novos militares para trabalharem como juízes.

Os Conselhos Especiais atuam processando e julgando os oficiais até o posto de Coronel (Exército e Aeronáutica) e Capitão de Mar e Guerra (Marinha). O art. 16, I, da Lei nº 8.457/92, define que o Conselho Especial é formado pelo “Juiz-Auditor e quatro Juízes militares, sob a presidência, dentre estes, de um oficial-general ou oficial superior, de posto mais elevado que o dos demais juízes, ou de maior antiguidade, no caso de igualdade”.

Os Conselhos Especiais são compostos conforme o posto ocupado pelo réu, visto que este não pode ser ajuizado por um inferior hierárquico, pois

esta situação poderia vir a desabonar a imparcialidade da decisão. Por isso os Conselhos permanentes alteram sua constituição conforme o posto ocupado pelo acusado.

Nos Conselhos de Justiça, compete ao Juiz-Auditor as atividades administrativas das Auditorias. Nos casos de atividade tipicamente judiciária, os Juízes-Audidores agem por si, em decisões de recebimento de denúncia, pedido de arquivamento, entre outras.

Algumas atividades são intrínsecas aos conselhos, como a indagação de testemunhas, interrogatório, determinação sobre prescrição e julgamento da causa. Nas decisões de direito concernentes ao colegiado e no julgamento do mérito da causa, os votos de todos os juízes, Militares e Auditor têm o mesmo peso.

Já a Auditoria de Correição, órgão de fiscalização, é desempenhada pelo Juiz-Auditor Corregedor, com abrangência nacional,

[...] cujas atribuições correcionais compreendem, fundamentalmente, o exame dos processos em andamento, dos livros e documentos existentes no juízo de primeiro grau, submetendo ao plenário do STM as irregularidades apuradas e correição.

A Lei nº 13.491/17 e os delitos militares por extensão

A publicação, no dia 16 de outubro de 2017, da Lei nº 13.491/17 originou expressiva alteração no ordenamento jurídico nacional, porque alterou o art. 9º do Código Penal Militar, responsável por sinalizar os critérios que definem os crimes militares.

Foram duas as modificações perpetradas pela Lei:

- alteração na redação do inciso II, do art. 9º, do Código Penal Militar;
- divisão do antigo parágrafo único em dois parágrafos.

É importante destacar que, antes na Lei nº 13.491/17, apenas eram considerados crimes militares aqueles tipificados no Código Penal Militar.

A escrita presente na Lei nº 13.491/17, inciso II, artigo 9º. passa a qualificar como crime militar não exclusivamente os previstos no Código Penal Militar, mas também os previstos pela legislação penal (Código Penal e legislação penal extravagante), quando praticados numa das situações descritas nas alíneas “a” a “f” do mencionado inciso.

Assim, os crimes militares deixam de ser somente aqueles que constam do Código Penal Militar; qualquer tipo penal existente no ordenamento jurídico passa a ser considerado, desde circunscripto às circunstâncias previstas nas alíneas do inciso II, do artigo 9º.

O artigo 9º do Código Penal Militar, que antes da Lei nº 13.491/17 possuía um parágrafo único, o qual arrolava que os crimes dolosos contra a vida civil, seriam de competência da justiça comum, sofreu alteração, passando a ter dois parágrafos. O § 1º não alterou substancialmente a redação do parágrafo único previsto antes; só deixou a redação mais clara: “Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos por militares contra civil, serão da competência do Tribunal do Júri”. O § 2º Por sua vez, apresenta uma alteração expressiva, porque amplifica as exclusões ao § 1º, quando constitui como sendo competência da Justiça Militar da União o processo e julgamento dos crimes dolosos contra a vida perpetrados por militares das Forças Armadas contra civil, quando realizados nas situações previstas nos incisos I a III desse parágrafo.

A nova redação dada ao artigo 9º do Código Penal Militar pela Lei nº 13.491/17, trouxe ao cenário jurídico a discussão sobre as mudanças realizadas no ordenamento jurídico, especialmente a “ampliação da competência da Justiça Militar”.

Com o advento da nova realidade normativa, presente desde a edição da Lei nº 13.491/17, é importante examinar a contribuição doutrinária em relação à empreitada de circunscrever os comportamentos e crimes por extensão, antes tratados no âmbito da justiça comum, aos tipos penais militares já existentes, antes de sua promulgação.

Fernando Galvão identifica uma aparência conflitante dos tipos penais incriminadores, nomeadamente a posse e tráfico de drogas. Ele sustém que a publicação da Lei nº 13.491/17 revogou o tipo penal incriminador

do art. 290 do CPM, imperando a partir de sua edição, os artigos 28 e 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006:

Com a mudança promovida pela Lei nº 13.491/2017, o argumento da especialidade não poderá ser mais utilizado e não é possível sustentar que as normas incriminadoras sejam compatíveis entre si. Realizada a conduta em qualquer das circunstâncias descritas nas alíneas do inciso II do art. 9º, do CPM, o que inclui realizá-la em local sujeito à administração militar (alínea “b”), o crime previsto na Lei nº 11.343/2006 será militar. Não se poderá sustentar a aplicação do art. 290 do CPM com base na especialidade, pois os crimes previstos na Lei nº 11.343/2006 também são militares. Também não é possível sustentar a aplicação do referido artigo com base em sua “específica” previsão típica de que a conduta deve ser realizada em local sujeito à administração militar, pois esta também é uma das circunstâncias caracterizadoras do crime previsto na Lei nº 11.343/2006.

No conflito aparente que se estabelece entre as normas incriminadoras militares dos arts. 290 do Código Penal Militar, arts. 28 e 33 da Lei nº 11.343/2006, deve prevalecer as disposições mais recentes da Lei nº 11.343/2006. A rigor, não se trata de um concurso aparente de tipos incriminadores, mas de saber que a previsão típica posterior revoga a previsão típica anterior.

Mas além de sinalizar que os tipos penais podem ser colidentes, é necessário inquirir sobre todas as possibilidades típicas, ou de modo mais circunspecto, quais possibilidade podem ser concebidas no estágio atual de discussão e assimilação da Lei. A ponderação permite identificar ao menos cinco probabilidades características para os crimes militares.

Existem, em primeiro lugar, os crimes militares cuja tipificação penal encontram-se apenas no CPM (inciso I do art. 9º do CPM). Este primeiro grupo não foi contrafeito pela nova Lei, porque não houve mudança nos dispositivos da Parte Especial e nem do inciso I do art. 9º do CPM. Os crimes de deserção (art. 187 do CPM) e abandono de posto (art. 195 do CPM) são exemplos desta primeira categoria de tipificação penal.

Contíguos desta primeira categoria estão os crimes que têm tipificação tanto no CPM quanto na legislação penal comum, mas apresentam no CPM um componente característico, substancial, pensado pelo legislador para tornar a descrição típica mais particular com foco na objetividade jurídica característica do quartel (inciso I do art. 9º do CPM). Para esta segunda categoria também não houve afetação, advinda da nova norma. É exemplo desta categoria de tipificação o crime de falsidade ideológica (art. 312 do CPM), o qual possui uma parte típica substancial redigida pelo legislador (“desde que o fato atente contra a administração ou o serviço militar”) a qual sinaliza que objeto jurídico que se deseja assegurar é específico, e distinto do Direito Penal comum (art. 299 do CP).

A terceira categoria incide naqueles tipificados com equivalência no CPM e na legislação penal comum, observando-se a descrição típica da norma primária, e entendidos pela primeira hipótese do inciso II do art. 9º do CPM, os quais se tornam crimes militares somente quando perpetrados em uma das condições das alíneas do inciso. Os crimes de homicídio simples (artigos 205 do CPM e 121 do CP) e de furto (artigos 240 do CPM e 155 do CP) exemplificam esta categoria.

