



REVISTA DA EJUD

REVISTA ELETRÔNICA DA ESCOLA JUDICIÁRIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PIAUÍ

ISSN 2526-7817

Direitos Humanos e o Sistema Penitenciário Brasileiro



V.2, N.1, 2020

APRESENTAÇÃO

A Revista da Escola Judiciária do Piauí contribui para divulgar e compartilhar o conhecimento. É uma conquista do saber. A finalidade da revista é difundir os trabalhos científicos produzidos por atores do Direito e áreas afins.

Dando continuidade à nossa missão de disseminar importantes reflexões sobre temas jurídicos, temos o prazer de apresentar a 2ª edição da Revista da Escola Judiciária do Piauí com o tema “Direitos Humanos e o Sistema Penitenciário Brasileiro”, trazendo reflexões sobre os mais de modo inter, multi e transdisciplinar.

A Revista está organizada em Artigos Científico, Discurso e Resenha. Nesta edição, os autores mergulham em questões de extrema importância para o cenário jurídico como, por exemplo: Direito Penal; Lei de Execução Penal; Lei Anticrime; tortura; submissão de detento a condições degradantes; ressocialização; necessidade da expansão da criminologia crítica; dentre outros.

Encerramos esta apresentação, como não poderia deixar de ser, agradecendo a todos aqueles que, cada um a seu modo, contribuíram para viabilizar essa publicação, ciente de que, mais um passo é dado na construção institucional da EJUD/PI.

Nós, da Revista da Escola Judiciária do Piauí, esperamos que você, leitor e leitora, possa refletir e se aprofundar nos assuntos que ora são desenvolvidos.

Des. Fernando Lopes e Silva Neto

Diretor Geral da EJUD/PI

Daiane da Silva Algarves Castelo Branco

Editora-chefe

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELA SUBMISSÃO DE DETENTO A CONDIÇÕES DEGRADANTES DE CUMPRIMENTO DE PENA E A (IM)POSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO POR REMIÇÃO.¹

Frederico Costa Bezerra

RESUMO: É evidente que a maioria dos presos brasileiros são submetidos a condições desumanas e degradantes de cumprimento da pena em razão da superlotação e da insalubridade dos presídios nacionais, o que se apresenta como “Estado de Coisas Inconstitucional”. Desta forma, este artigo busca ajudar a difundir à comunidade jurídica uma reflexão sobre a situação caótica vivida pela população carcerária nacional, o que acaba gerando um círculo de violência que reflete diretamente na sociedade como um todo, sendo capaz inclusive de desviar políticas públicas para pagamento de indenizações a presos. Assim, para a construção deste trabalho abordam-se os parâmetros adotados pelo Supremo Tribunal Federal para configuração da responsabilidade civil do Estado Brasileiro, concluindo-se pela adoção da teoria do risco administrativo, que dispensa análise de culpa, mas admite excludentes de responsabilidade, e pela possibilidade de fixação de indenização aos detentos pelas condições violadoras da dignidade humana de cumprimento de pena a que são submetidos pelo Estado, apresentando ao final a figura do pagamento de indenização *in natura*, mormente por meio de remição de pena, que trazem benefícios aos detentos, ao sistema carcerário e ao sistema fiscal, não sendo aceita, até o momento pelo Órgão de Cúpula do Judiciário Nacional.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil do Estado. Sistema Prisional. Violação à Dignidade Humana. Indenização. Remição da Pena.

¹ Recebido em 27/07/2017.

Aprovado em 29/09/2020.

1. Introdução

O presente trabalho busca trazer uma abordagem quanto aos parâmetros adotados pelo Supremo Tribunal Federal-STF para configuração da responsabilidade civil do Estado Brasileiro em razão da submissão de detentos a condições degradantes de cumprimento de pena privativa de liberdade em presídios, bem como sobre a (im)possibilidade de indenização por meio da remição da pena.

Neste caminhar, em um primeiro momento será abordada de forma breve a evolução história da responsabilidade civil do estado para ao final apresentar a teoria hodiernamente adotada pela corte suprema nacional quanto ao tema.

Em seguida apontaremos se é possível estabelecer indenização aos detentos pelas condições desumanas e degradantes de cumprimento de pena a que são submetidos pelo Estado.

Por fim, o texto analisará a possibilidade ou não de se estabelecer indenização *in natura* aos detentos, em especial por remição de pena com objetivo de difundir o conhecimento quanto ao tema para fins de reflexão da comunidade jurídica, que deve voltar os olhos à situação caótica vivida pela população carcerária que acaba por gerar um círculo de violência refletido diretamente na sociedade como um todo.

2. Da Evolução da Responsabilidade Civil do Estado

No que se refere à discussão acerca da evolução da responsabilidade civil do Estado, os estudos teóricos revelam a passagem por três fases básicas, iniciando-se com a teoria da irresponsabilidade do Estado, passando pela teoria da responsabilidade do Estado tendo como suporte as normas de direito privado para, então, aplicação das normas de direito público ao tema.

Num primeiro momento, assim, vigorou a ideia de irresponsabilidade do Estado pelos atos praticados por seus agentes. Esta teoria foi adotada na época dos Estados absolutos e era fundamentada na soberania (Estado como autoridade incontestável perante o súdito, onde se pregava que o rei não pode errar – *the king can do no wrong* (DI PIETRO, 2014)).

A visão de que o Estado não deveria se responsabilizar pelos prejuízos que seus agentes causassem a terceiros vigorou até meados do século XIX (FURTADO, 2016).

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELA SUBMISSÃO DE DETENTO A CONDIÇÕES DEGRADANTES DE CUMPRIMENTO DE PENA E A (IM)POSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO POR REMIÇÃO

Aponta Di Pietro (2014, p 717) que “os Estados Unidos e a Inglaterra abandonaram a teoria da irresponsabilidade, por meio do *Federal Tort Claim Act*, de 1 946, e *Crown Proceeding Act*, de 1 94 7, respectivamente”.

Passamos então à segunda fase da responsabilidade civil do Estado, onde se admitiu esta com aplicação das regras de direito privado: teoria civilista da culpa. Para esta teoria, todo aquele que por ação ou omissão, por negligência, imperícia, imprudência ou dolo, cause prejuízo a terceiro é obrigado a ressarcir o dano causado (CARVALHO FILHO, 2012).

No Brasil, no âmbito do direito privado, esta última é a teoria adotada conforme expressa previsão no Código Civil vigente (artigos 186, 187 e 927):

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Inicialmente a teoria civilista da culpa foi aplicada com temperamentos, pois se distinguiram os atos de império dos atos de gestão, adotando-se somente a estes. Para àqueles continuou vigorando a irresponsabilidade estatal (CARVALHO FILHO, 2012).

Faz-se importante frisar que atos de império são os praticados pela Administração com todas as prerrogativas e privilégios de direito público. Por sua vez, atos de gestão são os praticados pela Administração em situação de igualdade com os particulares, para a conservação e desenvolvimento do patrimônio público e para a gestão de seus serviços (DI PIETRO, 2014).

Evoluindo na aplicação da teoria civilista da culpa abandonou-se a distinção acima citada. A partir de então não era mais necessário apontar-se atos de império ou atos de gestão (CARVALHO FILHO, 2012).

Desenvolveu-se, desta feita, a denominada teoria da culpa do serviço ou da falta do serviço. Era necessário, assim, para se atribuir culpa ao Estado a demonstração da falta ou ausência do serviço; do atraso na prestação do serviço; ou prestação

defeituosa do serviço que resultassem em prejuízo para os particulares (FURTADO, 2016).

Finalmente, então, superando a teoria civilista da culpa administrativa passou-se a adotar as regras de direito público para verificação da responsabilidade civil do Estado: teoria publicista da culpa. A responsabilidade civil deixa, aqui, de se fundamentar na culpa e o fundamento principal para impor o dever de indenizar passa a ser o risco da atividade estatal, bem como no princípio da repartição dos encargos. De forma simplória tem-se que por ser mais poderoso que o particular o Estado deveria arcar com os riscos naturais se suas atividades (CARVALHO FILHO, 2012).

É aqui que se desenvolve a modalidade objetiva de responsabilização do Estado, a qual para Mello (2015, p 1034) “é a obrigação de indenizar que incumbe a alguém em razão de um procedimento lícito ou ilícito que produziu uma lesão na esfera juridicamente protegida de outrem. Para configurá-la basta, pois, a mera relação causal entre o comportamento e o dano.”

Extrai-se, então, que é dispensada a demonstração da culpa, sendo esta a teoria atualmente adotada, em regra, no Brasil e tem fundamento no parágrafo 6º do art. 37 da Constituição Federal:

“Art. 37.

(...)

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.”

Neste ponto é importante esclarecer que existem duas modalidades de responsabilidade objetivas adotadas, são elas: teoria do risco administrativo e teoria do risco integral. A primeira admite excludentes de responsabilidade civil e a segunda não (ALEXANDRINO, M., PAULO, V. 2016).

No Brasil a regra é a aplicação da teoria do risco administrativo. Assim, existente alguma causa excludente de responsabilidade, como caso fortuito, força maior, culpa exclusiva da vítima ou culpa exclusiva de terceiro, capazes de romper o nexo causal afasta-se o dever de indenizar do estado (FURTADO, 2016).

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELA SUBMISSÃO DE DETENTO A CONDIÇÕES DEGRADANTES DE CUMPRIMENTO DE PENA E A (IM)POSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO POR REMIÇÃO

Esta é a teoria adotada pelo Supremo Tribunal Federal, que alcança todas as pessoas de direito público (art. 41 do Código Civil²) e as pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, conforme decidido Recurso Extraordinário nº 591874 RG/MS, que teve repercussão geral reconhecida.

Excepcionalmente adota-se no Brasil a teoria do risco integral, como nos casos de dano ambiental, conforme decidido sob a sistemática dos recursos repetitivos pelo Superior Tribunal de Justiça nos Recursos Especiais nº 1374284/MG e 1354536/SE.

3. Do dever de indenizar os detentos em razão da condição degradante dos presídios do Brasil

Na premissa de adoção da teoria da responsabilidade civil na modalidade risco administrativo tem-se que é atribuível ao Estado a conduta de enviar pessoas a cárceres superlotados e insalubres e de mantê-los nestas condições, assumindo a posição de garante em relação aos presos, aspecto que lhe confere deveres de vigilância e de proteção aos direitos dos internos, em especial sua integridade física e psíquica, sua saúde e sua vida (art. 5, XLIX da Constituição Federal).

Passo outro, quanto ao dano moral, Cristiano Chaves (2014, p. 331) aponta que “não há, na ordem jurídica brasileira, um conceito legal de dano moral” e propõe um, qual seja: *lesão a um interesse existencial concretamente merecedor de tutela* (p. 336).

Prossegue o autor apontando que na doutrina e jurisprudência do STJ há consenso de que a lesão à dignidade da pessoa humana provoca dano moral indenizável.

Nesse aspecto, especialmente quanto ao tema tratado, parece ser incontroverso que a maioria dos presos brasileiros são submetidos a condições

² Art. 41. São pessoas jurídicas de direito público interno:
I - a União;
II - os Estados, o Distrito Federal e os Territórios;
III - os Municípios;
IV - as autarquias, inclusive as associações públicas; (Redação dada pela Lei nº 11.107, de 2005)
V - as demais entidades de caráter público criadas por lei.

desumanas e degradantes de cumprimento da pena em razão da superlotação e insalubridade dos presídios nacionais, condições estas que agridem fortemente a dignidade da pessoa humana. Para tanto, basta lembrar das rebeliões ocorridas nos presídios dos Estados do Amazonas³ e de Roraima⁴ no início do corrente ano de 2017, que resultaram na morte de quase uma centena de presidiários.

