

# **Diálogos entre Direitos Fundamentais, Constituição e Ciências Criminais**

Edição Especial:  
Celebração dos 35 anos  
da Carta Democrática



Universidade Federal Fluminense

REITOR

Antonio Claudio Lucas da Nóbrega

VICE-REITOR

Fabio Barboza Passos





Hamilton Ferraz  
Roberta Duboc Pedrinha  
Taiguara Líbano Soares e Souza  
[orgs.]

# Diálogos entre Direitos Fundamentais, Constituição e Ciências Criminais

Edição Especial:  
Celebração dos 35 anos  
da Carta Democrática



© 2023 Universidade Federal Fluminense

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra sem autorização expressa da editora.



**Diretora da MC&G Editorial**

Maria Clara Costa

**Secretaria do Conselho Editorial**

Helena SANTOS

**Seção de Edição e Revisão de Textos**

Carlos Otávio Flexa | Kdu Sena|

Roberto Azul | Joyce Guimarães

**Seção de Design**

Glauco Coelho | Victória Sacagami

**Conselho Editorial**

Alexandra Santos Pinheiro | UFGD | Brasil

Angélica Ferrarez de Almeida | UERJ | Brasil

Antonio Liberac C. Simões Pires | UFRB | Brasil

Arlindo Nkadibuala | UniRovuma | Moçambique

Juan Miguel González Velasco | UMSA | Bolívia

Luciano Brito | UFRB | Brasil

Maria Alice Resende | UFRB | Brasil

Núria Lorenzo Ramírez | UB-GREC | Barcelona

Rosy de Oliveira | UFRB | Brasil

Sidimara Cristina Souza | UFF | Brasil

Thayse Figueira Guimaraes | UFGD | Brasil

**Preparação de texto**

Carlos Otávio Flexa

**Projeto gráfico**

MC&G Editorial

**Diagramação e capa**

Glauco Coelho

**Revisão de texto**

Carlos Otávio

**Imagem de capa**

Arte de Daniel Gontijo

Esta obra foi composta com  
as famílias tipográficas  
Alegreya sans e Fira sans.

Dados Internacionais de Catalogação na publicação (CIP)

D537 Diálogos entre Direitos Fundamentais, Constituição e Ciências Criminais: edição especial de celebração aos 35 anos da Carta Democrática [recurso eletrônico] / organizadores Hamilton Ferraz, Roberta Duboc Pedrinha e Taiguara Líbano Soares e Souza. – Rio de Janeiro : MC&G, 2023.  
Dados eletrônicos (pdf).

Inclui bibliografia.

ISBN: 978-65-89639-86-8

1. Direito - Coletânea. 2. Direitos fundamentais. 3. Direito constitucional. 4. Direito Penal. I. Ferraz, Hamilton. II. Pedrinha, Roberta Duboc. III. Souza, Taiguara Líbano Soares e. IV. Título.

CDD23 : 340 . 02

Biblioteca: Priscila Pena Machado – CRB -7/6971

Universidade Federal Fluminense  
Rua Miguel de Frias, 9, anexo/sobreloja - Icaraí - Niterói - RJ  
CEP 24.220-008 - Brasil  
Tel.: +55 21 2629-5287

*Aos Estudantes dos Programas de Pós-Graduação em Direito Constitucional (PPGDC), de Sociologia e Direito (PPGSD), de Direitos Instituições e Negócios (PPGDIN), em Justiça Administrativa (PPGJA), da Universidade Federal Fluminense (UFF), engajados nos intentos de construção de uma sociedade efetivamente justa e igualitária.*





## **Agradecimentos**

Registramos nossos agradecimentos ao Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense (PPGDC/UFF), o Professor Pedro Curvello Saavedra Avzaradel; ao Vice-Coordenador, o Professor Paulo Roberto dos Santos Corval, pelo apoio no financiamento público da obra e na seriedade na condução do Mestrado; e à Secretária do Programa, Luciana da Costa Azevedo, por sua dedicação plena e competência, em todas as atividades que desempenha exitosamente.





## Sumário

- 11 **Prefácio**  
DANIEL ANDRÉS RAIZMAN
- 15 **Apresentação dos organizadores da obra**  
HAMILTON GONÇALVES FERRAZ | ROBERTA DUBOC PEDRINHA |  
TAIGUARA LIBANO SOARES E SOUZA
- 19 **Dolo eventual e o aparente conflito com os princípios  
da taxatividade e da segurança jurídica**  
CARLOS EDUARDO BARREIROS REBELO
- 35 **O *numerus clausus* e execução penal:  
um princípio estruturante**  
LUCIENE KOBBI DE CARVALHO | HAMILTON GONÇALVES FERRAZ  
PATRICIA MOTHÉ GLIOCHE BÉZE
- 45 **Suposta constitucionalidade da vedação à supressão de instâncias em  
sede de *habeas corpus* e sua falácia estampada na suspensão de liminar  
1.504 – novo AI5? A história se repete ou como tragédia ou como farsa**  
LEONARDO COSTA DE PAULA | EDUARDO RODRIGO SUHR
- 65 **O direito penal tributário e a punição antissocial no Brasil:  
a contribuição da neurociência para novas reflexões**  
MARCO OTAVIO ALMEIDA MAZZONI | PAULO ROBERTO DOS SANTOS CORVAL
- 85 **Entre o marco legal e o esforço de efetivação dos direitos fundamentais  
das mulheres privadas de liberdade**  
MAIELE KAREM FRANÇA MORAIS VERAS | ROBERTA DUBOC PEDRINHA
- 103 **Neoliberalismo e encarceramento em massa:  
a prisão como destino dos inimigos do mercado**  
TAIGUARA LIBANO SOARES E SOUZA | LUCAS PEDROSA CASTELLAR PINTO [
- 120 **Sobre os autores**



## PREFÁCIO

Com grande satisfação apresento o prefácio dos *Diálogos entre Direitos Fundamentais, Constituição e Ciências Criminais*, obra produzida no âmbito do Programa de Pós-graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense (PPGDC-UFF), fruto das reflexões interdisciplinares sobre importantes questões do saber penal desenvolvidas no espaço de debate proposto na disciplina *Constituição, Direitos Fundamentais, Política Criminal e Sistemas Penais*, a cargo dos Professores Roberta Duboc Pedrinha e Taiguara Líbano Soares e Souza.

Os trabalhos partem de uma perspectiva realista e interdisciplinar do direito penal. Assim, a lei penal é analisada em função dos dados sociais, o que permite estabelecer sua verdadeira dimensão, não já como simples dever ser, senão como elemento modelador da realidade mundana.

A análise realista dos fatos sociais apresentados nestes trabalhos permitem observar o papel do estado que, seguindo a abordagem realista, pode ser entendido como uma instituição política, pautada por razões de estado, isto é, critérios que indicam que os assuntos a ele pertinentes, em particular a segurança da comunidade, encontram-se acima de qualquer valor, seja moral ou secular.

Nesse enfoque o estado garante suas relações mediante a procura de equilíbrio do poder, estabelecendo para tal fim uma ordem coercível entre os atores em jogo, porém essa ordem coercível, de fato nem sempre é seguida, uma vez que o poder punitivo não sempre se manifesta conforme a ordem jurídica. Ser e dever ser são dois planos de análise que nem sempre coincidem, seja porque as funções manifestas da lei não se correspondem com as funções latentes; ou porque o poder punitivo se manifesta simplesmente fora da ordem jurídica, porém dentro do aparvalhamento das suas instituições, para garantir a sua segurança e ordem.

Assim, o estado, dentro do espaço onde exerce sua soberania, habilita e gerencia a violência, mediante a lei, como forma de garantir sua própria estrutura de poder. O ponto de equilíbrio entre os assuntos do estado e os interesses das pessoas, e em matéria penal, entre a violência estatal e a liberdade, surge como síntese e segundo a força com que cada parte reivindica o que considera como espaço próprio.

O direito penal, como discurso, deve procurar garantir os espaços de liberdade individual, tentando limitar as manifestações do exercício de poder das agências que integram o sistema penal e diante do qual pautam suas atividades conforme a lei penal ou as razões de estado. Parece oportuno adiantar que a contenção deve operar nas diversas etapas que compõem o processo de criminalização, seja reivindicando os espaços de liberdade, na criminalização primária, seja procurando o cancelamento ou atenuação do processo de criminalização secundária.

Nos trabalhos que compõe esta obra é possível observar a crítica às manifestações do poder punitivo em que as razões de estado permeiam os critérios hermenêuticos para garantir a ordem instituída. Inicialmente, ao ser apresentada a problemática do dolo eventual, no trabalho de Carlos Eduardo Barreiros Rebelo, é colocada em evidência a subjetividade no juízo de adequação de situações que têm provocado repercussão social, onde o critério técnico poderia deixar a resposta penal por baixo dos sentimentos vindicativos ou de repulsa que são difundidos nos meios massivos de comunicação social. Nesses casos a necessidade de manutenção da ordem pública tem levado aos operadores judiciais a interpretar a lei penal e os contornos dos fatos para viabilizar uma interpretação punitiva que atenda os sentimentos sociais de vingança. Assim à tortuosa definição do dolo e as suas variantes se soma a tortuosa aplicação do dispositivo, manipulando o juízo de adequação a partir de uma decisão política habilitante do poder punitivo que transforma uma conduta imprudente em dolosa. Isso é possível porque a conduta imprudente pode se manifestar objetivamente em um desenvolvimento causal equivalente à conduta dolosa, inclusive na geração de um risco para um bem jurídico, porém subjetivamente é diversa pois, na conduta culposa, existe a crença de que o risco não vai se concretizar em um resultado lesivo e na dolosa, a concreção do risco se aceita como possível.

De igual forma, no trabalho de Leonardo Costa de Paula e Eduardo Rodrigo Suhr, que analisa o *Habeas Corpus*, ação autônoma de impugnação que procura evitar que uma pessoa sofra constrangimento ilegal, os autores observam em casos de repercussão social a suspensão da garantia constitucional para viabilizar a punição antecipada que seria requerida para manter a ordem pública. Em matéria processual o conceito de ordem pública tem sido central para viabilizar a execução antecipada da pena quando o operador do poder punitivo tem considerado necessária a prisão do agente para a manutenção da ordem pública, mesmo antes do trânsito em julgado da sentença. Mas isso não é novidade. O que é novidade é que se suspenda o efeito de um *habeas corpus* por um juiz sem competência para julgar, porém exercendo o poder judicial soberano. Poder judicial, pois o poder punitivo se manifesta por meio de uma decisão emitida por um juiz; soberano, porque sendo cabeça do poder, reconhece a situação de exceção e a resolve, mediante a suspensão da ordem jurídica, relativa ao devido processo da ação autônoma de impugnação e da garantia do juiz natural, sobre a pretensa defesa do estado de direito.

Assim, seja no plano interpretativo da lei penal ou no procedimental, a característica comum tem sido, quando julgado pelo operador judicial, a suspensão da garantia constitucional envolvida para a manutenção da ordem instituída.

No âmbito da execução penal, a situação não é diferente. No modelo social neoliberal, conforme observam no artigo de *Taiguara Líbano Soares e Souza e Lucas Castellar* o sistema penal tem sido a principal ferramenta para o controle social daqueles excluídos do sistema econômico que não se adaptam a viver na exclusão.

A ordem pública, como expressão das razões de estado, tem proposto um modelo de encarceramento de massa e, também de extermínio, mediante as manifestações formais e informais do poder punitivo. Neste sistema seletivo, pouco e nada importam as necessidades existenciais dos indivíduos, pois se trata de indivíduos socialmente excluídos que são alocados em um espaço social invisível. Dentro dos muros da prisão o espaço se torna invisível e os indivíduos e as suas necessidades também. De fato, nesse espaço a sua vida depende mais de que seja reconhecido como indivíduo pelos outros detentos, que pelo estado e os seus agentes. O cárcere é um espaço de invisibilidade. A visibilidade do preso surge quando altera a ordem

instituída dentro ou fora do penal; porém não coloca o detento como um indivíduo titular de direitos, senão como um ser indesejável do sistema penal que se insurge de uma ordem instituída. A visibilidade então o torna matável, pois cria uma situação de emergência que o estado precisa neutralizar.

Neste contexto terrível, as tentativas de humanizar o sistema penal, devem procurar, como nos artigos em destaque, tornar visível o indivíduo e as suas necessidades existenciais. Por isso, são importantíssimas as reflexões sobre a superpopulação carcerária de *Hamilton Ferraz*, *Patrícia Glioche* e *Luciene Kobbi de Carvalho*, sobre as mulheres privadas da liberdade no artigo de *Roberta Duboc Pedrinha* e *Maiete Karem França Morais Veras* e as estratégias normativas para evitar esse extremo de convívio.

Rio de Janeiro, 2023.

*Daniel Andrés Raizman*<sup>[1]</sup>

---

<sup>1</sup> Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor Associado de Direito Penal da Universidade Federal Fluminense (UFF). Advogado Criminalista.

## Apresentação dos organizadores da obra

HAMILTON GONÇALVES FERRAZ | ROBERTA DUBOC PEDRINHA |  
TAIGUARA LIBANO SOARES E SOUZA

A obra que temos o prazer e a honra de apresentar, intitulada *Diálogos entre Direitos Fundamentais, Constituição e Ciências Criminais* é uma coletânea de importantes pesquisas e reflexões no campo jurídico-penal, processual penal, criminológico e constitucional que celebra três importantes marcos: os dez anos de existência do Programa de Pós-graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense (PPGDC-UFF), os cinco anos de criação da disciplina *Constituição, Direitos Fundamentais, Política Criminal e Sistemas Penais*, oferecida pelos Professores Roberta Duboc Pedrinha, Taiguara Líbano Soares e Souza e Hamilton Gonçalves Ferraz, e os trinta e cinco anos da constituição republicana. A mencionada disciplina cumpre o papel fundamental de ser um lugar de debates, diálogos e pontes transdisciplinares entre o Direito Constitucional e as Ciências Criminais, tendo a operacionalidade do Poder Punitivo e sua contenção como objetos centrais de estudo.

A Coletânea conta com valiosas e diversificadas contribuições de autores de peso em nosso campo, Professores do Programa, ex-alunos da disciplina, de modo que, como forma de saudar nossos colaboradores e, ao mesmo tempo, chamar a atenção para as pesquisas aqui compiladas, será feita breve introdução a cada capítulo.

O Professor Doutor Carlos Eduardo Barreiros Rebelo,<sup>[1]</sup> escreve sobre o espinhoso tema do dolo eventual e sua problemática positividade pelo direito penal brasileiro, desafiando princípios penais basilares, como a taxatividade e a segurança jurídica.

---

<sup>1</sup> Doutor em Direito Penal – UERJ. Professor de Direito Penal e Prática Jurídica dos cursos de graduação da Faculdade IBMEC - Rio e da Universidade Candido Mendes. Advogado criminalista, sócio do escritório Libano, Rebelo & Goes advogados.

O Professor Doutor Leonardo Costa de Paula,<sup>[2]</sup> em coautoria com Eduardo Rodrigo Suhr,<sup>[3]</sup> traz importante manifestação crítica a propósito de aberrante limitação ao alcance da garantia do Habeas Corpus, concretizada no lamentável episódio da Suspensão de Liminar (SL) 1.504-RS, que, em terrível coincidência, se assemelha e muito à lógica do nefasto AI-5.

O Prof. Dr. Paulo Roberto dos Santos Corval,<sup>[4]</sup> em coautoria com Marco Otavio Almeida Mazzoni,<sup>[5]</sup> discute o papel da punição em relação ao direito penal tributário, com uma interessante abordagem interdisciplinar que traz aportes das neurociências para se pensar a temática para além dos limites do direito e da dogmática jurídica.

A Professora Doutora Roberta Duboc Pedrinha,<sup>[6]</sup> em coautoria com Maiele Karem França Morais Veras,<sup>[7]</sup> no texto, se debruça sobre as mulheres privadas de liberdade e a desafiadora busca pela efetividade de seus direitos fundamentais, em uma abordagem decolonial, que articula raça, gênero e classe de forma interseccional.

---

<sup>2</sup> Doutor em Direito do Estado (UFPR). Mestre em Direito Público (UNESA). Professor Adjunto de Direito Processual Penal e Prática Penal da UFF-VDI. Presidente do Observatório da Mentalidade Inquisitória.

<sup>3</sup> Graduado em Direito. Advogado Criminal em Santa Catarina.

<sup>4</sup> Doutor em Ciência Política pelo Programa de Pós-Graduação em Ciência Política (PPGCP) da Universidade Federal Fluminense (UFF), Niterói. Mestre em Ciências Jurídicas pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Professor de Direito Financeiro e Tributário na Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF). Professor no Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional (PPGDC) da Universidade Federal Fluminense (UFF). Coordenador do Grupo de Estudos Interdisciplinares sobre Estado, Finanças e Tributação (GEIEFT).

<sup>5</sup> Mestrando em Direito Constitucional Internacional, Direito Comparado e Relações Econômicas do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense (UFF). Procurador da República - Procuradoria da República no Estado do Rio de Janeiro. Membro da Comissão Permanente de Assessoramento para Acordos de Leniência e Colaboração Premiada - 5.ª CCR-MPF.

<sup>6</sup> Doutora em Sociologia pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (IESP/UERJ). Pós-Doutora em Criminologia e Direito Penal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (PPGD/UERJ). Professora Adjunta de Criminologia e Direito Penal da Universidade Federal Fluminense (UFF) e Docente Permanente credenciada ao seu Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional (PPGDC/UFF). Pesquisadora do LEPEC e ENSP/FIOCRUZ. Professora Colaboradora do Master em Cultura Jurídica da Universidad de Girona (UG-Espanha) e Convidada do Master da Facultad de Derecho da Universidad Nacional de Rosario (UNR-Argentina). Fundadora e primeira Vice-Presidente da Comissão de Criminologia do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB). Presidente do Instituto dos Defensores de Direitos Humanos (DDH).

<sup>7</sup> Graduada em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF). Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense (PPGDC/UFF). Defensora Pública do Estado do Maranhão - Titular do Núcleo de Execução Penal de São Luís (DP/MA).



O Professor Doutor Taiguara Líbano,<sup>[8]</sup> em coautoria com Lucas Castellar,<sup>[9]</sup> esclarece o papel da prisão à luz (ou às sombras) dos tempos de neoliberalismo econômico, compreendendo como o encarceramento em massa é sua consequência lógica e inerente. Nas palavras dos autores, “como o neoliberalismo gera a maximização das desigualdades sociais, aqueles que não possuem riquezas ou não geram lucros são considerados como inimigos desse novo modelo. A eles o Estado reserva o sistema de justiça penal”.

Por fim, o Professor Doutor Hamilton Gonçalves Ferraz em coautoria com a Professora Doutora Patricia Glioche<sup>[10]</sup> e Luciene Kobbi de Carvalho,<sup>[11]</sup> também contribuíram com algumas reflexões a propósito de um princípio central, mas, ainda pouco efetivado no campo da execução penal brasileira: o *numerus clausus*, que já conta com importantes manifestações da própria jurisprudência do STF em seu acolhimento.

Por derradeiro, gostaríamos de destacar que as altas qualidades técnicas e científicas dessa obra são acompanhadas pelas igualmente altas qualidades humanas de seus autores. São colegas, amigos e amigas, que honram e dignificam a Academia não só com brilhantismo jurídico, mas com sensibilidade e humanidade em suas reflexões acerca dos dramas e sofrimentos penais. Deixamos aqui os nossos votos de uma excelente leitura ao público!

Rio de Janeiro, 2023.

*Hamilton Ferraz*  
*Roberta Duboc Pedrinha*  
*Taiguara Líbano Soares e Souza*  
*[organizadores]*

<sup>8</sup> Doutor e Mestre em Direito (PUC-Rio). Professor Adjunto de Direito Penal da UFF. Professor Titular de Direito Penal do IBMEC-RJ. Professor Permanente do Programa de Pós-graduação em Direito Constitucional da UFF (PPGDC-UFF). Editor Adjunto da Revista Brasileira de Ciências Criminais.

<sup>9</sup> Pós-Graduado em Direito pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ). Mestrando em Direito Constitucional no Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense (PPGDC-UFF). Advogado Criminalista.

<sup>10</sup> Doutora e Mestra em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Bacharel em Direito pela UERJ. Professora Associada de Direito Penal da Universidade do Rio de Janeiro (UERJ). Professora da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ). Procuradora de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MPRJ).

<sup>11</sup> Graduada em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Advogada.



## **Dolo eventual e o aparente conflito com os princípios da taxatividade e da Segurança Jurídica**

CARLOS EDUARDO BARREIROS REBELO <sup>[12]</sup>

**Resumo:** O princípio da taxatividade é tradicionalmente referenciado aos tipos penais incriminadores, funcionando como uma determinação para que tais dispositivos sejam claros quanto ao seu objeto de criminalização, sendo vedada a existência de tipos penais imprecisos quanto à conduta criminalizada. No entanto, tal princípio não se subsume a tais dispositivos, sendo certo que é preciso ampliar a sua incidência também aos dispositivos da Parte Geral. Nesse contexto, a redação empregada pelo legislador originário ao definir o conceito de dolo eventual acarreta discussões exacerbadas acerca da incidência do instituto em casos concretos, o que acaba por ferir, também, o princípio da segurança jurídica, na medida em que casos análogos acabam tendo soluções díspares. Sendo assim, o objetivo do presente artigo é lançar luz sobre o tema, chamando atenção para a necessidade de uma ampla discussão sobre o dolo eventual.

**Palavras-chave:** Princípios; Dolo; Penal.

**Abstract:** The principle of taxation is traditionally referred to incriminating criminal types, functioning as a determination so that such provisions are clear as to their object of criminalization, the existence of imprecise criminal types regarding the criminalized conduct being prohibited. However, this principle is not limited to such provisions, and it is certain that its incidence must also be extended to the provisions of the General Part. In this context, the wording used by the original legislator when defining the concept of eventual intent leads to exacerbated discussions about the incidence of the institute in specific cases, which also ends up hurting the principle of legal certainty, insofar as similar cases end up having disparate solutions. Therefore, the objective of this article is to shed light on the subject, drawing attention to the need for a broad discussion on eventual intent.

**Keywords:** Principles; Deceit; criminal.

---

<sup>12</sup> Doutor em Direito Penal (UERJ). Professor de Direito Penal e Prática Jurídica dos cursos de graduação da Faculdade IBMEC-Rio e da Universidade Candido Mendes. Advogado criminalista, sócio do escritório Libano, Rebelo & Goes advogados.

## INTRODUÇÃO

Conceituar Dolo sempre foi uma tarefa das mais desafiadoras dentro do estudo do Direito Penal. A já antiga classificação doutrinária do dolo — atualmente entendido como vontade de realização do tipo objetivo a partir do conhecimento efetivo e atual sobre os elementos necessários para a sua configuração (Zaffaroni, 2010, p. 270) em dolo direto de primeiro grau, dolo direto de segundo grau e dolo eventual é a forma mais comum e aceita pela Doutrina brasileira.

A diferenciação entre as três formas, em especial a posição do dolo eventual em relação à culpa, foi elaborada a partir da medida da configuração dos elementos intelectual e volitivo (Roxin, 1997, p. 415-416), sendo certo que um dos pontos de grande preocupação da teoria do delito, ao longo dos séculos XX e XXI, tem sido a definição dos contornos que marcam a separação entre dolo eventual e a imprudência consciente, também chamada de culpa consciente.

No esforço de construção de critérios para essa definição, foram estabelecidas teorias que podem ser agrupadas pela preponderância dos elementos intelectivos<sup>[13]</sup> e volitivos.<sup>[14]</sup> Cabe destacar que para alguns autores, as teorias mais voltadas ao ânimo ou a uma disposição interna do agente poderiam, ainda, ser classificadas num terceiro grupo (Zaffaroni, 2010, p. 280-281).

A legislação penal brasileira, notadamente o Código Penal de 1940, trouxe a distinção entre dolo e culpa originalmente no plano da culpabilidade, em razão da adoção da teoria causalista, e, na exposição de motivos assinada por Francisco Campos (Campos, 1969, p. 126), destacava a relevância da definição de dolo eventual adotada com a fórmula que consagrou, no artigo 15, I, a assunção do risco de produção do resultado, bem como a equiparação ao dolo direto, especialmente no que tange à pena abstratamente cominada.

A anuência dada ao advento da lesão efetiva ou potencial ao bem jurídico, representada pelo risco assumido, destacada pelo então

<sup>13</sup> “As teorias intelectivas fixam-se em que os limites do dolo devem ser determinados com base no conhecimento do agente acerca dos elementos do tipo objetivo. Dentre estas teorias, podem ser destacadas as seguintes: teoria da representação ou da possibilidade, teoria da probabilidade, teoria da inevitabilidade, teoria do risco e teoria do perigo a descoberto.” (Tavares, 2003, p. 335).

<sup>14</sup> Nesse caso, “a diferenciação entre dolo eventual e culpa consciente deve ser feita com base no elemento volitivo e não apenas no elemento intelectual. [...] Seria desarrazoado admitir uma espécie de dolo sem referência ao querer. Dentre as teorias volitivas destacam-se a teoria do consentimento ou da assunção e a teoria da indiferença”. (Tavares, 2003, p. 341).

Ministro da Justiça Francisco Campos, encontrava correspondência com o que, na definição de Nelson Hungria,<sup>[15]</sup> consistia na expressa adoção da teoria do consentimento no resultado, que ultrapassava a mera representação. O próprio Hungria destacava a relevância prática da distinção a partir das consagradas fórmulas de Frank e a inspiração na fórmula do Código Penal Alemão.

Com o advento da reforma da Parte Geral do Código Penal, através da edição da lei 7.209, de 1984, foram realizadas diversas mudanças, especialmente em razão da substituição da teoria causalista da ação pela teoria finalista, com a conseqüente migração do elemento psicológico-normativo (dolo e culpa) da culpabilidade para o fato típico, passando a ser aferido junto à conduta.

A definição de dolo foi topograficamente deslocada para o artigo 18, inciso I, mantendo-se, contudo, a expressão “assumir o risco”. Tradicionalmente, a interpretação doutrinária identifica no dispositivo a opção pelas correntes volitivas que consagram, sob o manto do consentimento ou da indiferença, a preponderância da vontade do autor sobre a mera previsão (Souza, 2012, p. 200-201). como critério de demarcação dos limites entre dolo eventual e culpa consciente. Se, no âmbito dogmático, mesmo sem abrir mão dos elementos volitivos, os esforços gerais de definição de critérios minimamente objetivos para a diferenciação já encontram natural dificuldade (Roxin, 1997, p. 446-447), no plano prático, essa distinção segue sendo “uma das mais controvertidas e difíceis questões do Direito Penal (Santos, 2008, p. 141).

A redação utilizada pelo legislador ao tratar do dolo eventual se mostra extremamente aberta, o que acaba sendo permeável a discursos punitivistas oriundos de veículos de comunicação em massa e até mesmo de redes sociais, configurando uma efetiva afronta a princípios caros ao Direito Penal, tais como a Taxatividade e a Segurança Jurídica, como será destacado a seguir.

---

<sup>15</sup> “Assumir o risco é alguma coisa mais que ter consciência de correr o risco: é consentir previamente no resultado, caso venha este, realmente a ocorrer” (Hungria, 1958, p. 122).

## A DIFICULDADE PRÁTICA DA IDENTIFICAÇÃO DO DOLO EVENTUAL

Na realidade brasileira, sem embargo das décadas da fórmula “assumir o risco”, a jurisprudência parece oscilar entre a adoção do consentimento e indiferença, muitas vezes, porém, com claras referências à previsibilidade de lesão ao bem jurídico como determinante da caracterização do dolo eventual, principalmente nos delitos de trânsito, em que, não raro, o dolo é vislumbrado por verdadeira presunção decorrente, por exemplo, da influência de álcool, pelo excesso de velocidade, pela prática de corrida ou disputa automobilística não autorizada, para afastar o homicídio culposo na direção de veículo automotor.<sup>[16]</sup>

A fórmula demasiadamente aberta, adotada pelo Código Penal ao conceituar o dolo eventual, serve como um convite àquilo que Ferrajoli (2002, p. 36) chamou de decisionismo processual e subjetivismo inquisitivo, sendo certo que este decisionismo decorre da ausência de fundamentos empíricos precisos.

Os crimes culposos, como não poderia deixar de ser, possuem penas substancialmente mais brandas do que os delitos dolosos e questões de política criminal interferem diretamente na fixação das penas abstratamente cominadas a tais delitos. O que se percebe em muitos casos onde ocorre a atribuição do instituto do dolo eventual a determinados delitos é uma evidente relativização da questão dogmática e teórica do delito para que se possa, na prática, punir com penas mais severas condutas que causam uma reprovabilidade social exacerbada. A dúvida que paira no ar consiste em saber se caso a pena do delito culposo fosse mais próxima da pena cominada ao delito doloso, ainda assim se faria tal subversão para atribuir à conduta do agente o instituto do dolo eventual. A resposta parece negativa.

As decisões proferidas pelos tribunais podem, por certo, apontar orientações que influenciam a aplicação do Direito pelos próprios órgãos do Poder Judiciário submetidos àquelas decisões, ou ainda por outras agências. A incidência da discussão, no entanto, revela que os critérios adotados nem sempre estão claramente fixados e a atuação concreta da Polícia, do Ministério Público e dos juízes de pri-

<sup>16</sup> Como exemplos recentes o HC 115.352, HC 101.698/RJ e o HC 91159/MG, proferidos pelo STF em 16/04/2013, 18/10/2011 e 24/10/08, respectivamente.

meiro grau oferece um amplo espectro de análise sobre o sentido da criminalização secundária quando está em jogo o processo de imputação do injusto, nos casos em que há dúvida quanto à caracterização do dolo ou da culpa.

O agravamento da incerteza da aplicação do dolo eventual, aparentemente, levou a comissão de juristas encarregada de elaborar o Anteprojeto de Código Penal que deu origem ao PLS 236/12 a modificar a fórmula consagrada desde o Código de 1940. Para além das críticas recebidas pela ausência de uma estrutura teórica clara, e pela muitas vezes questionada, preocupação de adequação às interpretações jurisprudenciais,<sup>[17]</sup> no plano da definição do dolo, o Anteprojeto ampliou o termo “assunção do risco” com o consentimento, aceitação ou a indiferença em relação ao resultado, o que foi, igualmente, alvo de críticas<sup>[18]</sup>, embora tenha sido mitigada a equiparação ao dolo direto quando o texto previu a possibilidade de redução da pena no caso de dolo eventual.

A secular relevância das discussões dogmáticas sobre o tema e o deslizamento jurisprudencial a seu respeito demonstram que, por si só, a distinção entre dolo eventual e culpa consciente abre margem a reflexões mais amplas sobre as próprias funções de um Direito Penal que opere como contenção do exercício de poder punitivo, a partir da perspectiva de limitação da imputação do injusto. A dificuldade da saída das teorias volitivas ainda propicia outros problemas que se agravam na realidade periférica na qual se insere o sistema penal brasileiro. Afinal, a possibilidade de dissimulação de “um componente de direito penal de autor” (Zaffaroni, 2010, p. 279) na disposição ou ânimo que orientam a definição do dolo eventual, como lembram Zaffaroni e Nilo Batista, é mais preocupante no contexto de seletividade brasileira.