Uma quarta categoria abrange os delitos cuja tipificação é análoga no CPM e na legislação penal comum, mas que, por algum motivo alheio ao controle do legislador, tornaram-se dessemelhantes. O crime de estupro e a corrupção passiva exemplificam delitos com esta categorização. O crime de estupro, na visão do legislador penal militar, seria um crime condito na categoria anterior, onde existe tipificação equivalente no CPM e na legislação penal comum: os artigos 232 do CPM e 213 do CP possuíam definição típica análoga mas, com a alteração causada pela Lei nº 12.015 (7 de agosto de 2009), o tipo penal comum sofreu alteração, diferenciando-se intrinsecamente do tipo penal militar, por conta de um olvido do legislador. Neste caso, os delitos devem permanecer compreendidos pelo inciso II do art. 9º, fiel ao legislador penal militar, em uma glosa teleológica. O crime de corrupção passiva, por sua vez, possui uma redação distinta no art. 308 do CPM frente à descrição do art. 317 do CP, onde consta o verbo “solicitar”. A diferença também é acidental, o legislador penal militar de 1969 não utilizou como parâmetro de comparação a redação da Parte Geral do CP

de 1940, mas sim o art. 357 do CP de 1969 – antes da publicação da Lei nº 6.016, de 31 de dezembro de 1973. A redação original do CP de 1969 não possuía o verbo “solicitar”, por isso a diferença entre o CPM e a legislação penal comum. Como o CP de 1969 foi revogado antes de entrar em vigor, houve esta dissonância entre os tipos penais comparados. Do mesmo modo o entendimento é que o delito deve ser abrangido pelo inciso II do art. 9º do CPM.

A última categoria é a dos crimes cuja tipificação está somente na legislação penal comum, sem binário ou proximidade com os tipos penais previstos no CPM. Esta é a alteração fundamental concebida pela Lei nº 13.491/17, a qual encerrou os crimes militares extravagantes, abarcados pela nova escrita do inciso II do art. 9º do CPM.

Conclusão

A LEP é muito importante para assegurar aos condenados e encarcerados, a manutenção de seus direitos garantidos, porque seu objetivo principal é a ressocialização do indivíduo: a lei é a consolidação do entendimento de que as penas de prisão não possuem simplesmente um sentido retributivo, mas principalmente oferecer condições de reintegração social de modo efetivo, garantindo o princípio da dignidade humana. A execução penal na Justiça Militar, do mesmo modo, procura manter a dignidade, os direitos e garantias do condenado, mesmo que de forma mais conservadora.

Por isso foi importante termos uma visão geral neste artigo sobre o Processo de Execução Penal no âmbito da Justiça Militar, suas principais diferenças frente ao processo na justiça comum, além de conhecer mais a respeito da competência para julgar, o Tribunal do Júri na Justiça Militar, os âmbitos estaduais e federal da Justiça Militar e suas alçadas de jurisdição, os delitos militares por extensão, crimes de co-autoria, e as demais alterações trazidas pelas Leis nº 13.491/17 e nº 13.774/2018.

Referências

- ASSIS, Jorge Cesar de. **A Lei nº 13.491/17 e a alteração no conceito de crime militar: primeiras impressões, primeiras inquietações.** Observatório da Justiça Militar Estadual. Disponível em: <https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/2018/01/18/a-lei-1349117-e-a-altera%C3%A7%C3%A3o-no-conceito-de-crime-militar-primeiras-impress%C3%B5es-primeiras>. Acesso em: jun. 2022.
- ASSIS, Jorge Cesar de, **Bases Filosóficas e Doutrinárias Acerca da Justiça Militar.** Escola Superior do Ministério Público da União. Disponível em: <https://escola.mpu.mp.br/publicacoes/boletim-cientifico/edicoes-do-boletim/boletim-cientifico-n-27-abril-junho-de-2008/bases-filosof-icas-e-doutrinarias-da-justica-militar1>. Acesso em: jun. 2022.
- ASSIS, Jorge Cesar de, **Crime Militar e Crime Comum. Conceitos e Diferenças.** Palestra proferida no Seminário de Direito Penal e Processual Penal Militar, organizado pela Escola Superior do Ministério Público de São Paulo e Corregedoria da Polícia Militar de São Paulo, realizado no dia 30.08.2004, no auditório da Associação Brasil Soka Gakkai Internacional, em São Paulo, SP. Disponível em: <http://jusmilitaris.com.br/sistema/arquivos/doutrinas/crimemilitarecomun.pdf>. Acesso em: jun. 2022.
- AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal.** 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.
- BARRETO FILHO, Jordelino Rodrigues. A história da justiça militar brasileira. In: **Águia: Revista Educacional da FENORD.** v. 03. 2013. Teófilo Otoni: FENORD, 2013. p. 133.
- CORRÊA, Univaldo. **A evolução de a Justiça Militar no Brasil – alguns dados históricos.** Extraído e adaptado de A Justiça Militar e a Constituição de 1988: uma visão crítica, Dissertação de Mestrado, UFSC, 1991, p. 517. Disponível em: <http://www.amajme-sc.com.br/livro/1-Univaldo-Correa.pdf>. Acesso em: jun. 2022.
- GALVÃO, Fernando. **Natureza material do dispositivo que amplia o conceito de crime militar e o deslocamento dos inquiridos e processos em curso na Justiça Comum para a Justiça Militar.** Observatório da Justiça Militar Estadual. Disponível em: <https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/2017/11/23/Naturezamat-erial-do-dispositivo-que-amplia-o-conceito-de-crime-militar-e-o-deslocamento-dos-inqu%C3%A9ritos-e-processos-em-curso-naJusti%C3%A7a-Comum-para-a-Justi%C3%A7a-Militar>. Acesso em: jun. 2022.
- LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal.** 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal.** 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- ROTH, João R. Delitos Militares por Extensão e a Nova Competência da Justiça Militar (Lei nº 13.491/17). **Jus Militaris.** Disponível em: <https://jusmilitaris.com.br/sistema/arquivos/doutrinas/artigoRothLeinova.pdf>. Acesso em: jun. 2022.

16

Panorama atual do cárcere no Brasil: dados e políticas públicas sob a perspectiva do Poder Judiciário

Ulysses de Oliveira Gonçalves Junior¹

-
1. Juiz Substituto em Segundo Grau da Seção Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Mestre em Direito Penal, Medicina Legal e Criminologia pela Universidade de São Paulo – USP. Membro Titular do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária do Ministério da Justiça e Segurança Pública. Juiz Coordenador do Departamento Estadual de Execuções Criminais – 1ª RAJ e Corregedor dos Presídios de São Paulo e da Grande São Paulo – 2016/2020. Autor de obras e artigos jurídicos.

Introdução e objeto

Independentemente do prisma que se analise, o Brasil possui uma das maiores populações carcerárias do mundo, marcada principalmente pela desigualdade social e pela reincidência. O processo penal não consegue nos elucidar os motivos. Afinal: por que prendemos tanto? Por que, mesmo prendendo, os crimes voltam a ser cometidos?

A ausência de dados – ou sua correta divulgação – talvez seja uma das causas desses e de outros problemas que enfrentamos na seara penal, como a crise do sistema carcerário, com consequente superlotação dos presídios.

Por isso a redação do presente trabalho. Visamos, por ele, trazer ao público mais interessado – e certamente um dos mais qualificados – dados de qualidade, para que, a um só termo, possamos aprender com a experiência, elaborar novas políticas públicas e *cumprir os desígnios do ordenamento jurídico* no que diz respeito à execução penal.

Para isso, traremos dados consistentes sobre o atual panorama do cárcere no Brasil. Os dados foram compilados de fontes oficiais, em especial do Sisdepen (Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional). Ato contínuo, sairemos da frieza dos dados concretos e mergulharemos na abstração da dogmática, passando pelos fundamentos da pena e pelos princípios da execução penal. No Hegeliano encontro do *Rio Negro e Solimões*, verificaremos que medidas concretas estão sendo tomadas para *aplicar a lei ao caso concreto* para, no fim, trazermos nossas considerações – e mesmo opiniões – sobre as *perspectivas do encarceramento e da execução penal no Brasil*.

Ciência e evidência

A ciência como método nos obriga a analisar a realidade. Por mais importantes – e necessárias – que as elaborações teóricas possam ser, sem o substrato no *real tudo se esvai*. Não seria diferente na criminologia e no *direito penal*, em especial, no *intenso debate sobre o panorama carcerário no Brasil*.

Dito isso, antes de analisarmos qualquer política pública ou a pena, seus fundamentos e sua execução, é necessário trazeremos à baila *números empíricos* sobre o estado de coisas, ou seja, uma fotografia sobre o cenário carcerário brasileiro. Quem é o preso, onde está e seu perfil social serão uma das perguntas que tentaremos responder.

Segundo dados do último Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias,² no último semestre de 2021, o número de encarcerados em celas físicas estaduais encontrava-se na ordem de 670.714 pessoas. Deste número, 326.243 encontravam-se em regime fechado; 124.481, em regime semiaberto; 20.241, em regime aberto; e 196.860, em prisão provisória. O Estado de São Paulo responde por cerca de 30% da população carcerária nacional (202.992), seguido de Minas Gerais (65.083), Rio de Janeiro (com 51.438), Pernambuco (44.526) e Rio Grande do Sul (34.270).