No que se refere à realidade do estado do Piauí, a superlotação dos presídios não é exceção. Segundo divulgado no site oficial do Governo do Estado em maio de 2017, existe excedente de 1.780 presos nas 2.230 vagas dos 15 presídios existentes. Ou seja, existe um excesso de 79% (setenta e nove por cento) de presos no sistema penitenciário piauiense⁵.

Assim, é insofismável que o encarceramento em condições degradantes causa um dano moral ao preso em razão da violação à dignidade humana.

Noutro vértice, quanto ao nexo de causalidade, aponta Flávio Tartuce (2017. P 345) que se constitui do elemento imaterial ou virtual da responsabilidade civil, constituindo a relação de causa e efeito entre a conduta culposa – ou o risco criado – , e o dano suportado por alguém.

Nesta senda, para o caso proposto, é evidente que a insuficiência de políticas públicas prisionais aliadas à remessa de pessoas a presídios que não contam com o mínimo de condições humanas dignas são a causa dos danos sofridos pela população carcerária submetida a estas.

Quanto ao tema, destacamos que o Supremo Tribunal Federal decidiu o Recurso Extraordinário nº 580252/MS, submetido à sistemática da repercussão geral (recurso repetitivo⁶), que:

Considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, § 6º, da

³<http://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2017/01/conheca-interior-de-presidio-onde-ocorreu-massacre-com-56-mortes.html> - acessado em 28 de julho de 2017

⁴<http://g1.globo.com/rr/roraima/noticia/2017/01/mais-de-30-presos-sao-mortos-na-penitenciaria-de-roraima-diz-sejuc.html> - acessado em 28 de julho de 2017

⁵ <http://www.pi.gov.br/materia/justica/segunda-novos-presidios-reduzirao-superlotacao-no-sistema-prisional-do-piaui-1190.html> – acessado em 30 de junho de 2017

⁶ Trata-se de precedente obrigatório a ser observado por juízes e tribunais a teor do art. 927, III do Código de Processo Civil de 2015, *verbis*: “Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos.”

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELA SUBMISSÃO DE DETENTO A CONDIÇÕES DEGRADANTES DE CUMPRIMENTO DE PENA E A (IM)POSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO POR REMIÇÃO

Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento.

4. (Im)possibilidade de se estabelecer indenização por meio de remição de pena

Etimologicamente indenizar significa tornar indene. Ensina Paulo Nader (2016, p 133) que o vocábulo indene provém do latim *indemne* e quer dizer incólume, ileso, livre de perda. Assim, indenizar é eliminar o dano. Diante disso, questiona-se: é possível eliminar o dano moral sofrido?

Nesse patamar, Cristiano Chaves (2014, p. 352) aponta que “não se pode restaurar o *status quo* em matéria de violação a honra, a intimidade, a integridade psicofísica e demais atributos existenciais da pessoa”.

Importante transcrever, aqui, pela profundidade e pertinência, o trecho do voto do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, do Superior Tribunal de Justiça no Resp 959.565/SP:

“É certo que os danos extrapatrimoniais, por não possuírem conteúdo econômico ou patrimonial, em regra, não comportam a reparação *in natura* (restituição de bem semelhante ao subtraído, destruído ou danificado), embora haja doutrina nacional e estrangeira que entenda ser ela viável. Citam-se exemplos no ordenamento jurídico brasileiro de reparação desse jaez: a retratação do ofensor, o desmentido, a retificação de notícia injuriosa, a divulgação de resposta e a publicação de sentenças condenatórias, todas constantes da revogada Lei n. 5.250/1967 (Lei de Imprensa). Contudo, eles não constituem propriamente reparação natural, pois não elidem completamente os danos extrapatrimoniais, apenas minimizam seus efeitos, visto não ser possível a recomposição dos bens jurídicos sem conteúdo econômico, tal como ocorre com os direitos de personalidade. Dessarte, se insuficiente a reparação *in natura*, resta a indenização pecuniária quantificada por arbitramento judicial, instrumento tradicionalmente utilizado no Direito brasileiro para a reparação dos danos extrapatrimoniais. Anote-se que as duas formas de reparação (natural e pecuniária) não se excluem por respeito ao princípio da reparação integral (arts. 159 do CC/1916 e 944 do CC/2002), que pode ser invocado tanto na reparação natural (de forma aproximada ou conjectural no caso de dano extrapatrimonial) quanto na indenização pecuniária.”

A resposta ao questionamento, então, é negativa, prevalecendo, ao que parece, a forma de reparação monetária do dano moral a fim de minimização dos efeitos causados ao ofendido.

Por outro lado, é inegável que há fortes vozes que defendem a reparação *in natura* do dano extrapatrimonial, o que se encontra condensado no enunciado 589 do CFJ/STJ, que teve como coordenador da comissão de trabalho o próprio Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Vejamos:

Enunciado 589/CJF. A compensação pecuniária não é o único modo de reparar o dano extrapatrimonial, sendo admitida a reparação *in natura*, na forma de retratação pública ou outro meio.

Embasando tal enunciado foi apresentada a seguinte justificativa:

Não há, no Código Civil, norma que imponha a indenização pecuniária como meio exclusivo para reparação do dano extrapatrimonial. Causado dano desta natureza, nasce para o ofensor a obrigação de reparar (art. 927), o que deverá ocorrer na forma de uma compensação em dinheiro e/ou de ressarcimento *in natura*, conforme tem admitido a doutrina (por todos: SCHREIBER, Anderson. *Reparação Não-Pecuniária dos Danos Morais*. In: Gustavo Tepedino e Luiz Edson Fachin (Org.). *Pensamento crítico do Direito Civil brasileiro*. Curitiba: Juruá Editora, 2011). No plano constitucional, tal entendimento revela-se compatível com o quanto dispõe o art. 5º, inc. V, que, dirigido ao ofendido, assegura o direito de resposta, além de indenização em função do dano causado. Por último, o ressarcimento *in natura* revela-se compatível com uma lógica de despatrimonialização da responsabilidade civil, de modo a garantir ao ofendido a reparação integral do dano, o que nem sempre é alcançado mediante simples pagamento em dinheiro⁷.

Noutro vértice, a nossa Carta Magna prevê a indenização pelos danos morais (art. 5º, V e X), mas não elege um meio determinado para seu ressarcimento.

De outra banda, remição é benefício ressocializador que permite, no âmbito da execução penal, que o sentenciado reduza o tempo de cumprimento da pena privativa de liberdade em razão do trabalho ou do estudo (BRASILEIRO, 2017).

Pois bem, nessa perspectiva quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 580252/MS (acórdão não publicado), após o voto do Ministro Teori Zavascki (Relator), que conhecia e dava provimento ao recurso extraordinário para reconhecer a responsabilidade civil do estado na obrigação de ressarcir os danos morais causados ao detento em razão das condições degradantes de cumprimento de pena, mantendo a condenação estipulada na origem em R\$ 2.000,00 (dois mil reais), no que

⁷ <http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/834> - acessado em 5 de julho de 2017

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELA SUBMISSÃO DE DETENTO A CONDIÇÕES DEGRADANTES DE CUMPRIMENTO DE PENA E A (IM)POSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO POR REMIÇÃO

foi acompanhado pelo Ministro Gilmar Mendes, o Ministro Roberto Barroso (3ª a votar) apresentou proposta alternativa à forma de reparação dos danos morais⁸, qual seja:

Em razão da natureza estrutural e sistêmica das disfunções verificadas no sistema prisional, a reparação dos danos morais deve ser efetivada preferencialmente por meio não pecuniário, consistente na remição de 1 dia de pena por cada 3 a 7 dias de pena cumprida em condições atentatórias à dignidade humana, a ser postulada perante o Juízo da Execução. Penal. Subsidiariamente, caso o detento já tenha cumprido integralmente a pena ou não seja possível aplicar-lhe a remição, a ação para ressarcimento dos danos morais será fixada em pecúnia pelo juízo cível competente.

Como fundamento, o Ministro, criticando a lógica patrimonialista que ainda governa a reparação do dano moral no direito brasileiro (precificação dos direitos da personalidade e da dignidade da pessoa humana) aduziu que: a) compensação estritamente pecuniária confere uma resposta pouco efetiva aos danos existenciais suportados pelo recorrente e pelos presos em geral; b) o detento que postular a indenização continuará submetido às mesmas condições desumanas e degradantes após a condenação do Estado; c) a reparação em dinheiro, além de não aplacar ou minorar as violações à sua dignidade, tende a perpetuá-las, já que recursos estatais escassos, que poderiam ser empregados na melhoria do sistema, estariam sendo drenados para as indenizações individuais.

Para tanto, o eminente julgador da Corte Suprema usa de analogia ao art. 126 da Lei de Execução Penal, que prevê que “[o] *condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena.*”

Acrescenta ainda que:

“a remição da pena nada mais é do que um dos diversos mecanismos possíveis de reparação específica ou *in natura* de lesões existenciais. O preso confinado em celas superlotadas, insalubres e sem mínimas condições de vida digna experimenta inevitavelmente uma diminuição mais acelerada de sua integridade física e moral e de sua saúde. O tempo de pena vivido pelo preso nessas condições é um tempo agravado, que não guarda proporção com a pena cominada abstratamente. Assim, ao abreviar a duração da pena, o remédio cumpre o papel de restituir ao detento o exato “bem da vida” lesionado.”

Assim, ao que se vê, a proposta do Ministro Roberto Barroso se mostra adequada sob a ótica do preso que tem abreviado o tempo de vivência sob condições

⁸ Voto em elaboração disponibilizado no site pessoal do Ministro Roberto Barroso http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2015/05/Voto-Indenizacao-a-presos-versao-final_6mai2015.pdf - acessado em 5 de julho de 2017

desumanas, do sistema prisional com a diminuição da população carcerária e do sistema fiscal nacional que poderá dispensar recursos à políticas públicas, dentre as quais a própria melhora do sistema carcerário brasileiro.

De outra sorte, trata-se da aplicação do Direito Civil sob os olhares da Constituição Federal, no que a doutrina vem se denominando de Direito Civil Constitucional, que tem como princípios a dignidade da pessoa humana, a solidariedade social e a isonomia (TARTUCE, 2017).

A solução proposta pelo Ministro Roberto Barroso foi seguida pelos Ministros Luiz Fux e Celso de Mello, restando vencida pelos demais sob o argumento de ausência de objeto do recurso, pois esta possibilidade não fora debatida nas instâncias ordinárias e, portanto, não fora devolvida ao tribunal e de falta de substrato legislativo a ancorar a figura proposta, tendo a Ministra Rosa Weber acrescentado que a remição pressupõe ação e vontade do detento pelo sistema de mérito.

De toda sorte, os Ministros do Supremo Tribunal Federal receberam bem a brilhante proposta do Ministro Roberto Barroso e não esgotaram a discussão quanto ao tema, tendo a Suprema Corte se reservado ao debate do tema de forma mais profunda em outra oportunidade.