Evidentemente, existem indicações que passam pela redução da complexidade da limitação ao dolo eventual, como a aplicação da teoria da tipicidade conglobante (Zaffaroni, 2010, p. 279). Outra pro-

---

<sup>17</sup> Cf.: CNMP, *Análise da Parte Geral do PLS n. 236/2012*. Disponível em: [http://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Noticias/2013/Arquivos/Relatorio\\_final\\_Comissao\\_anteprojeto\\_c%C3%B3digo\\_penal.pdf](http://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Noticias/2013/Arquivos/Relatorio_final_Comissao_anteprojeto_c%C3%B3digo_penal.pdf); Leite, 2014.

<sup>18</sup> Para Luís Greco, a adoção expressa da teoria da indiferença seria descabida, pois pouco compatível com “um direito penal do fato, sendo própria, isso sim, de um direito penal que se ocupa de atitudes internas” (Greco, s.d., p. 45-46). Disponível em: [http://www.ibccrim.org.br/site/revistaLiberdades/\\_pdf/10A/integra.pdf](http://www.ibccrim.org.br/site/revistaLiberdades/_pdf/10A/integra.pdf).

posta é a de que, pressupondo-se a equivalência em relação ao dolo direto quanto aos efeitos de sua aplicação e a concentração no plano volitivo, a referência ao bem jurídico funcione para afastar o dolo quando houver dúvida quanto à aceitação da possibilidade de sua lesão (Tavares, 2003, p. 346-352). Há, ainda, a proposição de superação desses limites com a adoção de um modelo igualitário que abarque como categoria o dolo eventual e a culpa consciente (Santos, 2008, p. 140; Roxin, 1997, p. 446-448).

A relevância prática da discussão pode ser inserida, contudo, num plano mais amplo que diz respeito à sustentação de determinados discursos pela mídia de massa no contexto do “empreendimento neoliberal” (Batista, 2003, p. 242-263) e de sua relação com o sistema penal.

As agências de comunicação social integram — como as agências policiais ou judiciais — o sistema penal, porque, conforme Eugênio Zaffaroni e Nilo Batista (Zaffaroni, 2006, p. 60-61), também operam criminalizações ou contribuem para a construção de uma realidade social formada por estereótipos, geradora de pânico moral (Zaffaroni, 2012, p. 319) funcional à legitimação de discursos sobre o exercício de poder que são essencialmente falsos. Um exemplo claro é o “discurso da impunidade”, gerador de “criminalização por impunização”, expressão utilizada por Genelhú (2015, p. 322-324) para demonstrar a estigmatização que decorre do recurso à “impunidade” como mecanismo de deformação ideológica.

Como os discursos — e as ideologias — intervêm no real (Orlandi, 2015, p. 93-94), a criminologia midiática (Zaffaroni, 2012) difunde um “credo criminológico” que “tem seu núcleo irradiador na própria ideia de pena” de modo que “a equação penal é a lente ideológica que se interpõe entre o olhar da mídia e a vida” (Batista, p. 244-245). Cada vez mais, a redução da reflexão e o reforço da “falsa imagem do sistema penal e do poder punitivo como meio eficaz para resolver os mais complexos problemas sociais” (Zaffaroni, 2006, p. 61) se coloca na concorrência entre as agências do sistema penal, chegando a níveis mais graves nos chamados juízos paralelos e na publicidade dos julgamentos criminais (Anitua, 2003)., no vigilantismo, na executivização pela própria mídia (Batista, 2003).

Nesse contexto, as dificuldades práticas e de delimitação dogmática quanto à separação entre dolo eventual e culpa consciente se



tornam especialmente preocupantes com a “popularização” ou “fetichização” do dolo eventual (Jorio, 2012), identificável no discurso midiático como categoria capaz de atender às demandas de extravasamento punitivo e satisfazer a crença no incremento da pena como solução mágica. A equivalência entre dolo direto e dolo eventual não aparece como um pressuposto que indica a necessidade de maior cuidado na análise de sua aplicação, mas como a oportunidade de romper com os limites das penas referentes aos tipos culposos. A tendência dúbia de desafio ou reforço da mídia em relação ao sistema penal (Genelhú, 2015, p. 300) atua, neste caso, com a pretensão de dissolver a distinção entre dolo e culpa para ressignificar a assunção do risco em favor de uma solução que atenda ao seu credo de uma “criminalização provedora”, como leciona Nilo Batista.

O risco para o sistema penal como um todo, decorrente da vagueza terminológica, capaz de gerar uma porosidade no instituto do dolo eventual, que, como dito, acarreta a punição com a mesma pena abstratamente cominada ao crime cometido com dolo direto revela-se uma afronta aos princípios penais.

## CASOS CONCRETOS DE DISCUSSÕES SEMELHANTES NO BRASIL E NA ARGENTINA

Casos de grande cobertura midiática acabam por, forçosamente, gerar uma sensação de pânico generalizada e de cobrança por uma resposta pronta e severa por parte do poder punitivo. A título de exemplo dessas questões, podemos trazer à colação o episódio ocorrido na Cidade de Santa Maria, no Rio Grande do Sul, onde um rapaz, cantor de uma banda, durante seu show na boate Kiss, acendeu um sinalizador e acabou por atear fogo na boate, levando a óbito 242 pessoas e ferindo outras 600.

A cobertura midiática do caso gerou comoção em todo Brasil e uma sensação de impotência diante da irresponsabilidade do cantor. O Ministério Público do Rio Grande do Sul acabou denunciando quatro pessoas, dentre elas dois integrantes da Banda e duas ou-

tras ligadas à Boate pela prática de crimes de homicídio doloso com dolo eventual.<sup>[19]</sup>

Percebe-se, assim, que o fato de ter acendido o sinalizador no interior da boate, bem como o fato de pessoas ligadas à gestão do estabelecimento terem usado um material de baixa qualidade na reforma empreendida na Boate, serviram de mote para que se pudesse extrair das condutas a figura do dolo eventual.

No julgamento dos Embargos Infringentes, posteriores à decisão de pronúncia, o órgão colegiado houve por bem desclassificar a imputação, tendo o Desembargador Relator Vitor Luís Marcelo, mencionado em seu voto que “Assumir o risco é algo mais do que ter consciência do risco. Mas consentir com o resultado que venha a ocorrer.”.<sup>[20]</sup>

A matéria foi resolvida pelo STJ que, ao julgar recurso especial (REsp 1790039) do Ministério Público do Rio Grande do Sul (MPRS) e da Associação dos Familiares de Vítimas e Sobreviventes da Tragédia de Santa Maria (AVTSM), entendeu haver evidências de dolo eventual na conduta dos quatro denunciados, a quem foram imputadas as mortes ocorridas no interior da Boate.

O relator do Processo, Ministro Ricardo Schietti Cruz asseverou em seu voto que os julgados anteriores apontaram elementos “a evidenciar razoabilidade da ilação de que os acusados teriam agido com dolo eventual”, além de destacar que:

[...] fatores objetivos que permitem inferir que os recorridos estavam cientes desses riscos e das possíveis consequências que poderia causar o menor incidente decorrente do uso de fogo de artifício sabidamente

---

<sup>19</sup> Foram denunciados por homicídios e tentativas de homicídios, praticados com dolo eventual, qualificado por fogo, asfixia e torpeza, os sócios-proprietários da boate Kiss, Elissandro Calegaro Spohr e Mauro Londero Hoffmann; o vocalista da banda Gurizada Fandangueira, Marcelo de Jesus dos Santos; e o produtor e auxiliar de palco do grupo musical, Luciano Augusto Bonilha Leão. No entendimento do Ministério Público, os dois sócios da Kiss foram os responsáveis pelas reformas estruturais da casa noturna, instalação da espuma que incendiou e causou a tragédia, superlotação e contratação do show pirotécnico sem condições de segurança. Já os integrantes da banda são apontados pelos Promotores de Justiça como responsáveis por acionar o fogo de artifício, destinado ao uso em ambientes externos, no placo da boate, onde havia cortinas e madeira, direcionando-o para a espuma, que estava a poucos centímetros das fagulhas. Disponível em: <https://mp-rs.jusbrasil.com.br/noticias/100432982/mp-denuncia-envolvidos-na-tragedia-da-boate-kiss>. Acesso em: 08 ago. 2023.

<sup>20</sup> Disponível em: <https://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/tj-decide-que-reus-pelo-incendio-da-boate-kiss-nao-serao-julgados-por-juri.ghtml>. Acesso em: 08 ago. 2023.

impróprio para ambiente interno, acionado e direcionado a material altamente inflamável, a poucos centímetros de distância da chama. [21]

O risco que se corria no caso da boate era que, face à demora da tramitação recursal, acabasse por se perfazer o lapso prescricional dos crimes de incêndio que, data vênua ao entendimento em sentido contrário, é culposo, e este fato acaba por representar uma pena em abstrato baixa, ainda que a ele seja combinado o resultado morte, previsto na causa de aumento de pena insculpida no artigo 258 do Código Penal.

O caso foi julgado em dezembro de 2021, e o Tribunal do Júri de Porto Alegre, houve por bem condenar os quatro acusados pela prática de crimes de homicídio doloso, com dolo eventual, tanto na forma consumada como tentada.

O caso ocorrido no Brasil é bem semelhante a um episódio ocorrido na Argentina em uma boate chamada “República Cromañón”, [22] no ano de 2004.

Assim como no episódio da boate Kiss, no caso argentino também houve a imputação por crime doloso, e houve condenação criminal pela forma dolosa [23].

A despeito da condenação original por crime doloso, a sentença acabou reformada em sede de recurso e as pessoas condenadas por crime doloso acabaram condenadas por crime de incêndio culposo com resultado morte. [24]

<sup>21</sup> Disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/Denunciados-por-mortes-em-incendio-na-boate-Kiss-vao-a-juri-popular.aspx>. Acesso em: 08 ago. 2023.

<sup>22</sup> “El 30 de diciembre del año 2004, en el marco de un recital de música que tuvo lugar en el local bailable “República Cromañón”, un joven prendió una bengala, lo que produjo el incendio del lugar, a consecuencia de lo cual perdieron la vida 193 personas y muchas otras quedaron heridas. Entre las personas acusadas penalmente por este caso, mencionamos aquí la situación de quien tenía a su cargo la explotación comercial del local bailable (“O.Ch.”), del representante de la agrupación (“A.”) y la de los integrantes del grupo de músicos que tocaron en ese recital (el grupo “C.”)” (Vitale, 2013, p. 9).

<sup>23</sup> “El Tribunal Oral de la Capital n.º 24 (el 19 de agosto del año 2009; jueces: María Cecilia, Marcelo Alvero y Raul Llanos), en lo que nos interesa, condenó a “O.Ch.” y a “A.” como coautores del delito de estrago doloso, agravado por la causa inmediata de la muerte de personas (art. 186, inc. 5, CP), a cumplir la pena de 20 y 18 años de prisión, respectivamente. Sostuvo que tales coautores cometieron el delito de incendio doloso, en la modalidad de “comisión por omisión” (pues, como únicos organizadores del recital, no realizaron las acciones debidas estando en la “posición de garante” del bien jurídico en juego)” (Vitale, 2013, p. 10).

<sup>24</sup> “Por decisión de la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal, del 20 de abril de 2011 (por mayoría conformada por los jueces Liliana E. Catucci y Eduardo R. Riggi, con la disidencia de Ángela E. Ledesma, que voto por mantener la absolución de los músicos), la anterior sentencia fue modificada y todos los nombrados (“O.Ch.”, “A.” y el grupo “C.”) fueron condenados por incendio culposo seguido de muerte (art. 189, 2.º §, CP)” (Vitale, 2013, p. 10).

Além do caso da boate Kiss, em diversos episódios envolvendo acidentes de trânsito, onde os motoristas se encontravam alcoolizados ou mesmo em excesso de velocidade, a discussão em torno do dolo eventual volta à tona. Um dos casos de maior repercussão teve uma solução no dia 28 de fevereiro de 2018, quando o ex-deputado estadual Fernando Ribas Carli filho foi condenado por duplo homicídio doloso com dolo eventual, por ter causado a morte de dois jovens quando dirigia o seu veículo em alta velocidade e sob influência de álcool. [25]

Trata-se de uma decisão importante, na medida em que a solução encontrada para o caso pode representar uma mudança de entendimento jurisprudencial para casos semelhantes. Um ponto que merece ser enfrentado é saber se o Conselho de Sentença do Tribunal do Júri tem atribuição para discutir uma matéria com esse nível de sofisticação e, mais ainda, uma matéria sobre a qual nem mesmo a mais abalizada doutrina consegue se posicionar de maneira uniforme, que é a diferença entre o dolo eventual e a culpa consciente.

A divergência entre os institutos não se mostra presente apenas no Brasil. Assim como no caso da Boate, mencionado acima, uma discussão semelhante foi travada na Argentina em torno de um caso de acidente de trânsito. O caso ocorrido lá, ficou conhecido como “*El caso Cabello*”. [26]

No caso argentino, o condutor foi condenado a doze anos de prisão por duplo homicídio simples cometido com dolo eventual e teve a sua prisão determinada (Vitale, 2013, p. 11). Em sede de recurso, no entanto, a decisão foi revista e a imputação original foi modificada, tendo o réu sido condenado por homicídio culposo. [27]

---

<sup>25</sup> Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2018/02/ex-deputado-e-condenado-a-nove-anos-por-mortes-em-acidente-de-transito.shtml>. Acesso em: 08 ago. 2023.

<sup>26</sup> “El 30 de agosto de 1999, alrededor de las 2 de la mañana, “S.C.” se encontraba al mando de un automóvil Honda Civic, disputando una “picada” con otro vehículo, por Avenida Cantilo, con buena visibilidad, a una velocidad aproximada de 137 km por hora, efectuando una abrupta manobra hacia la derecha (ún volantazo”), embistiendo por atrás al automóvil Renault 6 (que lo hacía a menor velocidad y con las luces prendidas) en lo que circulaban dos personas (“C.E.G.C.” y “V.R.”), provocando la muerte de ambos como consecuencia del impacto, resultados finales estos que “S.C.” se representó como posibles consecuencias de su acción, no obstante lo cual siguió con su conducta, por resultarle indiferente los resultados.” (Vitale, 2013, p. 11).

<sup>27</sup> “El 2 de septiembre de 2005, la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal (causa 5000, “Cabello, Sebastián, s/recurso de casación”), revocó, parcialmente, dicha sentencia y condeno a “S.C.” a tres años de prisión por considerarlo autor del delito de homicidio culposo (jueces: Ángela E. Ledesma, Guillermo J. Tragant y Eduardo R. Riggi) (Vitale, 2013, p. 12).

Os casos brasileiros ainda terão mais um capítulo, no julgamento dos recursos defensivos. No entanto, uma vez que o eventual novo julgamento será novamente pelo Tribunal do Júri, não há como saber qual será a solução final, ou seja, se será mantida a condenação dolosa ou se o novo Conselho de Sentença modificará o entendimento.

Além de casos envolvendo incêndios e acidentes viários, outros eventos de grandes proporções acabam dando ensejo a discussões acerca da imputação dolosa ou culposa, podendo ser mencionado o caso dos acidentes nas cidades de Brumadinho e Mariana, provocados pela ruptura de barragens da mineradora que explorava economicamente a região. Os danos advindos da ruptura das barragens foram gravíssimos, tanto do ponto de vista do número de mortes quanto de danos patrimoniais e ambientais dela decorrentes.

As incertezas dogmáticas acerca do dolo eventual, somadas à ampla cobertura midiática de casos de repercussão, faz com que, na prática, casos que a toda evidência poderiam ser solucionados a partir de uma imputação culposa, acabam resultando em acusações por crimes dolosos.

Este ponto, de maneira inequívoca, acaba por ferir de morte princípios caros a todo sistema jurídico, especialmente em matéria penal. Dentre tais princípios merecem destaque a segurança jurídica e a taxatividade.

## DOLO EVENTUAL EM FACE DA SEGURANÇA JURÍDICA E DA TAXATIVIDADE

Como dito anteriormente, a expressão contida ao final do inciso I do artigo 18 do Código Penal, que se presta a conceituar dolo eventual, possibilita toda sorte de interpretações, fazendo com que casos análogos recebam tratamentos díspares por parte dos tribunais, resultando em penas absolutamente distintas.

O princípio da Segurança Jurídica, por não se encontrar positivado em um dispositivo específico do ordenamento jurídico, acaba por ser objeto de dúvidas até mesmo no que tange à sua existência.

A não positivação deste e de outros princípios não faz com que ele não exista. Acerca do tema, trazer a lição de Marcelo Semer:

Nem todos os princípios que o dirigem são encontrados no Código Penal, ou no conjunto de leis complementares. Às vezes, por omissão do legislador, os princípios simplesmente deixam de ser traduzidos; outras, porque, por seu alto grau de abstração, certos princípios não se enquadram nas estreitas linhas de um comando legal — o que, contudo, como se verá, não lhes retira a característica de norma e tampouco lhe subtrai a validade (Semer, 2014, p. 9).

No entanto, mais do que existir, a segurança jurídica funciona como um sobreprincípio, que acaba por embasar diversos outros, como será destacado mais adiante.

Nilo Batista destaca a importância da segurança jurídica para o Direito Penal, mencionando que ela serve como limitador natural a que não se recorra a interpretações ampliativas, seja por parte da doutrina, seja por parte da jurisprudência:

[...] a segurança jurídica que toca ao direito penal consiste exatamente em recusar tratamento aos conflitos que não se inscrevem taxativamente na criminalização primária. Enquanto o direito civil cumpre melhor a sua função de segurança jurídica quando coloca o poder público a serviço da solução do maior número possível de conflitos, tendendo portanto a corresponder a um sistema contínuo — sem lacunas —, o direito penal se estrutura como um sistema descontínuo de ilicitudes pontuais que não podem ser ampliadas pela interpretação, doutrinária ou jurisprudencial (Zaffaroni, 2006, p. 208).

Humberto Ávila, ao se debruçar sobre o tema da segurança jurídica, aponta para alguns problemas no cenário normativo atual. Destaca como primeiro deles a falta de inteligibilidade do ordenamento jurídico, na medida em que retira do indivíduo a certeza de qual regra é válida, o que faz com que o direito perca a sua função orientadora dos cidadãos (Ávila, 2019, p. 76).

O segundo problema por ele destacado repousa na carência de confiabilidade do ordenamento jurídico, na medida em que o indivíduo, apesar de saber que uma determinada regra é válida, não sabe se ela continuará assim e até quando. Os que são iniciados no mundo jurídico, especialmente em matéria penal, sabem que estão amparados pela irretroatividade da lei mais severa. O que merece ser pontuado é que tal conhecimento, apesar de acessível, não chega para toda a população (Ávila, 2019, p. 77).

O terceiro problema recai sobre a falta de calculabilidade do ordenamento jurídico, pelo fato de o cidadão não saber qual norma irá valer, notadamente quando do seu eventual julgamento (Ávila, 2019, p. 77).

O autor chega a listar algumas indagações essenciais para a compreensão da segurança jurídica:

Empregando a segurança jurídica como exemplo, as indagações essenciais à sua compreensão são as seguintes: Segurança em que sentido? – aspecto finalístico-material; Segurança do quê? – aspecto finalístico-objetivo; Segurança para quem, na visão de quem e por quem? – aspecto finalístico-subjetivo; Segurança a ser realizada quando e a ser aferida quando? – aspecto finalístico-temporal; Segurança em que medida? – aspecto finalístico quantitativo; Segurança como? – aspecto instrumental-material; Segurança por quem – aspecto instrumental-pessoal (Ávila, 2019, p. 134).

Segundo o autor, a falta de configuração dos elementos acima listados é que tem contribuído para a paradoxal insegurança no que diz respeito à segurança jurídica seja no plano metateórico científico, seja no plano da proibição de arbitrariedade argumentativa (Ávila, 2019, p. 134).

A situação gerada pelo uso indiscriminado do dolo eventual, especialmente pelos órgãos de acusação, fere de morte a segurança jurídica, uma vez que casos objetivamente semelhantes podem, a depender do jogo de palavras empregado, acarretar imputação dolosa.

Não parece restar dúvidas de que a redação demasiadamente aberta da parte final do inciso I do artigo 18 do Código Penal funciona como convite a essa insegurança jurídica, decorrente, claramente, da falta de taxatividade em seu texto.

Na lição de Silva Sanchez, a máxima taxatividade é um objetivo irrenunciável para o direito penal de um estado democrático de direito, que implica a máxima precisão das mensagens do legislador e a máxima vinculação do juiz a tais mensagens quando das suas decisões, motivo pelo qual trata-se de um princípio de legitimação democrática das intervenções penais como garantia da liberdade dos cidadãos derivada do princípio da divisão dos poderes. (Paulo Queiroz) A taxaividade é um dos princípios que norteiam a segurança jurídica,

assim como também o são a legalidade, a anterioridade, a lesividade, a culpabilidade etc.

Juarez Cirino se refere a este princípio com o título de Proibição de indeterminação da lei penal, afirmando que:

A proteção do cidadão contra o arbítrio exclui leis penais indefinidas ou obscuras — o maior perigo para o princípio da legalidade, segundo Weltzel —, porque leis penais indefinidas ou obscuras favorecem interpretações judiciais idiossincráticas e impedem ou dificultam o conhecimento da proibição, favorecendo a aplicação de penas com lesão ao princípio da culpabilidade — outro aspecto da relação entre os princípios formadores do conceito de crime (Santos, 2008, p. 23).

Não parece razoável que se deixe uma matéria tão complexa como a identificação do dolo eventual fique a cargo de jurados, sabidamente leigos, para que aprendam, em uma sessão plenária, a distinção entre os institutos do dolo eventual e da culpa consciente para, com base nessa “lição”, sopesar penas tão díspares quanto as penas cominadas ao homicídio culposo e ao homicídio doloso. Tal fato se torna ainda mais grave quando se está diante de crimes com ampla cobertura midiática, na medida em que a justiça tende a ser eufemismo para uma vingança social, a partir de penas maiores.

Os princípios da segurança jurídica e da taxatividade mostram-se frontalmente atingidos a partir da redação tão lacônica atrelada ao instituto do dolo eventual, acarretando condenações díspares em que pese os casos concretos possam se mostrar semelhantes.

Uma solução alternativa, embora criticável, passaria por uma adequação das penas abstratamente cominadas ao crime culposo. Este caminho parece ter sido trilhado no Código de Trânsito brasileiro (Lei n. 9.503/97) ao prever, no parágrafo terceiro do artigo 302, que trata do homicídio culposo na direção de veículo automotor, a modalidade qualificada do crime, aplicável quando o condutor do veículo e causador da morte se encontrar sob o efeito de álcool ou substância análoga. A despeito da pena maior, o crime continua sendo culposo, não se falando em dolo eventual na hipótese e colocando, em princípio, um ponto final na discussão do dolo eventual nos crimes de trânsito sob o efeito de álcool.



## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A verdade é que não se pode afirmar que os casos de repercussão aqui mencionados e outros tantos que assolam o noticiário tiveram equívocos nas imputações dolosas. Essa impossibilidade fática se deve ao fato de o dolo eventual não possuir limites estreitos à sua aplicação, tornando-o permeável às mais diversas interpretações. O que parece claro, no entanto, é que o uso da expressão “assumir o risco” em nada contribui para a resolução da polêmica, colocando em xeque a segurança jurídica.

Talvez a solução do impasse necessite uma discussão ampla acerca da necessidade de se manter um instituto tão controvertido quanto o dolo eventual no ordenamento jurídico. Não há dúvida de que tratar os delitos onde o grau de irresponsabilidade do agente supera em muito o razoável com a pena abstratamente cominada a delitos culposos também não é o ideal. No entanto, parece haver menos acerto em dar o tratamento a tais delitos na forma dolosa, com a mesma pena abstratamente cominada aos delitos onde o agente atua com dolo direto, ou seja, querendo diretamente o resultado.

Caso o texto da legislação penal seja aperfeiçoado, mostra-se fundamental ter em mente a necessidade de se aplicar o princípio da taxatividade também à parte geral do Código Penal, o que demandará uma redação mais enxuta e menos aberta para todos os dispositivos do Código, limitando a margem interpretativa, ainda mais quando versarem sobre institutos de consequências tão deletérias quanto o dolo eventual, se é que a sua manutenção como espécie de dolo se justifica.

A figura da culpa com representação ou culpa grave aparece como uma solução razoável na busca do equilíbrio sancionatório, ao menos no que tange ao preceito secundário.

## REFERÊNCIAS

- ANITUA, Gabriel Ignacio. **Justicia Penal Pública**: un estudio a partir del principio de publicidad de los juicios penales. Buenos Aires: Del Puerto, 2003.
- BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- BATISTA, Nilo. **Matrizes Ibéricas do Sistema Penal Brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- BATISTA, Nilo. Mídia e Sistema Penal no Capitalismo Tardio. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 11, n. 42, p. 242-263.
- CAMPOS, Francisco. Exposição de motivos do Código Penal de 1940. **Revista de Informação Legislativa**, ou.t-dez, p. 1969.
- FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão. **Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- GENELHÚ, Ricardo. **Do Discurso da Impunidade à Impunização**: o sistema penal do capitalismo brasileiro e a destruição da democracia. Rio de Janeiro: Revan, 2015.
- GRECO, Luís. Princípios fundamentais e tipo no novo projeto de Código Penal (Projeto de Lei 236/2012 do Senado Federal) **Revista Liberdades**, p. 45-46. Edição especial – Reforma do Código Penal. Disponível em: [http://www.ibccrim.org.br/site/revistaLiberdades/\\_pdf/10A/integra.pdf](http://www.ibccrim.org.br/site/revistaLiberdades/_pdf/10A/integra.pdf).
- HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 1, tomo 2.
- JORIO, Israel Domingos. O fetiche do dolo eventual. **Boletim IBCRIM**, São Paulo, n. 230, jan 2012.
- ORLANDI, Eni. **Análise e Discurso**: princípios e procedimentos. 12. ed. Campinas: Pontes, 2015.
- ROXIN, Claus. **Derecho Penal, Parte General, T. I**. Madri: Civitas, 1997.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal**: parte geral. 3. ed. Curitiba: Lumen Juris, 2008.
- SOUZA, Artur de Brito Gueiros; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. **Curso de Direito Penal**: parte geral. Rio: Elsevier, 2012.
- TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **As Palavras dos Mortos. Conferências de Criminologia Cautelar**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda de legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Revan, 1991.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al.* **Direito Penal brasileiro**. 3. d. Rio de Janeiro: Revan, 2006. v. 1: Teoria Geral do Direito Penal.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al.* **Direito Penal brasileiro**. Rio de Janeiro, Revan, 2010. v. 2: Teoria do Delito, introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade.

## O *numerus clausus* e execução penal: um princípio estruturante<sup>[28]</sup>

LUCIENE KOBBI DE CARVALHO<sup>[29]</sup>  
HAMILTON GONÇALVES FERRAZ<sup>[30]</sup>  
PATRICIA MOTHÊ GLIOCHE BÉZE<sup>[31]</sup>

**Resumo:** O artigo defende uma concepção de execução penal fundada des- de suas bases no princípio *numerus clausus*, que propõe que o encarceramen- to seja limitado ao número de vagas disponível. Apresenta-se o princípio *numerus clausus*, delineando-se seus principais contornos dogmáticos e con- textualizando-o aos tempos presentes, defendendo-se seu reconhecimento estrutural ao Direito de Execução Penal.

**Palavras-chave:** Execução penal; *Numerus clausus*; Princípio estruturante.

**Abstract:** The paper stands for a conception of penal execution founded in its roots on the *numerus clausus* principle, which proposes incarceration must not exceed the number of available accommodations in any prison facility. The principle of *numerus clausus* is presented and its main dogmatic characteris- tics are delineated and put in context to present times, supporting its struc- tural recognition on penal execution law.

**Keywords:** Penal execution; *Numerus clausus*; Structuring principle.

### INTRODUÇÃO

De todos os setores mais sensíveis e vulneráveis ao avanço da pan- demia, é seguro dizer que foram os sistemas penitenciário e socioeduca- tivo os mais expostos ao seu impacto, não apenas em razão de seus notó- rios e crônicos problemas de superlotação, carências estruturais, de pes-

<sup>28</sup> Artigo no prelo, aprovado para publicação no Boletim IBCCRIM, a partir do primeiro semestre de 2022.

<sup>29</sup> Bacharela em Direito pela UERJ. Advogada. Contato: lucienecarvalho.uerj@gmail.com

<sup>30</sup> Doutor em Direito pela PUC-Rio. Mestre em Direito Penal pela UERJ. Bacharel em Direito pela UERJ. Professor Adjunto de Direito Penal (UFF – MDI). Advogado. Contato: ferraz.hamilton.hgf@hotmail.com

<sup>31</sup> Doutora e mestre em Direito pela UERJ. Bacharel em Direito pela UERJ. Professora Associada de Direito Penal pela UERJ. Professora Palestrante da EMERJ. Procuradora de Justiça do MPRJ. Contato: patricia- glioche@gmail.com

soal e insalubridade, mas também e principalmente por serem espaços marcados pelo descaso público e pela discriminação com a condição e o estigma de preso (“bandido”/“menor infrator”), interditando-se assim, inclusive em nível cultural, qualquer possibilidade de realização de cidadania e reinserção social dessas pessoas (ou, no mínimo, tornando esse processo extremamente dificultoso).

Nesse sentido, justificado também a partir do notório impacto da covid-19 nos sistemas penitenciário e socioeducativo brasileiros, o presente trabalho busca repensar o próprio Direito de Execução Penal e a política penitenciária (e seus respectivos subsistemas socioeducativos), à luz do princípio *numerus clausus*, que parte da premissa básica de que o Estado não pode encarcerar ou internar para além das vagas de que dispõe o sistema.

Assim, o trabalho apresenta o princípio *numerus clausus*, delineando seus principais contornos dogmáticos e contextualizando-o aos tempos presentes, defendendo-se seu reconhecimento estrutural ao Direito de Execução Penal.

## AS ORIGENS DO NUMERUS CLAUSUS E BREVES NOTAS DE DIREITO COMPARADO

A ideia nuclear do princípio *numerus clausus*, qual seja, “uma vaga, um preso”, tem conhecida origem na França, na militância e nas propostas do deputado Bonnemaïson, a partir de 1989, adentrando nos anos 2000, em assumido combate ao cenário de superlotação carcerária à época enfrentado por aquele país (Roig, 2014, p. 104-120). Não obstante não ter sido convertido em lei ou aplicado na prática da execução penal francesa, a ideia consistiu num fecundo exemplo para outros países.

Na Holanda, Noruega, Suécia e Dinamarca, observou-se a prática de criação de listas de espera, em sintonia com um escalonamento de vagas dos estabelecimentos de cumprimento de pena, para o caso de inexistência de vagas suficientes a eventuais recém-condenados (Roig, 2014, p. 108).