A taxa de aprisionamento nacional também é elevada, apesar da ligeira redução, quando analisada em números absolutos. Em 2019, verificou-se uma taxa de aprisionamento nacional na ordem de 359,40 a cada 100 mil habitantes. No ano seguinte, contudo, houve uma expressiva redução nos números, alcançando-se uma taxa de 317,67, a qual apresentou ligeiro aumento em 2021, com 318,58.³

Ainda assim, o Brasil permanece sendo um dos países com maior população carcerária do mundo, contando com déficit de 212.008 vagas do sistema prisional e possuindo a terceira maior população carcerária do mundo, em números absolutos, de acordo com o World Prison Brief.⁴

Temos, com isso, a primeira das constatações *objetivas e empíricas*: o Brasil – em especial o sudeste – prende muito, faltando, por vezes, infraestrutura para tanto.

2. SISDEPEN. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*. Período de julho a dezembro de 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen>. Acesso em: 01 jul. 2022.

3. Interessante anotar que, no Estado de São Paulo, apesar de elevada, a taxa de aprisionamento tem estado em constante decréscimo: em 2015, registrava-se uma taxa de 524,97, ao passo que, em 2021, passou-se a computar 436,56 presos a cada 100 mil habitantes.

4. Tais dados encontram-se disponíveis no site: <https://www.prisonstudies.org>.

Geografia, no entanto, não é o único fator a definir *quem é o preso brasileiro*. Talvez mais do que a unidade federativa em que reside, a desigualdade seja a sua maior característica: afinal, vale lembrar que 67,32% dos presos são pretos ou pardos e 41,74% encontram-se na faixa etária de 18 e 29 anos.⁵

Não só: o estudo “Diagnóstico de práticas de educação não formal no sistema prisional do Brasil”,⁶ elaborado pelo grupo *Educação nas prisões*, também demonstra que mais de 51% das pessoas presas não concluíram o ensino fundamental, 15% não possuem o ensino médio completo e apenas 0,5% apresentam educação superior completa. Apesar disso, verificou-se que somente 10,6% participam de atividades educacionais, sendo que desses, 9,6% encontram-se envolvidos em atividades de educação formal e apenas 1% em atividades educacionais complementares, como leitura, esportes e cultura.

Prende-se mais, portanto, quem menos estudou e quem integra grupos que foram histórica e socialmente desprivilegiados e marginalizados pelo Estado brasileiro.⁷

No mais, de acordo com levantamento realizado pelo Departamento de Pesquisas Judiciárias do Conselho Nacional de Justiça e o programa Justiça Presente, no relatório *Reentradas e reiterações infracionais – um olhar sobre os sistemas socioeducativo e prisional brasileiros*,⁸ 42,5% das pessoas, com mais de 18 anos, que tinham processos registrados em 2015, retornaram

5. SISDEPEN. Levantamento Nacional... op cit.

6. Diagnóstico de práticas de educação não formal no Sistema Prisional do Brasil. Grupo Educação nas Prisões. 2021. Disponível em: https://acaoeducativa.org.br/wp-content/uploads/2021/06/relatorio_educnasprisoes-2M.pdf. Acesso em: 02 jul. 2022.

7. DUARTE, Haroldo Pereira. *Educação Formal e Prevenção da Criminalidade: uma análise do caso brasileiro*. Dissertação apresentada à UFMG. 2010. Disponível em: https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUOS-9BDH2V/1/monografia_haroldo_educa_o_formal_e_preven_o_da_criminalidade_uma_an_lise_do_caso_brasileiro.pdf. Acesso em: 02 jul. 2022.

8. *Reentradas e reiterações infracionais – um olhar sobre os sistemas socioeducativo e prisional brasileiros*. CNJ, 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/Panorama-das-Reentradas-no-Sistema-Socioeducativo.pdf>. Acesso em: 03 jul. 2022.

ao sistema prisional até dezembro de 2019. O Estado do Espírito Santo é o que apresenta o maior índice de reincidência (75%), seguido de Piauí (59,1%), Santa Catarina (57,5%) e Rio Grande do Norte (56,4%).

Objetiva e imparcialmente se constata: a prisão, muitas vezes, não se torna um meio de ressocialização e reintegração do indivíduo à sociedade, mas um polo de atração, fazendo com que o preso sempre retorne e integre não a sociedade livre e pacífica, mas a alternativa e marginal *societas criminis*.⁹

Desta feita, não há como se olvidar que, de fato, o quadro revelado pelas estatísticas é preocupante e clama por reformas. Não proclamamos, no entanto, *reformas integrais* e a política de *terra arrasada*, posto que, como veremos mais tarde, em que pese o panorama apresentado, agentes do Poder Público têm implementado programas destinados à modernização do sistema prisional, o que nos garante, ou ao menos nos inspira, a ter esperanças.

A modernização deve vir acompanhada de seriedade e *cum grano salis*, a fim de se evitar a criação de novos problemas ainda não previstos.

A execução penal e a dignidade humana

Noutro giro, saímos – mas não esquecemos – do frio campo empírico para adentrarmos ao misterioso e intrigante mundo do *direito em tese* e da *vontade do ordenamento jurídico*.

Afinal, de pouco ou nada adianta falar dos cárceres e dos encarcerados sem falarmos da importante discussão existente acerca da finalidade da pena e, principalmente, do papel da execução penal na reintegração social do condenado.

9. O número de organizações criminosas atuando em presídios confirma isso. A omissão do Estado pode agravar o problema já que, muitas vezes, o indivíduo se vê forçado a integrar uma dessas organizações paralelas para se manter íntegro no sistema de reclusão. SANT'ANA, Rhaiza. *Organização Criminosas e Sistema Prisional*. 2015. Curitiba. UFPR. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/42465/115.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 05 jul. 2022.

Quando falamos em apenado falamos não de um processo, de um número ou de um uniforme: falamos do indivíduo que, após o trânsito em julgado, perdeu *temporariamente* algum de seus direitos, como a liberdade, parte do patrimônio e até mesmo seus direitos políticos.

E *individualização* é a palavra-chave: a pena só existe quando concretizada, quando *individualizada* a um indivíduo, em retribuição ao mal cometido, visto que, como bem assevera Júlio Fabbrini Mirabete, “a execução penal não pode ser igual para todos os presos – justamente porque nem todos são iguais, mas sumamente diferentes (...)”.¹⁰

Atendo-nos ao objeto de estudo, cabe realizar algumas ponderações acerca deste aspecto.

Afinal, ao invés do que muitos pensam, o papel do juiz não se encerra na condenação. Ao contrário, o julgamento, apesar de doloroso ao réu, é apenas o começo para o representante do Poder Jurisdicional do Estado, que agora terá que *determinar o cumprimento integral da pena de acordo com os princípios supramencionados*.

A execução penal é a etapa em que ocorre a concretização da pretensão penal executória, com o efetivo cumprimento da pena imposta por uma sentença penal, pautando-se na racionalidade, e não no primitivo espírito de vingança. Afinal, como bem salienta Anabela Miranda Rodrigues,

[...] ficou para trás o tempo em que o condenado à pena privativa de liberdade era despojado de todos os direitos, transformando-se em um objeto de uma relação especial de poder criada e mantida num espaço de não direito.¹¹

Esta mudança de paradigma tem, como um de seus principais marcos, a reforma penal de 1984, que reformulou a Parte Geral do Código Penal e

10. MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Execução Penal*. 12 ed. São Paulo: Atlas. 2014. p. 31-32.

11. RODRIGUES, Anabela Miranda. *Novo olhar sobre a questão penitenciária: estatuto jurídico do recluso e socialização, jurisdicionalização, consensualismo e prisão, projecto de proposta de lei de execução das penas e medidas privativas de liberdade*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 65.

instituiu a Lei de Execução Penal.¹² De certa forma, verificava-se um afastamento da concepção meramente formal da execução da pena em prol de uma visão mais humanista, voltada à reeducação e reinserção social. Esta era a percepção de Jason Albergaria, membro da comissão que idealizou o Projeto de Lei que deu origem à Lei de Execução Penal. Segundo ele,

[...] o objeto da execução da pena consiste na reeducação do preso e sua reinserção social. A prevenção especial da pena compreende a ressocialização do preso para evitar a reincidência. A moderna concepção da pena dá especial relevo aos fins da pena, sem desconsiderar a sua essência, a retribuição. A aparente antinomia entre prevenção e retribuição se resolveria com as teorias-margem ou teorias-conciliatórias. A pena adequada à culpabilidade deve deixar margem aos fins da pena.¹³

Ilustrando esse espírito, a LEP, em seu artigo 1º, já enuncia o que se tem como precípua objetivo da execução penal: “efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”. Visava-se, portanto, não só punir, como também “disponibilizar ao interessado as condições para que o homem enclausurado ou recém-libertado, em querendo, possa delas se aproveitar”,¹⁴ isto é, fazer cumprir tanto a execução eficaz da pena, como também garantir que essa execução seja realizada com observância ao devido processo legal e em respeito à dignidade da pessoa apenada.