Noutro vértice, é importante ressaltar que existem ao menos dois projetos de lei em trâmite no Senado Federal, sob os números 576⁹, de 2015 e 147¹⁰, de 2017, que preveem hipótese de remição de pena, para o preso em situação degradante e de flagrante desrespeito à sua integridade física e moral. As matérias estão submetidas à consulta popular pelo sistema *e-cidadania* do Senado Federal, instrumento de participação popular para a tomada de decisões políticas, que vem sendo conceituado para a doutrina alienígena como *Crowdsourced Constitution* (LENZA, 2015).

Por fim, encontra-se pendente de análise de mérito pelo Supremo Tribunal Federal a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF nº 347, na qual se reconheceu em sede de medida liminar o “Estado de Coisas Inconstitucional” onde se verifica a existência de um quadro de violação generalizada e sistêmica de

⁹ <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/122952> - acessado em 5 de julho de 2017

¹⁰ <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/129159> - acessado em 5 de julho de 2017

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELA SUBMISSÃO DE DETENTO A CONDIÇÕES DEGRADANTES DE CUMPRIMENTO DE PENA E A (IM)POSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO POR REMIÇÃO

direitos fundamentais, causado pela inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a conjuntura, de modo que apenas transformações estruturais da atuação do Poder Público e a atuação de uma pluralidade de autoridades podem alterar a situação inconstitucional (CAMPOS, 2015). Esta ADPF tem como uns dos pedidos principais o de abatimento do tempo de prisão, se constatado que as condições de efetivo cumprimento são, na prática, mais severas do que as previstas na lei.

5. Conclusão

Considerando o que foi dito ao norte, conclui-se que o Supremo Tribunal Federal adota, em regra, a responsabilidade objetiva na modalidade risco administrativo para fins de reparação de danos causados pelo estado a terceiros.

Assim, a vítima é dispensada de comprovar a culpa do ente público pelo evento danoso. Inobstante, é possível existência de alguma causa excludente de responsabilidade, como caso fortuito, força maior, culpa exclusiva da vítima ou culpa exclusiva de terceiro, capazes de romper o nexo causal afastando-se, assim, o dever de indenizar do estado.

Por sua vez, com base nessa teoria, a Suprema Corte nacional fixou entendimento, por meio de precedente obrigatório, de que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, sendo de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento.

Porém, o Órgão de Cúpula do Judiciário brasileiro não aceita, até o momento, a remição da pena como forma de indenização aos detentos submetidos a condições desumanas e degradantes, mesmo diante dos judiciosos argumentos favoráveis à proposta encampada por parte dos integrantes daquela corte, que terá nova oportunidade de se manifestar sobre o tema, com mais profundidade, quando do julgamento da ADPF nº 347.

O tema serve de reflexão para comunidade jurídica que deve voltar os olhos à situação caótica vivida pela população carcerária, o que acaba gerando um círculo de violência que reflete diretamente na sociedade como um todo.

Referências bibliográficas

ALEXANDRINO, M., PAULO, V. **Direito administrativo descomplicado**. 24. ed. rev. e atual. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016.

BARROSO, Luiz Roberto. **Indenização a presos**. Voto vista em esboço no Recurso Extraordinário 580.252/MS. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2015/05/Voto-Indenizacao-a-presos_versao-final_6mai2015.pdf>. Acesso em 5 de jul. 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 de jun. 2017.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Brasília, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 30 de jun. 2017.

BRASIL. **Projeto de Lei nº576/2015**. Senado Federal. Brasília, 2015. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/122952>> - Acesso em 5 de jul. 2017.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 147/2017**. Senado Federal. Brasília, 2017. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/129159>> - Acesso em 5 de jul. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 1374284/MG** – Distrito Federal. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 05 de setembro de 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201201082657&dt_publicacao=05/09/2014>. Acesso em: 30 jun. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 1354536/SE** – Distrito Federal. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 05 de maio de 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201202466478&dt_publicacao=05/05/2014>. Acesso em: 30 jun. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 959.565/SP** – Distrito Federal. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 27 de junho de 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200701336367&dt_publicacao=27/06/2011>. Acesso em: 05 de jul. 2017.

BRASIL. **VII Jornada de Direito Civil - Enunciado 589**. Brasília, 2015. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/834>> - Acesso em 5 de jul. 2017.

**A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELA SUBMISSÃO DE DETENTO A
CONDIÇÕES DEGRADANTES DE CUMPRIMENTO DE PENA E A
(IM)POSSIBILIDADE DE INDENIZAÇÃO POR REMIÇÃO**

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural**. Consultor Jurídico. ISSN 1809-2829, 1 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>>. Acesso em: 26 jul. 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 25. Ed. rev, ampl. e atual. – São Paulo: Altas, 2012.

FÁRIAS, ROSENVALD, BRAGA NETTO. **Curso de Direito Civil**. vol 3: responsabilidade civil. Salvador: Juspodivm, 2014.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. 5. Ed. rev. e atual. - Belo Horizonte: Fórum, 2016.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 19. Ed. São Paulo: Saraiva. 2015.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal comentado**. 2. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2017.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32. Ed. rev. e atual. – São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil**. vol 7: responsabilidade civil. 6. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

RÊGO, Israel. **Novos presídios reduzirão superlotação no sistema prisional do Piauí**. Governo do Estado do Piauí. [*home page* da internet]. Disponível em: <<http://www.pi.gov.br/materia/justica/segunda-novos-presidios-reduzirao-superlotacao-no-sistema-prisional-do-piaui-1190.html>>. Acesso em 30 de jun. 2017.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único. 7. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

A RECUSA À IDENTIFICAÇÃO OBRIGATÓRIA DO PERFIL GENÉTICO COMO FALTA GRAVE INSERIDA PELA LEI 13.964/2019 NA LEI DE EXECUÇÃO PENAL¹

Manoel de Sousa Dourado

RESUMO

O “Pacote Anticrime”, Lei 13.964/2019, inseriu na Lei de Execução Penal (LEP), Lei 7.210/1984, nova hipótese de falta grave relativa à recusa do preso em submeter-se a procedimento obrigatório de identificação do perfil genético (art. 9º-A, §8º). Tal procedimento, bastante criticado pela doutrina brasileira, é realizado para fins de armazenamento em banco de dados genéticos, sendo obrigatório aos condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. A constitucionalidade da referida norma será analisada pelo Supremo Tribunal Federal, na sistemática de repercussão geral, por meio do Recurso Extraordinário 973.837 MG. O presente estudo utiliza a técnica de revisão bibliográfica e análise documental, com base em livros, artigos, leis e decisões judiciais para concluir que há uma posição preferencial do princípio do *nemo tenetur se detegere* no ordenamento jurídico brasileiro, antevendo uma declaração de inconstitucionalidade ou, pelo menos, uma restrição drástica à incidência da referida norma. A importância do trabalho consiste no foco que se dá a direitos importantes do apenado, como o direito à intimidade e a proibição da autoincriminação, essenciais quando se trata do sistema penitenciário brasileiro.

Palavras-chave: Lei de Execução Penal. Banco de dados de perfis genéticos. Direito à intimidade. Proibição da autoincriminação. Direitos Fundamentais do apenado.

¹ Recebido em 09/09/2020
Aprovado em 06/09/2020

1. Introdução

A Lei 13.964/2019 operou reformas em diversos dispositivos legais, entre os quais se encontra a Lei nº 7.210/1984, Lei de Execução Penal (LEP). Uma alteração importante foi o acréscimo de nova hipótese de falta grave prevista no art. 9º-A, §8º e no art. 50, VIII: a recusa de condenados à pena privativa de liberdade por determinados crimes a submeterem-se ao procedimento de identificação do perfil genético.

Essa alteração e a normatização geral da obtenção de dados genéticos de condenados para fins de armazenamento em banco de dados merecem destaque, uma vez que envolvem a análise de princípios e direitos fundamentais. Em relação ao apenado, o direito à intimidade e o princípio da proibição da autoincriminação; em relação à coletividade, o direito à segurança pública.

Com o intuito de discutir o tema, inicialmente cuidar-se-á do arcabouço legislativo em que se encontra a identificação genética do condenado. Assim, serão estudadas as hipóteses em que a legislação permite tal identificação e o contexto prático em que se encontra atualmente no Brasil. A partir da análise das hipóteses legais, serão exploradas as vertentes doutrinárias favoráveis e contrárias à realização do procedimento de identificação genética do condenado.

Por fim, cuidar-se-á especificamente da nova hipótese de falta grave trazida pela Lei 13.964/2019, abordando as suas consequências no contexto penitenciário e a possível interpretação a ser dada ao dispositivo pelo Supremo Tribunal Federal. Para alcançar os objetivos acima traçados, será utilizada a técnica de revisão bibliográfica e análise documental, com base em livros, artigos, leis e decisões judiciais que tratam dos temas.

1 A realidade do Banco Nacional de Perfis Genéticos (BNPG) no contexto da Lei de Execução Penal

A Constituição Federal prevê no rol de direitos e garantias fundamentais que o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei.

A RECUSA À IDENTIFICAÇÃO OBRIGATÓRIA DO PERFIL GENÉTICO COMO FALTA GRAVE INSERIDA PELA LEI 13.964/2019 NA LEI DE EXECUÇÃO PENAL

Sendo uma norma constitucional de eficácia contida², ainda que autoexecutável e apta a produzir efeitos, o legislador infraconstitucional ressalvou as hipóteses em que mesmo o civilmente identificado poderá ser submetido a identificação criminal.

Tais hipóteses estão definidas no art. 3º da Lei 12.037/2009³, dentre as quais encontra-se a possibilidade de realizar a identificação criminal quando esta for essencial às investigações policiais. Nesse caso, será necessária autorização da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa.

A Lei nº 12.654/2012⁴ incluiu autorização para que, nesses casos de essencialidade às investigações policiais, seja possível a identificação criminal por meio da coleta do material biológico para a obtenção do perfil genético do indivíduo (art. 5º, parágrafo único da Lei nº 12.037/2009).

Essa mesma lei também alterou a Lei de Execução Penal (LEP) para tornar obrigatória a identificação do perfil genético dos condenados pela prática de crimes dolosos, cometidos com violência grave contra a pessoa e por crimes hediondos (art. 9º-A, *caput*, da Lei nº 7.210/84)⁵.

Observa-se, assim, essas duas hipóteses de obtenção de perfil genético no âmbito criminal, sendo que a distinção fundamental entre elas é que a coleta efetuada durante a investigação criminal relaciona-se ao caso concreto investigado (sendo facultativa e necessitando de autorização judicial específica), enquanto a coleta efetuada após a condenação é obrigatória (nos casos determinados pela lei) e tem como finalidade a utilização do banco de dados para exames comparativos em relação a fatos futuros de forma aberta e indeterminada⁶.

² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 177.

³ BRASIL. Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009. Dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado, regulamentando o art. 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12037.htm>. Acesso em 02 set. 2020.

⁴ BRASIL. Lei nº 12.654, de 28 de maio de 2012. Altera as Leis nºs 12.037, de 1º de outubro de 2009, e 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, para prever a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12654.htm>. Acesso em 02 set. 2020.

⁵ BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em 02 set. 2020.

⁶ SUXBERGER, Antonio H. G.; FURTADO, Valtan T. M. M. Investigação criminal genética – banco de perfis genéticos, fornecimento compulsório de amostra biológica e prazo de armazenamento de dados. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 2, p. 809-842, mai./ago. 2018. p. 824.