Também foram verificadas manifestações do princípio na Itália — país que, recentemente, no caso *Torregiani e outros v. Itália* (2013) foi condenado junto à Corte Europeia de Direitos Humanos pelas condições de precariedade e superlotação observadas em seu siste-

ma penitenciário —, implicando obrigatório adiamento do cumprimento da pena detentiva, porventura não resguardadas as condições mínimas de respeito à dignidade da pessoa humana dos condenados (Roig, 2018, p. 579-583).

Na Alemanha, noticiou-se precedente do Tribunal Constitucional Federal, relativo a um julgado da Corte Federal de Justiça, que determinou a interrupção de cumprimento de pena de prisão com ofensa à dignidade da pessoa, caso evidenciadas propostas irrealizáveis de solução do problema (Roig, 2014, p. 110).

Finalmente, nos EUA, no importante caso *Brown et. al. v. Plata* (2011), a Suprema Corte, com base na proibição constitucional de penas desproporcionais e cruéis (oitava emenda), referendou a decisão de uma corte distrital que determinou que o estado da Califórnia (notoriamente conhecido por seu excessivo rigor punitivo) fizesse cessar as constantes violações cometidas contra a população carcerária em suas unidades prisionais, no que tange a cuidados médicos e de saúde mental, por meio da redução da lotação prisional (Simon, 2014).

## CONTORNOS CONCEITUAIS BÁSICOS E ALCANCE

Rodrigo Roig define o *numerus clausus* como um:

[...] sistema organizacional por meio do qual cada nova entrada de uma pessoa no âmbito do sistema carcerário deve necessariamente corresponder ao menos a uma saída, de forma que a proporção presos-vagas se mantenha sempre em estabilidade ou tendencialmente em redução (Roig, 2018, p. 48).

Como Ana Carolina Cândido assinala, trata-se de formulação com dupla finalidade, pois busca a redução do número de presos e a adoção de uma política criminal destinada a evitar a construção de novos presídios (Cândido, 2017, p. 27).

Além disso, Roig propõe a concretização do princípio em tela associado à vedação da Administração Penitenciária transitoriamente transferir presos entre unidades prisionais com o fim de mascarar sua obrigatoriedade (Roig, 2018, p. 49).

O autor salienta a pertinência de sua aplicabilidade pelo juiz das execuções penais, que deveria, de início, fixar duas saídas para

cada entrada de presos, com o fim precípua de estabilizar o número de condenados em cada estabelecimento prisional (Roig, 2018, p. 49).

Feito isso, tal autoridade jurisdicional passaria a fixar o número máximo de presos de cada estabelecimento prisional, ano a ano, mediante o auxílio de uma comissão que poderia ser composta pela Defensoria Pública, Ministério Público, Conselho Penitenciário, dentre outros integrantes, submetendo à homologação do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária.

O princípio *numerus clausus* pode assumir três feições: *preventiva*, *direta* e *progressiva*. Na primeira delas, denominada *preventiva*, enquanto não houver vaga, o sentenciado não entra no sistema de modo que, ou seria suspensa a execução da pena enquanto aguarda vaga, ou cumpriria sua pena em prisão domiciliar. Na segunda (direta), ocorreria o deferimento do indulto, da prisão domiciliar ou do livramento condicional, independentemente da sanção cominada na sentença condenatória. Por fim, segundo o sistema progressivo, a transferência ocorreria em cascatas, de modo que, entrando um preso no regime fechado, automaticamente, outro passaria para o semiaberto e, sucessivamente, outro para o aberto (Oliveira, 2016, p. 309-321).

O princípio do *numerus clausus* também não passa despercebido por autores estrangeiros consagrados, como Luigi Ferrajoli:

Há, além disso, uma medida, singular em aparência, que tornaria possível uma redução da superpopulação de nossas prisões: a previsão de uma sorte de *numerus clausus*, conforme o qual periodicamente — suponhamos que de ano em ano — os presos que estejam ainda cumprindo penas ou o restante de penas privativas de liberdade de menor duração deveriam ser destinados, no número que exceda a capacidade de nossas instituições carcerárias, a medidas alternativas à pena, como liberdade vigiada ou prisões domiciliares. Seria uma medida duplamente racional: uma espécie de indulto automático que poria fim ao tratamento desumano de todos os presos e serviria, ademais, para perdoar as privações de liberdade breves ou brevíssimas que, segundo resulta de todas as investigações criminológicas, não possuem nenhum sentido punitivo nem função preventiva. Porém, sobretudo, seria a única medida capaz de compatibilizar o tratamento carcerário com o princípio da dignidade das pessoas e com a proibição de tratamentos punitivos contrários ao sentido de humanidade estabelecidos pelos artigos 3.º e 27 da Constituição (Ferrajoli, 2014, p. 196).

Portanto, trata-se de uma proposição que busca combater a superlotação dos estabelecimentos prisionais, possibilitando o cumprimento das Penas Privativas de Liberdade, em condições consentâneas com a proscricção de penas cruéis (o que coincide com os artigos 5.º, XLVII, “e”, CRFB / artigo 5.2, CADH), não ofensivas à dignidade da pessoa humana, fundamento da República.

## NUMERUS CLAUSUS: UM DESCONHECIDO DA EXECUÇÃO PENAL BRASILEIRA CONTEMPORÂNEA?

O RE 641.320/RS e a Súmula Vinculante 56 do Supremo Tribunal Federal (2016)

O enunciado cinquenta e seis das Súmulas Vinculantes define que “a falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS”.

Cuida-se da concretização do entendimento da Suprema Corte sobre a “questão penitenciária”, oriundo do REExt citado, decidido sob o rito de julgado representativo de controvérsia e sob repercussão geral. Ele teve como objeto a péssima gestão dos estabelecimentos prisionais brasileiros, em especial no tocante à prática disseminada de manutenção de condenados em regime penitenciário mais gravoso (v.g. fechado), em prejuízo do regime concretamente imposto na sentença condenatória (v.g. semiaberto), sob a justificativa pragmática e utilitária da falta de vagas no sistema.

Diante desse quadro, a Corte conferiu aos juízes de execução penal diversas atribuições no sentido de reduzir a superpopulação carcerária e adequar o cumprimento de pena privativa de liberdade em condições aviltantes à dignidade da pessoa humana, dentre elas, a saída antecipada do sentenciado ou imposição de prisão domiciliar, sob monitoração eletrônica, se porventura fosse verificada falta de vagas – o que se compraz com o princípio do *numerus clausus* —, bem assim a imposição de pena restritiva de direito e/ou estudo ao sentenciado que progredisse ao regime aberto.

Noutro giro, a decisão também contemplou mandamento de concretização de políticas públicas pelo Conselho Nacional de Justiça e pela Administração Penitenciária.

## O HABEAS CORPUS COLETIVO 143.988/ES, STF, 2.<sup>a</sup> TURMA (2019)

Esse importante julgado deu aplicabilidade ao *numerus clausus* no âmbito do sistema socioeducativo, inicialmente restringindo-se ao Espírito Santo e, posteriormente, por decisão do Relator, abrangendo também os sistemas dos Estados do Ceará, Bahia, Pernambuco e Rio de Janeiro, além de se tornar paradigma para toda a Justiça Juvenil do país.

Em Agravo Regimental no HC 143.988, diante do quadro de superlotação verificado na Unidade de Internação Regional Norte (Uninorte), localizado em Linhares, o Relator, Min. Edson Fachin, em sede liminar, decidiu pela limitação do número de socioeducandos no patamar máximo de lotação de 119 % (correspondente à lotação média nacional dos estabelecimentos em comparação ao número de vagas disponíveis).

Atualmente, com a lavra do voto do Ministro Fachin, mantendo sua decisão liminar (inclusive, limitando ainda mais a lotação para a capacidade do estabelecimento), acompanhado dos votos dos demais ministros da Turma, é possível firmar que, ao menos na Segunda Turma, o princípio *numerus clausus* foi reconhecido e implementado na Justiça Juvenil, sendo esta uma decisão paradigmática para se espriar em todo o território nacional.

### NUMERUS CLAUSUS: UM PILAR FUNDAMENTAL DA EXECUÇÃO PENAL

Ao Direito de Execução Penal, na visão amplamente majoritária e predominante no Brasil, atribui-se o objetivo de “fazer cumprir o comando emergente da sentença penal condenatória ou absolutória imprópria” (Marcão, 2019, p. 29) sendo um ramo do Direito definido como “a fase processual em que o Estado faz valer a pretensão executória da pena, tornando efetiva a punição do agente e buscando a concretude das finalidades da sanção penal” (Nucci, 2018, p. 16).

Nos termos em que é posto, o Direito de Execução Penal acaba não sendo mais do que um mero desdobramento jurídico-normativo de demandas (políticas) de criminalização, retoricamente limitado pelo viés de ressocialização, a que se deve simplesmente fazer cumprir, sem maiores reflexões ou questionamentos.



Ocorre que a eficácia irradiante dos direitos humanos e fundamentais, a partir da Constituição e dos Tratados e Convenções Internacionais de Direitos Humanos, passa a exigir da execução penal que ela seja desde suas bases, nos termos cunhados por Oliveira, “humanitariamente exequível” (Oliveira, 2019, p. 576). Em que pese o autor referir-se ao encarceramento, é possível projetar esta ideia para a própria execução penal como um todo, tendo em vista a centralidade daquele para esta. Assim já concebia Roberto Lyra,<sup>[32]</sup> assim pensam autores contemporâneos como Roig,<sup>[33]</sup> Giamberardino e Pavarini,<sup>[34]</sup> Valois<sup>[35]</sup> e Couto de Brito; este último, em lição que sintetiza as demais, afirma:

[...] Todos os institutos ligados à Execução Penal devem ter como finalidade *diminuir os efeitos ou evitar as consequências danosas do cárcere*, o que significa, no mínimo, adotar dois pressupostos essenciais: 1) assegurar a máxima efetivação dos direitos humanos e 2) formular e aplicar institutos sempre voltados a diminuir a permanência do condenado na prisão. Nos moldes de uma execução construtivista da pena, deve-se procurar restabelecer as relações interpessoais entre os envolvidos (condenados, funcionários, técnicos, cidadãos livres) ainda que na condução desta finalidade se possa abrir mão de métodos rigorosos de “tratamento” (Brito, 2016, p. 59).

Desse modo, não é mais aceitável (como, de fato, nunca foi) responder à crise (crônica e congênita) de efetividade constitucional e convencional no âmbito dos sistemas prisional e socioeducativo,

<sup>32</sup> Referindo-se ao papel que atribuída à legislação de execução penal, convém destacar: “o principal num Código das Execuções Penais, finalístico e transcendente, mais político do que jurídico, não é a prestação de contas do condenado à Justiça, mas a responsabilidade desta pelo futuro de um homem ‘à sua disposição’. Que fizeste de teu irmão? É o que perguntará a consciência do magistrado executor. Não há mais a quem acusar e condenar, e sim a quem defender e guiar” (Lyra, 1963, p. 10-11).

<sup>33</sup> Orienta Rodrigo Roig: “Surge daí a tese central da teoria redutora de danos na execução penal, aqui defendida: a existência de um autêntico dever jurídico-constitucional de redução do sofrimento e da vulnerabilidade das pessoas encarceradas, sejam elas condenadas ou não” (2018, p. 28).

<sup>34</sup> Em citação: “Desde o prisma normativo, o tratamento penitenciário é regido pelo princípio da legalidade e inspirado por princípios de humanidade e respeito à dignidade humana. Não há outra compreensão legítima possível do ‘tratamento’ senão aquela que o defina como *limite legal ao poder exercido pela autoridade administrativa sobre os presos* em seu cotidiano (grifo dos autores). Logo, as normas sobre o tratamento penitenciário assinalam *direitos* por parte de quem está, naquele período, privado legalmente de sua liberdade de locomoção” (Pavarini; Giamberardino, 2018, p. 221).

<sup>35</sup> Na percepção de Valois: “A tendência em considerar a execução penal como um mero processo esconde o ser humano que está por trás, como objeto, mas que devia ser sujeito desse procedimento. O processo de execução penal é meio, e não fim, e deve servir para a garantia dos direitos inerentes à vida carcerária” (Valois, 2012, p. 113).

traduzida na superlotação desses sistemas, com afirmações de senso comum — equivocadas — do tipo “prende-se porque se deve prender, e se prende muito porque há muitos crimes”,<sup>[36]</sup> ou lógicas binárias do tipo “ou se soltam presos ou se constroem mais presídios” (“release inmates or build prisons”).<sup>[37]</sup>

E tanto é assim que a Corte IDH, na medida provisional emitida no Caso Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, reconheceu que a situação de violação ao artigo 5.2, CADH, que trata da vedação de penas cruéis e degradantes, tortura, maus tratos, simplesmente não podia aguardar a promessa de construção de novos estabelecimentos penitenciários por parte do Estado brasileiro (parágrafo 115), devendo o Estado se responsabilizar por simplesmente não admitir mais presos para além da capacidade ofertada (Corte IDH, 2017). Recentemente, no RHC 136.961/RJ, a Quinta Turma do STJ, inclusive, assegurou efetividade à determinação da Corte, decidindo pelo cômputo em dobro de todo o período em que o paciente cumpriu pena naquele estabelecimento, por ser pena degradante e desumana.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

É urgente desconstruirmos o mito de uma execução penal (em sentido amplo, abarcando-se penas e medidas, presos e internos) pensada e praticada com vistas a uma idealizada sociedade de “delinquência zero”, irrealizável, inviável e extremamente questionável não apenas desde o plano jurídico, mas, sobretudo, desde o plano moral e ético. Assim, a execução penal deve ser, primeiro, estruturada em função da garantia dos direitos dos presos e, em segundo lugar, em função das limitações operacionais e normativas do sistema penitenciário e socioeducativo.

Reconhecer e viabilizar ao preso, adulto ou adolescente, o direito de cumprir sua pena ou medida em estabelecimento minimamente adequado (ou seja, no mínimo, sem superlotação), porque isso

---

<sup>36</sup> Afirmações de senso comum que, como se sabe, não possuem qualquer esteio na realidade, já que não existe relação de causalidade entre “criminalidade” (infrações penais registradas) x encarceramento, nem mesmo entre este e as infrações mais graves, como suficientemente demonstrado em Stemen (s.d. Disponível em: [https://www.vera.org/downloads/publications/for-the-record-prison-paradox\\_02.pdf](https://www.vera.org/downloads/publications/for-the-record-prison-paradox_02.pdf). Acesso em: 14 jul. 2020). Ratificado, desde o Brasil, por Carvalho (2010, p. 46).

<sup>37</sup> Slogan adotado por republicanos da Flórida nos anos oitentas no âmbito de debates e propostas para o superencarceramento que viveu aquele estado americano durante o período (Schoenfeld, 2018, p. 219).

é cumprir a LEP, o ECA, a Lei do SINASE, a Constituição e os não deveria ser tabu, motivo de chacota ou menosprezo por parte dos operadores do sistema de justiça criminal. Antes, deveria ser o elemento basilar de qualquer política penitenciária racional — e, portanto, de um Direito de Execução Penal alinhado a esses parâmetros normativos, deontologicamente firme e empiricamente sensível à realidade punitiva subjacente.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. STF. RE 641.320/RS. Rel. Min. Gilmar Mendes. J. 11/05/2016. DJE 17/05/2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11436372>. Acesso em: 03 out. 2021.

BRASIL. STF. HC 143.988/ES, Rel. Min. Edson Fachin. J. 14 a 21/08/2020. DJE 04/09/2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5189678>. Acesso em: 03 out 2021.

BRASIL. STJ. RHC 136.961/RJ, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca. J. 15/06/2021. DJE 21/06/2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/pena-cumprida-situacao-degradante.pdf>. Acesso em: 03 out. 2021.

BRITO, Alexis Couto de. Fundamentos e limites da execução penal no Estado Democrático de Direito. **Delictae**, v. 1, n. 1, p. 50-95, jul-dez., 2016.

CÂNDIDO, Ana Carolina D'avanzo de Oliveira. **Sistema prisional brasileiro sob a perspectiva de gênero**: invisibilidade da mulher encarcerada. Trabalho de Conclusão de Curso. CAMACHO, Matheus Gomes (orientador). Faculdade de Direito. Faculdades Integradas de Ourinhos. Ourinhos, 2017.

CARVALHO, Salo de. **O Papel dos Atores do Sistema na Era do Punitivismo (o exemplo privilegiado da aplicação da pena)**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2010.

CORTE IDH. Assunto do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho. Medidas Provisórias a respeito do Brasil. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de 31 de agosto de 2017. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/resolucao-cidh-placido-de-sa>. Acesso em: 03 out. 2021.

FERRAJOLI, Luigi. **La democracia a través de los derechos**: el constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político. Tradução: Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Trotta, 2014.

LYRA, Roberto. Justificação do anteprojeto de código das execuções. **Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, p. 3-54, jul.-set., 1963.

MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

- NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Execução Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- OLIVEIRA, Antonio Carlos Moni de. Progressão de Regime Per Saltum e falta de vagas: qual ilegalidade é mais ilegal? **Revista dos Tribunais**, v. 963, p. 309-321, jan. 2016.
- OLIVEIRA, Rodrigo Moraes de. Existe um direito fundamental à ressocialização? *In*: CALVACANTI, Fabiane da Rosa; FELDENS, Luciano; RUTTKE, Alberto (orgs.). **Garantias penais**: estudo alusivo aos vinte anos de docência do professor Alexandre Wunderlich. Porto Alegre: Boutique Jurídica, 2019. p. 549-576.
- PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. **Curso de penologia e execução penal**. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.
- ROIG, Rodrigo Duque Estrada. Um princípio para a execução penal: *numerus clausus*. **Revista Liberdades**, São Paulo, n. 15, p. 104-120., jan.-abr. 2014.
- ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Execução Penal**: teoria crítica. São Paulo: Saraiva, 2018.
- SCHOENFELD, Heather. **Building the prison state**: race & the politics of mass incarceration. Chicago, Londres: The University of Chicago, 2018.
- SIMON, Jonathan. **Mass Incarceration on Trial**: a remarkable court decision and the future of prisons in America. New York: The New, 2014.
- STEMEN, Don. **The Prison Paradox**: more incarceration will not make us safer. Nova Iorque: Vera Institute of Justice. Disponível em: [https://www.vera.org/downloads/publications/for-the-record-prison-paradox\\_02.pdf](https://www.vera.org/downloads/publications/for-the-record-prison-paradox_02.pdf). Acesso em: 14 jul. 2020.
- VALOIS, Luís Carlos. **Conflito entre ressocialização e princípio da legalidade penal**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade de São Paulo. 2012.

## **Suposta constitucionalidade da vedação à supressão de instâncias em sede de *habeas corpus* e sua falácia estampada na suspensão de liminar 1.504 – novo AI5? A história se repete ou como tragédia ou como farsa**

LEONARDO COSTA DE PAULA <sup>[ 38 ]</sup>  
EDUARDO RODRIGO SUHR <sup>[ 39 ]</sup>

**Resumo:** A liminar concedida pelo presidente do STF na SL 1.504-RS foi medida suspendeu liminar e mérito de uma ação de *habeas corpus* direcionado ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Para fins do presente estudo se comparou as decisões do presidente do STF ao tratar de supressão de instância em sede de *habeas corpus*. Os argumentos utilizados pelo julgador em inúmeros *habeas corpus* que permitem impedir a concessão do writ, condicionada à supressão de instância acabam por ser o mesmo que impediria a concessão de liminar na SL 1.504-RS. Com a notícia histórica do Ato Institucional n. 5, ato que limitou o uso do *habeas corpus* se percebe que a SL 1.504-RS pode inaugurar uma forma de limitação do *habeas corpus* justificada pelo chefe do judiciário. Ao final se responde se a medida de suspensão liminar recebe às vezes, casuísticas, de um AI-5 perpetrado pelo presidente da mais alta corte do judiciário. O trabalho se dividiu, portanto em uma análise da decisão do SL 1.504-RS, em seguida se enfrentou sobre a competência para rever decisões do TJRS em sede de *habeas corpus* e, por fim, comparou-se as duas medidas para, no final, concluir o trabalho respondendo à pergunta proposta de que no futuro a medida de suspensão de liminar direcionada ao presidente do STF pode inaugurar uma nova forma de impedimento do *habeas corpus* impondo limitação não permitida constitucionalmente.

**Palavras-Chave:** Ato Institucional; Suspensão Liminar; Habeas Corpus; Direito Público Subjetivo.

<sup>38</sup> Doutor em Direito do Estado (UFPR). Mestre em Direito Público (UNESA). Professor Adjunto de Direito Processual Penal e Prática Penal da UFF-VDI. Presidente do Observatório da Mentalidade Inquisitória.

<sup>39</sup> Graduado em Direito. Advogado Criminal em Santa Catarina.

**Abstract:** The preliminary order decided by the president of the Supremo Tribunal Federal in Brazil, at SL #1.504-RS, was a preliminary order which suspended the injunction and merits of a *habeas corpus* action directed to the Court of Justice of the State of Rio Grande do Sul. For the purposes of the present study, the decisions of the president of the STF were compared with the recital of suppression of the instance in terms of *habeas corpus* directed to STF. The arguments used by the same judge in numerous *habeas corpus* that forbidden the granting of the writ in preliminary order, conditioned to the suppression of instance, turn out to be the same that would forbidden the granting of the preliminary order in case SL 1.504-RS. With the historical news of Brazilian Institutional Act n.º 5, act that limited the use of *habeas corpus*, it is clear that the case SL 1.504-RS can inaugurate a form of limitation of the use of *habeas corpus* justified by the president of judiciary power. In the end in this paper it is pretend to answer if the preliminary order of suspension measure receives sometimes, on a case-by-case basis, the same idea that AI-5 now perpetrated by the president of the highest court of the judiciary. This work was divided, therefore, in an analysis of the decision of SL 1.504-RS, then it was faced about the competence to review TJRS decisions in terms of *habeas corpus* and, finally, the two measures were compared to, in the end, conclude the work by answer the proposed question that in the future the measure of suspension of the preliminary injunction directed to the president of the STF can inaugurate a new form of forbid the use of *habeas corpus* imposing a limitation not allowed constitutionally.

**Keywords:** Institucional Act; Suspension Of Preliminary Order; Habeas Corpus; Public Rights.

## INTRODUÇÃO

Em tópicos de introdução há, por hábito e metodologia, o costume de se apresentar o problema do artigo e as divisões que se tomaram no trabalho que se seguirá. Isso já consta do resumo. Portanto, aqui nesse passo se rememora sobre o filme *Strip Search: segurança máxima*. Também conhecido como *Inspeção Geral* (*Inspeção Geral* ou *Strip Search*, 2004). o filme começa tratando da suspensão do direito de *habeas corpus* realizado após o evento do 11 de setembro em que se atacou as torres gêmeas na cidade de Nova Iorque.

No filme, *Inspeção Geral*, depois de algumas informações começa com a simples indagação do professor aos seus alunos: Se fosse possível extinguir toda a injustiça do mundo, vocês renunciariam aos

seus direitos e garantias fundamentais por um segundo? Por um minuto? Por uma hora? O tempo de uma vida?

Basicamente, quando se trata de suspensão do direito de *habeas corpus*, no Brasil, é o mesmo que se falar em suspender o direito à proteção das garantias fundamentais. O marco constitucional determinou que o *habeas corpus* e o dever de relaxar qualquer prisão ilegal não deve ser submetido à Constituição. Este artigo é sobre isso. Pode ser limitado o *habeas corpus* com suposta argumentação de supressão de instância? Para responder esta pergunta, de forma tergi-versada, se optou por buscar a resposta de um mesmo julgador ao decidir sobre uma medida antítese ao exercício do direito de *habeas corpus*, ou seja, a suspensão de liminar, prevista no artigo 4.º da Lei n. 8.437/1990 e no artigo 297 do Regimento Interno do STF.

No presente artigo, também a exemplo da quebra do hábito metodológico, ao final não se pretendeu dar resposta concluídas, mas como a própria filosofia estabelece este artigo servirá muito mais como indagação e proposição da indagação: É possível a Suspensão de Liminar concedida em sede de *habeas corpus*? É disso que esse artigo trata.

## DA SUSPENSÃO DA LIMINAR 1.504-RS E DO SEU DESCOMPASSO COM A ESTRUTURA CONSTITUCIONAL

Dia 13 de dezembro de 2021 o Ministério Público do RS peticionou a medida chamada de Suspensão de Liminar com fundamento no artigo 4.º da Lei n. 8.437/1990 e artigo 297 do Regimento Interno do STF requerendo suspensão da liminar deferida pelo TJRS em uma ação originária de *habeas corpus*.<sup>[40]</sup>

O *habeas corpus* cuja ação foi exercida preventivamente contra possível decisão de processo com grande repercussão nacional, relativo ao incêndio propagado no fatídico 27 de janeiro de 2013, no interior da boate Kiss, em Santa Maria (RS), evento que resultou na morte de 242 pessoas e na lesão física de, pelo menos, outras 636.

No processo submetido à primeira fase do Tribunal do Júri foram indicados como réus dois sócios-proprietários da boate e dois membros do grupo musical responsável pelo *show* que deu início ao

<sup>40</sup> n.º 70085490795 (0062632-23.2021.8.21.7000).

incêndio causador da suposta prática dolosa de 242 homicídios consumados, além de 636 na modalidade tentada.<sup>[41]</sup>

Os quatro réus do processo da boate Kiss foram pronunciados a julgamento pelo Tribunal do Júri, o qual os condenou pelos crimes de homicídios dolosos, após dez dias de plenária, às penas dosadas entre 18 anos e 22 anos e 6 meses de reclusão.<sup>[42]</sup>

Na sentença condenatória, o juiz-presidente descreveu os motivos que justificariam a imediata execução provisória das penas infligidas aos réus, porém foi obrigado a mantê-los em liberdade logo após tomar conhecimento da liminar concedida em sede de *habeas corpus*, pela primeira câmara criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul — TJRS, por meio da qual impediu-se, de maneira preventiva, a prisão de um dos réus em decorrência do veredicto condenatório.

Dia 14 de dezembro de 2021 o STF, pelo seu presidente Ministro Luiz Fux, suspendeu, na SL 1.504-RS objeto deste estudo, a pedido do MPRS os efeitos da liminar concedida para manter em liberdade os então condenados. O cabimento da suposta “Medida Cautelar na Suspensão de Liminar 1.504 Rio Grande do Sul”, estaria, segundo os termos do próprio *decisum*, amparado pelo “artigo 4.º, *caput*, da Lei n. 8.437/1992;<sup>[43]</sup> artigo 15 da Lei 12.016/2009<sup>[44]</sup> e artigo 297 do RISTF.<sup>[45]</sup>

<sup>41</sup> Os homicídios foram apurados, inicialmente, na ação penal do processo n.º 027/2.13.0000696-7 (número unificado: 0002353-19.2013.8.21.0027), que tramitou no juízo da primeira vara criminal da comarca de Santa Maria (RS); após determinado o desaforamento do julgamento, a mesma ação foi redirecionada ao processo n.º 001/2.20.0047171-0 (número unificado: 0047498-35.2020.8.21.0001), que atualmente tramita na primeira vara do júri do foro central da comarca de Porto Alegre/RS e pode ser consultado no sistema eproc pelo n.º 5123185-30.2020.8.21.0001. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/>. Acesso em: 16 mar. 2022.

<sup>42</sup> Penas individualizadas dos quatro réus: Elissandro Callegaro Spohr = 22 anos e 6 meses; Mauro Londero Hoffmann = 19 anos e 6 meses; Luciano Augusto Bonilha Leao = 18 anos; e Marcelo de Jesus dos Santos = 18 anos.

<sup>43</sup> “Art. 4.º Compete ao presidente do tribunal, ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas”.

<sup>44</sup> “Art. 15. Quando, a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada ou do Ministério Público e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, o presidente do tribunal ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso suspender, em decisão fundamentada, a execução da liminar e da sentença, dessa decisão caberá agravo, sem efeito suspensivo, no prazo de 5 (cinco) dias, que será levado a julgamento na sessão seguinte à sua interposição”.

<sup>45</sup> “Art. 297. Pode o Presidente, a requerimento do Procurador-Geral, ou da pessoa jurídica de direito público interessada, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia pública, suspender,



Dia 16 de dezembro de 2021, dois dias após determinada a suspensão da liminar, O Ministério Público do Rio Grande do Sul protocola petição com a informação de urgência desencadeada pelo início do julgamento de mérito do HC impetrado no TJRS, fato que poderia ensejar a soltura dos réus cuja prisão decorreria da decisão do Presidente do STF. Ou seja, textualmente o que pretendeu e realizou o MPRS é que a prisão de quem ainda pende julgamento definitivo estava sendo decretada diretamente pelo Presidente do STF ultrapassando tanto o mérito do *habeas corpus* quanto a competência obrigatória do Superior Tribunal de Justiça, prévia, quanto, ainda, o trâmite necessário para se chegar ao próprio STF e o ministro relator competente de possíveis decisões dos órgãos hierarquicamente inferiores.

O que se nota, portanto, é que houve, em correlata análise à possibilidade de *habeas corpus* impetrado diretamente ao STF, uma declarada supressão de instância supostamente fundada nos dispositivos indicados na decisão.

Da petição do MPRS o Ministro Fux ordenou, por antecipação, a ineficácia da futura decisão, caso ela viesse a ser proferida em benefício do paciente:

*Ex positis*, nos termos do art. 4.º, §§ 8.º e 9.º, da Lei n.º 8.437/1992, e ratificando a liminar anteriormente proferida nestes autos, **DEFIRO o pedido formulado pelo Ministério Público**, para sustar os efeitos de eventual concessão do Habeas Corpus n.º 70085490795 pela Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, **reiterando a determinação de cumprimento imediato das penas atribuídas aos réus Elissandro Callegaro Spohr, Mauro Londero Hoffmann, Marcelo de Jesus dos Santos e Luciano Augusto Bonilha Leão.** (Grifos do autor).

Para além das discussões que serão sempre necessárias ao se perceber a quebra do conteúdo constitucional da presunção de inocência em se pensar ser possível o cumprimento antecipado da pena em caso de julgamento de Tribunal do Júri, há que se discutir sobre o cabimento da suposta medida de suspensão de liminar impetrada em clara supressão de instância e em evidente negligência ao sistema recursal.

---

em despacho fundamentado, a execução de liminar, ou da decisão concessiva de mandado de segurança, proferida em única ou última instância, pelos tribunais locais ou federais”.

Será feita a análise da medida suspensiva concedida na SL 1.504, mesmo que de forma casuística, e do exemplo histórico que se tem do impedimento antecipado de concessão de *habeas corpus* cujo Brasil tem notícia por seu passado recente, corporificado no Ato Institucional n. 5 em que se impediu para uma classe de crimes a concessão de *habeas corpus*.