Demais disso, é preciso pautar-se igualmente na legalidade e na humanidade, com vistas a se fazer cumprir a lei penal, mantendo-se a fidelidade às finalidades da pena vislumbradas pela legislação penal, sem que se incorra em excessos ou desvios ao seu modo de cumprimento, vislumbrando-se

12. Tais mudanças são comentadas com detalhamento na obra *Princípios Básicos de Direito Penal* (5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 62-78), de autoria de Francisco de Assis Toledo, presidente da Comissão de Reforma da Parte Geral do Código Penal de 1984.

13. ALBERGARIA, Jason. *Comentários à Lei de Execução Penal*. Rio de Janeiro: Aide, 1987. p. 9.

14. BRITO, Alexis Couto de. *Execução Penal*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 53.

uma execução da pena humana e responsável, observando-se tanto a justa cobrança de seus deveres, sem que se incorra em excessos, como também a plena observância aos direitos das pessoa do condenado.

Medidas efetivas

Os agentes da execução são os responsáveis por concretizar os *imperativos* legais da execução. Sabemos, no entanto, que a tarefa não é fácil: se logo a superlotação dos presídios vem à mente, não podemos nos esquecer também da falta de pessoal, do exacerbado formalismo da burocracia e da prática de excessos pelos agentes penitenciários.

Diante disso, surge a necessidade de um *agente imparcial*, capaz de mediar os conflitos entre os agentes e os apenados e, ao mesmo tempo, orientar ou coordenar políticas públicas destinadas aos presídios.

Por isso, é imperiosa a implementação de mecanismos de fiscalização pelos órgãos de execução, com vistas a compelir a administração a cumprir com os ditames legais, a fiscalizar o seu cumprimento e, notadamente, coibir excessos, desvios e ilegalidades. Eis o papel do Juiz Corregedor.

Esta atividade encontra-se prevista no rol do artigo 66 da Lei nº 7.210/84, que assim prevê:

Art. 66. Compete ao Juiz da execução (...) VII – inspecionar, mensalmente, os estabelecimentos penais, tomando providências para o adequado funcionamento e promovendo, quando for o caso, a apuração de responsabilidade; VIII – interditar, no todo ou em parte, estabelecimento penal que estiver funcionando em condições inadequadas ou com infringência aos dispositivos desta Lei (...).

A inspeção mensal dos estabelecimentos prisionais deve, além de permitir retratar fidedignamente o sistema, também deve constituir um termômetro que mede com precisão a temperatura de um ambiente em eminente ebulição, como é o prisional, marcado há muito pela condenável superlotação e pela ação de organizações criminosas.

Pese embora a LEP já determinasse a inspeção mensal, o Conselho Nacional de Justiça fez editar a Resolução nº 47, em 18 de dezembro de 2007, determinando aos juízes de execução criminal a realização pessoal de inspeção mensal nos estabelecimentos penais sob sua responsabilidade e a tomada de providências para seu adequado funcionamento, promovendo, quando for o caso, a apuração de responsabilidade.

Além disso, a normativa também estatuiu a necessidade de elaboração de relatórios sobre as condições do estabelecimento, os quais devem ser enviados à Corregedoria de Justiça do respectivo tribunal até o dia 05 do mês subsequente, sem prejuízo das imediatas providências para o seu adequado funcionamento. Em tais relatórios, deverão constar informações como a localização, destinação, natureza e estrutura do estabelecimento penal; os dados relativos ao cumprimento do disposto no título IV da Lei de Execução Penal; os dados relevantes da população carcerária e da observância dos direitos dos presos assegurados na Carta Magna e na LEP e as medidas adequadas para o funcionamento adequado do estabelecimento prisional. As atualizações deverão ser mensais, com indicação somente das alterações, inclusões e exclusões processadas após a última remessa de dados.

Esta atividade correcional penitenciária consubstancia-se na verdadeira vocação da Vara de Execuções Criminais, visto que frequentemente a ela são trazidos temas humanitários acerca da administração prisional, como a falta de assistência à saúde, pedidos de segurança ou de remoção de presos jurados de morte, sindicâncias para a apuração de morte de detentos e ocorrências graves em hospitais penitenciários. Outras providências, como a remoção de condenados, a contenção de surtos de doenças infecciosas, a averiguação de satisfatórias condições sanitárias e, notadamente, a apuração de práticas de tortura e maus tratos, também revelam-se necessárias para que se possa melhorar, ou ao menos minimizar, as precárias condições do encarceramento.

Nos casos que dão conta da prática de tortura e maus-tratos, por parte dos agentes prisionais, a prática exige que o Juiz Corregedor realize inspeção nas instalações do estabelecimento e proceda com as necessárias providências (*e.g.*, apreensão de instrumentos utilizados a prática de eventuais delitos, determinação de perícias – sobretudo médicas –, oitiva dos

envolvidos, determinação à autoridade prisional de afastamento imediato dos servidores penitenciários envolvidos, remoção de presos vítimas de torturas ou abusos para unidades em regime de medida preventiva de seguro pessoal, dentre outras) com a devida lavratura de termo para remessa imediata ao Ministério Público para apuração da responsabilidade.

Além da atuação da autoridade judiciária correccional, conta-se também com demais órgãos da execução, como o Ministério Público, a Defensoria Pública, as organizações da sociedade civil atuantes no sistema prisional e o Conselho da Comunidade.

Mas a execução penal não se encerra nisso. Por isso também integra a atividade correccional a adoção de práticas de reintegração social, representadas, principalmente, por programas de trabalho e educação com vistas a reduzir a vulnerabilidade social do apenado.

Nos últimos anos, diversos projetos tem sido encampados pelo Poder Judiciário e pelos demais atores da sociedade atuantes na execução penal. Não por acaso, no ano de 2009, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) instituiu, por meio da Resolução nº 96, o projeto “Começar de Novo”, com o intuito de fomentar ações que oferecem ao apenado a *possibilidade de*, querendo, receber educação, profissionalização e uma nova chance de mudar de vida, para melhor.

Em 2014, por exemplo, o Tribunal de Justiça de São Paulo, em parceria com o Governo do Estado, por meio da SAP e do Instituto Ação pela Paz, instituiu o Projeto Semear (Sistema Estadual de Métodos para Execução Penal e Adaptação do Recuperando). O projeto, fruto do consórcio de esforços dos Poderes Públicos e da sociedade civil, destina-se à ressocialização de presos e egressos do sistema prisional, por meio de atividades educacionais e laborativas.

Outro projeto de destaque é a ação criada pelo Juiz Márcio Umberto Bragaglia intitulada de “Reeducação do imaginário”. A medida surgiu quando o magistrado, responsável pela fiscalização dos presídios e pela corregedoria da unidade prisional do oeste de Santa Catarina, percebeu que os índices de reincidência estavam elevados, e que algo precisava ser feito para ensinar os presos a não mais delinquir.

Mas como fazer isso se, como vimos, muitos não possuíam sequer a chance de frequentar as escolas? Afinal, por esse mesmo motivo, muitos defendam que a melhor expressão não seja a ressocialização, pois, esta pressupõe a recuperação de alguém socializado, e o que se vê na prática é um enorme contingente de pessoas que estão à margem de uma sociedade que também não se destaca, infelizmente, pela prática da justiça social.

Logo, se não se cria um cidadão não se pode exigir dele atos próprios desse status e, em algum momento, o Estado haverá de incumbir-se de fazê-lo, só que no caso da pessoa custodiada, o fará de uma forma muitíssimo mais custosa à sociedade, prejudicada pelas vultosas perdas de patrimônio e da vida de seus concidadãos pela violência e pela criminalidade exacerbadas.

Dessa forma, o juiz elaborou um projeto *voluntário* de divulgação da cultura, em que, através da leitura de obras clássicas, mais edificantes e profundas, visam *emancipar o preso*, fazendo com ele mesmo *reflita sobre a culpa, sobre as consequências de seus crimes, sobretudo para suas vítimas*.