De acordo com o capítulo referente à classificação do condenado, já com as alterações trazidas pela Lei nº 13.964/2019, observe-se que o campo de crimes em que é possível a identificação do perfil genético é restrito, circunscrevendo apenas os crimes mais graves do ordenamento jurídico brasileiro. Entretanto, como os crimes não foram previstos de maneira taxativa, há margem para ponderação por parte do juízo.

Ressalte-se que, no caso específico da LEP, não milita mais em favor do condenado a presunção de não culpabilidade, já que somente com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória deve ser realizada a coleta do DNA do sentenciado⁷. Assim, a medida deve ser determinada na própria sentença condenatória, condicionada ao trânsito em julgado, e apenas no silêncio desta é que caberá ao juiz da execução determiná-la⁸.

A lei é expressa ao definir que o procedimento será realizado por meio de técnica adequada e indolor. Após, os dados genéticos do condenado serão armazenados em um banco de dados sigiloso, ao qual o acesso é protegido por cláusula de reserva de jurisdição, ou seja, possível apenas por meio de autorização judicial.

O Decreto nº 7.950 de 12 de março de 2013⁹ instituiu, no âmbito do atual Ministério da Justiça e Segurança Pública, o Banco Nacional de Perfis Genéticos (BNPG), tendo como objetivo armazenar dados de perfis genéticos coletados para subsidiar ações destinadas à apuração de crimes¹⁰. Instituiu, ainda, a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos (RIBPG), com a finalidade de permitir o compartilhamento e a comparação de perfis genéticos constantes dos bancos de perfis genéticos da União, dos Estados e do Distrito Federal.

⁷ SUXBERGER; FURTADO, op. cit., p. 830.

⁸ AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2019. p. 174.

⁹ BRASIL. Decreto nº 7.950, de 12 de março de 2013. Institui o Banco Nacional de Perfis Genéticos e a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d7950.htm>. Acesso em 02 set. 2020.

¹⁰ Ressalte-se que existe outra finalidade importante do BNPG que é a identificação de pessoas desaparecidas. “Nesse contexto, perfis oriundos de restos mortais não identificados, bem como de pessoas de identidade desconhecida, são confrontados com perfis de familiares ou de referência direta do desaparecido, tais como escova de dente ou roupa íntima. É garantido pela legislação vigente que a comparação de amostras e perfis genéticos doados voluntariamente por parentes de pessoas desaparecidas serão utilizadas exclusivamente para a identificação da pessoa desaparecida, sendo vedado seu uso para outras finalidades”. (RIBPG. XII RELATÓRIO DA REDE INTEGRADA DE BANCOS DE PERFIS GENÉTICOS. Brasília: Comitê Gestor RIBPG, 2020. p. 07. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/sua-seguranca/seguranca-publica/ribpg/relatorio/xii-relatorio-da-rede-integrada-de-bancos-de-perfis-geneticos.pdf/view>>. Acesso em 02 set. 2020.)

A RECUSA À IDENTIFICAÇÃO OBRIGATÓRIA DO PERFIL GENÉTICO COMO FALTA GRAVE INSERIDA PELA LEI 13.964/2019 NA LEI DE EXECUÇÃO PENAL

Importante ressaltar que o mesmo decreto, no art. 7º, regulamentou que o perfil genético do identificado criminalmente será excluído do banco de dados no término do prazo estabelecido em lei para prescrição do delito, ou em data anterior definida em decisão judicial. Razoável a instituição desse limite temporal também para os casos de identificação genética do condenado, colocando a legislação brasileira em sintonia com o direito comparado. Nesse sentido:

A notícia do primeiro banco de dados de perfil genético é da Islândia, ainda na década de 1990. O banco de dados lá instalado recebeu recursos públicos e dados do setor sanitário, como coleções de tecidos heterogêneos acumulados em hospitais, universidades e pesquisas de organizações comerciais. A finalidade inicial da organização desses dados era a criação de dados terapêuticos. [...]

A extensão do uso dos dados para fins de investigação criminal deu-se na sequência da ampliação do uso dos meios tecnológicos na persecução penal. Os Estados Unidos, por exemplo, dispõem de banco de dados com mais de dez milhões de perfis genéticos de indivíduos condenados. Vinte e seis dos cinquenta estados, além da coleta de amostras de condenados, também coletam material para levantamento do DNA de detidos ou suspeitos. A maior parte dos países integrantes do Conselho da Europa já admitem a coleta compulsória de material biológico para inclusão em banco de dados de perfil genético. Os bancos nacionais encontram-se hoje previstos na Áustria, Bélgica, República Checa, Dinamarca, Estônia, Finlândia, França, Alemanha, Grécia, Hungria, Irlanda, Itália, Letônia, Luxemburgo, Países Baixos, Noruega, Polônia, Espanha, Suécia e Suíça. **Como se verá a seguir, a coleta e o armazenamento de perfis de DNA de pessoas condenadas são permitidos, como regra geral, por períodos limitados de tempo após a condenação.**¹¹ (grifou-se)

Desse modo, observa-se que a regulamentação de um banco de perfis genéticos não é novidade na sociedade contemporânea. Apesar disso, no Brasil, até o ano de 2017, o BNPG possuía pouco mais de dois mil perfis genéticos de condenados cadastrados, sendo que, por meio do projeto “Pesquisa Perfil dos Laboratórios de DNA” (elaborado pelo Comitê Gestor e a Secretaria Executiva da RIBPG), apontou-se que até 2018 existiam nos presídios cerca de 137.600 condenados que se enquadravam nas hipóteses legais de identificação obrigatória do perfil genético. Em termos percentuais, é uma quantidade ínfima.¹²

Atualmente, esse cenário tem mudado em virtude do “Projeto Identificação por Perfis Genéticos de Condenados” realizado no âmbito do RIBPG, que possibilitou um

¹¹ SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. A funcionalização como tendência evolutiva do Direito Internacional e sua contribuição ao regime legal do banco de dados de identificação de perfil genético no Brasil. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, 2015 p. 649-665. p. 11.

¹² RIBPG, op. cit., p. 11.

aumento de 685% (de 2.300 em novembro de 2017 para 18.073 em maio de 2019) no número de perfis genéticos cadastrados no BNPG.¹³

Resta claro que o Estado tem empreendido esforços para aumentar os dados constantes do Banco Nacional de Perfis Genéticos, usando o avanço da tecnologia genética a seu favor. Entretanto, é necessário analisar se esse procedimento é compatível com os direitos assegurados ao condenado preso.

2 Críticas doutrinárias ao procedimento identificação genética para manutenção em banco de dados: entre erros e acertos.

Quando da normatização da do banco de dados de perfis genéticos e, especialmente, da obrigatoriedade de identificação do condenado nas hipóteses trazidas pela LEP, surgiram muitas vozes contrárias na doutrina brasileira, alegando que haveria violação não só da intimidade, mas também do princípio da proibição da autoincriminação. Nesse sentido, Eugênio Pacelli demonstra preocupação com a “perigosa manipulação das informações genéticas” e com o “acirramento do processo de seletividade do sistema penal”.¹⁴

Incisivamente, Aury Lopes Junior afirma que o art. 9º-A da LEP fulminou a tradição brasileira de respeitar o direito de defesa pessoal negativo (o *nemo tenetur se detegere*) e explica:

Neste caso o material genético irá para o banco de dados visando ser usado como prova em relação a fatos futuros. Aqui a intervenção corporal é obrigatória e não exige autorização judicial para obtenção (apenas para o posterior acesso ao banco de dados). A única restrição legal diz respeito a natureza do crime objeto da condenação. Infelizmente, parece que o legislador partiu de uma absurda presunção de “periculosidade” de todos os autores de determinados tipos penais abstratos. Trata-se de inequívoca discriminação e estigmatização desses condenados. [...]

Por fim, a lei não prevê por quanto tempo esses dados ficarão disponíveis neste caso. Andou mal o legislador, pois gera condições para um estigma de natureza perpétua [...].¹⁵

Rogério Sanches, assumindo uma visão equilibrada sobre a questão, entende que o procedimento se presta a combater a criminalidade, ao mesmo tempo em que não viola as garantias do cidadão. Porém, coloca como inconstitucional a obrigatoriedade do fornecimento de material pelo condenado, argumentando que ao

¹³ RIBPG, op. cit., p. 11.

¹⁴ PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 207.

¹⁵ LOPES Jr., Aury. **Direito processual penal**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 773-774.

Revista da Escola Judiciária do Piauí, Teresina, PI, Vol.2, N.1, jul/dez, 2020. ISSN: 2526-7817

A RECUSA À IDENTIFICAÇÃO OBRIGATÓRIA DO PERFIL GENÉTICO COMO FALTA GRAVE INSERIDA PELA LEI 13.964/2019 NA LEI DE EXECUÇÃO PENAL

Estado cabe colher o material desprendido do corpo do reeducando para servir à identificação genética ou de que ele disponha voluntariamente¹⁶. Assim, o preso não estaria obrigado a contribuir ativamente para a entrega do material, mas este seria obtido de outros modos pelo Estado, garantindo-se o direito à não autoincriminação.

Quanto a essa possibilidade, Suxberger e Furtado advertem que depender da voluntariedade de entrega por parte dos condenados ou das coletas de amostras biológicas por eles descartadas é tornar inócuo o banco de dados, uma vez que, pela complexidade do procedimento, não haveria perfis genéticos em quantidade suficiente para confronto das amostras.¹⁷

Sobre o tema, Norberto Avena esclarece que não é caso de fornecimento de provas para uma investigação ou processo em andamento, tendo como objetivo apenas o “abastecimento de banco de dados que permanecerá inerte (passivo), podendo ser acessado pelas autoridades policiais para fins de investigações de crimes apenas por ordem judicial”.¹⁸

Já, para Antônio Suxberger, a questão, quando analisada pelo aspecto de possível violação à intimidade do preso, pode ser resolvida pelo caráter sigiloso e oficial do banco de dados, que só poderá ser acessado por meio de autorização judicial. Nesse sentido:

Tais cuidados — ou elementos que dificultam o acesso ao banco — protegem, salvaguardam e garantem a intimidade do particular em face da atuação persecutória do Estado. Não houvesse essa previsão legal, aí sim se poderia cogitar de malferimento do direito à intimidade, o qual, aliás, projeta-se em diversas outras garantias de igual ou maior jaez: como o sigilo bancário, o sigilo fiscal, etc.

O legislador interno indicou, ainda, que o cotejo dos dados extraídos do banco de perfil genético dá-se apenas e tão-somente por meio de perícia oficial. Demais disso, atento às diretrizes internacionais — máxime o caso aqui mencionado da Corte Europeia de Direitos Humanos — ocupou-se de não manter indefinidamente o dado de perfil genético. Ao revés, fixou limite temporal para o dado a ser mantido no banco de perfis genéticos (prazo prescricional do delito).¹⁹

¹⁶ CUNHA, Rogério Sanches. **Execução Penal para Concursos: LEP**. 6 ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 27.

¹⁷ SUXBERGER; FURTADO, op. cit., p. 818-819.

¹⁸ AVENA, op. cit., p. 175.

¹⁹ SUXBERGER, op. cit., p. 660.