## DA COMPETÊNCIA PARA REVER DECISÕES DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA EM SEDE DE *HABEAS CORPUS* OU DO JUIZ NATURAL

Para contrastar toda a realidade relatada no capítulo anterior, é necessário observar qual é o trâmite processual constitucionalmente definido para o *habeas corpus*. Ou seja, para os casos regulares e que sigam estritamente a lei e a Constituição, qual seria o avançar processual em relação ao *habeas corpus* que determinou, em liminar, a soltura dos então condenados da boate Kiss e qual seria o possível enfrentamento dessas decisões por parte do Ministério Público.

Há que se entender que, antes de tudo, ao se tratar de julgamento e instâncias de julgamento o princípio indispensável para se lidar é o do juiz natural, definido por Coutinho como “expressão do *princípio da isonomia* e também um pressuposto de imparcialidade” (Coutinho, 2008. p. 168).

Notadamente, ser julgado por um juiz natural é o princípio pelo qual se preserva e determina que se tenha definido o julgador antes da data do fato delitivo para evitar tribunais ou julgamentos de exceção, como uma garantia fundamental à qualquer indivíduo:

**Trata-se, portanto, de identificar o órgão jurisdicional competente,** matéria hoje com foro constitucional, conforme art. 5.º , LIII, ou seja, “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”. O princípio do Juiz Natural, como se sabe, vem complementado, de perto, pela regra do inciso XXXVIII7, isto é, “não haverá juízo ou tribunal de exceção”. Por evidente, as regras refletem, até pela sua topografia, **garantia fundamental do cidadão**. (Coutinho, 2008. p. 168. Grifos do autor).

É indispensável observar todo o organograma processual até a última instância ao se tratar de um *habeas corpus* com concessão liminar e, inclusive, *habeas corpus* com decisão de mérito e quais as previsões legais possíveis de atuação do Ministério Público.

Partindo-se da premissa de que a ação de *habeas corpus* está, por essência, disposta à defesa da liberdade de locomoção, é deduzível que o recurso dela derivado, naturalmente, à liberdade também se destine.

Fica desde logo compreendido que o *habeas corpus* é uma ação autônoma posta à defesa da liberdade do paciente, e não posto ao acusador, de sorte que é inconcebível a concessão do *writ* para conceder medida que não seja favorável ao paciente.

Streck, ao contextualizar a “situação hermenêutica” do *writ* constitucional, afirma: “*Habeas Corpus* quer dizer remédio heroico. Contra o Estado. Sempre foi assim. E o é” (Streck, 2022).<sup>[46]</sup> O citado autor justifica a sua afirmação tecendo que o “*habeas corpus* é um instrumento exclusivo da defesa e o MP, nessa perspectiva, somente atua no interesse do paciente e como *custos legis*” (Streck, 2022).

Não por menos que a figura do recurso ordinário constitucional, direcionável tanto ao STF quanto ao STJ (artigo 102, inciso II, alínea “a” e artigo 105, inciso II, alínea “a”, ambos da CRFB/1988), somente são previstos para os casos em que houver a denegação de *habeas corpus* na origem, ou seja, em situações prejudiciais ao paciente.

Se o próprio texto constitucional restringe o recurso ordinário em *habeas corpus* às hipóteses de indeferimento emanado pelo tribunal *a quo*, conseqüentemente o silêncio quanto às decisões concessivas de ordem, em paráfrase a Streck, está a serviço da eloquência: “Silêncio eloquente quer dizer grito de liberdade” (Streck, 2022).

E é com base neste silêncio que seria, no mínimo, impróprio cogitar-se a revisão das decisões de tribunais locais que concedem o remédio constitucional, seja em sede de conhecimento sumário ou através do julgamento de mérito, pela via excepcional dos recursos especial ou extraordinário.

A indagação não tarda: então, de qual recurso disporia o órgão de acusação para atacar as decisões concessivas manifestamente ilegais? Nenhum! Mas por que, se a própria Constituição é abrangente ao prever, entre outras hipóteses, o cabimento de REsp contra decisão que afrontar lei federal?

---

<sup>46</sup> Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-abr-08/streck-cabe-recurso-especial-habeas-corpus-concedido>. Acesso em: 19 abr. 2022.

O “risco democrático” (Streck, 2022), como denominado por Streck, o fato de “o sistema produzir decisões das quais não caibam recurso se forem a favor do réu — questão que os gregos nos ensinaram (e pouco aprendemos) desde a Oresteia”. (Streck, 2022)

Urgem mudanças e independência teórica no campo do processo penal brasileiro, a começar pela releitura do sistema recursal, na medida em que “os recursos no direito processual penal devem ser garantia da pessoa e só assim se justificam” (Paula, 2017, p. 230); do substantivo “pessoa”, leia-se “do mais fraco na relação processual” (Paula, 2017, p. 232), e não da pessoa do acusador (personificado pelo Ministério Público ou pela figura do assistente de acusação):

Isso porque a Constituição acaba por silenciar quanto a atuação do acusador público para recorrer. Antes da vigência da carta de 1988, a estrita legalidade que permitia que o Ministério Público recorresse era preenchida pelo Código de Processo Penal. A partir da submissão à competência da Corte Interamericana, derivada da carta em que o Brasil assumiu esta obrigação convencional-internacional, e da integração ao ordenamento jurídico pátrio do Pacto de San José da Costa Rica pelo Decreto 678/92, tornou-se imperiosa uma interpretação diferente sobre o segundo grau e, como consequência, quanto à legitimidade recursal do Ministério Público, mormente pela natureza da Convenção, ainda que incorporada antes da Emenda Constitucional n.º 45/04.

A previsão do segundo grau de jurisdição está definida e fundamentada, desse modo, na Convenção Americana de Direitos Humanos. O artigo 8º (o qual define quais as garantias judiciais o Estado está obrigado a assegurar), em seu item 2, trata das pessoas acusadas e dispõe que toda pessoa tem a garantia mínima de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior. Este é o sentido mínimo que se pode extrair do Pacto. De tal medida é indispensável perceber que a “natureza jurídica” do recurso, portanto, só pode ser a de garantia judicial da pessoa (Paula, 2017, p. 178).

Logo, submeter o paciente a novo julgamento pelas vias excepcionalíssimas do REsp ou do RE para cassar-lhe a liberdade seria a mesma coisa que “condenar alguém com base na lei de anistia” (Barroso, 2011), isto é, “um absurdo completo” (Barroso, 2011).

E o “absurdo” ganha ainda maior proporção se considerado o fato de inexistir previsão expressa de que caiba REsp ou RE contra pronunciamento judicial, monocrático ou colegiado, que conceda HC.

O fato de também inexistir nenhum dispositivo constitucional que proíba a interposição de ambos os recursos às cortes superiores, claramente, não pode servir de permissivo recursal ao Estado-acusador. É o que argumenta Streck, ao sustentar a inadmissibilidade de REsp para impugnar decisões concessivas:

A Constituição do Brasil, no art. 105, II, I, **estabelece que cabe ao STJ julgar recursos ordinários de decisões concessivas de *habeas corpus***. E ponto. Recurso Especial tem outra função. Se coubesse REsp de medida concessiva de *habeas corpus* estar-se-ia emendando a Constituição por vias indevidas. Os norte-americanos sabiam disso já em 1803 (Streck, 2022).

[...]

E não se diga que ‘o que não está proibido, está permitido’. Estamos, aqui, em um jogo de linguagem (lembrando Wittgenstein) no qual **as regras estão dadas e não precisam estar em um *outdoor***. Simplesmente nos movemos nessa linguagem.

[...]

Em termos de liberdades, não me parece um argumento constitucionalmente adequado dizer que o que não está proibido está permitido e isso ser interpretado contra o réu (Streck, 2022).

Pôde ser constatado, em amplo panorama, que todo o organograma processual do *habeas corpus* está e deve estar constitucionalmente posto a serviço do paciente, de forma que o manejo do recurso ordinário constitucional, seja ele direcionado à Suprema Corte ou ao STJ, constitui-se em uma faculdade exclusiva da defesa, não podendo servir, em hipótese alguma, à pretensão punitiva do órgão de acusação.

Os recursos especial e extraordinário, da mesma forma, não podem ser interpostos a fim de desvirtuar-se o conceito de “pessoa”, aqui compreendido como “paciente”, para atender o bel-prazer punitivista do Estado-acusador, especialmente diante da ausência de previsão constitucional expressa.

Caso fosse realmente a intenção do Constituinte taxar ambas as vias recursais às hipóteses de concessão de *habeas corpus*, Ele muito

provavelmente as teria taxado, tal como fizera ao recurso ordinário constitucional nos casos de denegação, sem silêncios!

## DA SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA EM HC E DA SUSPENSÃO LIMINAR COMO NOVO AI5 CASUÍSTICO PELO JUDICIÁRIO – ELUCUBRAÇÕES NECESSÁRIAS

Certo que o *habeas corpus* desde a sua gênese no Brasil já perpassou por alguns “contratempos”. O Ato Institucional n.º 5, embora não tenha sido o primeiro, foi sem sombra de dúvidas o exemplo mais emblemático.<sup>[47]</sup>

A edição do AI5 (Brasil, 1968), datado de 13 de dezembro de 1968, remonta os tempos de ditadura militar, nos quais o conceito de liberdade hoje vivenciado sofreu toda sorte de afrontas, especialmente no que concerne à liberdade contra a tirania estatal.

O corpo do ato ditatorial é autoexplicativo e demonstra, em seus literais termos, a intenção de sufragar a garantia do *habeas corpus*: “Art. 10 - Fica suspensa a garantia de *habeas corpus*, nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular”.

Ficou, como visto, cerceada a garantia constitucional aos delitos de índole política, como se o *habeas corpus* possuísse pré-requisito ou pudesse ser limitado e estabelecido a partir do tipo penal, não importando qual fosse a ofensa à liberdade de locomoção. Depreende-se, logo, que o status constitucional do *habeas corpus* passou a ser concebido como uma garantia política, ao invés de garantia à liberdade humana.

Na verdade, a garantia do *habeas corpus*, que é uma garantia política, é a de direito público constitucional, subjetivo, de acordo com Pontes de Miranda que complementa que “não se pode negar é a intenção do constituinte dando-lhe mais larga esfera de aplicabilidade. Boa, ou excessiva: pouco importaria. Era o que lá estava” (Miranda,

---

<sup>47</sup> Cronologicamente caminhando, chega-se à primeira suspensão do *habeas corpus* em todo o território nacional no ano de 1942, com a promulgação do Decreto n.º 10.358, em razão da declaração do estado de guerra. A segunda suspensão sobreveio em 1955, com a Lei n.º 2.654, em decorrência da declaração do estado de sítio, que foi prorrogado, de forma sucessiva, pelo Decreto n.º 38.402/1955 e pela Lei n.º 2.713/1956. Sob o regime ditatorial, a partir da edição do Ato Institucional n.º 6, que alterou o artigo 114, inciso II, da Constituição de 1967, foi ainda expressamente vedada a substituição de recurso ordinário por *habeas corpus* originário.

1979, p. 182). Acrescenta-se que nada do que consta na atual redação do *habeas corpus*, pela atual CRFB, destoia da previsão a que se debruçou Pontes de Miranda.

Novos tempos advieram, a garantia do *habeas corpus* é instituída na ordem constitucional atual em forma de cláusula pétrea, mas nem por isso as mitigações cessaram, agora travestidas pela casuística judicial. As medidas levadas a efeito no processo da SL 1.504 são exemplos vivos dessa continuidade.

Antes de conferir a viabilidade da figura da “suspensão de liminar” no processo penal, é preciso ponderar que esta medida, como o próprio nome já bem descreve, presta-se tão somente a suspender os efeitos de medida concedida *in limine*. Isto é, o mérito medida de “suspensão de liminar” restringe-se à própria ordem de suspensão (sem querer incorrer em redundância).

O parágrafo 9.º do artigo 4.º da lei 8.437/1992, o qual cita que a “suspensão deferida pelo Presidente do Tribunal vigorará até o trânsito em julgado da decisão de mérito na ação principal”, demonstra, de forma lógica, que a intenção do legislador foi guardar o mérito da causa à competência natural do juízo que proferiu a liminar, e não decliná-la à autoridade judicial a qual o pleito de suspensão foi direcionado.

Na casuística SL 1.504, observa-se que o Ministro Fux, além de primeiro ter suspenso a liminar concedida pelo TJRS, impediu antecipadamente a eficácia de uma possível concessão de ordem no julgamento definitivo do HC, de modo a literalmente sustar os efeitos da decisão de mérito do referido tribunal estadual. O Min., assim agindo, determinou a prisão de todos os que teriam sido favorecidos com a liminar para impedir o cumprimento antecipado da pena. Nesse mesmo ato se impediu a revisão da decisão por qualquer outra instância até a decisão do STF referente à própria suspensão liminar.

Constata-se, ainda, que o pedido de suspensão de medida liminar, de acordo com dois<sup>[48]</sup> dos três diplomas normativos referenciados pelo próprio Ministro Fux, deve ser objeto de decisão originária do presidente da corte que proferiu a liminar, a qual comporta agravo interno. Até porque, numa visão sistemática, a parte pleiteante pode formular novo pedido de suspensão aos presidentes das cor-

<sup>48</sup> Art. 4.º, *caput*, da lei 8.437/1992 e art. 15, *caput*, da lei 12.016/2009.

tes superiores, caso o presidente do tribunal local indefira o primeiro pedido ou se do julgamento agravo interno não tenha sido obtido o efeito suspensivo, na dicção do parágrafo 4.º do artigo 4.º da lei 8.437/1992<sup>[49]</sup> e do parágrafo 1.º do artigo 15 da lei 12.016/2009.<sup>[50]</sup>

Mesmo não se tendo notícia de pedido prévio de suspensão da liminar ao presidente do TJRS, o Ministro Fux conheceu da SL 1.504 como se julgador natural dela fosse.

Em análise correlata à realizada no capítulo anterior, vê-se que, por tratar-se de processo penal, a suspensão de liminar não se constitui em instrumento legítimo a impugnar decisão concessiva de *habeas corpus*, mormente diante da ausência de reserva legal para tanto.

Relembra-se, oportunamente, que a redação do artigo 4.º, *caput*, da Lei 8.437/1992 trata apenas de “ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes”, enquanto o artigo 15, *caput*, da Lei 12.016/2009 e o artigo 297 do RISTF, à toda evidência, cuidam de liminares concedidas em sede de mandado de segurança, *writ* constitucional utilizado, geralmente, em matéria extrapenal (Abissamra Filho; Meinberg, 2021, p. 299). A linha de fundamentação legal tecida para sustentar o suposto cabimento da SL 1.504 não denota compatibilidade com o expediente que a medida suspensiva visava enfrentar — decisão concessiva de HC.

Merece registro a textualização posta por Aras e Suxberger (Aras; Suxberger, 2022, p. 4)<sup>[51]</sup> ao discorrerem acerca do comportamento da SL 1.504 sob a ótica da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Segundo ambos os autores, é possível visualizar que o artigo 27.2, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), de 1969, assenta, entre outras garantias, a vedação a suspensão do *habeas corpus* inclusive em casos de guerra declarada.

A partir do assento normativo fixado pela Convenção, é preciso ainda postar que qualquer interpretação divergente iria de encontro à Opinião Consultiva OC-8/87, apresentada em 30 janeiro de 1987

<sup>49</sup> “§ 4.º Se do julgamento do agravo de que trata o § 3º resultar a manutenção ou o restabelecimento da decisão que se pretende suspender, caberá novo pedido de suspensão ao Presidente do Tribunal competente para conhecer de eventual recurso especial ou extraordinário”.

<sup>50</sup> “§ 1.º Indeferido o pedido de suspensão ou provido o agravo a que se refere o caput deste artigo, caberá novo pedido de suspensão ao presidente do tribunal competente para conhecer de eventual recurso especial ou extraordinário”.

<sup>51</sup> Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=4007286>. Acesso em: 4 maio 2022.



pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e aludida por Aras e Suxberger (Aras; Suxberger, 2022, p. 4-5):

44. Portanto, em resposta à pergunta da Comissão Interamericana sobre a interpretação dos artigos 27.2, 25.1 e 7.6 da Convenção, a corte opina, por unanimidade, que os procedimentos jurídicos consagrados nos artigos 25.1 e 7.6 da Convenção Americana de Direitos Humanos não podem ser suspensos, conforme artigo 27.2 da mesma, porque constituem-se em garantias judiciais indispensáveis à proteção de direitos e liberdades, os quais não podem ser suspensos, segundo a mesma disposição (Corte Interamericana de Direitos Humanos, 1987, p. 13. Tradução nossa) <sup>[52]</sup>.

A idoneidade processual da SL é ainda controvertida pelo histórico de julgados do STF marcado por uma jurisprudência totalmente fechada à concepção de *habeas corpus* impetrados per saltum, em virtude de alegada vedação à supressão de instância.

Foi realizada uma pesquisa jurisprudencial, todos julgados anteriores à SL, que continham as expressões “HC”, “supressão” e “instância”. Optou-se pela análise exclusiva de decisões colegiadas, com o emprego da ferramenta “mais relevantes”, disposta como filtro de pesquisa e a partir daí se analisou os dez últimos julgados de relatoria do Ministro Fux. Não foi realizada restrição de classes processuais e nem seleção de unidades da federação específicas, a fim de não limitar o alcance da pesquisa sem motivo plausível. Todos os acórdãos foram proferidos pela Primeira Turma, da qual o Ministro Fux é integrante.

Anota-se, oportunamente, a identificação dos processos observados: HC 110.810 AgR (Brasil, 2013); HC 123.233 AgR (Brasil, 2016a); HC 126.395 AgR (Brasil, 2016b); HC 126.660 AgR (Brasil, 2016c); HC 146.740 AgR (Brasil, 2017); HC 152.885 AgR (Brasil, 2018a); HC 156.387 AgR (Brasil, 2018b); HC 179.024 AgR (Brasil, 2020a); HC 183.318 AgR (Brasil, 2020b) e HC 183.357 AgR (Brasil, 2020c).

Foi constatado que, com a exceção do HC 126.395 AgR, todos os julgados acima elencados fizeram remissões diretas ao HC 98.616/SP, cuja ementa segue abaixo transcrita, para legitimar a suposta vedação à supressão de instâncias em sede de *habeas corpus*:

<sup>52</sup> Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_08\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_08_esp.pdf). Acesso em: 4 maio 2022.

*Habeas corpus*. Homicídio. Prisão ordenada independentemente de trânsito em julgado. Superveniência do trânsito em julgado. *Writ* prejudicado. Fixação de regime inicialmente fechado. Questão não submetida ao crivo do STJ). Supressão de instância. *Habeas corpus* não conhecido.

1. Prejudicialidade do writ impetrado perante Tribunal Superior fundada em decisão liminar, precária e efêmera, obtida pelo paciente perante esta Suprema Corte inócurrenente.
2. Superveniência de trânsito em julgado da decisão condenatória, a ensejar o reconhecimento da prejudicialidade de ambas as impetrações.
3. A questão relativa à propriedade do regime prisional imposto ao paciente pela decisão condenatória não foi submetida ao crivo do Superior Tribunal de Justiça, não se admitindo a apreciação do tema por esta Suprema Corte, de forma originária, sob pena de configurar verdadeira supressão de instância. Precedentes.
4. *Writ* não conhecido (Brasil, 2011).

Da análise dos votos proferidos nos HC 123.233 AgR; HC 126.660 AgR; HC 146.740 AgR; HC 156.387 AgR; HC 179.024 AgR e HC 183.357, nota-se que o principal argumento tecido para combater à supressão de instância restou assentado na preservação “das regras constitucionais definidoras da competência dos tribunais superiores”. Argumento este que, na verdade, representa uma posição absolutamente antagônica à medida deferida pelo STF na SL 1.504, mesmo que fosse hipoteticamente possível conhecer de tal expediente em matéria afeta à cerceamento de *habeas corpus* e isso tudo pelo mesmo julgador.

O Ministro Fux, ao conhecer da SL originariamente, operou uma “verdadeira” dupla supressão de instância, na medida em que ultrapassou a competência natural do presidente do TJRS para apreciar o pleito de suspensão e, obviamente, a competência prévia do STJ para julgar novo pedido, caso o presidente do tribunal *a quo* tivesse o indeferido na origem (artigo 4.º, § 4.º, da lei 8.437/1992 e artigo 15, §1.º, da lei 12.016/2009).

A relativização da supressão de instância em eventos casuístico, tal como o da SL revela que a justificativa de vedação à supressão de instância não se sustenta, pois a única condição constitucionalmente estabelecida ao conhecimento da ação de *habeas corpus* é a

existência ou ameaça de ato injusto contra a liberdade de locomoção (artigo 5.º, inciso LXVIII da CRFB/1998), além disso, pelo contrário, é o relaxamento de prisão que deverá ser feito pela autoridade que primeiro vier a saber dela — independentemente de supressão de instância.

Importante lembrar de uma das regras mais comezinhas sobre hermenêutica constitucional: onde o legislador não distinguiu não cabe o intérprete distinguir ao se tratar de normas restritivas de direitos e garantias fundamentais. Dessa forma é de lembrar: o relaxamento de prisão só vai ocorrer quando não houve supressão de instância? Pela Constituição em vigor, não — apesar do Ministro Fux.

A decorrência lógica da previsão constitucional do relaxamento de prisão também aponta para a abrangência do remédio constitucional, uma vez que é dado a todo magistrado o poder de conceder ordem de ofício no curso de quaisquer classes processuais (também no artigo 54, parágrafo 2.º, do Código de Processo Penal).

O primado do relaxamento imediato da prisão ilegal pela autoridade judicial, disposto no inciso LXV do artigo 5.º da Constituição, não deixa dúvidas de que a intenção do Constituinte originário não se encontra representada em teses genéricas e infundadas de inadmissibilidade do *writ* constitucional, como é o caso da vedação à supressão de instância, a qual remete os jurisdicionados a tempos ditatoriais não muito longínquos.

Com tudo que se narrou anteriormente pode-se pensar em algumas questões que ficam demonstradas da inversão da função do *habeas corpus* e, até quem sabe, da transformação da Suspensão de Liminar em novo possível e futuro AI5 pela jurisdição do STF. Se pensarmos ser possível alegar suposta supressão de instância em ação autônoma de impugnação conglobada com a aceitação da absoluta supressão de instâncias pelos irresignados componentes do *Parquet* estadual do Rio Grande do Sul ao ingressar com a SL 1.504 tem-se que considerar que todos e qualquer promotor poderá ingressar diretamente ao presidente do STF para suspender alguma liminar de algum *habeas corpus* deferido.

Se aceitar ser possível a tal SL 1.504 ser válida, tem-se que ter em mente que poderá ocorrer uma verdadeira chuva de pedidos de Suspensão de Liminares com absoluta supressão de instância. Pode ser que nesse caso o casuísmo e a repercussão do caso seja o mote de

justificativa para o ministro presidente do STF, mas, qual o controle jurídico e político para que um ministro aceite uma ação sim e não outra? Simplesmente, não há — o que abre chance a para arbitrariedades sem possibilidade de controle. O que haverá então? Haverá só um casuísmo e um AI5 definido a partir do pedido do *Parquet* estadual e deferido, sem qualquer controle, pelo presidente máximo do poder judiciário.

O que não deixa silêncio, no presente caso, é uma coisa bem simples: O Ato Institucional n.º 5, com todas as suas lesões e ferimentos aos direitos e garantias fundamentais, era a adoção de política de ente componente do poder executivo em que não se tinham dúvidas da sua função política. Mas, o poder de decidir as políticas públicas de, inclusive, revogar o *habeas corpus* da CRFB foram passadas, então, ao ministro presidente do STF? Evidentemente que não. É de se destacar que, seja com Pontes de Miranda, seja com qualquer um que consiga entender que uma prisão ilegal deve ser relaxada pela primeira autoridade que tomar conhecimento da ilegalidade, independente de supressão de instância, a única certeza que temos é que a Constituição não permitiu aceitar-se suspender a liminar em *habeas corpus* pelo caminho que se fez na SL 1.504.

Isso parece a revoada das cinzas dos tempos sombrios em que se queimou a Constituição à época e que voltaram a manchar a principal garantia política e jurídica a do *habeas corpus*. Muita ingenuidade pensar que o *habeas corpus* poderia resistir aos ataques às garantias individuais. Talvez tenham esquecido de ler os clássicos. Talvez tenham ignorado o que quer dizer um direito público subjetivo constitucional mas, uma coisa é certa, a história não vai esquecer do trágico momento em que o judiciário expediu, no campo brasileiro, seu primeiro Ato Institucional número 5 para revogar e extirpar do ordenamento o direito de *habeas corpus*. Neste caso pelo atual ministro presidente do STF e o pior, nem eleito democraticamente foi.

Mas, quem vai resguardar o controle, então, dessa proteção constitucional? Da proteção constitucional do *habeas corpus*? O STF é o dono da Constituição? Perguntas estas que se deixam sem resposta. Uma coisa é certa: A história primeiro se apresentou como tragédia ao permitir a vigência do Ato Institucional n.º 5, e agora como ela está se apresentando? Para se alcançar a resposta, sugere-se olhar o título

do presente estudo que segue, enfim, para suas considerações finais pois se espera não se ter concluído essa página da história assim.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na esperança desta não ser a página virada da história do *habeas corpus* e invertendo a própria metodologia as considerações finais estas foram redigidas com uma interrogação. Se partiu da ideia de que seria possível crer que a SL 1.504-RS aparenta, em muito, com o Ato Institucional n. 5. Muitas semelhanças, muitas diferenças.

O AI5 inibiu o *habeas corpus* para crimes políticos à sua época. O AI5 foi feito por quem chefiava o poder executivo, político, por excelência e autoritário por natureza (desde o AI1). E a SL 1.504-RS? Esta operou a inversão, qual? Parece que o SL 1.504 revogou o *habeas corpus* para qualquer crime que aparentar interesse populista e político. Pode ser intentado com absoluta supressão de instância e antes mesmo de se julgar o mérito do *habeas corpus* no tribunal originário. O SL 1.504 a despeito da lógica básica do STF de supostamente poder recusar julgar um *habeas corpus* por supressão de instância pode ser julgado com dupla supressão de instância. O SL 1.504 passou a integrar no sistema brasileiro a lógica de que um *habeas corpus* deferido pode ter suspensão liminar decretada pela primeira autoridade que vier a receber a medida.

Partiu-se da Suspensão da Liminar e do descompasso com a estrutura constitucional, da análise da competência para rever decisões dos tribunais de justiça em sede de *habeas corpus* para, no fim analisar a supressão de instância do *habeas corpus* que nem se operou na SL 1.504.

De certo que muitas similitudes se podem ver nas duas medidas, o AI5 e o SL 1.504, ainda com a decisão em liminar impedindo qualquer outra instância de analisar o mérito do *habeas corpus* e, inclusive, operando uma quebra do princípio do juiz natural nos faz pensar o quão importante é a previsão constitucional de não ser julgado por um juiz absolutamente incompetente, e a ordem de acesso e instâncias faz regra de competência também. Mas, são só elucubrações.

A história às vezes se apresenta como tragédia, às vezes se apresenta como farsa. A dúvida que fica é se vamos nos silenciar ou tentar lembrar a função do *habeas corpus* frente às autoridades in-

competentes ou limitações dos direitos e garantias políticas como a do *habeas corpus*?

Como todo fim é um começo e o começo é um fim, a pergunta que fica é: Vocês renunciariam aos seus direitos e garantias fundamentais por um segundo, por um minuto, por uma hora, por um dia, pelo tempo de vida?

Os autores, agora, operando uma quebra absoluta da metodologia afirmam que nós não renunciamos às nossas garantias fundamentais nem por uma fração de segundo, e vocês? Renunciar aos direitos em face de uma suposta possibilidade de redução de todos os males do mundo só tem factibilidade na imaginação de quem propõe ou as opera. A nós, cabe resistir.

## REFERÊNCIAS

ABISSAMRA FILHO, José Carlos; MEINBERG, Marcio Ortiz. Suspensão de liminar em matéria criminal e o artigo 316 do Código de Processo Penal a partir de decisão proferida pelo Ministro Marco Aurélio (análise do HC 191836/SP e da SL 1395/SP). **Revista Direitos Democráticos & Estado Moderno**, São Paulo, n. 2, p. 298-301, jan.-jun. 2021. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/index.php/DDEM/article/view/51978/35532>. Acesso em: 21 abr. 2022.

ARAS, Vladimir Barros; SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. **O caso da boate Kiss no Sistema Interamericano de Direitos Humanos**: o (des)cabimento de medida cautelar pela CIDH. Publicado em 9 mar. 2022. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=4007286>. Acesso em: 4 maio 2022.

BARROSO, Luís Roberto. **Julgamento conjunto da ADI 4.277 e ADPF 132**: sustentação oral realizada pelo então advogado perante o plenário do STF. 2011. 1 vídeo. (14 min 47 seg) Publicado pelo canal Vandelson Bispo. Disponível em: [https://www.youtube.com/watch?v=5\\_CHQPes\\_ls](https://www.youtube.com/watch?v=5_CHQPes_ls). Acesso em: 19 abr. 2022. *Vide* a partir de 12 min. Disponível em: [https://www.youtube.com/watch?v=5\\_CHQPes\\_ls](https://www.youtube.com/watch?v=5_CHQPes_ls). Acesso em: 19 abr. 2022.

BRASIL. Ato Institucional n.º 5, de 13 de dezembro de 1968. Rio de Janeiro: Presidência da República [13 dez. 1968]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ait/ait-05-68.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-05-68.htm). Acesso em: 4 maio 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 98.616/SP**. Rel. Ministro Dias Toffoli, Primeira Turma. Julgado em 14 dez. 2010. Publicado em 22 fev. 2011. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur188019/false>. Acesso em: 25 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 110.810 AgR/DF**. Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma. Julgado em 10 set. 2013. Publicado em 24 set. 2013. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur242598/false>. Acesso em: 25 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 123.233 AgR/RJ**. Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma. Julgado em 14 jun. 2016. Publicado em 23 ago. 2016. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur354733/false>. Acesso em: 25 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 126.395 AgR/RS**. Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma. Julgado em 24 maio 2016. Publicado em 21 jun. 2016. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur351316/false>. Acesso em: 25 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 126.660 AgR/SE**. Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma. Julgado em 31 maio 2016. Publicado em 28 jun. 2016. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur351712/false>. Acesso em: 25 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 146.740 AgR/SP**. Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma. Julgado em 29 set. 2017. Publicado em 20 out. 2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur375738/false>. Acesso em: 25 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 152.885 AgR/PR**. Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma. Julgado em 23 mar. 2018. Publicado em 12 abr. 2018. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur383308/false>. Acesso em: 25 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 156.387 AgR/SP**. Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma. Julgado em 8 jun. 2018. Publicado em 22 jun. 2018. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur387092/false>. Acesso em: 25 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 179.024 AgR/SP**. Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma. Julgado em 27 abr. 2020. Publicado em 14 maio 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur424122/false>. Acesso em: 25 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 183.318 AgR/SP**. Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma. Julgado em 29 maio 2020. Publicado em 18 jun. 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur426733/false>. Acesso em: 25 abr. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 183.357 AgR/SP**. Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma. Julgado em 29 maio 2020. Publicado em 18 jun. 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur426724/false>. Acesso em: 25 abr. 2022.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Opinião consultiva OC-08/87**, data de 30 jan. 1987. Disponível em: [https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_08\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_08_esp.pdf). Acesso em: 4 maio 2022.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O princípio do juiz natural na CF/88: ordem e desordem. **Revista de informação legislativa do Senado Federal**, Brasília, v. 45, n. 179, p. 165-178, jul./set. 2008. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/176542>. Acesso em: 20 abr. 2022.