A medida enfrentou certa resistência: como ensinar Shakespeare, Goethe, Dante e Dostoiévski para quem possui pouco ou nenhuma educação formal? Com uma dose de confiança e otimismo: o projeto foi iniciado e os voluntários que, respeitada a formação e limitação intelectual, demonstrassem compreensão do conteúdo, poderiam ser beneficiados com a remição de quatro dias de suas respectivas penas.

Os resultados não poderiam ser melhores. O projeto fez sucesso, com expressiva redução da criminalidade e da reincidência na região.

Complementando a medida pioneira, em 2013, o CNJ, através da Recomendação nº 44, estabeleceu parâmetros objetivos sobre atividades educacionais complementares para fins de remição da pena pelo estudo e estabeleceu critérios para a admissão pela leitura.¹⁵

15. Em 2021, a matéria foi atualizada pela Resolução nº 391 de 10/05/2021.

Ou seja, temos o exemplo de uma política pública – uma das várias que podem ser adotadas pela sociedade e pelos órgãos da execução – eficiente, baseada na realidade *empírica*, e capaz de mudar um pouco para melhor a vida dos apenados, além de oferecer uma chance de integrá-los à sociedade.

Conclusões

Por mais que a criminalidade e a violência sejam problemas endêmicos num Brasil desigual, não é a retórica vazia ou a cólera *hepática* que resolverão nossos problemas sociais. É preciso refletir, crítica e racionalmente, acerca de institutos do Direito Penal, sempre pautando-se pela dignidade da pessoa humana. Neste artigo, verificamos que magistrados não negam os terríveis números já citados. Ao contrário, diversos juízes, órgãos e profissionais atuantes no sistema prisional lutam para mudá-los, criando, desenvolvendo e aplicando políticas públicas efetivas, capazes de, se não mudar o perfil do apenado, ao menos melhorar sua estadia e dar a ele condições de, num futuro próximo, reabilitar-se ao convívio social, capacitado e profissionalizado para os desafios do cotidiano e da vida comum.

Conhecer, tomar experiências e mudar para melhor. Como diz o adágio latino: *Scientia vincis*, vencerás pela ciência. Só assim poderemos caminhar para um Brasil melhor.

Referências

- ALBERGARIA, Jason. **Comentários à Lei de Execução Penal**. Rio de Janeiro: Aide, 1987.
- BRITO, Alexis Couto de. **Execução Penal**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019.
- DIAGNÓSTICO de práticas de educação não formal no Sistema Prisional do Brasil. **Grupo Educação nas Prisões**. 2021. Disponível em: https://acaoeducativa.org.br/wp-content/uploads/2021/06/relatorio_educnasprisoes-2M.pdf. Acesso em: 02 jul. 2022.
- DUARTE, Haroldo Pereira. **Educação Formal e Prevenção da Criminalidade: uma análise do caso brasileiro**. Dissertação apresentada à Universidade Federal de Minas Gerais. 2010. Disponível em: https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/BUOS-9BDH2V/1/monografia_haroldo__educa__o__formal_e_preven__o_da_criminalidade__uma__an_lise_do_caso_brasileiro.pdf. Acesso em: 02 jul. 2022.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Execução Penal**. 12. ed. São Paulo: Atlas. 2014. p. 31-32.

RODRIGUES, Anabela Miranda. **Novo olhar sobre a questão penitenciária**: estatuto jurídico do recluso e socialização, jurisdicionalização, consensualismo e prisão, projecto de proposta de lei de execução das penas e medidas privativas de liberdade. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

SANT'ANA, Rhaiza. **Organização criminosas e sistema prisional**. 2015. Curitiba. Universidade Federal do Paraná. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/42465/115.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 05 jul. 2022.

SISDEPEN. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. Período de julho a dezembro de 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/depem/pt-br/servicos/sisdepen>. Acesso em: 01 jul. 2022.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de Direito Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

Sistema carcerário brasileiro, jurimetria e análise preditiva

Hélcio de Abreu Dallari Júnior¹

*A justiça é a verdade em ação.*²

-
1. PhD em Ciências – Escola Paulista de Medicina – Universidade Federal de São Paulo/UNIFESP. Tutor para Gestão Social em Saúde – Banco Interamericano de Desenvolvimento/BID e Instituto Interamericano para o Desenvolvimento Econômico e Social/INDES (Washington, D.C. – U.S.A). Mestre em Direito do Estado – Faculdade de Direito – Universidade de São Paulo/USP. Especialista em Direito Constitucional – Escola Superior de Direito Constitucional de São Paulo. Parecerista ad hoc da Revista Jurídica da Presidência – Presidência da República do Brasil (Brasília – BRASIL). Membro Efetivo e Vice-Presidente da Comissão de Direito e Saúde da FECOMERCIO/SP. Membro Efetivo da Comissão de Jurimetria e Análise Preditiva da OAB, Seção São Paulo. Membro Efetivo e Coordenador de Estudos de Direito do Estado e Gestão Pública da Comissão do Acadêmico de Direito da OAB, Seção São Paulo. Membro Efetivo da Comissão do Advogado Professor da OAB, Seção São Paulo, Subseção de Pinheiros. Membro Efetivo e Vice-Presidente da Comissão de Direito Médico da OAB, Seção São Paulo, Subseção de Pinheiros. Membro do Conselho Deliberativo da Associação Beneficente Pró-Saúde Policial Militar do Estado de São Paulo – PRÓ-PM. Advogado parecerista inscrito na OAB, Seção São Paulo e membro da Sociedade Veteranos de 32 – M.M.D.C.
 2. *La justice est la vérité en action.* JOSEPH JOUBERT (1754 – 1824), Pensamentos, XV. In: RÓNAN, Paulo. *Dicionário Universal Nova Fronteira de Citações.* Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985. p. 525.

Um dos grandes desafios brasileiros em matéria de direitos humanos está relacionado ao problema do sistema carcerário. A questão é tão séria que acabou sendo objeto de Comissões Parlamentares de Inquérito na Câmara dos Deputados com a finalidade de investigar a realidade do sistema carcerário brasileiro, com destaques para a superlotação dos presídios, custos sociais e econômicos destes estabelecimentos, a permanência de encarcerados que já cumpriram a pena, a violência dentro das instituições do sistema carcerário, corrupção, crime organizado e as suas ramificações nos presídios e a buscar soluções para o efetivo cumprimento da Lei de Execução Penal – LEP.

O que se observa nos trabalhos e relatórios de tais Comissões Parlamentares de Inquérito é que o tema é bastante complexo, sendo marcado por dados sobre a violência extremamente genéricos e pontuais, que causam grande impacto ao leitor. Neste sentido, muitos analistas sobre o assunto restringem suas palavras a uma identificação numérica deveras limitada, principalmente relacionada ao déficit de vagas dentro do sistema. Porém, o caso é muito mais desafiador.

Primeiramente devemos buscar obter um amplo e real conhecimento sobre a violência e criminalidade no Brasil, particularizando quais práticas delitivas ocorrem comumente em cada unidade de nossa Federação, quais são suas causas e quais medidas locais foram aplicadas em busca de um efetivo combate.

Vale destacar que as origens destes problemas encontram-se em múltiplos fatores, dentre os quais destacam-se: socioeconômicos (pobreza, miserabilidade e agravamento das desigualdades sociais); institucionais (insuficiência e inexistência da presença do Estado em diversas localidades); culturais (falta de integração social diante da enorme diversidade cultural brasileira e banalização da violência na mídia em geral); demográficos (concentração da população brasileira na faixa litorânea e em algumas metrópoles com superpopulação); e geopolíticos (desenvolvimento de uma vasta rede globalizada de práticas criminosas).

Em oposição a esta situação caótica, deveríamos ter uma postura mais firme do Estado, de enfrentamento das aflições sociais com políticas

públicas econômicas menos experimentais e menos descoordenadas, tendo as suas atenções voltadas para resultados mais eficientes.

Em um primeiro momento, muitos analistas do Direito diriam que esta tarefa é fantasiosa e de impossível realização, por inexistência de qualquer mecanismo útil e exequível.

Todavia, existem mecanismos viáveis para tal execução.

O primeiro deles vem a ser a Jurimetria,³ um método quantitativo que associa dados e conhecimentos de Direito e Estatística, num exercício de lógica empregado ao mundo legal, discutindo fatos, evidências e provas, combinadas a inferências e avaliações de hipóteses com bases científicas. Partindo deste raciocínio realista e pragmático, captando fundamentos essenciais do conjunto de lógicas jurídicas, pode-se determinar regras formais garantidoras de argumentação válida a serem consideradas e aplicadas.