Já em relação ao direito de não ser compelido a produzir provas contra si mesmo, o autor argumenta que o preso não está obrigado a fornecer material genético a ser confrontado no caso em que está sendo processado. Ao contrário, o fornecimento obrigatório só acontecerá se o indivíduo for definitivamente condenado. E arremata:

De qualquer sorte, o direito de não produzir provas contra si mesmo pode e deve ser usado em um processo ou investigação penal, mas jamais pode servir como um “salvo-conduto” para não identificá-lo em caso de prática de novos delitos. O investigado ou acusado, segundo o *Nemo tenetur*, não pode ser compelido a fornecer material enquanto estiver processado. A obrigação de fornecimento de material para perfil genético, nos termos legais, é posterior, opera-se, apenas, após o trânsito em julgado da sentença condenatória, e poderá servir como prova em eventuais processos futuros.²⁰

É certo que, por ser tema que toca profundamente direitos fundamentais do preso, a doutrina se divide tanto em relação à constitucionalidade ou não do ato, quanto a seus limites, caso seja considerado constitucional. O tema ainda não foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal (STF), que chegou à Corte por meio do Recurso Extraordinário 973.837 MG²¹, que decidiu haver repercussão geral na alegação de inconstitucionalidade do art. 9º-A da LEP.

O debate, já intenso, ficará ainda mais acirrado em virtude da alteração efetuada pela Lei nº 13.964/2019²², analisada a seguir, que incluiu no rol de faltas graves a negativa do condenado preso a submeter-se ao procedimento de identificação do perfil genético.

²⁰ SUXBERGER, op. cit., p. 662.

²¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 973.837 Minas Gerais**. Repercussão geral. Recurso extraordinário. Direitos fundamentais. Penal. Processo Penal. 2. A Lei 12.654/12 introduziu a coleta de material biológico para obtenção do perfil genético na execução penal por crimes violentos ou por crimes hediondos (Lei 7.210/84, art. 9-A). Os limites dos poderes do Estado de colher material biológico de suspeitos ou condenados por crimes, de traçar o respectivo perfil genético, de armazenar os perfis em bancos de dados e de fazer uso dessas informações são objeto de discussão nos diversos sistemas jurídicos. Possível violação a direitos da personalidade e da prerrogativa de não se incriminar – art. 1º, III, art. 5º, X, LIV e LXIII, da CF. 3. Tem repercussão geral a alegação de inconstitucionalidade do art. 9-A da Lei 7.210/84, introduzido pela Lei 12.654/12, que prevê a identificação e o armazenamento de perfis genéticos de condenados por crimes violentos ou hediondos. 4. Repercussão geral em recurso extraordinário reconhecida. Recorrente: Wilson Carmindo da Silva. Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 23/06/2016. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11828210>>. Acesso em: 02 set. 2020.

²² BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>. Acesso em 02 set. 2020.

A RECUSA À IDENTIFICAÇÃO OBRIGATÓRIA DO PERFIL GENÉTICO COMO FALTA GRAVE INSERIDA PELA LEI 13.964/2019 NA LEI DE EXECUÇÃO PENAL

3 A nova hipótese de falta grave e a possível declaração de inconstitucionalidade pelo STF.

A Lei nº 13.964/2019 realizou algumas alterações no art. 9º-A da LEP²³. Nesse sentido, o §1º-A preceitua que a regulamentação expedida pelo poder público deverá fazer constar garantias mínimas de proteção de dados genéticos, observando as melhores práticas da genética forense; o §3º, por sua vez, traz a necessidade de viabilizar, ao titular de dados genéticos, o acesso aos seus dados constantes nos bancos de perfis genéticos, bem como a todos os documentos da cadeia de custódia que gerou esse dado, de maneira que possa ser contraditado pela defesa. Ambas as alterações podem ser consideradas benéficas ao condenado, mas não trazem grandes mudanças no plano prático.

Por outro lado, o §4º passou a exigir que o condenado pelos crimes previstos no *caput* (cometidos dolosamente, com violência grave contra a pessoa ou hediondos) que não tiver sido submetido à identificação do perfil genético por ocasião do ingresso no estabelecimento prisional seja submetido ao procedimento durante o cumprimento da pena. E, por fim, o §8º institui que constitui falta grave a recusa do condenado em submeter-se ao procedimento de identificação do perfil genético.

Antes da alteração legislativa, discutia-se qual deveria ser o procedimento quando o condenado se negava a fornecer material para coleta. A Resolução nº 10, de 28 de fevereiro de 2019, do Comitê Gestor da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos²⁴, estabelecia que nesses casos o fato deveria ser consignado em documento assinado pela testemunha e pelo responsável pela coleta. Em seguida, o responsável pela coleta deveria comunicar a recusa à autoridade judiciária competente, solicitando que decidisse sobre a submissão do acusado à coleta

²³ A mesma lei, por questões de simetria, inseriu o inciso VIII no art.50, a saber: art. 50. Comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que: [...] VIII - recusar submeter-se ao procedimento de identificação do perfil genético.

²⁴ BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Resolução nº 10, de 28 de fevereiro de 2019. Dispõe sobre a padronização de procedimentos relativos à coleta obrigatória de material biológico para fins de inclusão, armazenamento e manutenção dos perfis genéticos nos bancos de dados que compõem a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/sua-seguranca/seguranca-publica/ribpg/resolucoes/resolucao10_coleta_12654.pdf/view>. Acesso em 02 set. 2020

compulsória ou a outras providências que entendesse cabíveis, a fim de atender à obrigatoriedade prevista na Lei 12.654/2012.

Com a alteração legislativa, a recusa está agora incluída no sistema de faltas como falta grave. Apesar de serem infrações administrativas, segundo a LEP, as faltas graves podem gerar variadas consequências danosas ao cumprimento de pena, como a revogação de autorização de trabalho externo (art. 37, parágrafo único), a interrupção do prazo para a obtenção da progressão no regime de cumprimento de pena (art. 112, §6º), a regressão de regime (art. 118, I), a revogação da saída temporária (art. 125), a revogação de até um terço do tempo remido (art. 127), entre outras.

Ressalte-se que o Superior Tribunal de Justiça possui entendimento sumulado no sentido de ser imprescindível a instauração de procedimento administrativo pelo diretor do estabelecimento prisional – assegurado o direito de defesa, a ser realizado por advogado constituído ou defensor público nomeado – para que haja o reconhecimento da prática de falta disciplinar no âmbito da execução penal (Súmula 533, Terceira Seção, julgado em 10/06/2015, DJe 15/06/2015).

A opção do legislador, com a referida alteração, parece ser no sentido de usar a sanção administrativa de falta grave como meio alternativo de coerção para que não seja necessária a submissão à coleta compulsória. Porém, como já visto, para parte da doutrina brasileira, tal procedimento deve ser considerado inconstitucional.

Como já mencionado, este exato tema ainda está pendente de julgamento pelo plenário do STF. Entretanto, por meio de alguns julgados esparsos que tangenciam a questão, observa-se certa tendência favorável ao princípio que veda a autoincriminação.

Um exemplo disso ocorreu no julgamento da Reclamação 20.950/Minas Gerais²⁵, de relatoria da Ministra Carmen Lúcia, ajuizada pelo Ministério Público do

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 20.950 Minas Gerais**. Reclamação. Constitucional. Penal. Submissão obrigatória à coleta de material genético. Alegação de afastamento da incidência do art. 9º-a da LEP por órgão fracionário de tribunal de justiça. Ofensa à cláusula de reserva do plenário prevista no art. 97 da constituição da república e à súmula vinculante n. 10 do supremo tribunal federal. Reclamação julgada procedente. Reclamante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Reclamado: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Relatora Ministra Cármen Lúcia. Julgado em 22/10/2015. Disponível em: **Revista da Escola Judiciária do Piauí**, Teresina, PI, Vol.2, N.1, jul/dez, 2020. ISSN: 2526-7817

A RECUSA À IDENTIFICAÇÃO OBRIGATÓRIA DO PERFIL GENÉTICO COMO FALTA GRAVE INSERIDA PELA LEI 13.964/2019 NA LEI DE EXECUÇÃO PENAL

Estado de Minas Gerais contra decisão da 5ª Turma do Tribunal de Justiça de Minas Gerais que afastou a incidência do art. 9º-A da Lei nº 7.210, ofendendo a cláusula de reserva de plenário. Na ocasião, apesar de ter cassado o referido acórdão, a relatora consignou:

A matéria cuidada nesta reclamação é grave, **havendo consistência e plausibilidade nos argumentos aproveitados pelo** órgão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais quanto à afronta do procedimento, previsto na norma afastada, a princípios constitucionais. Entretanto, o órgão judicial determinante de não aplicação da norma com base em inconstitucionalidade não se fez nos termos constitucionalmente previstos e na forma do entendimento sumulado deste Supremo Tribunal Federal, pelo que – **apenas pela questão formal que não se há de sobrepor à importância da matéria cuidada no processo** – se dá acolhe o arrazoadado do Reclamante.

Observa-se que, ainda que em *obiter dictum*, a Ministra Cármen Lúcia demonstrou tendente à declaração de inconstitucionalidade da referida norma. Colhe-se de outros julgamentos²⁶ referências ao princípio do *nemo tenetur se detegere* em que este parece ocupar posição preferencial. É o caso do Recurso Ordinário em Habeas Corpus 95.183/BA²⁷. Embora se trate de ação de investigação de paternidade, traz entendimento expresso da Primeira Turma do STF de que o tribunal repudia a determinação compulsória ou condução coercitiva ao fornecimento de material genético.

Além disso, em relação à participação ativa, o STF já se manifestou pela inadmissibilidade da exigência de participação em reconstituição do crime (RHC

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=308065312&tipoApp=.pdf>>. Acesso em: 02 set. 2020.

²⁶ Ressalte-se que o caso relacionado ao julgamento da Rcl 2040 QO, apesar de emblemático, não pode ser utilizado como parâmetro em virtude de sua excepcional singularidade. No caso, foi autorizada “a coleta de material genético da placenta da gestante, sem sua autorização, para fins de exame de DNA, em investigação de delito de estupro. No rumoroso caso, a gestante encontrava-se recolhida em cela da polícia federal, e imputava o delito a policiais federais. Porém, deve se acentuar que o material a ser examinado já se encontrava fora do corpo da gestante, não se tratando, a rigor, de intervenção corporal em sentido estrito”. (MARTELETO FILHO, Wagner. O princípio e a regra da não autoincriminação: os limites do Nemo Tenetur Se Detegere. 2011. 263 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais Aplicadas) - Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2011. p. 240. Disponível em: <<https://repositorio.ufu.br/handle/123456789/13178>>. Acesso em: 02 set. 2020.

²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário Em Habeas Corpus 95.183 Bahia**. Recurso ordinário em habeas corpus. Constitucional. Processual penal. Competência da segunda seção do superior tribunal de justiça para julgar habeas corpus proveniente de ações de investigação de paternidade. Investigação de paternidade. Produção de prova em comarca diversa. Liberdade de locomoção. Recurso ordinário em habeas corpus provido. Recorrente: S A P F. Recorrido: Superior Tribunal de Justiça. Relatora Ministra Cármen Lúcia. Julgado em 09/12/2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630032>>. Acesso em: 02 set. 2020.