MIRANDA, Pontes de. **História e prática do habeas corpus**: direito constitucional e processual comparado. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1979

PAULA, Leonardo Costa de. **O segundo grau de jurisdição como garantia exclusiva da pessoa: por uma teoria dos recursos para o processo penal brasileiro**. 2017. Tese (Doutorado em Direito) — Setor de Ciências Jurídicas. Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2017. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/52657/R%20-%20T%20-%20LEONARDO%20COSTA%20DE%20PAULA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 19 abr. 2022.

STRECK, Lenio Luiz. **Cabe Recurso Especial contra Habeas Corpus concedido?** 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-abr-08/streck-cabe-recurso-especial-habeas-corporis-concedido>. Acesso em: 19 abr. 2022.



# O direito penal tributário e a punição antissocial no Brasil: a contribuição da neurociência para novas reflexões

MARCO OTAVIO ALMEIDA MAZZONI <sup>[ 53 ]</sup>  
PAULO ROBERTO DOS SANTOS CORVAL <sup>[ 54 ]</sup>

**Resumo:** A função punitiva para a promoção da força normativa e como condutora da cooperação em sociedade é baseada no direito penal como algo necessário quando outras vias são insuficientes. Pesquisas em áreas além do direito indicam como o exercício punitivo tem variações para a promoção do bem-comum, com destaque para fenômenos como a punição antissocial, que contradiz o senso comum de destinação do direito penal, em que o Direito Penal Tributário brasileiro é um exemplo. A neurociência traz a perspectiva de novas pesquisas sobre o funcionamento dos mecanismos punitivos, abre visões sobre como as sociedades reagem a eles e pode conduzir a novos modelos.

**Palavras-chave:** Direito Penal Tributário; Punição antissocial; neurociência.

## INTRODUÇÃO

Como todo fenômeno jurídico, no Estado Democrático de Direito a preocupação com os comportamentos e as motivações das pessoas passa pela reflexão dos meios necessários para garantir os direitos e proteger os bens, valores e interesses tutelados. Para tanto,

<sup>53</sup> Mestrando em Direito Constitucional Internacional, Direito Comparado e Relações Econômicas do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense (UFF). Procurador da República - Procuradoria da República no Estado do Rio de Janeiro. Membro da Comissão Permanente de Assessoramento para Acordos de Leniência e Colaboração Premiada – 5.ª CCR-MPF.

<sup>54</sup> Doutor em Ciência Política pelo Programa de Pós-Graduação em Ciência Política (PPGCP) da Universidade Federal Fluminense (UFF), Niterói. Mestre em Ciências Jurídicas pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Professor de Direito Financeiro e Tributário na Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF). Professor no Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional (PPGDC) da Universidade Federal Fluminense (UFF). Coordenador do Grupo de Estudos Interdisciplinares sobre Estado, Finanças e Tributação (Geieft). Correio eletrônico: paulocorval@id.uff.br. Este artigo é resultado das atividades do coautor no Geieft, onde, aos pesquisadores e estudantes, redigiu versão estendida do texto aqui apresentado, orientando, ainda, todo o processo de aprofundamento da pesquisa que o lastreia, bem como os ajustes aos moldes requeridos para a apresentação ao público.

a premissa da consideração normativa e como ela é correspondida na realidade é uma constante.

Como um símbolo do que é levado a efeito para a proteção referida, o direito penal por vezes se passa como aquilo que os indivíduos consideram como justiça em sociedade, ou ainda como um instrumento necessário para que exista alguma ordem. Por outro lado, teses são desenvolvidas para questionar a sua razão de ser e sua abolição. Mas ao final, o dado persistente é que ainda não houve demonstração de como a sociedade funcionaria sem a existência de sua feição penal e pouco se sabe sobre as razões além de matrizes teóricas.

A despeito das diversas linhas de pensamento sobre sua compreensão e necessidade, o dado é que vive-se uma era em que o direito penal busca fundamento imediato na Constituição, que funcionaria como um vetor de equilíbrio para que o poder punitivo não ultrapasse os limites necessários para a sua operação, mas sem indicativos exatos para as diversas situações da realidade.

No campo da tributação, por exemplo, que afeta diretamente a propriedade e a liberdade, questiona-se o que leva os cidadãos a colaborar com recursos destinados ao bem comum. Indaga-se se aqueles que manifestam capacidade contributiva e, portanto, podem contribuir para a formação do fundo público que viabiliza as atividades estatais, não o fazendo devem se submeter à repressão punitiva penal. Quais consequências deveriam suportar? E o que dizer sobre aqueles que cumprem seus deveres contributivos? O direito penal faria alguma diferença?

Para a compreensão do direito penal como vetor de cooperação em sociedade, novas contribuições interessantes a esses e outros questionamentos vêm sendo dadas nos estudos sobre os fenômenos comportamentais e motivacionais, que buscam identificar os fatores que conduzem o comportamento humano, auxiliam na compreensão do julgamento moral e no modo como os seres se ajustam às previsões normativas. Novos indicativos sobre como as sociedades reagem às previsões punitivas são desenvolvidos, com perspectivas de como a punição pode funcionar até mesmo como um motivador antissocial, que chancela a punição do comportamento adequado ao próprio direito.

Neste breve artigo quer-se introduzir essa maneira de entender, a indicar que o direito penal pode não funcionar na resolução

daquilo a que se propõe e que a despeito das evidências constantes, insiste em buscar razões em si. Com o advento de novas perspectivas da neurociência, os campos de estudo ganharam novos instrumentos que podem auxiliar na compreensão e aprimoramento institucional do direito penal, sendo o campo tributário um foco aguçado para as reflexões.

## FORÇAS INDUTORAS DA COOPERAÇÃO EM SOCIEDADE: O PAPEL DA INCIDÊNCIA PENAL

Para a reflexão inicial é possível sintetizar em dois os modelos básicos para a compreensão da força da norma como condutora de cooperação.

O primeiro modelo está atrelado à ideia de *justiça procedimental*,<sup>[55]</sup> em que as pessoas não ponderam custos e benefícios da sua cooperação na vida comum em sociedade, mas se baseiam em um *senso de obrigação* a partir de como o Estado, por meio do poder de polícia, trata o indivíduo e compreende ainda a sua faceta sancionatória.

No entanto, surgem indicativos para contraditar as premissas procedimentais isoladas. Veja-se que a justiça procedimental é baseada na perspectiva de que as leis, para terem legitimidade efetiva, dependem de proibições consistentes com as intuições morais dos indivíduos, que por sua vez são refletidas no modo como o Estado promove a sua aplicação. Porém, evidências empíricas passaram a indicar que a influência cooperativa dos cidadãos no respeito às leis não ocorre em todas as situações, pois não é o senso de obrigação a partir do tratamento garantido pelo Estado que faz da norma, algo abstrato, ser magicamente algo necessário.<sup>[56]</sup> Ou seja, as evidências informam que a tendência ao respeito às normas surge em relação àquelas com as quais as pessoas concordam, mesmo que não ocorra sanção, ou seja, sem a incidência estatal.<sup>[57]</sup> Por isso que a revogação da lei penal que pune o homicídio, por exemplo, não acarretaria ne-

<sup>55</sup> Cf.: TYLER, 2006; TYLER, 2016.

<sup>56</sup> Cf.: COX; MILES, 2015. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2658265](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2658265). Acesso em: 11 fev. 2022.

<sup>57</sup> Tyler menciona pesquisas para sustentar a legitimação das normas como a principal força indutora. No entanto, ainda ressalta que para funcionar depende da potencial punição, que não é desconsiderada (TYLER, 2016, p. 518-519).

cessariamente uma alteração dramática na sociedade, no sentido das pessoas começarem a se matar no dia seguinte.

Por sua vez, o segundo modelo da força da norma é manifestado pelas teorias da *manutenção da ordem*,<sup>[58]</sup> que indicam a exigência da atuação do Estado para rapidamente deter problemas cotidianos, mesmo não relacionados imediatamente à prática de crimes (“broken windows do need to be repaired quickly”), o que produz movimentos de “tolerância zero”, principalmente em seara policial, para não incentivar a ambientação para a prática de violações graves, além de funcionar como demonstração efetiva de atuação e assim incentivar a cooperação dos indivíduos no estabelecimento das relações em sociedade.

A partir de sua lógica alguns reflexos surgem na atuação do Estado, que com base em vetores como o *princípio da obrigatoriedade* — aquele que determina a persecução de todo fato criminoso como um dever —, termina subtraindo possibilidades dele exercer outras perspectivas de solução além do instrumental penal, que termina por funcionar como um atalho mental de operação, conhecido e sobre o qual se tem algum controle por normas, mesmo que seja ineficiente ao que se propõe e produza consequências canhestras. O resultado é que não há incentivos a se buscar novas soluções e termina ainda por tratar o direito penal como uma ficção, na medida em que alcançar todos os fatos violadores é algo muito difícil, ou mesmo impossível.

Aqui ainda surge um detalhe mal percebido: a obrigatoriedade é sustentada como decorrência da premissa constitucional de igualdade, pois apenas a lei, que se aplica a todos, poderia selecionar aquilo suficiente e necessário para a proteção da sociedade. O problema é ser justamente a lei que seleciona quando e como o sistema penal deve operar, o que eventualmente pode provocar o manejo do poder punitivo excluindo seletivamente alguns, enquanto reforçando sua incidência sobre outros. Não por acaso o fenômeno brasileiro, com o incentivo à persecução de todos os casos apresentados pelo filtro da detecção pelo poder de polícia, em que o Ministério Público não pode deixar de acusar por ser um dever, enquanto o Judiciário é apenas um veículo de concretização da seleção posta. A massa dos cidadãos que forma a população carcerária parece confirmar o fenômeno. O

---

<sup>58</sup> Cf. KELLING; COLES, 1997, p. 160; KELLING; WILSON, 1982, p. 29-38.

resultado é que a igualdade constitucional, na prática, parece entrar em contradição ao permitir um trato desigual do seu alcance.

Em qualquer caso, mesmo Frederick Schauer igualmente conclui que a punição ainda se mantém como a maior força indutora do respeito à lei. A ressalva essencial, no entanto, é que ela não se sustenta como condutor suficiente e deve ser combinada com outras forças não coercitivas, mesmo as normas sociais, que não deixam de ser também manifestações de coerção. No caso, a percepção é que quando a cooperação e boa-fé não parecem reger a hipótese por si, a força punitiva da lei a ser exercida em qualquer caso é o que reforça o elemento indutor dos comportamentos cooperativos (Schauer, 2015, p. 167).

Mas a razão de citar-se a conclusão de Schauer é que, mesmo com algumas variantes, pesquisadores promoveram investigações sobre o comportamento punitivo dos membros em sociedade, quando notaram que as diferentes estratégias para a promoção do bem comum variavam de acordo com as diferenças culturais onde os testes foram aplicados. A premissa universal do poder punitivo na força da lei, como a tradicionalmente considerada, poderia não ser exata.

## AS PESQUISAS COMPORTAMENTAIS E A PUNIÇÃO DOS COOPERADORES: O FENÔMENO DA SANÇÃO ANTISSOCIAL CONTRA COMPORTAMENTOS SOCIALMENTE ELEVADOS.

As pesquisas começaram a trazer alguns elementos que o sistema penal tradicional - melhor: o direito como um todo — não consegue compreender facilmente. Como um primeiro passo além da compreensão jurídica, destaca-se o evidenciado pela economia comportamental empírica.

Em especial, no estudo conduzido por Benedikt Herrmann (Herrmann, 2008, p. 1.365) sobre a correlação entre a punição e a cooperação em sociedade, testes foram realizados em diversas cidades de todo o mundo, que simulavam o “Jogo dos Bens Públicos”, em que os jogadores, divididos em grupos, recebem dinheiro e podem contribuir para um fundo comum em cada rodada. A quantia que entra no fundo é multiplicada e redistribuída igualmente entre todos, sem identificação dos contribuintes.

Para efeito de raciocínio teórico no caso, uma sugestão racional seria aquela em que cada jogador coloca todo o seu dinheiro no

fundo, o que maximiza a quantia multiplicada a ser distribuída ao grupo, em que os efeitos seriam maximizados para todos. No entanto, na perspectiva individual de um membro pode ser melhor não contribuir com os demais participantes e exercer uma feição de egoísmo ao manter os seus recursos, mas assim receber uma parte do fundo comum, ensejando a situação conhecida como a do *free rider*. De fato, em jogos reiterados dos bens públicos algumas pessoas preferem pegar carona, contribuindo com pouco ou nada. A reflexão é logo válida para a perspectiva tributária contributiva.

No estudo foram utilizadas três variantes possíveis: a) na primeira, não era possível haver qualquer punição entre os jogadores; b) na segunda, os jogadores poderiam punir os *free riders* (*social punishment*); e c) na terceira, a ser destacada, os jogadores não-cooperativos poderiam punir os cooperativos pelo simples fato deles terem colaborado, como um mecanismo de vingança ou defesa da própria postura (*antisocial punishment*).

A primeira variante (sem qualquer punição) mostrou que mesmo em situações onde as contribuições iniciavam altas, ao longo das rodadas elas caíram substancialmente, mesmo a zero em algumas situações, indicando haver uma falência no sistema, que não se sustentava. No caso, alguns cooperadores, ao perceberem que estão sendo explorados, reduzem ou mesmo eliminam suas contribuições. A ausência de punição ao *free rider* diminuiu a cooperação dos jogadores, pois eles se sentem prejudicados e passam a adotar estratégia não-cooperativa em padrão semelhante.

Na segunda variante (*social punishment*), quando os cooperadores têm a oportunidade de aplicar uma punição custosa aos *free riders*, pagam para que isso ocorra e os montantes de cooperação são mantidos ao longo das rodadas, em situação de equilíbrio em que os demais jogadores puderam até mesmo aumentar a colaboração (Herrmann, 2008, p. 1.365). Notou-se que as contribuições geralmente aumentam, mesmo que os cooperadores nada ganhem pessoalmente com a punição e que o acréscimo ocorre antes mesmo que alguém seja efetivamente punido, pois os caronistas potenciais avaliam antecipadamente a punição e assim aumenta a cooperação social ao final.

Mas houve uma percepção curiosa nos testes. Diante dos dados, que indicavam a possibilidade de punição para a manutenção da colaboração, faltava compreender o motivo do nível de cooperação

variar tanto de uma localidade para outra. Em cidades como Boston, Copenhagen, St. Gallen e Zurique, p. ex., a contribuição alta desde o início crescia em outras rodadas subsequentes. Em algumas, como Seul, a taxa aumentava substancialmente com a punição do free rider, enquanto em outras, como Atenas, Riad e Istambul, as taxas baixas desde o início assim permaneceram, mesmo com as possibilidades punitivas (Herrmann, 2008, p. 1.364).

Foi quando notou-se a terceira variante, em que a força antisocial punia os colaboradores (*antisocial punishment*), como uma espécie de mecanismo de autoproteção daqueles que não colaboram. Quando comparados os resultados do confronto entre as variantes de “social punishment” e “antisocial punishment”, houve indicativo de uma correlação negativa entre a prevalência da punição antissocial e o nível de cooperação (Herrmann, 2008, p. 1.363-1.364).

Em cidades como Boston, Melbourne e St. Gallen, as pessoas estão dispostas a ter maiores dispêndios para punir comportamentos não-cooperativos e a presença de comportamentos de “antisocial punishment” são fracos. Por outro lado, em locais como Atenas, Riad e Istambul o dado é exatamente o oposto. Ou seja, onde os comportamentos cooperativos são mais punidos, o nível de cooperação é menor, enquanto as sociedades dispostas a punir os não-colaboradores caronistas são aquelas que mais vivenciam a melhor cooperação.

Mas o estudo foi além e indicou que naquelas localidades em que o nível de “antisocial punishment” contra os colaboradores é maior, são exatamente onde as leis tendem a ser mais desrespeitadas e há uma tolerância com pequenas violações, como seria o caso de não pagamento de tarifas de transporte coletivo, ou mesmo - destaque-se - a evasão fiscal (Herrmann, 2008, p. 1.366-1.367). Ou seja, os resultados indicam que as forças que sustentam a cooperação dos cidadãos no “jogo dos bens públicos” — altruísmo e punição social — podem ser superadas facilmente pela punição antissocial (Greene, 2018, Kindle: posição 1.435). Uma conclusão fundamental é que onde as normas não são respeitadas há indicativos de taxas cooperativas baixas e punição ao comportamento cooperativo mais alta, certamente sem prejuízo de outros fatores (Herrmann, 2008, p. 1.366-1.367). O dado fundamental é que o hábito de violar as normas é potencializado.

Mas o que explicaria os comportamentos identificados? A punição pró-social (a segunda variante) tem uma razão indutiva, pois seria a manifestação sancionatória contra aquele ser egoísta, que contribui menos que os colaboradores. Mas o destaque do experimento é outro, em especial, o que mobiliza o comportamento da punição antissocial, em que os aproveitadores castigam outros membros do grupo por contribuírem mais que o aproveitador, como uma punição por ser generoso.

No caso, primeiro notou-se que em diversas culturas as pessoas atuam de forma mais pró-social do que a mera racionalidade econômica tradicional previa, na medida em que elas continuaram a contribuir mesmo podendo ganhar caso nada contribuíssem. Mais que isso, puniram aqueles que faziam contribuições baixas.

Por outro lado, a situação da terceira variante traz elementos contraintuitivos, pois parece indicar uma espécie de hostilidade contra uma generosidade excessiva, como se o padrão cooperativo elevado de alguns produzisse a expectativa sobre os demais em também serem mais generosos, que então tratavam isso como algo negativo. É como um castigo por ter comportamentos socialmente elevados, que se afastam da consideração egoística, sendo promovido para evitar a elevação do padrão positivo para todos. A situação de pagar para punir mais a generosidade, do que o egoísmo, tem um simbolismo significativo.

A situação trazida pelo experimento é que existiu uma correlação entre o quanto menor fosse o capital social local, maiores as taxas de punição antissocial, como se o sistema moral dos cidadãos incorporasse a ideia de que cooperar e ser generoso merece um castigo, o que ocorre quando eles vivem em uma sociedade na qual as pessoas vivem em desconfiança e não possuem senso de eficácia da sua relação com os demais.

Seria um dado excepcional? Seria a pesquisa, mesmo realizada em diversas localidades e grupos, um naturalismo comportamental a tratar uma exceção como regra? Geralmente o Direito para por aqui, principalmente quando resiste àquilo que se opõe ao que ele toma como premissa. A punição sendo utilizada para funções distintas, em especial contra a colaboração, seria algo admitido pelo direito?



Enquanto o direito continua forçando suas próprias razões, na perspectiva científica os primeiros achados são incentivos para se ir além.

## NOVAS PESQUISAS E A PUNIÇÃO COMO ALTERNATIVA INSTITUCIONAL EM SOCIEDADES DE ESCALA

É quando a abordagem de novos conhecimentos, que buscam identificar os fatores que conduzem o comportamento humano, auxiliam na compreensão do julgamento moral e como os seres se ajustam às previsões normativas.

No caso, o achado das pesquisas iniciais não parece ser algo aleatório. Ressalte-se logo que o estudo referido não foi um exemplar isolado. Outros trabalhos significativos, mesmo na seara comportamental com membros de culturas não ocidentais, também foram realizados e acrescentaram novas percepções.<sup>[59]</sup>

Em um deles, o experimento foi especificamente realizado com milhares de voluntários em 25 diferentes culturas com práticas econômicas grupais de menor escala, como pastores, coletores, horticultores e agricultores, com grupos de controle distintos. Os testes comportamentais mobilizaram modalidades de jogos tradicionais, como o *Jogo do Ditador*, no qual o participante apenas decide como o dinheiro será dividido com o outro jogador; outro foi o *Jogo do Ultimato*, em que é possível pagar para punir alguém que desempenha um comportamento injusto contra o jogador, como uma punição direta em interesse próprio; e uma terceira modalidade foi aquela em que ocorre a punição por terceiros, na qual é possível pagar para punir aquele que atua de forma injusta com outras pessoas, como uma punição altruísta (Henrich, 2006, p. 798-799; 2001, p. 73-78).<sup>[60]</sup>

Os resultados de todos os estudos demonstraram alguns pontos fundamentais. O primeiro é na lógica de integração de mercado, ou seja, o maior nível de interação entre as pessoas com a troca de bens e consideração de dignidade mútua, auxiliava a prever o com-

<sup>59</sup> Cf: MARLOWE, 2006, p. 1.767. Disponível em: <https://royalsocietypublishing.org/doi/10.1098/rspb.2007.1517>. Acesso em: 13 fev. 2022; HENRICH, et al., 2005, p. 795-855. Disponível em: [https://www.econ.uzh.ch/dam/jcr:fffff-9758-127f-0000-00004de60616/Henrich\\_et\\_al\\_in\\_BBS\\_Dec\\_05.pdf](https://www.econ.uzh.ch/dam/jcr:fffff-9758-127f-0000-00004de60616/Henrich_et_al_in_BBS_Dec_05.pdf). Acesso em: 13 fev. 2022.

<sup>60</sup> Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/6990599\\_Costly\\_Punishment\\_Across\\_Human\\_Societies](https://www.researchgate.net/publication/6990599_Costly_Punishment_Across_Human_Societies). Disponível em: <https://www.aeaweb.org/articles?id=10.1257/aer.91.2.73>. Acesso em: 4 jan. 2022.

portamento daqueles com ofertas mais justas em todas as modalidades jogadas. O destaque foi a disposição para pagar pela punição daqueles comportamentos não-cooperativos, seja diretamente ou pela punição altruísta, como se a maior integração nas relações de troca renunciasses uma disposição maior para punir o egoísmo (Henrich, 2006, p. 1.767).

Outro ponto a ser destacado se relaciona com o tamanho das comunidades, em que quanto maiores fossem, maiores os casos de punições diretas e por terceiros aos membros não-cooperadores, como se a reação social ganhasse proporções de reprovabilidade conscientes. A essência está em entender como nas sociedades de larga escala, em que há interação frequente, mas entre desconhecidos, a atuação pró-social ocorre.

Explicações tradicionais sugerem que seria algo na linha de práticas correntes em grupos humanos menores, ou de origens comportamentais animais, que evoluem diante das invenções culturais, como o caso das ideias de que a fundamentação moral é uma extensão do passado humano como caçadores-coletores em bandos primitivos, movidos pelo parentesco ou situações de proximidade que incentivavam o altruísmo recíproco.<sup>[61]</sup> Com o aumento significativo das comunidades houve a expansão de interações com desconhecidos, fora das relações de proximidade, mas em que os comportamentos pró-sociais seriam uma expansão inexata do comportamento dos grupos pequenos.

No entanto, as descobertas nos referidos estudos salientaram que nas diversas culturas consideradas, aquelas que se aproximam dos pequenos grupos ancestrais, justamente os que menos dependem das interações de troca e mercado, apresentam menor disposição para ofertas mais justas e de punição aos não-cooperadores. Ou seja, ao não necessariamente punirem os não-cooperadores, a consideração poderia contradizer aquela percepção de que as sociedades com maiores relações e tamanho estão mais dispostas a punir como sua evolução. Mas o que parece ser salientado pela situação é algo diverso, em que as bases da convivência humana em sociedades ainda consideram suas instituições, que funcionam como frutos culturais

---

<sup>61</sup> Cf.: SAPOLSKI, 2017, capítulos 9 e 10.

criados enquanto as sociedades crescem e se sofisticam, demandando novos padrões, mesmo os punitivos.

O dado é que as práticas pró-sociais não são apenas relações econômicas entre os seres, que exigiriam o equilíbrio imediato das relações de troca e a punição sempre que houvesse um caso de violação, algo que ao final seria um desvirtuamento da reciprocidade humana.

No caso, os membros de pequenos grupos não exercem relações econômicas como o único vetor essencial para a sua convivência. Dentre os fatores está destacado o papel social e as funções desempenhadas por cada um dos cidadãos na sobrevivência e desenvolvimento das suas comunidades. É algo que mesmo a filosofia moral já salientava na compreensão dos papéis sociais de cada membro, em que cada um cria a expectativa nos demais pelo seu desempenho, como a concepção da *vergonha moral*, que produz mecanismos de sanções internas aos próprios agentes para evitar a repulsa da sua comunidade (a vergonha), configurando situações em que a punição externa, como o direito penal, não seria a única solução para a manutenção da colaboração.<sup>[62]</sup>

Trata-se de uma expectativa que se afasta até mesmo de concepções universais e racionalizantes, como aquelas kantianas, na medida em que os débitos sociais recíprocos se equilibram ao longo do tempo e nos casos em que alguém se aproveitar da comunidade, como os *free riders*, a própria comunidade exerce o trato desse membro coletivamente, de acordo com o que seria adequado para a situação de maneira eficaz. Dentre as medidas é que surgem as formas punitivas externas e potenciais, mesmo as alternativas, sendo o direito penal apenas uma de suas manifestações mais simbólicas.

No entanto, a alternativa da punição como resposta ao ato de não-cooperação existe desde o início e não é descartada, seja qual for o tamanho das comunidades e suas relações econômicas. O problema está em compreender por que a sua consideração potencial não é afastada e como o surgimento de punições antissociais, em especial nas comunidades maiores, contradiz os anseios e mecanismos de cooperação.

---

<sup>62</sup> Cf.: TUGENDHAT, 2003.

## A PUNIÇÃO COMO REPULSA AOS ATOS DE NÃO-COOPERAÇÃO E A ASCENSÃO DAS EVIDÊNCIAS NEUROCIÊNCIAS: O DIREITO PENAL TRIBUTÁRIO COM O PERFIL ANTISSOCIAL.

Retome-se o foco das sociedades de maior proporção e escala nas relações econômicas, como as democracias liberais da atualidade. Como salientado, nelas a perspectiva punitiva externa tem um propósito ainda bem destacado, pois podem se afastar dos mecanismos próprios das comunidades menores, em que alternativas de solução aos atos não-cooperativos podem ocorrer sem a sua incidência necessária.

É quando surge um novo passo, em que outras pesquisas, com contribuições na seara da neurociência, sugerem que um senso intuitivo de justiça é profundo na linhagem dos primatas e que uma tendência a punições *retributivas* pode ter desempenhado um papel fundamental no desenvolvimento biológico e cultural ao longo da evolução humana.<sup>[63]</sup> No caso, surgiram evidências a sustentar que o impulso para a punição pode ser causado por mecanismos primitivos filogeneticamente estabelecidos no cérebro. A ânsia punitiva, antes baseada em constatações comportamentais, mas sem explicações adequadas sobre suas variáveis, parece ter um caractere neural humano a ser contextualizado e que provoca reações quando não atendido.<sup>[64]</sup>

O detalhe adiciona o tema da finalidade das penas, na medida em que a punição, ao levar em conta os seus efeitos para o bem comum em comunidades de larga escala, poderia funcionar com uma consideração meramente retributiva da pena para a satisfação neural dos seus membros, principalmente quando distantes das alternativas de solução. O problema é que a situação poderia não permitir o equilíbrio necessário, pois a mera ânsia punitiva poderia ensejar o

<sup>63</sup> Cf.: BROSNAN; WAAL, 2003. Disponível em: [https://www.emory.edu/LIVING\\_LINKS/publications/articles/Brosnan\\_deWaal\\_2003.pdf](https://www.emory.edu/LIVING_LINKS/publications/articles/Brosnan_deWaal_2003.pdf). Acesso em: 8 jan. 2022; FEHR; GÄCHTER, 2002. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/11552998\\_Altruistic\\_Punishment\\_in\\_Humans](https://www.researchgate.net/publication/11552998_Altruistic_Punishment_in_Humans). Acesso em: 24 jan. 2022; BOYD et al. 2003. Disponível em: <https://www.pnas.org/content/pnas/100/6/3531.full.pdf>. Acesso em: 18 jan. 2022; BOWLES; GINTIS, p. 17-28, 2004. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/8988389\\_The\\_Evolution\\_of\\_Strong\\_Reciprocity\\_Cooperation\\_in\\_Heterogeneous\\_Populations](https://www.researchgate.net/publication/8988389_The_Evolution_of_Strong_Reciprocity_Cooperation_in_Heterogeneous_Populations). Acesso em: 13 fev. 2022.

<sup>64</sup> SANFEY, p. 1.755-1.758, 2003. Disponível em: <https://stanford.edu/~knutson/bad/sanfe03.pdf>. Acesso em: 11 fev. 2022.

uso excessivo do direito penal e desacreditar, ao final, a sua função para a promoção da cooperação.

Para evitar a retribuição como o foco principal da punição é que incidem os fatores socioculturais, como os jurídicos, que se integram à condição humana além dos vetores biológicos e psicológicos punitivos. <sup>[65]</sup> No entanto, no caso do direito penal, as suas concepções e princípios de aplicação terminam por garantir uma aparência de juridicidade, mas ao custo de não ser adequado para a regência da sociedade quando não veicula a expectativa humana como resposta aos atos não-cooperativos.

O detalhe é ainda realçado pela concepção do direito constitucional, que sendo essencial para a operação do direito penal, parte de uma perspectiva universalizante de aplicação da dogmática penal, além de reflexos na sua concretização, como o realce do princípio da obrigatoriedade antes destacado. O direito constitucional funciona justamente como um dos novos fatores socioculturais essenciais na evolução humana, mas que talvez produza conflitos quando os humanos, que são movidos por fatores punitivistas em sociedades de escala, se deparam com situações em que existe a ânsia de punição retributiva aos atos de não-cooperação, mas que o vetor jurídico não permite mais se concretizar.

O ponto é que a despeito da evocação constitucional ocorrer para limitar o exercício da punição, ainda assim o direito deveria conciliar a razão punitiva para promover a cooperação, que como ressaltado se trata de uma circunstância da essência humana, que acaba por ser contraditoriamente limitada pelo próprio direito. Como efeito, além da repulsa ao violador da cooperação, a repulsa ainda pode recair sobre o próprio direito, quando considerado como incapaz de veicular a expectativa punitiva em prol da cooperação. É por isso que a consideração punitiva, como manifestação humana, deve buscar a satisfação da pena por finalidades complementares e não apenas retributivas, que não deixem em desemparo os grupos humanos e direcionem a ânsia de punição a finalidades mais apropriadas ao grupo social.

---

<sup>65</sup> Cf.: SELYE, 1978, sobre como a percepção humana da realidade pelo cérebro depende da reação a estímulos compostos por fatores biológicos, psicológicos e socioculturais..

A percepção é a de que a pena não é um fim em si, mas uma via humana para a promoção do bem comum, que precisa de guias essenciais contra sua incidência desordenada ou com exageros, mas que seja bem direcionada, com meios para a sua efetividade. É quando o papel das agências jurídicas, em especial do direito constitucional, mostra-se fundamental para a aplicação do direito penal. Não para sua supressão, mas para sua veiculação balizada.