E aliada à Jurimetria, devemos ter a interação com a Análise Preditiva, que vem a ser a técnica metodológica de aperfeiçoamento de levantamento de dados com constante reformulação do exame de padrões rotineiros passados e presentes, para identificar possíveis atuações futuras mais adequadas, tentando minimizar riscos e aumentando oportunidades mais favoráveis. A análise das probabilidades ajuda na determinação de processos organizacionais em grande escala nas mais diversas áreas de operação governamental.

O uso conjunto da Jurimetria e da Análise Preditiva, mecanismos ainda muito desconhecidos, inclusive pelo meio acadêmico-científico brasileiro, deveria ser firmado como primordial à melhor consecução de políticas públicas.

3. As primeiras identificações sobre Jurimetria (ainda sem esse nome) são relacionadas ao matemático suíço Nicolau I Bernoulli, em sua tese de doutorado *De usus artis conjecturandi in jure*, publicada em 1709, sob o título *The use of the art of conjecturing in law*. O termo Jurimetria foi inventado pelo advogado norte-americano Lee Loevinger, em um artigo publicado em 1949, sob o título *Jurimetrics: the next step forward*, publicado pela Minnesota Law Review. De autoria de Loevinger, também se destacam os seguintes materiais que reforçam ainda mais a ideia de Jurimetria: *Law and science as rival systems*, pela University of Florida Law Review, em 1966; *Science as legal evidence*, pela Interdisciplinary Science Review, em 1995; e *The distinctive functions of science and law*, pela Cosmos Club Journal, em 1999.

O conjunto de dados levantados continuamente deveria ser analisado e triado para formatação do que se constitui como *Big Data*.⁴ A ferramenta *Big Data* oportuniza uma abordagem consistente no tratamento abrangente de dados, agregando grandes volumes, velocidade acelerada, variedade e diversidade de informações com veracidade, trazendo valores indiscutíveis às reflexões governamentais.

Saliente-se que estes mecanismos informatizados não são de aplicação cega, qual seja, demandam a observação e a tomada de decisão racional dos agentes públicos que, de acordo com nosso ordenamento jurídico, são os responsáveis pela ação pública.

Jurimetria e Análise Preditiva também fariam total diferença também no campo legislativo. De modo geral, nossos legisladores atuam na base da experimentação, ou seja, leis são feitas muitas vezes aleatoriamente, sem grandes embasamentos, com muitos “achismos”. Leis devem ser feitas com maior assertividade. Seus resultados quase nunca são avaliados posteriormente e, quando são, são feitos tardiamente com alterações ainda mais tardias. Esta lentidão legislativa faz com que nossas leis sejam ultrapassadas em relação à realidade.

Órgãos de segurança pública, Ministério Público e Poder Judiciário deveriam ser mais bem aparelhados com mecanismos de Jurimetria e Análise Preditiva de maneira integrativa, posto que todos têm o crime organizado como um inimigo em comum.

E, mais diretamente, a Jurimetria e a Análise Preditiva nunca foram mencionadas na reconstrução de nosso sistema carcerário. Neste ponto também agimos com atraso, norteados por “achismos” e experimentalismos.

4. “Big Data is high-volume, high-velocity and/or high-variety information assets that demand cost-effective, innovative forms of information processing that enable enhanced insight, decision making, and process automation”. Disponível em: <https://www.gartner.com/en/information-technology/glossary/big-data>. Acesso em: 10 jul. 2022. Em nossa tradução livre: “Big Data são ativos de informações de alto volume, alta velocidade e/ou alta variedade que exigem formas econômicas e inovadoras de processamento de informações que permitem insights aprimorados, tomada de decisões e automação de processos”.

Atualmente, ao analisarmos as informações e os dados das Comissões Parlamentares de Inquérito do sistema carcerário brasileiro já realizadas, estamos observando uma realidade passada. Os problemas do sistema carcerário não são imutáveis, qual seja, já se modificaram. Assim, os trabalhos dessas CPIs guardam apenas utilidade histórica, já estão defasados.

A realidade da violação dos direitos dos presos ainda ocorre, mas precisamos ter um retrato fiel dos nossos dias com subsequente abastecimento de um *Big Data* do sistema carcerário nacional integrado para atuações públicas. Problemas de infraestrutura, higiene, saúde, vestuário, alimentação, assistência jurídica, assistência educacional, assistência social, assistência religiosa, superlotação e trabalho devem ser contabilizados.

E, sobre a gestão do sistema carcerário, um ponto seguidamente ignorado diz respeito à realidade vivida pelos agentes penitenciários: formação inadequada, falta de infraestrutura, falta de assistências múltiplas (material, psicológica, jurídica, religiosa, dentre tantas), rebeliões e violência.

Por fim, também deveríamos nos ater ao desenvolvimento de melhor cooperação internacional no setor de logística e inteligência, até mesmo para implementação estratégica e aplicação dos mecanismos de Jurimetria e Análise Preditiva em quatro frentes: prevenção, repressão, recuperação e reinserção.

Diante das colocações aqui expostas, temos a nitidez de que muitas coisas precisam ser feitas. Precisamos de maior agilidade e responsabilidade na busca de soluções do nosso sistema prisional. Para tanto, o conhecimento científico da Jurimetria e da Análise Preditiva farão toda a diferença, afinal, o foco da ciência é prever, e não apenas compreender.

18

Aspectos atuais da imputabilidade penal e da medida de segurança no Brasil

Breno Montanari Ramos¹

1.

Introdução

As medidas de segurança aplicam-se aos inimputáveis e semi imputáveis (que não são inteiramente capazes ou são inteiramente incapazes de entender o caráter ilícito do fato), fundamentadas na periculosidade do agente, tendo a finalidade essencial de prevenir a reincidência da ação criminosa, assistindo o autor, custodiado, em seu tratamento. Esta prevenção é centralizada na cessação da periculosidade, obtida após o tratamento que se faça necessário, para permitir que o agente retorne ao convívio social isento dos impulsos que ocasionaram o(s) ato(s) delitivo(s).

Conceito

A medida de segurança tem por finalidade a cessação da temibilidade do agente, de tal forma que este não volte a delinquir. Para que seja aplicada, faz-se necessária a observância da periculosidade criminal do agente, exteriorizada a partir do delito praticado sendo, neste sentido, o simples perigo para os outros ou para a própria pessoa e não o conceito de periculosidade penal, limitado à probabilidade da prática de crimes. Em tese, não é considerada pena, que é uma sanção baseada na culpabilidade do agente, inexistente no caso da insanidade mental, mas fundamentada na periculosidade do agente.

Existem três sistemas no direito brasileiro quanto à aplicação das medidas de segurança.

O Sistema Dualista, mais denominado Duplo Binário, que propunha a vinculação da pena à culpabilidade e da medida de segurança à periculosidade, permitindo a imposição cumulativa da pena e da medida de segurança, que foi abolido no Código Penal Brasileiro de 1940.

O Sistema Monista, que conjuga três tendências: 1) Absorção da pena à culpabilidade e à medida de segurança; 2) Absorção da medida de segurança pela pena; 3) Unificação das penas e das medidas de segurança em outra sanção distinta, com duração mínima proporcional à gravidade do delito e máxima indeterminada, sendo a execução ajustada à personalidade do delinquente e fins de readaptação social.

Por fim, o Sistema Vicariante, usado atualmente no nosso Código Penal a partir da reforma de 1984. É uma variante do sistema dualista, determinando a aplicação de pena reduzida, de um a dois terços, ou medida de segurança aos semi imputáveis, não podendo haver cumulação entre ambas.

Embora a natureza das medidas de segurança não seja propriamente penal, por não possuir um conteúdo punitivo, o ato é, formalmente, penal, sendo as medidas impostas e controladas pelos juízes penais. Algumas diferenças devem ser consideradas entre pena e a medida de segurança. A pena, dividida entre privativa de liberdade e restritiva de direitos, tem a finalidade principal de punir o agente da infração penal e, por consequência, prevenir que cometa novamente o ato ilícito, de uma forma subjetiva, pois o impedimento é a própria consciência do agente, a moral e o medo de ser punido novamente (aspectos retributivos e preventivos da pena).

As medidas de segurança, inversamente, têm o fito principal de prevenir que o agente repita a infração penal, sem nenhum caráter punitivo. A prevenção é objetiva, sendo o agente submetido a internação, tratamento psicológico ou tratamento ambulatorial, com medicamentos específicos para cada caso, com a finalidade de cessar a temibilidade e a periculosidade do agente (aspecto essencialmente preventivo).