Revista da Escola Judiciária do Piauí, Teresina, PI, Vol.2, N.1, jul/dez, 2020. ISSN: 2526-7817

64.354/SP), de fornecimento de material gráfico para exame grafotécnico (HC 77.135/SP) e de submissão forçada ao teste etilométrico (HC 93.916/PA).²⁸

Ainda, no julgamento da ADPF 444/DF, nos termos do voto do Ministro Gilmar Mendes consignou-se que “submeter o investigado a interrogatório forçado constitui uma violação ao direito à não autoincriminação”, um dos motivos pelos quais foi declarada a inconstitucionalidade da condução coercitiva do investigado para fins de interrogatório.²⁹

Por outro lado, não se pode deixar de destacar o recente julgamento do Recurso Extraordinário 971.959/RS que resultou na fixação da tese de que “a regra que prevê o crime do art. 305 do Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.503/97) é constitucional, posto não infirmar o princípio da não incriminação, garantido o direito ao silêncio e ressalvadas as hipóteses de exclusão da tipicidade e da antijuridicidade”. Na ocasião, restou consignado que “o direito de o investigado ou réu não realizar condutas ativas que importem na introdução de informações ao processo também comporta diferentes níveis de flexibilização, embora a regra geral seja a da sua vedação”.³⁰

Ressalte-se que o resultado se deu por maioria de votos, vencidos os Ministros Gilmar Mendes, Marco Aurélio e Celso de Mello, não se podendo inferir modificação da tendência demonstrada.

²⁸ MARTELETO FILHO, op. cit., p. 239.

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 444 Distrito Federal**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Constitucional. Processo Penal. Direito à não autoincriminação. Direito ao tempo necessário à preparação da defesa. Direito à liberdade de locomoção. Direito à presunção de não culpabilidade. Arguição julgada procedente, para declarar a incompatibilidade com a Constituição Federal da condução coercitiva de investigados ou de réus para interrogatório, tendo em vista que o imputado não é legalmente obrigado a participar do ato, e pronunciar a não recepção da expressão “para o interrogatório”, constante do art. 260 do CPP. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - Cfoab. Relator Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 14/06/2018. p. 34. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15340211969&ext=.pdf>>. Acesso em: 02 set. 2020.

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 971.959 Rio Grande do Sul**. Recurso extraordinário. Penal e processual penal. Crime de fuga do local do acidente. Artigo 305 do código de trânsito brasileiro. Análise da constitucionalidade do tipo penal à luz do art. 5º, LXIII, da constituição federal. Repercussão geral reconhecida. Tema nº 907. Natureza principiológica da garantia do *nemo tenetur se detegere*. Possibilidade de restrição. Preservação do núcleo essencial da garantia. Harmonização com outros princípios fundamentais previstos constitucionalmente. Possibilidade. Recurso extraordinário provido para afastar a declaração de inconstitucionalidade do tipo penal analisado. Requerente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator Ministro Luiz Fux. Julgado em 14/11/2018. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753361628>>. Acesso em: 02 set. 2020.

A RECUSA À IDENTIFICAÇÃO OBRIGATÓRIA DO PERFIL GENÉTICO COMO FALTA GRAVE INSERIDA PELA LEI 13.964/2019 NA LEI DE EXECUÇÃO PENAL

Desse modo, verifica-se uma tendência dentro do STF no sentido de privilegiar a proteção à não autoincriminação. Certamente, a discussão sobre a identificação genética obrigatória trazida pela LEP, como se demonstrou, tem muitos outros contornos. Cabe ao tribunal analisar todos eles, de modo a garantir os direitos do condenado preso, seja dando correta interpretação à norma ou declarando-a inconstitucional.

2. CONCLUSÃO

A manutenção de bancos de dados genéticos para fins criminais, como visto, não é novidade nas diversas sociedades contemporâneas. Entretanto, o Banco Nacional de Perfis Genéticos, a sua regulamentação e as práticas a ele relacionadas geram inúmeras discussões na doutrina brasileira.

Tais discussões acirraram-se quando a Lei de Execução Penal foi modificada pela Lei nº 13.964/2019 (chamada “Lei anticrime”), para incluir nas hipóteses de falta grave a recusa à submissão ao procedimento de identificação do perfil genético.

Desse modo, institui-se que, caso o condenado por crime doloso cometido com violência grave contra a pessoa ou por crimes hediondos se negue a fornecer material genético para armazenamento em banco de dados, a ele serão cominadas todas as sanções – que não são poucas – referentes ao cometimento de falta grave.

Nesse contexto, as diferentes vertentes doutrinárias sobre a questão foram analisadas. Para além da invasão da intimidade desses apenados, como tais dados podem ser utilizados para investigações criminais futuras, alguns doutrinadores entendem que há violação do princípio do *nemo tenetur se detegere*, que garante ninguém poderá ser compelido a produzir provas contra si mesmo.

Outra parcela da doutrina entende que disso não se trata, uma vez que tal garantia apenas pode ser utilizada quando relacionada à pessoa investigada ou processada e não no caso de já sentenciados com trânsito em julgado, como determinado pela LEP.

Há, ainda, quem entenda ser possível a existência dos bancos de dados de perfis genéticos, mas apenas quando há entrega voluntária do material ou quando este é coletado de vestígios que já não se encontram na esfera de disponibilidade do sujeito. Contra tal entendimento, argumenta-se que se essa fosse a forma principal de

alimentação do banco de dados, não haveria perfis suficientes para serem analisados, diminuindo a eficácia do sistema.

A partir de todas essas considerações, constatou-se que é necessário assegurar, a um só tempo, os direitos e garantias do condenado preso e a legalidade das possíveis investigações baseadas na análise dos dados armazenados no BNPG.

Por esse motivo, a temática em questão precisa ser limitada ou melhor interpretada pela jurisprudência. Assim o fará o Supremo Tribunal Federal quando julgar, com repercussão geral, o Recurso Extraordinário 973.837 MG. Mesmo sem haver precedentes que tocam diretamente a questão, é possível perceber que nos julgados que tangenciam o tema, o princípio do *nemo tenetur se detegere* ocupa uma posição preferencial na Corte, quando se trata de assegurar o devido processo legal.

3. REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2019.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em 02 set. 2020.

_____. Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009. Dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado, regulamentando o art. 5º, inciso LVIII, da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12037.htm>. Acesso em 02 set. 2020.

_____. Lei nº 12.654, de 28 de maio de 2012. Altera as Leis nºs 12.037, de 1º de outubro de 2009, e 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, para prever a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12654.htm>. Acesso em 02 set. 2020.

_____. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>. Acesso em 02 set. 2020.

_____. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Resolução nº 10, de 28 de fevereiro de 2019. Dispõe sobre a padronização de procedimentos relativos à coleta obrigatória de material biológico para fins de inclusão, armazenamento e manutenção dos perfis genéticos nos bancos de dados que compõem a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/sua-seguranca/seguranca-publica/ribpg/resolucoes/resolucao10-coleta_12654.pdf/view>. Acesso em 02 set. 2020

_____. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 444 Distrito Federal**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Constitucional. Processo Penal. Direito à não autoincriminação. Direito ao tempo necessário à preparação da defesa. Direito à liberdade de locomoção. Direito à presunção de não culpabilidade. Arguição julgada procedente, para declarar a incompatibilidade com a Constituição Federal da condução coercitiva de investigados ou **Revista da Escola Judiciária do Piauí**, Teresina, PI, Vol.2, N.1, jul/dez, 2020. ISSN: 2526-7817

A RECUSA À IDENTIFICAÇÃO OBRIGATÓRIA DO PERFIL GENÉTICO COMO FALTA GRAVE INSERIDA PELA LEI 13.964/2019 NA LEI DE EXECUÇÃO PENAL

de réus para interrogatório, tendo em vista que o imputado não é legalmente obrigado a participar do ato, e pronunciar a não recepção da expressão “para o interrogatório”, constante do art. 260 do CPP. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - Cfoab. Relator Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 14/06/2018. p. 34. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15340211969&ext=.pdf>>. Acesso em: 02 set. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 20.950 Minas Gerais**. Reclamação. Constitucional. Penal. Submissão obrigatória à coleta de material genético. Alegação de afastamento da incidência do art. 9º-a da LEP por órgão fracionário de tribunal de justiça. Ofensa à cláusula de reserva do plenário prevista no art. 97 da constituição da república e à súmula vinculante n. 10 do supremo tribunal federal. Reclamação julgada procedente. Reclamante: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Reclamado: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Relatora Ministra Cármen Lúcia. Julgado em 22/10/2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=308065312&tipoApp=.pdf>>. Acesso em: 02 set. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 971.959 Rio Grande do Sul**. Recurso extraordinário. Penal e processual penal. Crime de fuga do local do acidente. Artigo 305 do código de trânsito brasileiro. Análise da constitucionalidade do tipo penal à luz do art. 5º, LXIII, da constituição federal. Repercussão geral reconhecida. Tema nº 907. Natureza principiológica da garantia do *nemo tenetur se detegere*. Possibilidade de restrição. Preservação do núcleo essencial da garantia. Harmonização com outros princípios fundamentais previstos constitucionalmente. Possibilidade. Recurso extraordinário provido para afastar a declaração de inconstitucionalidade do tipo penal analisado. Requerente: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator Ministro Luiz Fux. Julgado em 14/11/2018. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753361628>>. Acesso em: 02 set. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário Em Habeas Corpus 95.183 Bahia**. Recurso ordinário em habeas corpus. Constitucional. Processual penal. Competência da segunda seção do superior tribunal de justiça para julgar habeas corpus proveniente de ações de investigação de paternidade. Investigação de paternidade. Produção de prova em comarca diversa. Liberdade de locomoção. Recurso ordinário em habeas corpus provido. Recorrente: S A P F. Recorrido: Superior Tribunal de Justiça. Relatora Ministra Cármen Lúcia. Julgado em 09/12/2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630032>>. Acesso em: 02 set. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 973.837 Minas Gerais**. Repercussão geral. Recurso extraordinário. Direitos fundamentais. Penal. Processo Penal. 2. A Lei 12.654/12 introduziu a coleta de material biológico para obtenção do perfil genético na execução penal por crimes violentos ou por crimes hediondos (Lei 7.210/84, art. 9-A). Os limites dos poderes do Estado de colher material biológico de suspeitos ou condenados por crimes, de traçar o respectivo perfil genético, de armazenar os perfis em bancos de dados e de fazer uso dessas informações são objeto de discussão nos diversos sistemas jurídicos. Possível violação a direitos da personalidade e da prerrogativa de não se incriminar – art. 1º, III, art. 5º, X, LIV e LXIII, da CF. 3. Tem repercussão geral a alegação de inconstitucionalidade do art. 9-A da Lei 7.210/84, introduzido pela Lei 12.654/12, que prevê a identificação e o armazenamento de perfis genéticos de condenados por crimes violentos ou hediondos. 4. Repercussão **Revista da Escola Judiciária do Piauí**, Teresina, PI, Vol.2, N.1, jul/dez, 2020. ISSN: 2526-7817

geral em recurso extraordinário reconhecida. Recorrente: Wilson Carmindo da Silva. Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 23/06/2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11828210>>. Acesso em: 02 set. 2020.

CUNHA, Rogério Sanches. **Execução Penal para Concursos: LEP**. 6 ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

LOPES Jr., Aury. **Direito processual penal**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MARTELETO FILHO, Wagner. O princípio e a regra da não autoincriminação: os limites do Nemo Tenetur Se Detegere. 2011. 263 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais Aplicadas) - Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2011. p. 240. Disponível em: <<https://repositorio.ufu.br/handle/123456789/13178>>. Acesso em: 02 set. 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

RIBPG. XII RELATÓRIO DA REDE INTEGRADA DE BANCOS DE PERFIS GENÉTICOS (RIBPG). Brasília: Comitê Gestor RIBPG, 2020. p. 07. Disponível em: <<https://www.justica.gov.br/sua-seguranca/seguranca-publica/ribpg/relatorio/xii-relatorio-da-rede-integrada-de-bancos-de-perfis-geneticos.pdf/view>>. Acesso em: 02 set. 2020.)