Veja-se que em neurociência surgem os indicativos que parecem direcionar a compreensão de como os mecanismos cerebrais funcionam para assegurar a manutenção da estabilidade social, sendo a expressão punitiva apenas um deles. A questão é o quanto a adaptação humana, condicionada por suas relações intersubjetivas e culturais, se torna capaz de direcionar as reações meramente retributivas, arraigadas em elementos primários do direito penal, para sentidos mais eficientes na promoção da melhor harmonização da cooperação mútua.

Ao falhar como instrumento para a veiculação punitiva, o direito penal pode terminar por contradizer a essência cooperativa e eventualmente ser manipulado para finalidades a ela contrárias, que não amparam o bem-comum, mas fortalecem os semblantes egoístas, como caracterizado nas situações de punições antissociais antes descritas.

O exemplo dos ilícitos tributários e fiscais no Brasil traz um contexto para a compreensão do fenômeno. Como um suposto exemplo de consolidação da cooperação em sociedade, a função tributária brasileira talvez não tenha o contorno que se espera de uma sociedade que almeje o bem comum como fruto de um compartilhamento mútuo. O passivo tributário tem cifras significativas, que ultrapassam os trilhões,<sup>[66]</sup> ao mesmo tempo em que os reclamos daqueles que continuam arcando com a operação da sociedade permanecem. É certo que a situação tem diversas causas e implicações, mas que parece haver, em algum trecho, reflexo no tema exposto.

Veja-se o estado da incidência penal na área. O fenômeno é repleto de exemplos, desde o nascedouro artificial da violação típi-

---

<sup>66</sup> Débitos tributários (com a consideração previdenciária) alcançam mais de 93 % da dívida ativa da União. Cf.: AGÊNCIA BRASIL. “Dívidas com a União passam de R\$ 2 trilhões; 44 % são irre recuperáveis”, 2019. Disponível em: <https://agenciabrasil.etc.com.br/economia/noticia/2019-03/dividas-com-uniao-passam-de-r-2-trilhoes-44-sao-irrecuperaveis>. Acesso em: 9 mar. 2022.

ca que depende de um proceder burocrático externo ao fato (súmula vinculante n. 24 do STF), passando pelos marcos dos mais variados meios para a suspensão da pretensão punitiva, até a sua extinção em diversas oportunidades e modos, que somados ao princípio da obrigatoriedade a reclamar a sua persecução, caracteriza a operação sancionatória com um caráter meramente simbólico e manipulável por circunstâncias além da sua consideração penal.<sup>[67]</sup> Tudo sob a premissa constitucional de igualdade, mas em que a lei seletivamente escolheu aquilo passível (ou não) de ser alcançado.

A situação, em que a persecução penal não exerce mais a função punitiva, pode significar uma ruptura no significado do instrumento como meio de cooperação na sociedade ampliada. No caso, as diversas feições antes descritas aparentemente ocorrem: a) a tributação é exemplo de participação coletiva por excelência e a não-colaboração por quem poderia contribuir, com a utilização de ilícitos, pode se aproximar da figura do *free rider*; b) todo o ordenamento de operação penal brasileiro é construído para incentivar a não-cooperação, em que a consequência como repulsa aos ilícitos é a exceção, resultando nos conflitos continuados e drenagem dos recursos daqueles que colaboram; c) a ausência de mecanismos sancionatórios efetivos contra os *free riders* desestimula a regularidade das contribuições, indicando uma falência no sistema, em que alguns cooperadores se sentem prejudicados e passam a adotar a estratégia não-cooperativa com artifícios e impugnações em todo o sistema contributivo; e d) ao desnaturar de forma voluntária o mecanismo sancionatório por excelência (direito penal), o efeito se aproxima daquele em que a punição é direcionada aos contribuintes que colaboram (punição antissocial), sendo os mecanismos sucessivamente mobilizados a afirmar que o comportamento generoso tem um preço maior do que o egoísmo.

Enfim, são elementos que trazem a abordagem constitucional a ser ponderada quanto ao que se espera do direito penal, quando se tem em perspectiva a sua utilização em uma sociedade marcada por desigualdades e com uma persecução seletivamente dirigida. O exemplo do direito penal tributário no Brasil, essencialmente cons-

---

<sup>67</sup> Com percuente estudo sobre as diversas situações e sua comparação internacional, a indicar a peculiar situação brasileira. Cf.: CAMPOS, 2018. Disponível em: [https://www.ciat.org/Biblioteca/Areas-Tematicas/PoliticayTecnicaTributaria/EvasionTributaria/2018\\_estudio\\_comparado\\_vilela.pdf](https://www.ciat.org/Biblioteca/Areas-Tematicas/PoliticayTecnicaTributaria/EvasionTributaria/2018_estudio_comparado_vilela.pdf). Acesso em: 9 mar. 2022.

tituído por premissas meramente jurídicas, é um bom exemplo do que se convencionou chamar de punição antissocial. Não por acaso é um modelo excepcional no mundo e que pouco faz para avançar a cooperação no sistema tributário, incentivando a artificialidade da sua operação, pois baseado apenas na perspectiva jurídica, mas não humana.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O artigo voltou-se a relatar como o direito penal se relaciona com aquilo que move os membros da sociedade a respeitarem normas e como vetor de colaboração mútua, em especial com a sua operação fundamentada na Constituição. No campo da tributação, que representa um exemplo significativo de colaboração para o bem comum, o uso do direito penal é questionado sobre o seu potencial para tanto.

Em geral, as concepções sobre a utilidade indutora da punição para o respeito à lei indicam sua insuficiência, algo salientado por estudos comportamentais, que começaram a ganhar novas evidências além da mera observação do fenômeno. Em investigações sobre o comportamento punitivo dos membros em sociedade, notou-se que as diferenças nas estratégias para a promoção do bem comum variavam de acordo com as comunidades onde os testes foram aplicados.

Surgem indicativos de que concepções punitivas universalizantes não funcionam com exatidão, na medida em que o tratamento daqueles que não colaboram (*free riders*) ocorrem de maneiras distintas, com indicativos a variar desde comunidades em que o cumprimento das normas são valorizadas com um foco cooperativo que pune o violador, até aquelas em que o ato de cooperação sofre uma repulsa, quando as sanções são direcionadas àqueles que cooperam, configurando a situação de punições antissociais. As variações de expectativa ocorrem ainda de acordo com o desenvolvimento das relações econômicas de reciprocidade e maior proporção de participantes.

Mas outras pesquisas comportamentais na seara da neurociência sugerem que uma tendência a punições meramente retributivas pode ter configurado um papel fundamental ao longo da evolução humana, algo salientado pela constatação de que os seres têm mecanismos neurais estabelecidos para sua consideração.



No entanto, a partir da limitação do direito penal na atual etapa de desenvolvimento humano sob a égide constitucional, ao mesmo tempo que limita o seu exercício, parte de uma perspectiva universalizante de aplicação da dogmática penal, que termina por produzir conflitos quando os humanos, que são movidos por fatores punitivistas em sociedades de escala, se deparam com o choque entre a ânsia humana retributiva e a sua contenção, o que pode salientar o semblante não cooperativo das sociedades com destacada atuação penal com um foco antissocial.

No Brasil, o ordenamento de aplicação do direito penal em sede tributária parece ilustrar o fenômeno, na medida em que a desnaturação da sua funcionalidade pode caracterizar a situação em que a não-colaboração cria a figura do *free rider*, em que a reprovação aos ilícitos se torna uma exceção, desestimula a regularidade das contribuições e em que os efeitos se direcionam aos colaboradores, como uma punição antissocial. O direito, que deveria conciliar a razão punitiva para a cooperação, acaba por contraditoriamente limitar sua veiculação quando necessária e causar situações de repulsa a ele mesmo.

É quando a perspectiva jurídica é chamada a compreender a consideração punitiva como manifestação humana, em que o influxo constitucional pode direcionar a sua satisfação com finalidades não apenas retributivas, mas complementares para a promoção da cooperação em prol do bem comum.

As pesquisas trazem novos instrumentos e horizontes de reflexão, algo que vai além do ciclo contínuo de reflexões dogmáticas ou sobre política criminal, que apesar de pertinentes, até então não compreendem com exatidão a operação humana e aquilo que move sua reação coletiva. O direito penal sozinho pode não resolver problemas, mas surge um novo polo para auxiliar sua função. O advento de novas pesquisas em neurociência tem o potencial de fazer o direito ir além do seu ciclo fechado, reconhecendo que a solução talvez esteja além dele. Na seara tributária não faltam indicativos.

## REFERÊNCIAS

AGÊNCIA BRASIL. "Dívidas com a União passam de R\$ 2 trilhões; 44 % são irrecuperáveis". 2019. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2019-03/dividas-com-uniao-passam-de-r-2-trilhoes-44-sao-irrecuperaveis>. Acesso em: 9 mar. 2022.

BOYD, Robert et al. The evolution of altruistic punishment, **PNAS**, March, 18, 2003. Disponível em: <https://www.pnas.org/content/pnas/100/6/3531.full.pdf>. Acesso em: 18 jan. 2022.

BOWLES, Samuel & GINTIS, Herbert. The Evolution of Strong Reciprocity: Cooperation in Heterogeneous Populations. **Theoretical population biology**, v. 65, p. 17-28, 2004. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/8988389\\_The\\_Evolution\\_of\\_Strong\\_Reciprocity\\_Cooperation\\_in\\_Heterogeneous\\_Populations](https://www.researchgate.net/publication/8988389_The_Evolution_of_Strong_Reciprocity_Cooperation_in_Heterogeneous_Populations). Acesso em: 13 fev. 2022.

BROSNAN, Sarah F. & WAAL, Frans B. M. **Monkeys reject unequal pay Nature**, [S.l.], v. 425, p. 297-299, set. 2003. Disponível em: [https://www.emory.edu/LIVING\\_LINKS/publications/articles/Brosnan\\_deWaal\\_2003.pdf](https://www.emory.edu/LIVING_LINKS/publications/articles/Brosnan_deWaal_2003.pdf). Acesso em: 8 jan. 2022.

CAMPOS, Flávio V. Estudo **Comparado Sobre a Extinção da Punibilidade e Elementos Fundamentais dos Crimes Tributários**: paralelo entre a experiência internacional e o modelo adotado no Brasil. [S.l.]: Centro Interamericano de Administraciones Tributarias (CIAT), 2018. Disponível em: [https://www.ciat.org/Biblioteca/AreasTematicas/Politicay-TecnicaTributaria/EvasionTributaria/2018\\_estudio\\_comparado\\_vilela.pdf](https://www.ciat.org/Biblioteca/AreasTematicas/Politicay-TecnicaTributaria/EvasionTributaria/2018_estudio_comparado_vilela.pdf). Acesso em: 9 março 2022.

COX, Adam B.; MILES, Thomas J. Legitimacy and Cooperation: Will Immigrants Cooperate with Local Police who Enforce Federal Immigration Law? **Coase-Sandor Working Paper Series in Law and Economics**, Chicago, n. 734, p. 1-65, nov. 2015. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2658265](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2658265). Acesso em: 11 fev. 2022.

FEHR, Ernst & GÄCHTER, Simon. Altruistic Punishment in Humans. **Nature**, v. 415, 2002. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/11552998\\_Altruistic\\_Punishment\\_in\\_Humans](https://www.researchgate.net/publication/11552998_Altruistic_Punishment_in_Humans). Acesso em: 24 jan. 2022.

GREENE, Joshua. **Tribos Morais**: a tragédia da moralidade do senso comum. Rio de Janeiro: Record, 2018.

HERRMANN, Benedikt *et al.* Antisocial Punishment Across Societies. **Science**, v. 319, n. 5.868, p. 1.365, 7 mar. 2008. Disponível em: <https://www.semanticscholar.org/paper/Antisocial-Punishment-Across-Societies-Herrmann-Th%C3%B6ni/2e9ce0c5c396128603dcd2190a421ac54f7c3f43> Acesso em: 12 fev. 2022.

HENRICH, J. *et al.* Costly Punishment Across Human Societies. **Science**, v. 312, p. 798-799, jul. 2006. Disponível em: [https://www.researchgate.net/publication/6990599\\_Costly\\_Punishment\\_Across\\_Human\\_Societies](https://www.researchgate.net/publication/6990599_Costly_Punishment_Across_Human_Societies). Acesso em: 4 jan. 2022.

HENRICH, J. *et al.* Economic Man' in Cross-Cultural Perspective: behavioral experiments, 15 Small-Scale Societies. **BBS**, v. 28, p. 795-855, 2005. Disponível em: [https://www.econ.uzh.ch/dam/jcr:ffffff-9758-127f-0000-00004de60616/Henrich\\_et\\_al\\_in\\_BBS\\_Dec\\_05.pdf](https://www.econ.uzh.ch/dam/jcr:ffffff-9758-127f-0000-00004de60616/Henrich_et_al_in_BBS_Dec_05.pdf). Acesso em: 13 fev. 2022.

HENRICH, J. *et al.* In Search of Homo Economicus: behavioral experiments in 15 small-scale societies. **The American Economic Review**, v. 91, n. 2, 2001, p. 73-78. Disponível em: <https://www.aeaweb.org/articles?id=10.1257/aer.91.2.73>. Acesso em: 4 jan. 2022.

KELLING, George L.; WILSON, James Q. Broken Windows: the police and neighborhood. **Safety**, Boston, n. 249, p. 29-38, 1982.

KELLING, George L.; WILSON, James Q.; COLES, Catherine M. **Fixing Broken Windows**: restoring order and reducing crime in our communities. New York: Simon and Schuster, 1997. p. 160.

MARLOWE, F. W. *et al.*, More "Altruistic" Punishment in Larger Societies. **Sci**, v. 23, n. 1634, 2006, p. 1767. Disponível em: <https://royalsocietypublishing.org/doi/10.1098/rspb.2007.1517>. Acesso em: 13 fev. 2022.

SANFEY, Alan G. *et al.* The Neural Basis of Economic Decision-Making in the Ultimatum Game. **Science**, v. 300, p. 1.755-1.758, 2003. Disponível em: <https://stanford.edu/~knutson/bad/sanfey03.pdf>. Acesso em: 11 fev. 2022.

SELYE, Hans. **The Stress of Life**. McGraw-Hill, 1978.

SAPOLSKI, Robert M. **Behave**: the biology of humans at our best and worst. Penguin Press. 2017.

SCHAUER, Frederick. **The Force of Law**. Cambridge, MA; London: Harvard, 2015.

TUGENDHAT, Ernst. **O problema da moral**. Porto Alegre: Edipucrs, 2003.

TYLER, Tom. R. **Understanding the Force of Law**. Tulsa Law Review, v. 51, n. 2, 2016.

TYLER, Tom. R. **Why People Obey the Law**. 2. ed. Princeton: Princeton University, 2006.



## Entre o marco legal e o esforço de efetivação dos direitos fundamentais das mulheres privadas de liberdade

MAIELE KAREM FRANÇA MORAIS VERAS <sup>[68]</sup>

ROBERTA DUBOC PEDRINHA <sup>[69]</sup>

**Resumo:** O presente estudo traz a análise dos marcos protetivos nacionais e internacionais de direitos fundamentais das mulheres encarceradas e o esforço de sua efetivação no sistema prisional brasileiro. Tem como objeto de trabalho o cumprimento ou não de direitos fundamentais das mulheres privadas de liberdade, tendo em conta uma perspectiva de raça, classe e gênero como norteadoras da discussão. Assim o referencial teórico será o decolonialismo, o feminismo e a criminologia crítica antirracista. As mulheres racializadas, que compõem a maioria da população carcerária feminina, encontram-se em plena situação de vulnerabilidade, tendo em vista a opressão advinda da raça e, em muitos casos, também da classe marginalização social. Desta forma, faz-se importante analisar a efetivação dos direitos fundamentais das mulheres custodiadas sob vários aspectos, e não apenas sob a normatização jurídico-constitucional da teoria tradicional da efetividade das normas constitucionais brasileiras. Isto posto, deve-se, numa perspectiva decolonial, pensar e instrumentalizar o ordenamento jurídico, tendo como parâmetro a situação de desigualdade social, racial e de gênero que atinge as mulheres, em especial as racializadas.

**Palavras-chave:** Direitos Fundamentais. Encarceramento Feminino. Raça. Interseccionalidade. Sistema de Justiça Criminal.

<sup>68</sup> Graduada em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF). Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense (PPGDC/UFF). Defensora Pública do Estado do Maranhão – Titular do Núcleo de Execução Penal de São Luís (DP/MA).

<sup>69</sup> Pós-Doutora em Criminologia e Direito Penal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (PPGD/UERJ). Doutora em Sociologia pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (IESP/UERJ). Professora Adjunta de Criminologia e Direito Penal da Universidade Federal Fluminense (UFF) e Docente Permanente do seu Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional (PPGDC/UFF). Pesquisadora do LEPEC e ENSP/FIOCRUZ.

**Abstract:** The present paper brings the analysis of national and international protective frameworks of fundamental rights of incarcerated women and their effectiveness in the Brazilian Prison System. The goal of the study is the fulfillment or not of human and fundamental rights of women deprived of liberty, through the perspective of race, class and gender as guiding of the discussion, taking as theoretical reference the decolonialism, theory and critical criminology of Law. Racialized women, who make up the majority of the female prison population, are even more vulnerable, given the oppression arising from race and, in many cases, also from class and social marginalization. Thus, it is important to analyze the effectiveness of the fundamental rights of women in custody under many aspects, and not just under the legal-constitutional standardization of the traditional theory of the effectiveness of Brazilian constitutional norms. That said, it is necessary, in a decolonial perspective, to think and implement the legal system, having as a parameter the situation of social, racial and gender inequality that affects women, especially racialized ones.

**Keywords:** Fundamental Rights. Female Incarceration. Race. Intersectionality. Criminal Justice System.

## INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais e direitos humanos são tema central na ordem constitucional que se declaram como democrática e plural. São instrumentos de limite à intervenção ao poder estatal, como também balizadores de atuações positivas do Estado, principalmente no que concerne à implantação e efetivação de direitos sociais. Para um Estado Democrático de Direito e de bem-estar social se consolidar como forte e robusto, há necessidade do fortalecimento das garantias e direitos fundamentais.

Todavia, deve-se superar o conceito tradicional de direitos humanos, tendo em vista as novas dimensões sociais, econômicas e decoloniais que perpassaram a sociedade. Como afirma Flores (2009, p. 28), “[...] os direitos humanos, mais que direitos propriamente ditos, são processos; ou seja, o resultado sempre provisório das lutas que os seres humanos colocam em prática para ter acesso aos bens necessários para a vida.”

No que concerne aos direitos humanos das pessoas privadas de liberdade no Brasil, constata-se a não efetivação e a restrição cada vez maior desses direitos, conforme destacou a Corte Judicial Supre-

ma na Ação de Descumprimento Fundamental n. 347, que declarou o Sistema Penitenciário Brasileiro em Estado de Coisa Inconstitucional, haja vista as condições de insalubridade, superlotação, ausência de água e de comida adequável, dentre outras mazelas e violações de direitos.

O presente artigo propõe trazer o recorte da análise da efetivação ou não de direitos humanos e fundamentais das mulheres privadas de liberdade, tendo uma perspectiva de raça, classe e gênero como norteadores da discussão, e, como referencial teórico, o decolonialismo, a teoria e criminologia crítica do Direito. Será utilizada no artigo a pesquisa documental, com fundamento na literatura antirracista, decolonial, antipunitivista e anticapitalista.

O encarceramento feminino teve um aumento expressivo nos últimos anos,<sup>[70]</sup> sendo importante que o processo de construção de direitos humanos dessas mulheres e a luta permanente sobre sua concretização seja trabalhado e estudado em específico, tendo em vista as particularidades em que se encontram o gênero feminino e seu histórico de subjugação, acrescido da interseccionalidade com o racismo, que alicerça a sociedade, e a questão de classe.

As mulheres encontram-se em um grupo vulnerabilizado, marcado por um histórico de subalternidade, inferioridade e definição de seus lugares e espaços, mesmo quando analisadas sobre o prisma da criminalidade, conforme dispõe Zaffaroni (2021, p. 26):

Observe-se que, quando uma mulher é protagonista de um delito violento, é projetada nos meios de comunicação como sendo mais cruel do que um homem, como **caso de degeneração**, porque para o patriarcado midiático o normal é que ela desempenhe um papel subordinado, mesmo no crime.

No tocante às mulheres racializadas (Vergês, 2020, p.18),<sup>[71]</sup> estas encontram-se mais ainda em situação de vulnerabilidade e pouco acesso aos direitos humanos, tendo em vista a opressão advinda da raça e, em muitos casos, também de classe e marginalização social. Esta tripla opressão pela qual passam as mulheres negras fa-

<sup>70</sup> Entre os anos 2000 a 2016, constatou-se um aumento expressivo do encarceramento feminino em 656 %, índice superior ao crescimento do encarceramento masculino, como mostra em BRASIL (2016a).

<sup>71</sup> Assinala a autora que na “França, o termo racializada é empregado para designar todas as mulheres que a colonialidade do poder fabrica como ‘outras’, para discriminar, excluir, explorar e desprezar.”

z-se presente também no encarceramento feminino, pois a maioria das mulheres custodiadas são pretas ou pardas (Brasil, 2020) e assim vivenciam e sofrem em seus corpos, dentro das celas insalubres, as violações de direitos humanos que ocorrem corriqueiramente no Sistema Prisional nacional.

Importante destacar também que o processo de escravização e colonização pelo qual foi submetido os amefricanos,<sup>[72]</sup> povos originários e população advindos do continente africano, traz reflexos e impactos na seletividade penal e nas condições de encarceramento da população privada de liberdade, pois o racismo e a condição de coisificação do negro ainda se encontram presentes na estrutura da sociedade e, conseqüentemente, na não concretização dos direitos humanos nas mulheres encarceradas, em sua maioria, racializadas.

## NORMATIVA INTERNACIONAL, INTERAMERICANA E CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS MULHERES ENCARCERADAS

A evolução dos direitos humanos das pessoas encarceradas perpassa séculos de luta e de processo, visto que, nos primórdios, as respostas aos conflitos entre indivíduos na sociedade constituíam-se em penas e sanções, inicialmente no âmbito privado, e eram cumpridas com o próprio corpo, com penas capitais de morte, tortura, açoite (Zaffaroni, 2003). Com o processo de formação do Estado Moderno, além da presença de elementos como liberdade, igualdade, democracia, Estado de Direito, bem como com os resultados deixados pela Primeira e Segunda Guerra Mundial, de desumanização e de terra arrasada na Europa, principiou-se normativos internacionais para o cumprimento de penas de forma mais digna e humana.

Exemplifica-se o regramento internacional com a adoção das Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos da Organização das Nações Unidas (ONU) de 1955, no Primeiro Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e para o Tratamento de Acusados,

---

<sup>72</sup> Lelia Gonzales designa o povo americano como amefricano: "Portanto, a América, enquanto sistema etnogeográfico de referência, é uma criação nossa e de nossos antepassados no continente em que vivemos, inspirados em modelos africanos. Por conseguinte, o termo amefricanas /amefricanos designa toda uma descendência: não só a dos africanos trazidos pelo tráfico negreiro como a daqueles que chegaram à AMÉRICA muito antes de Colombo" (Gonzalez, 2020).



atualizadas em 2015, com a edição da chamada Regras de Mandela (Brasil, 2016b). Outra regra internacional que visa a proteção dos direitos fundamentais e humanos dos custodiados e custodiadas são as Regras para Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, adotada em 1991 pela ONU (Brasil, 1991).

A Constituição Federal (1988) também elenca normas que dispõem sobre os limites do Estado ao poder de punir, com garantias de uma devida e justa aplicação da sanção, como a proibição de penas cruéis, trabalhos forçados e a intranscendência da pena, previstos no artigo 5.º XLVII, dentre outras garantias constitucionais penais, processuais e de execução do cumprimento da pena (Brasil, 1988).

Em relação às mulheres privadas de liberdade, foi publicada em 2010 as Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras — Regras de Bangkok (Brasil, 2016a). As regras foram adotadas, pois fora verificada a necessidade de normativas, programas e políticas públicas específicas às mulheres submetidas ao controle estatal penal. Isto porque são afetadas à condição de gênero questões próprias, como a maternidade, os filhos infantes ou com deficiência, a saúde sexual e reprodutiva, a gestação, as parturientes e a amamentação. Por tal motivo, necessitam de um olhar diferenciado e especializado sobre as políticas de cumprimento da pena, objetivando a concretização e efetivação dos direitos fundamentais das mulheres criminalizadas e submetidas às condições prisionais degradantes.

As regras da ONU sobre encarceramento feminino priorizam a não restrição da liberdade para mulheres não condenadas, gestantes mães ou responsáveis por crianças, exceto em hipóteses de crimes com violência ou ameaça da suposta infratora, com implementação de políticas despenalizadoras e medidas alternativas à prisão, como forma de amenizar os efeitos do cárcere na estrutura e nos vínculos familiares, principalmente em relação aos filhos menores, como dispõem as Regras n. 57 e 64.

As regras de Bangkok dispõem sobre numerosos direitos e garantias para uma pretensa, regular e digna execução da pena, como o acompanhamento médico nas questões específicas às mulheres, como saúde sexual e reprodutiva, doenças sexualmente transmissíveis, abusos sexuais, violência doméstica, uso abusivo de substância

entorpecente, saúde mental, dentre outros. Destaca-se que apenas no ano de 2010 foram adotadas regras específicas para o encarceramento feminino no âmbito do direito internacional, o que demonstra a situação de invisibilidade e apagamento pelo qual historicamente atravessam as mulheres, sustentada pela relação de dominação e do patriarcado. Tais disposições não conferem tratamento privilegiado às mulheres, mas sim possuem a função de trazer equidade de gênero a este grupo subalternizado historicamente, como acentua Anibal Quijano (2005, p. 129) em uma leitura e perspectiva decolonial da relação social de inferioridade pelo qual passa o gênero feminino:

Daí em diante, o lugar das mulheres, muito em especial o das mulheres das raças inferiores, ficou estereotipado junto com o resto dos corpos, e quanto mais inferiores fossem suas raças, mais perto da natureza ou diretamente, como no caso das escravas negras, dentro da natureza.

Importante pontuar que a Carta Magna brasileira, que trouxe fundamentos democráticos e de direitos humanos em seu texto, apenas em um momento dispõe sobre o encarceramento feminino, ao dispor também em seu artigo 5.º que a mães lactantes custodiadas poderão permanecer com seus filhos durante o período de amamentação. Coube à legislação infraconstitucional,<sup>[73]</sup> em um processo gradual, e em observância às Regras de Bangkok conferir direitos e garantias às mulheres privadas de liberdade, exemplificando: constar no Auto de Prisão em Flagrante de mulheres informações sobre a existência ou não de filhos, idade, se possuem alguma deficiência; as que garantem o não uso de algema para as parturiente antes, durante e após o parto; prisão domiciliar para as presas provisórias gestantes, mães de crianças até doze anos de idade ou com deficiência (com exceções para os crimes praticados com violência ou grave ameaça, ou ilícitos contra seus descendentes); acompanhamento médico antes, durante o pós-parto, extensivo à criança recém-nascida; local adequado na Unidade Prisional, com berçário para amamentação por no mínimo seis meses do infante; creches para as crianças de até sete anos que permanecerem junto com suas genitoras custodiadas; re-

<sup>73</sup> Artigo 292 parágrafo u, artigo 304 parágrafo 4.º inserido pela Lei 13.434/2017 e artigo 318-A, inserido pela Lei n.º 13.769/2018, do Decreto-Lei n.º 3.689/41(CPP); artigo 14, artigo 83 parágrafo 2.º, artigo 89 inseridos pela Lei 11942/09 e artigo 112 parágrafo 3.º inserido pela lei 13.769/18, contidos na Lei de Execuções Penais, Lei n.º 7.210/84

quisito objetivo específico para progressão de regime às mulheres gestantes, mães ou responsáveis de infantes até doze anos de idade ou com deficiência.

Na vertente judicial, a Suprema Corte conferiu avanço à aplicabilidade das Regras das Nações Unidas, de não aprisionamento de mulheres mães, no bojo do Habeas Corpus Coletivo n.º 143.641/2018/SP. Com decisão fundamentada, dentre outros, no princípio da proteção e melhor interesse da criança, nas regras de Bangkok e no Estado de Coisa Inconstitucional do Sistema Prisional Brasileiro (ADPF n. 347), o STF concedeu ordem coletiva para que todas as custodiadas provisórias (inclusive com sentença pendente de trânsito em julgado), que são acusadas da prática de crimes sem violência ou grave ameaça, grávidas, genitoras ou responsáveis por crianças ou filhos com deficiência, cumpram medida cautelar diversa da prisão, na modalidade de prisão domiciliar, com proteção à maternidade e ao desenvolvimento da infância.

A referida decisão vem fortalecer o mandamento constitucional da intranscendência da pena, previsto no artigo 5.º XLV, visto que a prisão provisória se constitui em verdadeira antecipação da sanção de prisão. O encarceramento de mulheres-mães causa impactos negativos na formação e no desenvolvimento dos infantes e na estrutura familiar, pois com a retirada da genitora de seus lares, que em sua maioria são mães solas, as crianças, que em variadas situações não possuem o registro civil paterno e podem sofrer ainda o abandono do genitor, são deixadas aos cuidados da família extensa, e em casos extremos, mas não raros, são acolhidas em casas de abrigo da Vara da Infância e Juventude, podendo desembocar em “penas” definitivas de destituições do poder familiar, com a ruptura permanente da relação mãe e filho.

## GÊNERO E RAÇA NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO: O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

Ao iniciar este capítulo, deve-se marcar a crítica ao encarceramento e à pena de prisão em massa como solução às políticas de segurança pública, bem como ao seletivismo penal, que elenca como desviantes e delinquentes, em sua maioria, as mulheres racializadas, pertencentes aos substratos sociais inferiores.

Embora conste vasta legislação e normatização acerca da proteção e da garantia de direitos fundamentais das mulheres encarceradas, no âmbito nacional e internacional, percebe-se o descumprimento de tais determinações, principalmente no tocante às especificidades de gênero na segregação prisional.

Conforme Baratta (2002), a prisão leva o indivíduo a um processo de desculturação em face da sociedade e de aculturação em face da prisão, pois há um afastamento dos valores da sociedade, diminuição da autonomia, com a adoção de comportamentos próprios do ambiente carcerário e, desse modo, a segregação dos indivíduos desviantes nas prisões leva, dentre outras consequências, à invisibilização do sujeito.

Em relação ao encarceramento feminino, em sua maioria de mulheres racializadas, o apagamento antecede a prisão, haja vista a trajetória histórica da escravização e dominação dos corpos femininos negros. De acordo com Akotirene (2019, p. 62), sobre a opressão das mulheres negras:

A despeito dos direitos humanos permitirem acesso irrestrito, independentemente da raça, sexo, nacionalidade, etnia, idioma, religião ou qualquer outra condição, as mulheres negras se veem diante dos expedientes racistas e sexistas das instituições públicas e privadas por lhes negarem primeiro trabalho e, depois, o direito humano de serem reclamantes das discriminações sofridas.