Um tratamento médico e mesmo a custódia psiquiátrica não poderiam ser considerados “atos penais” na medida em que sua natureza nada tem a ver com a pena, da qual diferencia por seus objetos e meios. Mas os controles formalmente penais impostos limitam as possibilidades de liberdade da pessoa, impondo o cumprimento das medidas de segurança nas condições previamente fixadas, estabelecidas pela lei, cuja execução deve ser submetida aos juízes penais.

Aplicação das medidas de segurança

Não há aplicação de medidas pré-delitivas por razões de segurança jurídica sendo necessária a ocorrência de fato punível, embora, em tese, a periculosidade do agente ocorra independentemente da prática do ato. Não pode, também, ser presumida, e sim comprovada. Sua aferição implica em

dois momentos distintos: o primeiro, consistindo na comprovação da qualidade sintomática de perigo, se define como diagnóstico da periculosidade, e o segundo, analisando a comprovação da relação entre a qualidade e o futuro criminal do agente, define a prognose criminal.

Modalidades

No código penal atual existem duas modalidades de medidas de segurança, a internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico e o tratamento ambulatorial. A internação em hospital de custódia e tratamento constitui a modalidade detentiva, destinam-se obrigatoriamente aos inimputáveis que tenham cometido crime punível com reclusão e facultativamente aos que tenham praticado delito cuja natureza da pena abstratamente cominada é de detenção (Art. 97).

O tratamento ambulatorial e medida de segurança *restritiva*, introduzida como inovação na reforma de 1984. Nesta modalidade, são dispensados cuidados médicos à pessoa submetida a tratamento que não implica internação, havendo necessidade de comprovar o tratamento nos dias determinados pelo médico. Destina-se aos inimputáveis cuja pena privativa de liberdade seja de detenção e aos semi imputáveis, na mesma situação.

A medida de segurança só pode ser executada após o trânsito em julgado da sentença, não podendo ser imposta de forma provisória, conforme previsto no Art. 84 do Código Penal de 1940. O prazo mínimo de duração é de um a três anos (Art. 97, § 1º, e 98, CP), invariável, qualquer que seja o delito praticado.

Na aplicação da medida o critério usado é o da periculosidade do agente, não mais estando relacionado, como ocorria na legislação de 1940, com a quantidade da pena privativa de liberdade cominada ao delito, embora haja projeto nesse sentido. Até o presente momento vale o previsto no Artigo 97, § 1º do Código Penal, de que a internação e o tratamento ambulatorial serão por tempo indeterminado, perdurando enquanto durar a periculosidade, que se verificará com a perícia médica.

Essa indeterminação do prazo para duração das medidas de segurança pode ser considerada inconstitucional uma vez que contraria a proibição de penas perpétuas. Essa analogia, contudo, é contestável, uma vez que medida de segurança não é pena, embora, na prática funcione como tal. As medidas de segurança visam eliminar a periculosidade do agente e, enquanto esta durar, subsistirá a medida de segurança a fim de que seja resguardada a paz social. Não se afasta a hipótese da medida de segurança se prolongar pela vida toda.

Exame de verificação da cessação de periculosidade

O Código Penal estabelece que a perícia médica para certificação da cessação da periculosidade será realizada ao fim do prazo mínimo fixado e deverá ser repetida de ano em ano, ou a qualquer tempo, se assim decidir o juiz da execução, que pode determinar, *ex officio*, a repetição do exame a qualquer tempo, desde que decorrido o prazo mínimo. Pode ser realizado, também, excepcionalmente, mediante provocação do interessado, seu procurador ou defensor – mas nunca de ofício.

Assim que realizado, o exame deve ser remetido ao juiz pela autoridade administrativa competente, em forma de minucioso relatório instruído com laudo psiquiátrico, em virtude de ser o diagnóstico da periculosidade tarefa difícil e imprecisa. Se comprovada a cessação da periculosidade, o juiz da execução determinará a revogação da medida de segurança, com desinternação - na hipótese de internamento – ou liberação – em caso de tratamento ambulatorial – do agente em caráter provisório, aplicando ao benefício as condições próprias do livramento condicional.

Medida de segurança substitutiva

De acordo com o Artigo 98 do Código Penal, nos casos de semi imputabilidade, desde que o condenado necessite de tratamento curativo especial, poderá o juiz aplicar medida de segurança em substituição à aplicação da pena reduzida. Para que seja feita a substituição, é necessário que,

primeiramente, seja determinada a pena privativa de liberdade, para só depois dar lugar à medida de segurança, decisão que fica, inteiramente, a cargo do juiz. Uma vez extinta a punibilidade, não se impõe medida de segurança nem subsiste a que lhe tenha sido imposta. O prazo prescricional é o mesmo das penas que seriam impostas, de acordo com os Artigos 109 e 110 do Código Penal.

Situação no Estado de São Paulo

No Estado de São Paulo existem três Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico, o Hospital “Professor André Teixeira de Lima”, de Franco da Rocha, seu anexo Hospital de Desinternação Progressiva, e o Hospital de Custódia de Taubaté. Devido às denúncias ocorridas em 1988, do total abandono pela escassez de recursos humanos, impossibilitando o atendimento mínimo aos pacientes (faltavam médicos, psiquiatras, psicólogos, assistentes sociais, entre outros profissionais), alguns setores da sociedade civil mobilizaram-se junto aos Poderes Executivo e Judiciário tentando reverter aquele cenário. Constatou-se que este abandono acontecia, sobretudo em função da exclusão do hospital do Sistema Único de Saúde, como já era de direito pela Constituição Federal. Em caráter de urgência, houve a integração do Hospital ao SUS, porém sem credenciamento de seus leitos.

Com a integração e após tais denúncias, o Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico Professor André Teixeira de Lima conseguiu melhorar a assistência prestada aos pacientes, tornando o tratamento mais humanizado. Um dos resultados dessa integração ao SUS possibilitou, por exemplo, o processo de supervisão institucional por equipes, desencadeando maior envolvimento dos profissionais da instituição tendo como fio condutor o tratamento e a assistência aos pacientes. Foram incluídos projetos terapêuticos como o Tantan Club, “pichações” terapêuticas, olimpíadas esportivas, exposições e teatro, entre outros.

Este novo paradigma de atenção ao paciente em medida de segurança nesta instituição possibilitou também o início da inclusão social de pacientes. Acredita-se que a abertura gradativa do Hospital favoreceu para que a

sociedade, mesmo em um universo restrito à cidade de Franco da Rocha, passasse a ter uma visão menos estigmatizada. Os resultados satisfatórios apresentados incentivaram alguns profissionais a darem continuidade a esse processo de humanização. Em 1988, foi implantada a Colônia de Desinternação Progressiva e pacientes em medida de segurança passaram a ter autorização, por exemplo, para visitar seus familiares, trabalhar fora do Hospital e fazer compras na cidade.

A repercussão da Colônia de Desinternação foi de tal ordem que, em 1998, recebeu o Prêmio Franz de Castro da OAB - Ordem dos Advogados do Brasil/SP, por ocasião da comemoração do 50º Aniversário da Declaração dos Direitos Humanos no Brasil.

No III Encontro Nacional de Hospitais de Custódia, realizado em São Paulo, em abril de 1999, outro avanço significativo se deu na criação de uma identidade jurídica com comissão técnica permanente, regimento interno e membros eleitos por aclamação. Neste mesmo ano, em dezembro, foi firmada parceria com a Universidade Cruzeiro do Sul, situada em São Paulo, com o objetivo de aproximar a academia e o corpo discente, visando a promoção de ações que pudessem ampliar medidas terapêuticas de ressocialização e inclusão. Há 10 anos, portanto, alunos e professores de vários cursos desta universidade têm participado de atividades intra e extra muros, o que possibilitou, por exemplo, a criação do Projeto de Acompanhamento Terapêutico que passou a atender pacientes com mais de 10 anos de internação, sem respaldo familiar e com quadros crônicos. Esse Projeto, de autoria de Margarida Mamede, recebeu recentemente, em 12 de dezembro de 2009, o Prêmio Madre Cristina, promovido pelo Conselho Regional de Psicologia de São Paulo, por ter sido considerado inovador dentro das práticas terapêuticas que a sociedade e a cultura atuais exigem.

Apesar destes avanços, e de algumas mudanças ao longo desses anos, a luta pela inserção dos pacientes em medida de segurança na rede de saúde mental do país continuou. Cuidar de uma população duplamente estigmatizada, qual seja, a de loucos e de infratores, mesmo com todas as conquistas advindas dos movimentos da reforma psiquiátrica, tem, ainda, se mostrado um trabalho desafiador.