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. A funcionalização como tendência evolutiva do Direito Internacional e sua contribuição ao regime legal do banco de dados de identificação de perfil genético no Brasil. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, 2015 p. 649-665.

SUXBERGER, Antonio H. G.; FURTADO, Valtan T. M. M. Investigação criminal genética – banco de perfis genéticos, fornecimento compulsório de amostra biológica e prazo de armazenamento de dados. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 2, p. 809-842, mai./ago. 2018. Disponível em:<<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i2.122>>. Acesso em: 02 set. 2020.

A NECESSÁRIA EXPANSÃO DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA PARA OS ESPAÇOS JURÍDICO-SOCIAIS: NA SOCIEDADE DO RISCO E DO MEDO, A ORDEM É CRIMINALIZAR¹.

DYLVAN CASTRO DE ARAÚO

RESUMO: Academicamente, a criminologia passou por três momentos distintos. O primeiro deles, de cunho etiológico, fundamentou-se no positivismo, e, por isso, tinha como objetivo primordial a aquisição da qualificação científica. Consequentemente, encontrou, nos fatores biológicos e psicológicos do próprio criminoso, as causas para a criminalidade e, assim, justificou a necessidade de proteger o lado “bom” da sociedade dos “anormais”, “selvagens”. O segundo momento nasceu com o afloramento do *labelling approach*, e apontou que as causas da criminalidade não estavam no agente da conduta delituosa, mas sim na reação que a sociedade fazia dessas condutas. Portanto, é a sociedade, em todas as suas interações sociais, que escolhe quais as condutas e quais os sujeitos que “merecem” a reprimenda penal. O presente artigo tem como escopo revelar como a criminologia crítica, representa um salto qualitativo nessa reflexão, situando a discussão numa perspectiva macrossociológica e constatando o perfil parcial e seletivo do sistema penal. O método utilizado na sua produção é o fenomenológico, de natureza bibliográfica e, adota como método de abordagem o dedutivo. A construção de uma “sociedade de risco”, caracterizada pela disseminação da cultura do medo, que atende a um modelo de sociedade que desumaniza, o Direito Penal tem sido a sua maior alavanca? Na contemporaneidade, criminalizar surge como salvaguarda social, por isso urge expandir as discussões da criminologia crítica para os espaços jurídico-sociais, com vistas a uma práxis criminológica voltada para os devidos anseios sociais, que tenha por princípio reitor o respeito à dignidade da pessoa humana e que, conformando-se com a natural desigualdade do sistema social, esqueça-se das promessas de neutralidade e imparcialidade e passe a encontrar no ser humano a sua própria razão de existência.

Palavras-chave: Criminologia crítica. Sistema penal. Hiperinflação legislativa. Sociedade de risco.

¹ Recebido em 03/07/2017.

Aprovado em 29/09/2020.

Revista da Escola Judiciária do Piauí, Teresina, PI, Vol.2, N.1, jul/dez, 2020. ISSN: 2526-7817

1.0 Introdução

O crime é um fato social bastante relevante no universo das relações concretizadas no dia-a-dia das pessoas e, por se tratar de grave violação à ordem jurídica e moral de determinado grupo de sujeitos, não se devem esgotar os esforços pela compreensão de todos os seus aspectos. Importante, portanto, analisar como o sistema penal se apresenta dentro de uma conjuntura social mais abrangente, enquanto parte integrante de um verdadeiro complexo estrutural e ideológico de manutenção das bases do modelo de sociedade, que não corresponde ao interesse geral, mas sim a intencionalidade de apenas pequena parte dela.

Para tanto, buscaremos, neste trabalho, descrever o processo histórico da criminologia, seccionando tal caminho em três momentos, que se afiguram com maior destaque. Primeiro, a criminologia dita etiológica, fundada em paradigmas de cunho positivista; segundo, a criminologia da reação social, influenciada pelas concepções do *labelling approach*; terceiro, a criminologia crítica, que situa a discussão dentro de uma perspectiva de análise social, identificando o papel do Direito Penal para a formação de uma hegemonia em desfavor das classes subalternas.

No segundo momento, analisaremos como se dão as práticas penais pelos mais variados sujeitos sociais, considerando a atual configuração de uma sociedade de riscos, de uma cultura do medo – patrocinadas pela atuação do sensacionalismo midiático. Buscaremos identificar, ainda, os efeitos desse processo no senso comum e na atuação das mais variadas entidades, dentre elas, o Poder legislativo e aquelas responsáveis pela persecução criminal.

Por fim, objetiva-se, com a mencionada reflexão, perceber qual a relação das teorias criminológicas com as práticas penais, com o fim de perceber a atual abrangência da criminologia crítica no cotidiano criminal e, dessa forma, concluir se há correspondência ou descompasso entre o que se discute e o que se faz. Afinal, é importante que ação e reflexão estejam relacionadas de uma forma que não possam ser vistas uma sem a outra.

2.0 Desenvolvimento

A NECESSÁRIA EXPANSÃO DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA PARA OS ESPAÇOS JURÍDICO-SOCIAIS: NA SOCIEDADE DO RISCO E DO MEDO, A ORDEM É CRIMINALIZAR

2.1 O caminhar da Criminologia nos discursos acadêmicos

Inicialmente, é importante analisar o caminho traçado pela criminologia no âmbito das reflexões e dos discursos acadêmicos, buscando identificar quais os paradigmas que se edificaram nesse processo histórico e os principais elementos que contribuíram para a construção e desconstrução dos “momentos criminológicos”.

Não se pode perder de vista, é claro, que a produção de saber na Academia faz parte de uma conjuntura social, funcionando, por isso mesmo, como seu fator de legitimação. Dessa forma, é importante considerar que o processo que será objeto de reflexão, neste ponto, deve ter, como referência, a todo momento, o conjunto de fatores políticos, econômicos, filosóficos e sociais que se sucedem dialeticamente na malha estrutural e superestrutural da sociedade.

2.2 A criminologia sob a perspectiva etiológica

Malgrado se possa falar em uma Escola Clássica da Criminologia, os limites deste excerto impõe-nos a escolha metodológica por iniciar nossas reflexões a partir do surgimento do que se convencionou chamar de paradigmas etiológicos, pois é este o momento em que as discussões outrora desenvolvidas ganham sistematicidade e organização. Para efeito de registro, Thiago Araújo, defendendo a consideração da Escola Clássica no processo histórico da criminologia, afirma que:

(...) condicionada pelo jusracionalismo, buscou a construção jurídica – ainda que por fundamentos extrajurídicos – dos limites do poder punitivo em face da liberdade individual, participando ativamente da consolidação de um *paradigma dogmático*, baseado no Iluminismo, em contraposição às torturas e desrespeitos à condição humana, perpetrados pelo Antigo Regime (ARAÚJO, 2009).

Não obstante a mencionada lembrança, é mister adentrarmos no primeiro momento criminológico de maior relevância para os fins deste trabalho, que podemos chamar de perspectiva etiológica. Encontra-se ela situada no momento histórico do positivismo, caracterizando-se como verdadeira tentativa de conferir à criminologia o status de ciência,

cujas relações de causalidade são transformadas em fórmulas genéricas e universais, dotadas de “veracidade científica”. O positivismo, portanto, com a pretensão de purificação das ciências e o afastamento de quaisquer elementos valorativos, fundamenta teórica e filosoficamente o surgimento e fortalecimento das explicações criminológicas de substrato etiológico.

Nesse sentido, o professor Wolkmer, referindo-se ao positivismo, no âmbito do Direito, aduz que:

A ideologia positivista se contrapõe à concepção metajurídica jusfilosófica, na medida em que rejeita toda e qualquer dimensão a priori. Descarta, assim, princípios e juízos valorativos em função de uma suposta neutralidade axiomática, de um rigoroso experimentalismo e, ao mesmo tempo, de um tecnicismo formalista (WOLKMER, 1995, p. 151).

Partindo disso é que se pode afirmar que a Criminologia, sob a perspectiva etiológica, é a via positivista de determinação das causas da criminalidade, por meio de considerações colhidas conforme métodos científicos, especialmente experimentais, e que aponta, ainda, as possíveis soluções a ela. Parte do pressuposto de que “a criminalidade é um meio natural de comportamentos e indivíduos que os distinguem de todos os outros comportamentos e de todos os outros indivíduos” (ANDRADE, 2003, p. 35), e, por isso, o Direito Penal apenas reconhece a condição de “criminoso”, uma vez que esta preexiste em relação àquele.

A criminologia, portanto, voltou-se exclusivamente para a pessoa do criminoso, procurando identificar nele mesmo as causas biológicas e psicológicas que o levaram à condição de infrator. Pouca capacidade craniana, cabelo crespo e espesso, agudeza visual, atavismo (identificação do criminoso como selvagem), epilepsia, loucura moral, dentre outros fatores, caracterizavam o “padrão” de criminoso. Criou-se, por meio de certas constantes, um arquétipo antropológico do delinquente, isto é, uma espécie de homem, que, por reunir em si determinados caracteres, possuiria maior tendência a praticar uma infração penal.

A consequência imediata disso é a criação de dois grupos de sujeitos, separados pela qualificação ou não de “criminoso”, o que leva à conclusão de que a violência era individualmente considerada, negando-se a sua relação com os diversos fatores econômicos, políticos e sociais que marcam o substrato em que se dão as mais variadas infrações de natureza criminal. Nesse sentido, a professora Vera Regina Pereira de Andrade afirma que:

Estabelece-se, desta forma, uma divisão aparentemente “científica” entre o (sub)mundo da criminalidade, equiparada à marginalidade e composta por uma “minoría” de sujeitos potencialmente perigosos e anormais

A NECESSÁRIA EXPANSÃO DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA PARA OS ESPAÇOS JURÍDICO-SOCIAIS: NA SOCIEDADE DO RISCO E DO MEDO, A ORDEM É CRIMINALIZAR

(o “mal”), e o mundo, decente, da normalidade, representado pela maioria na sociedade (o “bem”) (ANDRADE, 2003, p. 37).

Com a mencionada cisão entre os homens e sob a pretensa necessidade de proteção da parte “normal” – não criminosa – da sociedade, constituiu-se a legitimação da aplicação da pena no sentido da defesa social contra os indivíduos socialmente perigosos, que se distanciam dos padrões de condutas elevados ideologicamente à categoria da “normalidade”. Sob uma lógica maniqueísta, o critério de seleção é, visivelmente, o potencial criminoso dos sujeitos, isto é, o seu “vir a ser”, que é construído por meio do conjunto de saberes difusamente edificado em todos os ambientes sociais.

A criminologia, legitimando cientificamente o modelo de criminoso, justifica, ao mesmo tempo, a necessária segregação de quem infringe uma norma de natureza penal, com dois objetivos principais: afastar as pessoas “ruins” das pessoas “boas”, limpando a sociedade daquilo que “naturalmente” a contamina; e tentar, por meio da aplicação de um regime de privação de direitos, a “correção” desses sujeitos tidos como anormais. Dessa forma, é que se pode afirmar que “esse saber causal gerou, pois, um saber tecnológico: não apenas o diagnóstico da patologia criminal, mas acompanhada do remédio que cura” (ANDRADE, 2003, p. 38).