A negação de acesso a direitos fundamentais das mulheres racializadas já antes do ingresso no cárcere e o racismo estrutural (Almeida, 2019), entendido este como as relações de poder e de dominação histórica que gravitam e alicerçam a sociedade, reproduz logicamente as condições desumanas de encarceramento vivenciados diariamente no cumprimento da pena privativa de liberdade. O período de escravização e colonização dos corpos negros, a retirada de sua humanidade ao serem considerados “coisas”, reverbera na seleção criminal dos que se encontram nos “cativeiros institucionalizados”, bem como na forma e na medida em que terão ou não os direitos humanos e fundamentais garantidos e concretizados nas prisões.

As mulheres negras inseridas nesse grupo inferiorizado pelo histórico de colonização e de dominação possuem, além da questão de gênero, como fator de subalternidade, a dimensão racial. O corpo

da mulher racializada, desde os tempos da escravização, sofre controle e subjugação superior ao sofrido pela mulher branca. A exploração e o domínio sexual do corpo da mulher racializada escravizada era elemento essencial na relação de poder e subjugação que sustentava o sistema escravocrata, possuindo reflexos até os dias atuais na hipersexualização e na imagem do corpo despido de humanidade da mulher negra (Rios; Lima, 2020). À mulher coisificada na época colonial não era dado o direito de dispor de seu corpo de forma livre, sendo considerada objeto e propriedade dos senhores de escravos, e sofria punições específicas por estarem inseridas no contexto da escravização, assim como seus filhos em seus ventres, que eram considerados mercadorias lucrativas ao sistema de dominação escravocrata. O sistema de justiça criminal retira-as da convivência e da maternagem com seus filhos, ao serem separados no processo de criminalização, que alcança, em sua maioria, mulheres negras. Como aponta Davis (2020, p. 73): “As punições impostas aos escravos eram visivelmente influenciadas pelo gênero — penalidades especiais eram, por exemplo, reservadas a mulheres grávidas incapazes de atingir as cotas que determinavam a duração e rapidez de seu trabalho.”

O Sistema Prisional Brasileiro se encontra em Estado de Coisas Inconstitucional, haja vista toda a situação degradante da custódia, conforme ADPF n. 347. Na decisão do HC coletivo, n. 143.641/2018/SP, foi destacada a situação inconstitucional na prisão, em sua maioria de mulheres negras, na perspectiva do gênero, ao pontuar violações de direitos humanos relativos à maternidade: amamentação, ausência de pré-natal adequado e assistência médica no pós-parto à puérpera e ao bebê; insuficiência de acomodações, como berçário e creche para as crianças que permanecem com suas genitoras no cárcere, o que prejudica seu desenvolvimento regular, como dispõe o marco legal de proteção da primeira infância (06 anos completos), contido na Lei n. 13257/2016.

A pesquisa desenvolvida na Fundação Oswaldo Cruz, *Nascer na Prisão*, demonstra que as mulheres gestantes e parturientes que se encontram custodiadas não recebem o tratamento recomendado e

sufrem violência materna-obstétrica, sendo mulheres em sua maioria negras — pretas ou pardas — 70 % (Leal *et al.*, 2016).<sup>[74]</sup>

Destaca-se, em outro prisma, que tanto a legislação internacional, nas Regras de Banckog quanto a legislação nacional pontuam, em relação às questões femininas, na maioria dos textos, sobre temas relacionados à maternidade, perpetuando o papel social atribuído à mulher: o de ser mãe. Assim, trata a questão de gênero e sua especificidade como se esta estivesse inserida apenas ao campo filial e gestacional, deixando descobertos assuntos relevantes, como aborto, planejamento familiar, métodos contraceptivos, menopausa e relacionamentos homoafetivos. Tais temáticas fogem ao estereótipo feminino que a sociedade patriarcal quer, ao longo da história, a todo custo, impor à mulher, reduzindo-a à função de genitora, retirando e mitigando da mulher em situação de cárcere a possibilidade de autonomia plena sobre a sua sexualidade, sua afetividade e sua decisão consciente e planejada de ter ou não filhos, bem como sobre exercer ou não a maternidade.

Diante dos dados do encarceramento feminino, que se constituem em sua maior parte por mulheres pretas ou pardas, é necessário analisar a inefetividade dos direitos fundamentais concernentes ao cárcere sob a ótica de gênero, mas também inserir no debate e no estudo a desigualdade racial advinda da relação de dominação colonial, a questão de classe e a marginalização social que perpassa as mulheres racializadas.

## DIMENSÃO DECOLONIAL DO ENCARCERAMENTO FEMININO E A BUSCA DA EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A maioria das mulheres encarceradas no Brasil se constituem de mulheres negras, de baixa escolaridade, jovens e, a maioria, criminalizadas pelo tráfico de entorpecentes, de acordo com dados do Departamento Penitenciário Nacional (Brasil, 2020). Diante do retrato da custódia feminina perpetrado pelas Agências Punitivistas e de criminalização, que se constitui em grande parte de população preta e parda, situada à margem de políticas públicas, faz-se impor-

<sup>74</sup> Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csc/a/PpqmzBJWf5KMTfzT37nt5Bk/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 10 set. 2023.

tante analisar a não efetivação dos direitos fundamentais das mulheres presas sob vários aspectos, e não apenas sob a normatização jurídico-constitucional da teoria tradicional da efetividade das normas constitucionais brasileiras<sup>[75]</sup>, que possui três eixos: a concepção isolada do direito, a perspectiva teórica-filosófica kantiana e a judicialização da política e das relações sociais,<sup>[76]</sup> sendo mencionadas neste artigo as duas primeiras.

A concepção kantiana de universalismos e do racionalismo vai de encontro ao fato das estruturas sociais, políticas e econômicas nacionais possuírem raízes e fundamentos no colonialismo do poder, entendido, como afirma Anibal Quijano (2005), como o processo de dominação, exploração de povos e de seus saberes. O Estado Brasileiro passou por um doloroso processo de formação, baseado em uma economia e sociedade escravagista, exploratória dos corpos racializados, bem como na subalternização das mulheres, com maior expressão e impacto, das mulheres negras. Este sistema criou o conceito de raça ao estipularem os lugares e postos nos quais os escravizados poderia ocupar: o de objetificação (Quijano, 2005). Mesmo após a abolição do sistema de exploração, tendo em vista a ausência de políticas públicas reparatórias ao povo, agora liberto, coube a estes a destinação para a ocupação de espaços de marginalização e subalternidade.<sup>[77]</sup> De forma contrária, houve um projeto institucionalizado de criminalização para levar ao cárcere homens e mulheres negras ao serem tipificadas como crimes “vadiagem”, “mendicância” e “capoeira”, pelo Código Criminal de 1890 da República Velha, condutas que eram atribuídas pelo Estado repressor à população de ex-escravizados, pois estes não possuíam profissão, escolaridade, já que lhes era proibido o acesso às políticas de educação. Por conseguinte, o Sistema de Justiça poderia de forma oficial criminalizar suas condutas e levá-los à prisão, amparado numa “legalidade formal aparente”.

---

<sup>75</sup> Conforme Bello Enzo e outros: “O que é a ‘doutrina brasileira da efetividade’?” Trata-se de campo teórico de perfil estritamente dogmático do direito constitucional brasileiro, com inspiração exclusivamente em autores europeus e estadunidenses, que desenvolve intensa produção bibliográfica a partir da década de 1990. Seu ponto de partida é o debate sobre a natureza das normas constitucionais de acordo com a sua eficácia e os limites da sua aplicabilidade, a partir da obra de 1968, de José Afonso da Silva (Silva, 1998), que classifica as normas constitucionais como de “eficácia plena, contida e limitada”.

<sup>76</sup> Cf.: BELLO; BERCOVICI; LIMA, 2019.

<sup>77</sup> 8 Instituto Brasileiro de Geografia Estatística, 2020. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101760.pdf>. Acesso em: 10 set. 2023.

As condições degradantes de cumprimento de pena do sistema prisional, como a superlotação, a ausência de efetivo direito à saúde, do desenvolvimento e acompanhamento de uma gestação segura, a supressão do direito de convivência dos filhos com suas genitoras, devem, então, ser analisados tendo uma perspectiva decolonial do sistema normativo, social e econômico.

O fato de o cenário do sistema prisional brasileiro ser formado, em sua maioria, por população negra e de baixa escolaridade (Brasil, 2020) obriga, necessariamente, ao estudo e ações sobre o encarceramento e que seu atual Estado de Coisa Inconstitucional seja combatido no viés garantidor jurídico-constitucional, mas também no campo antirracista, do feminismo decolonial, negro, e do antipunitivismo.

Não se pode entender a inefetivação dos direitos humanos das custodiadas apenas como um descumprimento de normas jurídicas ou imputar a não observância das garantias fundamentais, por exemplo, à ausência de recursos orçamentários e financeiros. O racismo estrutural, advindo do processo de escravidão e exploração dos povos africanos na América Latina, é peça fundamental na engrenagem que move o sistema de justiça criminal no aprisionamento e na estigmatização das pessoas racializadas, que faz com que a maioria da população carcerária brasileira seja composta de pretos, pardos e provenientes de estratos sociais inferiores. Ao rememorar as senzalas e cativeiros, como os espaços determinados aos negros escravizados, e suas condições precárias de subsistência, enxerga-se a similitude nefasta com o cárcere brasileiro, com celas coletivas e superlotadas, ausência de água potável, de alimentação adequada, de ventilação, de incidência solar. O sistema prisional brasileiro é palco de grandes violações de direitos humanos e de garantias fundamentais, e reproduz a lógica escravista de retirada da humanidade e de objetificação dos povos negros.

Todavia, ao processo de encarceramento das mulheres, acresce-se a questão de gênero, sustentada pelo sexismo e pelo sistema patriarcal de poder, que atribui ao corpo feminino funções de apagamento, marginais e inferiores. Nas mulheres racializadas, entretanto, encontra-se a dimensão de raça e a exploração que perpassa a vivência e a história dessas mulheres. Assim, a análise da criminalização feminina deve perpassar a interseccionalidade, conforme



acentua Kimberlé Crenshaw,<sup>[78]</sup> na qual as questões de gênero, classe e raça se entrecruzam, neste processo de etiquetamento penal que elege como alvo, em sua maioria, mulheres racializadas e pertencentes a estratos sociais subalternos. Ademais, o histórico de invisibilização pelo qual passa a mulher, e em particular a mulher negra em suas especificidades advindas da dominação do período colonial, também se perpetua no cárcere, no qual as questões relacionadas ao gênero feminino, como saúde sexual, reprodutiva e maternidade são negligenciadas pela política de estado.

Outrossim, a violência rotineira sofrida no cárcere também perpetua em muitas situações a violência doméstica vivenciada em relacionamento afetivos e familiares que antecedem ao ingresso na prisão, devido ao ciclo de violência de gênero que atravessa a vida dessas mulheres, não raras vezes, desde a infância. Como bem acentua Gonzales, a mulher negra sofre tripla opressão, “[...] uma vez que os estereótipos gerados pelo racismo e sexismo a colocam no nível mais alto de opressão.” (Rios; Lima, 2020, p. 58).

A política de aprisionamento das mulheres negras leva também a uma intensificação da política excludente e de marginalização social, pois delimita os espaços nos quais elas deveriam estar. Ademais, a passagem pelo cárcere traz com ele a marca no corpo feminino racializado como desviante e delinquente, impondo mais dificuldades à mobilidade social, à efetivação dos direitos humanos a essas mulheres e ao resgate da maternagem dos filhos, separados pelo aprisionamento.

O cárcere é espaço destinado ao outro, aos subalternizados da sociedade, e possui o trabalho ideológico de ser apontado como a solução para as desigualdades sociais e de distribuição de renda advindas do capitalismo e do neoliberalismo (Davis, 2020). Deve-se pontuar que o racismo é um dos pilares do projeto encarcerador e consubstancia-se também em fundamento objetivo e ideológico da estrutura do capitalismo, conforme pontua Gonzales (Rios; Lima, 2020).

Importante pontuar que na sociedade fundada no racismo estrutural, na cultura do encarceramento em massa, no punitivismo centrado na pena de prisão, como sinônimo de justiça, e no seletivismo penal, para que sejam garantidos direitos nacionais e internacio-

---

<sup>78</sup> Cf.: AKOTIRENE, 2019.

nais aos encarcerados e encarceradas, faz-se necessário que os operadores do Direito não apliquem o ordenamento isolado do mundo real-histórico, mas sim fundado nas relações humanas, sociais e políticas concretas, como bem pontuam Bello; Bercovici; Lima (2019, p. 1.776):

Com o pouco suspiro desses ares (liberais) filosóficos além do direito positivo, os defensores da “doutrina brasileira da efetividade” sequer consideram em seus textos as dimensões econômica, política e cultural do direito enquanto fenômeno da realidade social, limitando-se a manejar conceitos instrumentais em termos de processos judiciais.

Assim, deve-se compreender o fenômeno do encarceramento feminino e as mazelas do sistema prisional com uma visão ampliada do que é vivenciado na prática, nos corpos que são rotineiramente flagelados pelo Sistema de Justiça Criminal.

Ao inserir outros campos de disputa e reflexão no estudo do cárcere, como a luta antirracista, o feminismo negro e o anticapitalismo, pode-se tentar empreender no combate ao aumento da criminalização das mulheres negras e às violações de direitos que passam nas unidades prisionais brasileiras. Em consonância com a autora Carla Akotirene (2019), é preciso que se busque uma matriz colonial moderna, a interseccionalidade, que tenha uma instrumentalidade conceitual: a raça, a classe e o gênero, uma interpretação sensível ao identitarismo e evitar que as opressões sejam tratadas de forma independente.

A prisão também serve de pano de fundo ideológico para as mazelas sociais, que levam à marginalização e à vulnerabilidade, ocasionados pelo projeto neoliberal econômico do capitalismo de enfraquecimento de programas de distribuição de renda e do racismo, colocando os aliados da sociedade escondidos em celas degradantes, segregados dos cidadãos “não-desviantes” (Davis, 2020).

Na mulher racializada perpassa também o projeto de necropolítica de Achille Mbembe (2018), que determina e exercita o controle sobre a morte e a vida de determinado grupo, como manifestação do poder do soberano. A mulher preta e parda, pertencente aos estratos sociais mais baixos torna-se clientela das agências de seletividade ao viverem nas periferias, ao estarem à margem da sociedade, sem acesso às políticas públicas de moradia, lazer educação. Ao estarem nos locais (periferias, comunidades, favelas) em que o aparato poli-

cial atua de forma sistemática para a seleção dos que serão criminalizados, essas mulheres tornam-se cada vez mais um grupo suscetível ao processo de estigmatização e encarceramento. Seus corpos, por serem considerados hierarquicamente inferiores, consubstanciam-se em alvo para o projeto de encarceramento e de necropolítica da população negra.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

As reflexões aqui trazidas tiveram como escopo traçar uma breve investigação sobre os normativos internacionais e nacionais que estipulam direitos e garantias fundamentais para as mulheres encarceradas e em que medida ocorre ou não sua concretização e efetivação na realidade do Sistema Prisional Brasileiro. Ao expor as numerosas dificuldades e violações de direitos a que são submetidas, passando desde os impactos na maternidade, nos direitos sexuais, direito à saúde, dentre outros, somadas ao panorama da vulnerabilidade e seletividade que atingem as mulheres, em sua maioria, negras, de baixa escolaridade e jovens, percebeu-se que a análise da efetividade destes direitos deve ir além da disputa jurídica, do campo das leis, dos operadores do direito e dos tribunais.

Importante pontuar que na sociedade fundada no racismo estrutural, na cultura do encarceramento em massa, no punitivismo centrado na pena de prisão como sinônimo de justiça e no seletivismo penal, para que sejam garantidos direitos aos encarcerados e encarceradas, faz-se necessário que os operadores do Direito não apliquem o ordenamento isolado do mundo real-histórico, mas sim fundado nas relações humanas, sociais e políticas concretas. Deve-se trilhar um caminho de pensamento crítico do direito, inclusive da criminologia, numa perspectiva decolonial, pensar e instrumentalizar o ordenamento jurídico tendo como parâmetro a situação de desigualdade social, racial, e de gênero que atingem as mulheres, em especial as racializadas. Para tal, deve-se inserir dentro do debate acadêmico e da elaboração de políticas públicas — pautados num feminismo interseccional decolonial, antirracista, anti-imperialista antipunitivista (Vergès, 2020) — duas vertentes: a busca do processo de desencarceramento de mulheres e a concretização e efetivação de

direitos fundamentais para aquelas que, inevitavelmente, por decisões judiciais, terão que cumprir sua reprimenda penal custodiada.

Para isso, pois, como pontua Angela Davis (2020), é preciso haver um equilíbrio entre as políticas e os estudos que busquem um abolicionismo da pena de prisão como forma de punição aos desvios previsto nas legislações criminais, para que haja uma verdadeira solidariedade com as pessoas encarceradas, para que possam, no que for possível, cumprir a pena em ambientes mais humanos e dignos. Ou seja, é necessário, sim, potencializar e criar cada vez mais mecanismos jurídicos, políticos e sociais de combate ao seletivismo penal e ao encarceramento em massa das mulheres racializadas e subalternizadas.

Todavia, ao mesmo tempo deve-se atentar para a situação degradante das condições prisionais das mulheres, que vivenciam em seus corpos as marcas de um projeto estatal de aniquilamento de suas vidas e famílias, buscando políticas e ações do Sistema de Justiça que levem ao cumprimento e à implementação dos direitos fundamentais previstos tanto no âmbito nacional como internacional, com uma redução de danos causados pela segregação e pelo cárcere.

O processo seletivo de controle formal e informal do Direito Criminal seleciona os indivíduos que serão abarcados pelo braço penal do Estado (Castro, 2015), sendo preferencialmente alvos negros, como demonstra a taxa de aprisionamento das mulheres, em sua maioria racializadas. Diante do apresentado, do entrecruzamento de dominações, a análise do encarceramento feminino deve romper o conceito do universalismo da opressão sofrida pela mulher branca e inserir a temática racial na política de desencarceramento da mulher e do cumprimento de uma pena mais humana, que vivencia o processo de criminalização das agências punitivistas.

## REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Sílvio. **Racismo estrutural**. São Paulo: Sueli Carneiro, 2019.
- AKOTIRENE, Carla. **Interseccionalidade**. São Paulo: Pólen, 2019.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- BELLO, Enzo; BERCOVICI, Gilberto. LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. O fim das ilusões constitucionais de 1988?. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 10, n. 3, p. 1-43, 2019. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdp/a/FG6TXrTmF6R3z379zK3RWSR/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 04 jan. 2022.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: [s.n.], 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 05 jan. 2022.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Regras de Bangkok**: regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras. Brasília: CNJ, 2016a. (Série Tratados Internacionais de Direitos Humanos). Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/cd8bc1ffd-cbc397c32eecd40afbb74.pdf>. Acesso em: 05 jan. 2022.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Regras de Mandela**: regras mínimas das Nações Unidas para o tratamento de presos. Brasília: CNJ, 2016b. (Série Tratados Internacionais de Direitos Humanos). Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/a9426e51735a4d0d8501f06a4ba8b4de.pdf>. Acesso em: 05 jan. 2022.
- BRASIL. Decreto-Lei n. 13.434, de 12 de abril de 2017. Acrescenta parágrafo único ao artigo 292 do Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), para vedar o uso de algemas em mulheres grávidas durante o parto e em mulheres durante a fase de puerpério imediato. Brasília: [s.n.], 2017. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/l13434.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13434.htm). Acesso em: 06 jan. 2022.
- BRASIL. Decreto n. 40, de 15 de fevereiro de 1991. Promulga a convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes. Brasília: [s.n.], 1991. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0040.htm#:~:text=1%C2%BA%20A%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20Contra%20a,na%20data%20de%20sua%20publica%C3%A7%C3%A3o](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0040.htm#:~:text=1%C2%BA%20A%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20Contra%20a,na%20data%20de%20sua%20publica%C3%A7%C3%A3o). Acesso em: 06 jan. 2022.
- BRASIL. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília: [s.n.], 1984. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm). Acesso em: 05 jan. 2022.
- BRASIL. Lei n. 13.769, de 19 de dezembro de 2018. Altera o Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal) [...]. Brasília, [s.n.], 2018. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/l13769.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13769.htm). Acesso em: 06 jan. 2022.

- BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. Brasília: [s.n.], 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen>. Acesso em: 30 out. 2021
- BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. Brasília: [s.n.], 2016. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen/mais-informacoes/relatorios-infopen/relatorios-sinteticos/infopenmulheres-junho2016.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347/DF**. Partido Socialismo e Liberdade – PSOL X União. Relator Ministro Marco Aurélio de Mello. Acórdão de 09 set. 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665> Acesso em: 06 jun. 2021.
- CASTRO, Lola Aniyar. **Criminologia da libertação**. Tradução: Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: Revan, 2015.
- DAVIS, Angela. **Estarão as prisões obsoletas?** Tradução: Marina Vargas. Rio de Janeiro: Editora Difel, 2020.
- FLORES, Joaquín Herrera. **A (re)invenção dos direitos humanos**. Tradução: Carlos Roberto Diogo Garcia; Antônio Henrique Graciano Suxberger; Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.
- RIOS, Flavia, LIMA, Márcia. **Lélia Gonzalez - Por um feminismo afro-latino-americano**: ensaios, intervenções e diálogos. Rio de Janeiro: Zahar, 2020.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Síntese de indicadores sociais**: uma análise das condições de vida da população brasileira: 2020. Rio de Janeiro: IBGE, 2020. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101760.pdf>. Acesso em: 01. nov. 2021.
- LEAL, M. D. C. *et al.* Nascer na prisão: gestação e parto atrás das grades no Brasil. **Revista Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 21, n. 7, p. 2.061-2.070, 2016. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/csc/a/PpqmzBJWf5KMTfzT37nt5Bk/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 10 nov. 2021.
- MBEMBE, Achile. **Necropolítica**. Tradução: Renata Santini. São Paulo: N-1, 2018.
- QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. *In*: LANDER, Edgardo. **A colonialidade do saber**: eurocentrismo e ciências sociais, perspectivas latino-americanas. Buenos Aires: CLACSO, 2005, p. 227-278. Disponível em: <http://biblioteca.clacso.edu.ar/ar/libros/lander/pt/lander.html>. Acesso em: 10 set. 2021.
- VERGÈS, Françoise. **Um feminismo decolonial**. Tradução: Jamilyne Pinheiro Dias e Raquel Camargo. São Paulo: Ubu, 2020.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al.* **Direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Renavan, 2003.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al.* **Colonização punitiva e totalitarismo financeiro**: a criminologia do ser-aqui. Tradução: Juarez Tavares. Rio de Janeiro: Da Vinci Livros, 2021.

## Neoliberalismo e encarceramento em massa: a prisão como destino dos inimigos do mercado

TAIGUARA LIBANO SOARES E SOUZA <sup>[79]</sup>  
LUCAS PEDROSA CASTELLAR PINTO <sup>[80]</sup>

**Resumo:** O neoliberalismo é um modelo econômico-político-social desenvolvido entre as décadas de trinta e quarenta, tanto em reação ao Estado de bem-estar social e ao Estado socialista, como para reafirmar os valores do liberalismo econômico. No neoliberalismo o Estado tem a função de criar as condições para o livre mercado, possibilitando o acúmulo ilimitado de capital. Os limites impostos pelo Estado, por sua vez, se apresentam como obstáculos ao modelo neoliberal. Por isso, os detentores do poder econômico cooptam o Estado para seus fins e enfraquecem os limites do Estado (direitos fundamentais) em favor da acumulação. Os ideais e valores democráticos passam a ser uma mera fachada, surgindo, então o Estado Pós-Democrático, que se manifesta de forma autoritária. Como o neoliberalismo gera a maximização das desigualdades sociais, aqueles que não possuem riquezas ou não geram lucros são considerados como inimigos desse novo modelo. A eles o Estado reserva o sistema de justiça penal, que terá como consequência o encarceramento em massa.

**Palavras-chave:** Neoliberalismo; Encarceramento em massa; Estado Pós-democrático; autoritarismo; justiça criminal.

---

<sup>79</sup> Mestre e Doutor em Direito (PUC-Rio). Professor Adjunto de Direito Penal da UFF. Professor Titular de Direito Penal do IBMEC-RJ. Professor Permanente do Programa de Pós-graduação em Direito Constitucional da UFF (PPGDC-UFF). Advogado Criminalista. Editor Adjunto da Revista Brasileira de Ciências Criminais.

<sup>80</sup> Pós-graduado em direito lato sensu pela EMERJ. Mestrando em Direito Constitucional no Programa de Pós-graduação em Direito Constitucional da UFF (PPGDC-UFF). Advogado Criminalista.

**Abstract:** Neoliberalism is an economic-political-social model developed between the 30's and the 40's decades, as a reaction of the welfare State and the socialist State, as to reaffirm the values of the economic liberalism. In neoliberalism the State has the function to create conditions to the free market, enabling unlimited accumulation of capital. The limits imposed by the State, in turn, present themselves as obstacles to the neoliberal model. Therefore, the holders of economic power co-opt the State for their own wishes and weaken the limits of the State (fundamental rights) in favor of accumulation. The democratic ideals and values become a mere appearance, thus emerging the Post-Democratic State, which manifests itself in an authoritarian way. Neoliberalism generates the maximization of social inequalities, and those who do not have wealth or do not generate profits are considered enemies of this new model. The State reserves the criminal justice system for them, which will result in mass incarceration.

**Keywords:** Neoliberalism; Massive incarceration; Post-democratic State; authoritarianism; criminal justice.

## INTRODUÇÃO

Entende-se como neoliberalismo o modelo econômico-social que retoma os ideais do liberalismo em razão da suposta crise do Estado de Bem-Estar Social. De acordo com esse novo modelo, o mercado, por si só, não é capaz de assegurar a integração de todos os seus participantes, sendo necessária a presença do Estado para a criação de um ambiente favorável à liberdade negocial. O Estado, portanto, tem a única finalidade de garantir que esse novo modelo econômico seja hegemônico.

Nesse sentido, a proposta neoliberal, de natureza conservadora e autoritária, é de dismantlar o Estado de Bem-Estar Social, reduzindo direitos fundamentais, tudo com vistas a instaurar um império do mercado. Logo, a ideia de democracia e liberdade individual nada mais são do que simulacros, uma vez que a racionalidade neoliberal tem como único objetivo a sobreposição da lógica do mercado a todas as pessoas, fazendo desaparecer qualquer limite de exercício de poder.

De acordo com essa lógica de mercado, tudo no neoliberalismo é reduzido à condição de mercadoria, inclusive os cidadãos. Tal raciocínio implica a diferenciação entre os cidadãos que possuem algum va-



lor, considerados “amigos do mercado”, daqueles que, em razão de não estarem incluídos na lógica do consumo, são considerados “inimigos do mercado”, e, por não apresentarem nenhum valor econômico devem ser descartados, pois indesejáveis à racionalidade neoliberal.

Para tanto, o neoliberalismo se vale do Sistema de Justiça Penal, uma vez que os indesejados, ou seja, aqueles que não produzem e, por via de consequência, não têm qualquer valor mercadológico, recebem como resposta a segregação, a exclusão e, em casos mais extremos, a eliminação.

Dessa forma, o objetivo deste trabalho é analisar a relação entre o fenômeno do encarceramento em massa verificado no Brasil, que atualmente é a terceira maior população carcerária em números absolutos (cerca de setecentos mil presos segundo dados de 2019 divulgados pelo Departamento Penitenciário Nacional – DEPEN), com a lógica neoliberal formalmente incorporada pelo nosso ordenamento jurídico na década de noventa.

## SOBRE A RACIONALIDADE NEOLIBERAL

O termo neoliberalismo foi criado por pensadores liberais a fim de diferenciar esse novo modelo político, econômico, social e cultural, do liberalismo clássico. Dentre eles, destaca-se Frederich von Hayek.

Há divergências sobre o momento de nascimento do neoliberalismo, se em 1938, no Colóquio Walter Lippman, ou se em 1947, quando foi constituída a Sociedade Mont-Pèlerin, na Suíça. O que não se discute é que os pais fundadores do neoliberalismo defendiam que “a manutenção do liberalismo necessitava de uma refundação teórica da doutrina liberal para que fosse possível dela deduzir uma política ativa verdadeiramente liberal” (Casara, 2021, p. 110).

Considerando o contexto histórico, o neoliberalismo surge num momento de crise do liberalismo econômico. Por um lado, havia a ascensão do Estado socialista, fundado na ideia de coletivização da propriedade privada, e por outro a aplicação prática do estado de bem-estar social, desenvolvido pelo economista Jonh Keynes. Além disso, os dogmas liberais não conseguiam explicar a necessidade de intervenção do Estado na economia a fim de socorrer o mercado em momentos de crise.

Assim, o liberalismo, que se pautava pela lógica de que o Estado não poderia intervir nas relações econômicas, que se dariam de forma natural, de acordo com a “mão invisível” do mercado, não mais correspondia às expectativas dos detentores do poder econômico. Já a doutrina neoliberal, em resposta a isso, propõe um modelo distinto, segundo o qual o Estado deve intervir uma vez que a economia liberal nascia e se desenvolvia a partir de um quadro legal, o que representa o intervencionismo estatal.

Cabe ao Estado, portanto, criar os meios e instrumentos para que o modelo liberal alcance o seu ápice. Nas palavras de Rubens Casara:

Há também na aceitação das propostas neoliberais a vitória da tese de que o mercado, por si só, não é capaz de assegurar a integração de todos, razão pela qual precisa da sustentação do Estado. Percebe-se, pois, que apesar do discurso de retorno ao liberalismo, os neoliberais produziram uma nova base teórica e uma nova política. O neoliberalismo sedimenta-se, então, como um modelo marcado pelo ativismo, através do qual se busca a construção de condições ideais para que a iniciativa privada possa se desenvolver livremente.

Isso significa dizer que o neoliberalismo implica uma ruptura de hegemonia com o liberalismo clássico, na medida em que impõe não apenas uma nova concepção econômica, como também uma nova estrutura social e um novo modo de organização do Estado.

Assim, o neoliberalismo ultrapassa a barreira de uma teoria econômica, tornando-se uma teoria política e social, interferindo diretamente no direcionamento das políticas públicas e sociais do Estado.

Nesse sentido, o neoliberalismo, segundo Christian Laval e Pierre Dardot, “antes de ser uma ideologia ou uma política econômica, é em primeiro lugar e fundamentalmente uma racionalidade e, como tal, tende a estruturar e organizar não apenas a ação dos governantes, mas até a própria conduta dos governados.”<sup>[81]</sup>

A ideia de racionalidade pode ser conceituada como um modo de se entender o mundo (Casara, 2021, p. 34), e, como toda a forma de se interpretar a realidade, toda racionalidade está impregnada de ideologia, que, segundo Gramsci é “uma concepção de mundo que se manifesta

---

<sup>81</sup> Cf.: DARDOT; LAVAL, 2016.

implicitamente na arte, no direito, na atividade econômica, em todas as manifestações da vida individual e coletiva” (Portelli, 1977, p. 27-28).