No III Encontro, de 1999, a Carta de São Paulo trouxe as seguintes propostas: a) Que o Hospital de Custódia deve ser espaço de acolhimento e não de abandono; b) Na área jurídica deveria haver a criação de vara específica para medida de tratamento, a exclusão da periculosidade presumida e a fixação de prazos mínimos e máximos para a medida de segurança, vislumbrando o anteprojeto da Comissão Especial da Reforma da Lei das Execuções Penais; c) Os portadores de transtornos mentais deveriam ter direito à visita íntima; d) Integração definitiva de todos os hospitais de custódia ao SUS.

Ainda nesse III Encontro, representantes do Rio de Janeiro mostraram o trabalho desenvolvido no Hospital Henrique Roxo, onde foi criada a moradia para pacientes sem suporte social. Esta iniciativa pode ser entendida como a premissa para a criação das residências terapêuticas, que oficialmente passaram a existir a partir da Portaria/GM nº 106/2000. Nesta época, aquele Estado também estava integrado ao SUS.

Em 2001, foi promulgada no Brasil a Lei Federal nº 10.216, mais conhecida como a Lei da Reforma Psiquiátrica, mas os hospitais 60 de custódia não foram citados com clareza, embora se possa interpretar que eles estão devidamente incluídos a partir dos Artigos 3º e 5º, que afirmam:

Artigo 3º: “É responsabilidade do Estado o desenvolvimento da política de saúde mental, a assistência e a promoção de ações de saúde aos portadores de transtornos mentais, com a devida participação da sociedade e da família, a qual será prestada em estabelecimento de saúde mental, assim entendidas as instituições ou unidades que ofereçam assistência em saúde aos portadores de transtornos mentais.”

Artigo 5º: “O paciente há longo tempo hospitalizado ou para o qual se caracterize situação de grave dependência institucional, decorrente de seu quadro clínico ou de ausência de suporte social, será objeto de política específica de alta planejada e reabilitação psicossocial assistida, sob responsabilidade da autoridade sanitária competente e supervisão de instância a ser definida pelo Poder Executivo, assegurada a continuidade do tratamento, quando necessário.”

Em 2003 houve a criação do Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário, promulgado por ação conjunta dos Ministérios da Saúde e da Justiça prevendo a inclusão da população penitenciária no SUS e os hospitais de custódia foram contemplados como unidades básicas. Entende-se que, com isso, a qualidade do tratamento prestado aos pacientes internados nos HCTPs continuou precária. O Artigo 8º do Plano afirma que estes hospitais serão beneficiados pelas ações previstas nesta portaria e “em função de sua especificidade, serão objetos de norma própria”. No entanto, até o momento essas normas não foram criadas e este é um dos motivos que leva à reflexão sobre a necessidade de se reunir experiências exitosas que vêm se desenvolvendo Brasil afora, de modo que se possa, finalmente, transformar realidade tão inóspita. Por exemplo, se há 12 anos a Colônia de Desinternação Progressiva foi considerada um avanço, hoje pode ser entendida como um modelo que precisa de revisões, ou mesmo que deveria ser substituído, uma vez que a legislação atual em Saúde Mental preconiza o atendimento ambulatorial, mesmo para os pacientes submetidos à medida de segurança.

Em 2008 o Ministério Público Federal, via Procuradoria da República no Estado de São Paulo, promoveu reuniões com o objetivo de acompanhar a execução do Plano Nacional de Saúde do Sistema Prisional em São Paulo. Nelas estavam representantes da Secretaria de Estado da Saúde, da própria Secretaria de Administração Penitenciária/SP, da Corregedoria dos Presídios, da Pastoral Carcerária, da Associação Juízes pela Democracia, do Conselho Estadual de Saúde, da Defensoria Pública, do Conselho Penitenciário do Estado, do GT do Sistema Prisional da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão e da Área Técnica de Saúde no Sistema Penitenciário, do Ministério da Saúde.

Nestas reuniões foram estabelecidas metas para o cumprimento da utilização dos recursos do SUS priorizando a agilização por parte do Conselho Estadual de Saúde. Ao final dos encontros houve o consenso entre todas as entidades representadas que o SUS e a rede de atenção à saúde

mental devem se responsabilizar pelo tratamento da pessoa submetida à medida de segurança.

No início de 2009 estabeleceu-se parceria com juízes corregedores responsáveis pelas medidas de segurança no Estado de São Paulo e uma das primeiras medidas tomadas foi a realização de mutirão, na tentativa de avaliar a situação de pessoas já submetidas à medida de segurança que estavam nos presídios aguardando vaga nos HCTPs. De cerca de 700 indivíduos, 300 foram encaminhados para estes hospitais. Foi realizado, também, mutirão com pacientes internados e, de uma média de 150, 60 receberam autorização para desinternação e tratamento em rede externa. Vale registrar que, nesse âmbito, as dificuldades também não são poucas: para encaminhamento de tratamento ambulatorial destes pacientes, tem-se encontrado mais respaldo 62 nas equipes de saúde mental do interior do Estado do que na Capital, onde o número de CAPS e de residências terapêuticas mostra-se insuficiente para atender a toda a demanda.

A partir destas iniciativas, foi proposta a criação do SAIPEMS - Sistema de Atenção Integral à Pessoa em Medida de Segurança – pautando nos exemplos do PAI-PJ (Programa de Atenção Integral ao Paciente Judiciário) de Minas Gerais e do PAILI (Programa de Atenção Integral ao Louco Infrator), de Goiás, ambos premiados nacionalmente pelos avanços e pela mudança de paradigmas na atenção a essa população. O Projeto de São Paulo está em curso e conta com o respaldo da Corregedoria dos Presídios, da Defensoria Pública e da Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo. Como parte do SAIPEMS, foi inaugurada a Unidade para Adictos no HCTPI de Franco da Rocha, e está em curso o projeto de reestruturação da Colônia Feminina, com a ampliação da assistência terapêutica às pacientes observando-se as necessidades específicas de cada uma.

Entende-se que há muito ainda por fazer para que as pessoas em medida de segurança sejam tratadas dentro das diretrizes da Lei nº 10.216/01 e, para o cumprimento dela, há a necessidade de um exercício permanente de atenção, de reflexão e, sobretudo, de capacitação dos atores envolvidos, incluindo não apenas a esfera da saúde, mas principalmente a da justiça.

Enquanto não houver definitivamente a mudança de paradigma e a conscientização para a assistência aos pacientes em medida de segurança dentro das diretrizes da referida lei, entende-se que se continuará caminhando na contramão da história.

Referências

- BRASIL. Decreto-Lei nº 2848, de 07 de dezembro de 1940. **Código de Processo Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 15. out. 2013.
- BRASIL. Lei nº 7209, de 11 de julho de 1984. **Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e dá outras providências**. Diário Oficial da União Poder Executivo, Brasília, DF, 13 jul. 1984; Seção 1:10217.
- BRASIL. Ministério da Saúde / Gabinete do Ministro. Portaria nº 106, de 11 de fevereiro de 2000. **Criar os Serviços Residenciais Terapêuticos em Saúde Mental, no âmbito do Sistema Único de Saúde, para o atendimento ao portador de transtornos mentais**. Diário Oficial da União; Poder Executivo, Brasília, DF, 24 fev. 2000. Seção I, p. 23-24 – [REVOGADA PARCIALMENTE].
- BRASIL. Lei nº 10.216, de 06 de abril de 2001. **Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental**. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 9 abr. 2001. Seção 1:2.
- BRASIL. **Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário**. Ministério da Saúde/Secretaria de Atenção à Saúde/Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Brasília, DF: Ministério da Saúde; 2004.

Esta obra foi composta nas tipologias Minion Pro/Open Sans, e foi impressa em papel Pólen-soft® 80 grs./m², na primavera de 2022.

A Lei de Execução Penal estabelece, em seu artigo 10, que é dever do Estado prestar assistência ao preso, porém o que vemos é bem diferente da letra da lei, pois o Poder Judiciário parece ignorar a norma. Como podemos falar em ressocialização do indivíduo, com presídios superlotados, processos que se arrastam em fase de execução, demonstrando a ineficiência de um Estado que não consegue atender a demanda? É uma máquina emperrada, que precisa com urgência ser modernizada e precisa buscar auxílio na informatização.

Sem dúvida, o tema citado é dos mais controversos e polêmicos da área do Direito. Vivemos um momento de incertezas, grande violência e alta criminalidade em nosso país. Então, ao abordar assuntos como sistema carcerário, presos e Lei de Execução Penal, esbarramos em divergências de opiniões.

Os organizadores



t!R *a de Letra*
E D I T O R A

www.tiradeletra.com.br

contato@freepress.com.br

(11) 3021-4131 / (11) 98222-1701