Essa dimensão ideológica da racionalidade implica a formulação de ideias aceitas pela maioria. Trata-se da produção de uma verdade, ainda que, no fundo, tanto as premissas quanto a conclusão do raciocínio sejam falsas. Assim, “o modo de ver e de atuar no mundo existe e condiciona as ações humanas independente da consciência (verdadeira ou falsa) das pessoas” (Casara, 2021, p. 34). Como explicar, por exemplo, que em pleno século XXI, ainda haja desigualdade e miséria no Brasil, quando em 1988 o constituinte fez constar como um dos objetivos da República Federativa do Brasil a erradicação da pobreza, da miséria e da desigualdade? Para o dogma neoliberal a existência da pobreza se dá pela ausência de mérito do sujeito, que não se esforçou o suficiente.

No caso da racionalidade neoliberal, a ideologia dominante é a de se implementar o sentido empresarial e mercadológica a todos os ramos da vida e das coisas. As pessoas deixam de ser cidadãos e passam a ser consumidores, o Estado deixa de ser um ente limitador de poder e passa a ser um meio para a acumulação ilimitada de capital.

Muito embora a racionalidade neoliberal represente um novo modelo hegemônico de modo de ver e atuar no mundo, ela não apaga os elementos de outras racionalidades. Basta verificar que o modelo econômico neoliberal nada mais é do que o aperfeiçoamento do modelo liberal, com vistas a maximizar o acúmulo de capital, usando como principal estratégia a cooptação do Estado a fim de que este ente atue sempre em seu favor.

Para tanto, é necessário que o novo modo de pensar e de agir seja naturalizado, de forma que os sujeitos pautem suas condutas conforme os preceitos da nova racionalidade hegemônica. Até mesmo o campo da moralidade tende a ser transformado pela nova racionalidade (Casara, 2021, p. 39), uma vez que o novo pensar ideológico importa numa nova concepção de verdade.

Isso significa dizer que a racionalidade neoliberal também molda a subjetividade das pessoas na medida em que os sujeitos deixam de ser cidadãos e, vítimas dessa nova ideologia dominante que valoriza as relações econômicas acima de tudo, passam a se ver como empresários de si mesmos, permitindo sua exploração de forma mais

intensa e perversa do que eram explorados sob a égide do liberalismo político (Casara, 2021, p. 63).

Isso porque, para os dogmas liberais, o salário era o resultado harmonioso entre o empregado e o empregador; a sindicalização era vista pelos trabalhadores como algo positivo e essencial; e ao Estado cabia a garantia dos direitos sociais e previdenciários. Ou seja, os trabalhadores não competiam entre si, e o seu contraponto era o empresário que explorava sua mão-de-obra.

Os ideais neoliberais, por seu turno, acarretam no desmantelamento de toda essa organização da classe trabalhadora ao inserir no imaginário social a ideia de que todos os sujeitos são potencialmente empresários da própria vida, e todas as relações possuem um valor intrínseco. Dessa forma, a racionalidade neoliberal estimula a competitividade dos sujeitos a ela submetidos, não dando espaço, portanto, à conscientização de que aqueles que não fazem parte do restrito grupo dos detentores do poder são tão ou mais explorados do que os trabalhadores.

Com isso, os empresários-de-si passam a se identificar mais com o explorador do que com o explorado, uma vez que a falsa ideia de liberdade empreendedora se tornou a verdade inquestionável da ideologia neoliberal.

Por outro lado, para os detentores do poder econômico esses sujeitos só terão alguma espécie de valor, só serão aceitos e desejados se forem consumidores em potencial. Aqueles que são pobres, que não produzem riqueza e não geram lucro aos interesses das grandes corporações são considerados indesejáveis.

Para essas pessoas, a solução encontrada pela racionalidade neoliberal é a da eliminação ou neutralização.

Se, por um lado, o estado neoliberal cria as condições ideais para a maximização do livre mercado, se intrometendo pontualmente na economia e em momentos de crise, por outro, ele se mostra extremamente presente no controle dos indesejáveis.

Como a racionalidade neoliberal cooptou o Estado e, por via consequência, também o Direito, qualquer obstáculo jurídico que represente um impasse ao acúmulo de capital deve ser flexibilizado ou ignorado.

Nesse sentido, qualquer direito fundamental que represente uma limitação ao agir estatal em prol da acumulação de riquezas, ou que, por sua finalidade social importa em despesa, deve ser flexibilizado ou ignorado pelos agentes do Estado.

Nesse ponto, a própria ideia de democracia representa um enorme obstáculo aos interesses dos detentores do poder econômico, uma vez que num regime democrático o Estado encontra limites de atuação nos direitos fundamentais.

A racionalidade neoliberal, portanto, instaura um novo regime normativo no qual todo e qualquer obstáculo ao lucro deve ser superado, sem, contudo, desfigurar de forma tão evidente as instituições e regimes estatais. Esse fenômeno é conhecido como pós-democracia.

## NEOLIBERALISMO E O ESTADO PÓS-DEMOCRÁTICO

Em 1848, Karl Marx (1818-1883) havia percebido que o Estado serve aos interesses de uma classe dominante, que, no caso de seus estudos era a classe burguesa. Por esse motivo ele conclui que “o Poder Executivo do Estado moderno não passa de um comitê para gerenciar negócios comuns de toda a burguesia” (Marx; Engels, 2022, p. 29).

Essa afirmação deve ser contextualizada com o tempo histórico vivido por Marx. A Europa vivia uma série de insurgências burguesas contra o Absolutismo Monárquico então hegemônico, mas em acentuada crise de legitimidade. Isso porque dentre os ideais burgueses estavam a liberdade e a igualdade.

A liberdade burguesa, por seu turno, era a liberdade de negociar livremente sem a interferência do Rei; a igualdade tinha como fim eliminar a diferenciação entre a nobreza e os burgueses, permitindo que essa nova classe dominante pudesse ascender ao poder e tomar as rédeas das decisões políticas e econômicas de um país. Nasce, portanto, a democracia burguesa.

Considerando que a figura do Estado estava atrelada ao autoritarismo inerente ao regime absolutista, os burgueses criaram mecanismos de limitação do poder estatal, sendo certo que um desses instrumentos foi a Constituição.

Rubens Casara ensina que “o Estado Democrático de Direito é, portanto, sinônimo de Estado Constitucional, ou seja, um Estado em que os indivíduos e, em especial, os agentes estatais, estão sujeitos à

lei” (Casara, 2017, p. 19). Mais ainda: no Estado Democrático de Direito a sujeição se dá à Constituição.

A ideia contemporânea de Estado Democrático de Direito, por seu turno, foi desenvolvida após a queda dos regimes nazistas e fascistas. Segundo Casara:

[...] a opção política que levou ao Estado Democrático de Direito, construída após a Segunda Guerra Mundial, é a de que o poder deve ser limitado a fim de evitar novos holocaustos e permitir o máximo exercício da liberdade dos demais. Não por acaso, os direitos fundamentais previstos na Constituição da República tornaram-se os principais limites ao exercício do poder (Casara, 2017, p. 20).

Em síntese, o Estado Democrático de Direito, ou Estado Constitucional, é aquele que impõe limites ao agir estatal por meio de uma lei hierarquicamente superior garantidora de direitos fundamentais.

A ruptura hegemônica ocasionada pela ascensão da racionalidade neoliberal permitiu a aproximação despudorada entre o poder econômico e o poder político, uma vez que uma das bases do pensamento neoliberal é a cooptação do Estado pelos detentores do poder econômico.

Ainda que o Estado liberal estivesse a serviço da classe dominante burguesa, era possível identificar o distanciamento entre os poderes político e econômico. No modelo neoliberal essa distinção desaparece. Nesse sentido, Pierre Dardot e Christian Laval sustentam que o neoliberalismo está levando à era pós-democrática.<sup>[82]</sup>

Na pós-democracia o que se vê é a superação do Estado Democrático de Direito, não pela violação dos limites ao exercício do poder, mas sim pelo desaparecimento de qualquer vontade de se fazer valer esses limites (Casara, 2017, p. 21). Assim, no Estado Pós-Democrático há uma fachada de democracia, uma vez que os valores democráticos são corrompidos pelos detentores do poder econômico e as grandes corporações. O significante “democracia” não desaparece, mas perde o seu conteúdo material (Casara, 2017, p. 23).

Isso porque, na “verdade” neoliberal, o conceito de democracia está vinculado à ideia de liberdade. Mas no neoliberalismo o conceito de liberdade segue a lógica da acumulação de capital, ou seja, é a

---

<sup>82</sup> Cf.: DARDOT; LAVAL, 2016.

liberdade de gerar lucro a todo custo e sem qualquer limitação. Em nome da “democracia”, portanto, o Estado Pós-Democrático rompe com os princípios democráticos (Casara, 2017, p. 20).

Nesse ponto, Rubens Casara pontua que:

[...] o neoliberalismo e a pós-democracia convivem sem constrangimento em todo o mundo com o incremento da coerção e da restrição de direitos em nome da ‘liberdade’ do mercado e das corporações.

A pós-democracia, então, caracteriza-se pela transformação de toda prática humana em mercadoria, pela mutação simbólica pela qual todos os valores perdem a importância e passam a ser tratados como mercadorias, portanto disponíveis para uso e gozo coletivos, em um grande mercado que se apresenta como uma democracia de fachada [...]. Em resumo: com o desaparecimento dos limites efetivos ao exercício do poder, em nome da lógica do mercado, instaura-se a pós-democracia.

Assim, a razão neoliberal eleva a lógica empresarial e mercadológica a todos os âmbitos da vida, transformando o próprio ser humano em mercadoria. E toda mercadoria tem o seu valor de uso e de troca, sendo certo que as mercadorias imprestáveis terão como destino o descarte. Deu-se, portanto, a máxima desumanização da vida humana frente à lógica do capital, fundamentada na competição, no individualismo e na busca pelo lucro (Casara, 2017, p. 40).

Considerando que os direitos fundamentais que constituem a democracia passam a representar um obstáculo ao avanço do poder econômico, o Estado-Pós Democrático revela-se um Estado com tendências arbitrárias e muito forte no controle social daqueles que são considerados como inimigos do mercado, ou seja, aqueles que não geram riqueza e nem lucro. Para essas pessoas a resposta do Estado Pós-Democrático é o poder punitivo.

Nesse aspecto, no Estado Pós-Democrático o poder penal serve para atender aos interesses dos detentores do poder econômico, sendo um dos principais instrumentos de controle das pessoas indesejáveis. A finalidade política do uso exacerbado do sistema de justiça criminal é a neutralização do inimigo do neoliberalismo (Casara, 2017, p. 92).

Por meio da criação e o alargamento de tipos penais que alcançam essa parcela da população, o poder penal do Estado Pós-Democrático alcança seu objetivo, qual seja, retirar os inimigos do mercado

da sociedade e encarcerá-los pelo maior tempo possível, negando-lhes não apenas a liberdade, mas uma série de direitos fundamentais, (p. ex. direito à saúde).

E numa realidade de aumento da desigualdade social, efeito inequívoco do neoliberalismo, a parcela dos inimigos do mercado tende a ser cada vez maior. Nesse contexto o poder punitivo tende a alcançar uma parcela cada vez maior da sociedade, gerando, por via de consequência, no aumento exponencial da população carcerária.

Esse fenômeno foi classificado por Vera Malagutti Batista como o grande encarceramento (Batista, 2011, p. 99).

## NEOLIBERALISMO E O ENCARCERAMENTO EM MASSA

Joachim Hirsch define o Estado como uma “condensação material de uma relação social força” (HIRSCH, 2010, p. 37). Isso significa dizer que o Estado não é o resultado de um contrato social que contempla o bem comum, muito menos a corporificação da vontade popular expressa pelo povo pela via democrática.

De acordo com Silvio de Almeida, o Estado é resultado do surgimento do capitalismo (Almeida, 2019, p. 92). Isso porque o capitalismo se fundamenta na troca mercantil. E para que os indivíduos realizem essas transações necessário se faz que eles sejam livres e iguais. Mas essas condições só são garantidas quando a troca mercantil é constitutiva de uma sociedade. Por isso, “é apenas com o desenvolvimento do capitalismo que a política assume a forma de um aparato exterior, relativamente autônomo e centralizado, separado do conjunto das relações sociais, em especial das relações econômicas” (Almeida, 2019, p. 92). Nesse sentido, o papel do Estado no capitalismo é manutenção da ordem capitalista, garantindo-se a liberdade e a igualdade formais, “seja pela coação física, seja por meio da produção de discursos ideológicos justificadores da dominação” (Almeida, 2019, p. 93).

O controle e a dominação exercidos pelo Estado capitalista, por sua vez, se expressam naquilo que Michel Foucault denomina de biopoder, que nada mais é do que o poder do Estado em controlar, manter e prolongar a vida da sua população. A presença ou a ausência de políticas de saúde, saneamento básico, segurança pública, previdência, dentre outras, tem impacto direto na vida das pessoas. Assim, a



soberania do Estado sob a ótica do biopoder está no poder de suspender a morte, fazer viver ou deixar morrer (FOUCAULT, 2010, p. 303).

Desenvolvendo o conceito de biopoder, Achille Mbembe correlaciona com outros dois conceitos: estado de exceção e estado de sítio (Mbembe, 2022, p. 18). Para ele, a soberania se expressa como o direito do Estado de matar, sendo certo que o biopoder não é mais uma forma de controle de Estado sobre a vida, mas sim o seu controle sobre a morte; o necropoder.

Mbembe sustenta que o necropoder tem suas origens na política colonial imposta pelos países colonizadores. Isso porque “a conquista colonial revelou um potencial de violência até então desconhecido” (Mbembe, 2022, p. 32) na medida em que “as colônias são o local por excelência em que os controles e as garantias da ordem judicial podem ser suspensos” (Mbembe, 2022, p. 35).

Além disso, na lógica do conquistador há o homem civilizado e o selvagem, sendo certo que a vida selvagem é apenas outra forma de vida animal. Por essa razão, ao massacrar o selvagem, o europeu não tinha a consciência de que estaria cometendo qualquer espécie de ilegalidade. Essa ideia de desumanização de certos grupos humanos fundamenta a escravidão negra, que, de acordo com Mbembe, pode ser considerada uma das primeiras manifestações da experimentação da biopolítica (Mbembe, 2022, p. 27).

Os sujeitos que eram alvo da violência colonial, não raro, se insurgiam contra a opressão que sofriam. A forma encontrada pelos conquistadores de manutenção de sua dominação foi criar a figura de um inimigo que poderia por em cheque a segurança da sociedade (colonos brancos). Por isso, “o poder (não necessariamente o poder estatal) continuamente se refere e apela à exceção, à emergência e à noção de um inimigo ficcional” (Mbembe, 2022, p. 17).

Por se tratar de territórios sem lei, onde a prática da violência institucional não encontrava limites, as colônias viviam em constante estado de exceção, uma vez que o inimigo do regime estava dentro do território colonial e a iminência da guerra, segundo Silvio de Almeida, era um sentimento constante “Dizer que a guerra está próxima e que o inimigo pode atacar a qualquer momento é a senha para que sejam tomadas medidas preventivas, para que se cerque o território, para que sejam tomadas medidas excepcionais” (Almeida, 2019, p. 120).

O poder punitivo estatal, por seu turno, foi o meio encontrado pelos colonizadores para manter o controle social da colônia. De acordo com Eugênio Raul Zaffaroni, o poder punitivo é subdividido em duas categorias: o poder punitivo formal e o poder punitivo informal.

O poder punitivo formal é aquele exercido formalmente pelos “agentes especiais do Estado (juízes) sob a forma de sequestro ou confinamento de pessoas (prisão), ou outras limitações menos graves à liberdade” (Zaffaroni, 2021, p. 17). Já o poder punitivo informal é exercido informalmente pelas agências executivas do Estado, cujos funcionários (policiais) o fazem de forma paralela ou subterrânea” (Zaffaroni, 2021, p. 17). O autor ainda ensina que o poder punitivo formal predomina no norte (Europa e Estados Unidos da América) enquanto que o poder punitivo informal tem ampla prevalência no sul (América Latina) (Zaffaroni, 2021, p. 35).

Ou seja, no sul, o “exercício do poder punitivo gera fenômenos quase completamente desconhecidos no norte: autonomização da polícia, execuções sem processo, falsos positivos, tortura, grupos parapoliciais, envolvimento de exércitos, prisões deterioradas como campos de concentração, elevada mortalidade e morbidade prisional, mais da metade dos prisioneiros sem condenação [...]” (Zaffaroni, 2021, p. 38).

Tudo isso é resultado de um contexto de subdesenvolvimento humano da América Latina que implica o registro das “mais altas taxas de morte violenta do planeta”, mas também de mortes causadas por carências sanitárias, insegurança do trabalho, suicídios, subnutrição, doenças curáveis, violência institucional e inadequação das nossas estradas” (Zaffaroni, 2021, p. 38).

Considerando que a colonização da América foi, na verdade, uma ocupação policial (Zaffaroni, 2021, p. 61), o poder punitivo colonial foi essencial para a manutenção da ordem social. A verdade é que até os dias hoje os países do sul global sofrem com as consequências dessa política de morte adotada pelos colonizadores, e que foram maximizadas pelo modelo neoliberal implementado por aqui no final do século passado.

Como já apontado linhas atrás, o neoliberalismo coopta o Estado de tal forma que a democracia nada mais é do que um engodo. Zaffaroni chama a atenção para o fato de as grandes corporações também se apoderarem dos meios de comunicação, criando mono-

pólios que “cumprem uma função equivalente à dos partidos únicos dos totalitarismos do entreguerras”, sendo responsáveis por criar “uma realidade distorcendo fatos”, pervertendo a democracia pela desinformação (Zaffaroni, 2021, p. 78).

Esses “partidos únicos” dos meios de comunicação social, segundo Zaffaroni, “reiteram a torpeza da ‘tolerância zero’ do fanfarrão nova-iorquino e exigem o grande encarceramento na versão sul, que acaba por sobrepopoalar as prisões até mais de 300% de sua capacidade” (Zaffaroni, 2021, p. 80).

Nesse sentido, destacamos que:

[...] os atuais contornos assumidos pelo desenvolvimento do capitalismo, com a solidificação do empreendimento político-econômico neoliberal, irão impor uma nova dinâmica ao sistema punitivo. A crise, também um elemento presente desde a gênese da instituição prisional, atinge seu ápice, e assume uma dimensão colossal na atualidade.

[...]

Com efeito, nas últimas décadas, sob a égide do neoliberalismo, assiste-se à ascensão do recrudescimento das estratégias de controle punitivo em quase todo Ocidente esta onda punitiva deságua, sobretudo, no grande encarceramento, com o emblemático aumento da população carcerária dos EUA em um índice de 314 % em 20 anos (1970-1991), algo inédito em uma sociedade democrática.

A América Latina, e notadamente o Brasil, também receberá influências desta nova colonialidade do saber/poder. Em razão de se tratar da periferia do capitalismo, com histórico marcado pelo colonialismo exploratório, escravagismo e regimes políticos autoritários, as consequências são ainda mais nefastas para o respeito à dignidade humana nas masmorras prisionais (SOUZA, 2018, p. 84).

No modelo neoliberal, portanto, o sistema penal é a resposta do Estado àqueles que são considerados os indesejáveis, os inimigos do mercado. Nesse sentido Loïc Wacquant aponta que “o sistema penal contribui diretamente para regular os segmentos inferiores do mercado de trabalho — e isso de maneira infinitamente mais coercitiva do que todas as instituições sociais e regulamentos administrativos” (Wacquant, 2001, p. 96).

No tocante ao sistema punitivo neoliberal em países periféricos, Loïc Wacquant alerta que:

[...] a penalidade neoliberal é ainda mais sedutora e mais funesta quando aplicada em países ao mesmo tempo atingidos por fortes desigualdades de condições e de oportunidades de vida e desprovidos de tradição democrática e de instituições capazes de amortecer os choques causados pela mutação do trabalho e do indivíduo no limiar do novo século. Isso é dizer que a alternativa entre o tratamento social da miséria e de seus correlatos [...] que visa às parcelas mais refratárias do subproletariado e se concentra no curto prazo dos ciclos eleitorais e dos pânicos orquestrados por uma máquina midiática fora de controle, diante da qual a Europa se vê atualmente na esteira dos Estados Unidos, coloca-se em termos particularmente cruciais nos países recentemente industrializados da América do Sul, tais como o Brasil e seus principais vizinhos, Argentina, Chile, Paraguai e Peru (WACQUANT, 2001, p. 4).

No Brasil, o resultado da política neoliberal refletiu-se no aprofundamento das desigualdades sociais e da concentração de renda. Segundo o Relatório sobre o Desenvolvimento do Mundo 1999-2000, do Banco Mundial, o Brasil é o vice-campeão mundial da desigualdade, com um índice Gini de 0,60, só perdendo para Serra Leoa, 0,629 (Souza, 2018, p. 136).

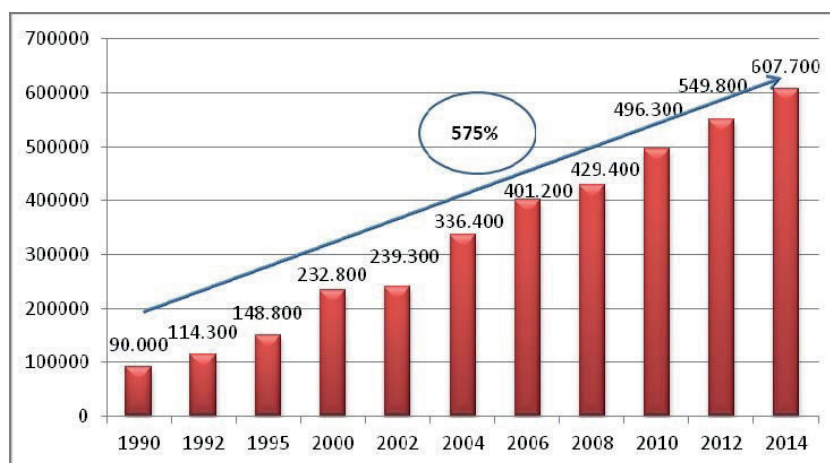
Nesse contexto, as tradições históricas do uso da violência no Brasil como instrumento de controle social somados à pauperização da população brasileira por causa da implementação do modelo neoliberal “vai se constituindo nas periferias urbanas, no Brasil profundo, o terreno fértil para a coexistência de espaços nos quais prevalece o Estado de exceção, a suspensão dos direitos e garantias preconizadas pelo Estado Democrático de Direito” (Souza, 2018, p. 144).

A racionalidade neoliberal, portanto, se vale desses instrumentos para neutralizar seus inimigos, ou seja, os pobres e aqueles que não produzem riqueza. Deve-se ainda considerar que os territórios onde o Estado de exceção é a regra são habitados por essa parte da população que se encontra em situação de vulnerabilidade social. Ao tratar das Unidades de Polícia Pacificadora (UPP's), Marielle Franco, citada por Silvio de Almeida, ensina que:

A política de segurança pública do Estado do Rio de Janeiro mantém as características do Estado Penal de Loïc Wacquant. Os elementos centrais

dessa constatação estão nas bases das ações militarizadas da polícia, na repressão dos moradores, na inexistência da constituição de direitos e nas remoções para territórios periféricos da cidade (o que acontece em vários casos). Ou seja, a continuidade de uma lógica racista de ocupação dos presídios por negros e pobres (Almeida, 2019, p. 127).

O aumento da população carcerária, portanto, é um dos sintomas mais desumanos dessa política de controle dos indesejáveis do modelo neoliberal. De acordo com dados do Ministério da Justiça, em 1990 o Brasil mantinha aproximadamente 90 mil presos. Em 2014 o número de pessoas encarceradas saltou para 607 mil presos, um aumento de 575 % da população carcerária, conforme se verifica do gráfico abaixo:



Fonte: Ministério da Justiça/DEPEN, s.d.

O aumento exponencial do número de presos durante esse período coincide com o implemento da política neoliberal no Brasil, adotada durante a década de 90 e desenvolvida ao longo dos anos 2000.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

No Brasil, o sucesso do empreendimento neoliberal tem gerado nefastas consequências àqueles que não estão abarcados pela lógica do consumo, seja porque não produzem riqueza, seja porque não estão inseridos no mercado em razão da situação de miserabilidade.

A essas pessoas, consideradas inimigas do modelo neoliberal, a resposta do Estado é a repressão e a neutralização por meio do seu sistema penal. O resultado dessa política de exclusão social é o aumento exponencial da população carcerária.

Mas esse não é o único infortúnio que o neoliberalismo reserva a essas pessoas. Com o dismantelamento do Estado do bem-estar social, os inimigos desse modelo econômico-político-social ficam ainda mais vulneráveis, uma vez que, para a lógica neoliberal, o Estado tem como objetivo precípua a criação de condições para a geração sucessiva de lucro. Assim, os programas assistenciais, previdenciários, e sociais no geral, por representarem uma despesa, não merecem acolhida.

Enquanto o capital vai cada vez mais se concentrando nas mãos dos detentores do poder econômico, os inimigos do mercado vão abarrotando as prisões, que segundo Zaffaroni, são equiparadas a campos de concentração, demonstrando o lado mais cruel do modelo neoliberal.

## REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Sílvio. **Racismo Estrutural**. São Paulo: Sueli Carneiro, 2019.
- BATISTA, Vera Malagutti. **Introdução crítica à criminologia crítica**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- CASARA, Rubens R. R. **Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.
- CASARA, Rubens R. R. **Contra a miséria neoliberal**. São Paulo: Autonomia Literária: 2021.
- DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão de mundo – ensaio sobre a sociedade neoliberal**. Tradução: Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2016.
- FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2010.
- HIRSCH, Joachim. **Teoria materialista do estado**. Rio de Janeiro: Revan, 2010.
- MARX, Karl; ENGELS, Friederich. **O manifesto do partido comunista**. Tradução: Maria Lucia Como. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2022.
- MBEMBE, Achille. **Necropolítica**. 10. reimpr. São Paulo: N-1, 2022.
- PORTELLI, Hugues. **Gramsci e o bloco histórico**. Tradução: Angelina Peralva. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1977. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/6183899/mod\\_resource/content/1/pdfcookie.com\\_gr\\_ams-ci-e-o-bloco-historico-hugues-portelli.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/6183899/mod_resource/content/1/pdfcookie.com_gr_ams-ci-e-o-bloco-historico-hugues-portelli.pdf). Acesso em:

SOUZA, Taiguara Líbano Soares. **A era do Grande Encarceramento**: tortura e superlotação prisional do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Revan, 2018.

WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Tradução: André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

ZAFFARONI, Eugénio Raul. **Colonização punitiva e totalitarismo financeiro**: a criminologia do ser-aquí. Rio de Janeiro: Da Vinci Livros, 2021.

## **Sobre os autores**

### **Carlos Eduardo Rebelo**

Doutor em Direito Penal (UERJ). Professor de Direito Penal e Prática Jurídica dos cursos de graduação da Faculdade IBMEC – Rio e da Universidade Candido Mendes. Advogado Criminalista.

### **Daniel Andrés Raizman**

Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor Associado de Direito Penal da Universidade Federal Fluminense (UFF). Advogado Criminalista.

### **Eduardo Rodrigo Suhr**

Graduado em Direito pela Faculdade CNEC Joinville. Advogado Criminal em Santa Catarina.

### **Hamilton Gonçalves Ferraz**

Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica (PU-C-Rio). Estágio Pós-Doutoral em Direito Penal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Mestre em Direito Penal pela UERJ. Professor Adjunto de Direito Penal da Universidade Federal Fluminense (UFF – MDI). Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional (PPGDC-UFF). Coordenador Adjunto do Departamento de Infância e Juventude do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM). Advogado.

### **Leonardo Costa de Paula**

Doutor em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestre em Direito Público pela Universidade Estácio de Sá (UNESA). Professor Adjunto de Direito Processual Penal e Prática Penal da Universidade Federal Fluminense (UFF-VDI). Presidente do Observatório da Mentalidade Inquisitória.



### Lucas Castellar

Mestrando em Direito Constitucional no Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense (PPGDC-UFF). Pós-Graduado em Direito *lato sensu* pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ). Graduado em Direito pelo Instituto Brasileiro de Mercados e Capitais (IBMEC-RJ). Advogado Criminalista.

### Luciene Carvalho

Graduação em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Advogada.

### Maiele Karem França Morais Veras

Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense (PPGDC/UFF). Graduada em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF). Defensora Pública do Estado do Maranhão – Titular do Núcleo de Execução Penal de São Luís (DP/MA).

### Marco Otavio Almeida Mazzoni

Mestrando em Direito Constitucional Internacional, Direito Comparado e Relações Econômicas do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense (PPGDC-UFF). Procurador da República – Procuradoria da República no Estado do Rio de Janeiro. Membro da Comissão Permanente de Assessoramento para Acordos de Leniência e Colaboração Premiada – 5.<sup>a</sup> CCR-MPF.

### Roberta Duboc Pedrinha

Doutora em Sociologia pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (IESP/UERJ). Pós-Doutora em Criminologia e Direito Penal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (PPGD/UERJ). Professora Adjunta de Criminologia e Direito Penal da Universidade Federal Fluminense (UFF) e Docente Permanente credenciada ao seu Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional (PPGDC/UFF). Pesquisadora do LEPEC e ENSP/FIOCRUZ. Professora Cola-

boradora do Master em Cultura Jurídica da Universidad de Girona (UG-Espanha) e Convidada do Master da Facultad de Derecho da Universidad Nacional de Rosario (UNR-Argentina). Fundadora e primeira vice-presidente da Comissão de Criminologia do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB). Presidente do Instituto dos Defensores de Direitos Humanos (DDH). Advogada.

### Patrícia Glioche

Doutora e Mestra em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Bacharel em Direito pela UERJ. Professora Associada de Direito Penal da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professora da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ). Procuradora de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (MPRJ).

### Paulo Roberto dos Santos Corval

Doutor em Ciência Política pelo Programa de Pós-Graduação em Ciência Política (PPGCP) da Universidade Federal Fluminense (UFF). Mestre em Ciências Jurídicas pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio). Professor de Direito Financeiro e Tributário na Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF). Professor no Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional (PPGDC) da Universidade Federal Fluminense (UFF). Coordenador do Grupo de Estudos Interdisciplinares sobre Estado, Finanças e Tributação (GEIEFT).

### Taiguara Líbano Soares e Souza

Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Pontifícia Católica (PUC-Rio). Professor Adjunto de Direito Penal da Universidade Federal Fluminense (UFF). Professor Titular de Direito Penal do Instituto Brasileiro de Mercados e Capitais (IBMEC-RJ). Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense (PPGDC-UFF). Editor Adjunto da *Revista Brasileira de Ciências Criminais* (RBCCRIM). Advogado.