Essa concepção de criminologia, fundamentada em paradigmas etiológicos, desenvolveu-se com tamanha força no sistema penal que ultrapassou os discursos acadêmicos e atingiu as práticas jurídico-penais, consolidando a noção de ser ela um instrumento imprescindível para a convivência em sociedade. Contudo, despontaram fortes críticas a essas concepções – ainda que restritas ao âmbito da academia –, o que ensejou o surgimento dos alicerces de um novo momento da criminologia.

2.3 A criminologia sob o paradigma da reação social

A construção, na sociologia norte-americana, do *labelling approach*, modelado pelo interacionismo simbólico e pela etnometodologia, que afastam as considerações estanques da sociedade e das relações sociais, bem como a imutabilidades de suas estruturas, tornou possível a superação da etiologia e o surgimento de um novo paradigma de criminologia,

que tem como ponto de partida os conceitos de “conduta desviada” e “reação social”. Com efeito,

Os sociólogos que estudam o crime e o desvio na tradição interacionista concentram-se no desvio como um fenômeno construído socialmente. Rejeitam a idéia (sic) de que haja tipos de conduta que sejam inerentemente “desviantes”. Em vez disso, os interacionistas questionam como os comportamentos vêm a ser inicialmente definidos como desviantes e por que certos grupos, e não outros, são rotulados de desviantes. (GIDDENS, 2005, p. 48).

Nessa perspectiva, não cabe buscar tão somente no infrator da norma penal as causas da criminalidade, e esta não pode ser encarada como uma entidade preexistente ao Direito e à reação social. A determinação do que é e do que não é um desvio de ordem criminal decorre das interações sociais, ou seja, são os processos formais e informais de classificação e seleção que “etiquetam” determinadas condutas como criminosas e determinados sujeitos como delinquentes.

Esse processo de qualificação (“etiquetamento”) dá-se em dois momentos distintos – ainda que interdependentes: o primeiro recai abstratamente sobre a conduta criminosa e revela-se na atividade legislativa de seleção dos bens jurídicos merecedores de proteção das normas penais e de descrição do tipo penal (criminalização primária); o segundo, por sua vez, consubstancia a classificação, entre todos os sujeitos cujas condutas adequam-se ao tipo penal, daqueles que efetivamente devem receber o selo social de “criminoso”, e dá-se nos diversos ambientes de concretização da reprimenda penal (criminalização secundária) e nos mecanismos ideológicos de controle social, como a mídia, a escola, a família, a religião, etc.

Em resumo, são os grupos sociais que determinam quais as condutas que ofendem a ordem social e quais os sujeitos que “merecem” a imposição de pena. Nesse sentido, a professora Vera Regina afirma que “mais apropriado que falar da criminalidade (e do criminoso) é falar da criminalização (e do criminalizado), e esta é uma das várias maneiras de construir a realidade social” (ANDRADE, 2003, p. 41).

A criminalidade resulta, antes mesmo que da ação delituosa em si, da reação que tais grupos sociais fazem dela e do sujeito que a praticou e, por isso, “não podemos saber se um certo ato vai ser catalogado como desviante até que seja dada a resposta dos demais” (BECKER, 1971, p. 13). Por essa razão é que o paradigma da reação social relaciona a criminologia com as interações sociais, uma vez que é o próprio substrato social que aponta a metodologia de estruturação do sistema penal e, dessa forma, nenhuma instituição de

A NECESSÁRIA EXPANSÃO DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA PARA OS ESPAÇOS JURÍDICO-SOCIAIS: NA SOCIEDADE DO RISCO E DO MEDO, A ORDEM É CRIMINALIZAR

controle social pode ser considerada isoladamente, dado que todas estão incluídas em um mesmo contexto global, no qual o sistema penal apresenta-se apenas como uma parte dele – imprescindível, mas, ainda assim, insuficiente.

Apoderando-se de novas referências, a criminologia da reação social rompe com os paradigmas etiológicos que marcaram o momento positivista, possibilitando maior dinamicidade e fluidez às considerações do processo de criminalização. Ressalte-se, contudo, que “ainda não se pode dizer que com o *labelling approach* tenha ‘nascido’ a criminologia crítica” (ARAÚJO, 2009), mas não há dúvidas de que ocorre a “substituição de um modelo estático e descontínuo de abordagem por um modelo dinâmico e contínuo que o conduz a reclamar a redefinição do próprio objeto criminológico” (ANDRADE, 2003, p. 45).

2.4 A criminologia sob a perspectiva crítica

É certo que, com a criminologia da reação social e o *labelling approach*, ocorre um salto significativo nos discursos acerca do sistema penal e seus processos de seleção, especialmente porque ela passa a se debruçar sobre o complexo de interações sociais que determina quais os sujeitos e quais as condutas que “devem” receber a reprimenda penal e, conseqüentemente, todo o estigma social dela decorrente.

Não obstante a isso – e até mesmo por isso –, tornou-se imperioso reconhecer que tais discussões não poderiam desconsiderar o caráter classista que marca a conjuntura social, no sentido de melhor compreender o processo de “etiquetamento” que se dá sobre certos grupos sociais, buscando as suas motivações político-econômicas e a sua funcionalidade para a manutenção de todo um sistema que necessita das desigualdades.

Não se deve esquecer, portanto, que existe um acentuado “antagonismo de interesses que caracteriza necessariamente uma relação entre classes, devido ao caráter dialético da realidade” (QUINTANEIRO, 2002, p. 43) e que o Direito, inclusive e especialmente o Direito Penal, malgrado a presunção de neutralidade e imparcialidade, corrobora essas distinções infundadas, dado que é instrumento de poder e de construção de verdades. Nesse sentido, Edvânia Godoy aponta que:

Criou-se uma noção generalizada de que o direito penal é um setor do ordenamento jurídico que protege os bens jurídicos e garante a liberdade social. Entretanto, isso faz parte do discurso oficial e da teoria jurídica. O *Revista da Escola Judiciária do Piauí*, Teresina, PI, Vol.2, N.1, jul/dez, 2020. ISSN: 2526-7817

direito penal, na realidade, acaba funcionando de um modo absolutamente predatório contra os segmentos subalternos (GODOY, 2011).

Michel Foucault, com efeito, reportando-se especificamente ao surgimento do inquérito policial, retrata com precisão o papel social dos institutos criminais para a consolidação de saberes e para o exercício do poder, quando afirma:

Parece-me que a verdadeira junção entre processos econômico-políticos e conflitos de saber poderá ser encontrada nessas formas que são ao mesmo tempo modalidades de exercício de poder e modalidades de aquisição e transmissão de saber. O inquérito é precisamente uma forma política, uma forma de gestão, de exercício do poder que, por meio da instituição judiciária, veio a ser uma maneira, na cultura ocidental, de autenticar a verdade, de adquirir coisas que vão ser consideradas como verdadeiras e de as transmitir. O inquérito é uma forma de saber-poder. É a análise dessas formas que nos deve conduzir à análise mais estrita das relações entre os conflitos de conhecimento e as determinações econômico-políticas (FOUCAULT, 2005, p. 77-78).

Partindo disso, admite-se a insuficiência da criminologia da reação social para uma análise totalizante dos processos de criminalização e, com essa constatação, um conjunto de pensadores “aderem a uma interpretação materialista – e alguns marxista, certamente não ortodoxa – dos processos de criminalização nos países do capitalismo mais avançado” (ANDRADE, 2003, p. 47). É necessário ir mais fundo nessa discussão, escavando na essência da criminalização as suas causas estruturais e superestruturais, destacando a sua dimensão do poder e, conseqüentemente, indo além da reação social em relação ao sujeito e à conduta para alcançar o “porquê” da escolha por aqueles sujeitos e por aquelas condutas.

A criminologia crítica recupera, portanto, a análise das condições objetivas, estruturais e funcionais que originam, na sociedade capitalista, os fenômenos de desvio, interpretando-os separadamente, conforme se tratem de condutas das classes subalternas ou condutas das classes dominantes (ANDRADE, 2003, p. 48).

É nessa perspectiva macrosociológica que a criminologia da reação social passa a gozar do status de crítica, voltando sua atenção para os processos de exercício do poder, relacionados com os fatores econômicos, políticos e sociais que objetivamente conformam comportamentos e verdades e, dessa forma, direcionam o “etiquetamento” realizado pelo sistema penal, em particular, e de forma genérica, por um conjunto de instrumentos e instituições que criminalizam abstrata e concretamente.

Assim, a criminologia constata que são os estratos sociais mais pobres os principais alvos da atuação do sistema penal, muito embora a prática de condutas típicas esteja presente em todos os espaços da sociedade, sejam eles bairros nobres dos centros urbanos, sejam comunidades periféricas. A criminalidade está em todos os lugares, independentemente da

A NECESSÁRIA EXPANSÃO DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA PARA OS ESPAÇOS JURÍDICO-SOCIAIS: NA SOCIEDADE DO RISCO E DO MEDO, A ORDEM É CRIMINALIZAR

classe social dos sujeitos que os habitam, mas a criminalização concentra-se naqueles e naquelas que historicamente encararam a ausência de atenção estatal e de concretização de direitos fundamentais.

Isto se dá, segundo a professora Vera Regina (2003), em razão de duas “variáveis estruturais”, quais sejam: a) a impossibilidade do sistema penal de punir todas as condutas que violem normas criminais, de forma que “a impunidade, e não a criminalização, é a regra no funcionamento do sistema penal” (ANDRADE, 2003, p. 51); b) as particularidades do agente da infração, uma vez que a impunidade e a criminalização atingirão, cada uma, pessoas de camadas sociais diferentes, colocando em cheque a alegação de que a imputação das condutas penalmente relevantes ocorre de maneira objetiva conforme a dogmática penal.

Alessandro Baratta, importantíssima referência nos estudos da criminologia crítica, arremata:

Todo ele [sistema penal] está dirigido, quase que exclusivamente, contra as classes populares e, em particular, contra os grupos sociais mais débeis, como o evidencia a composição social da população carcerária, apesar de que os comportamentos socialmente negativos estão distribuídos em todos os extratos sociais e de que as violações mais graves aos direitos humanos ocorrem por obra de indivíduos pertencentes aos grupos dominantes ou que fazem parte de organismos estatais ou organizações econômicas privadas, legais ou ilegais (BARATTA, 2003, p. 4).

A criminologia crítica, por meio de suas análises teóricas e empíricas, aniquila a alegada imparcialidade e igualdade do Direito Penal, uma vez que a proteção dos bens jurídicos por meio da criação de tipos penais dá-se em uma conjuntura de interesses que seleciona aqueles que “merecem” o resguardo jurídico-penal. Ademais, a aplicação das normas penais ocorre regularmente sobre certos sujeitos, isto é, de forma parcial, intencional e mediante processos seletivos que tem como referência maior o status social do agente, em prejuízo da danosidade social da conduta.

E, dessa forma,

[...]o sistema punitivo se apresenta como um subsistema funcional da produção material e ideológica (legitimação) do sistema social global, isto é, das relações de poder e de propriedade existentes, mais que como instrumento de tutela de interesses e direitos particulares dos indivíduos (BARATTA, 2003, p. 4).

O reconhecimento do caráter parcial do sistema penal, em todas as suas instâncias, é condição imprescindível para a compreensão dos processos de criminalização que marcam

a contemporaneidade. Contudo, é forçoso reconhecer também que, não obstante às críticas enumeradas, a criminologia não conseguiu apontar soluções às mesmas, até porque isso iria requerer uma verdadeira remodelação do sistema de sociedade, o que recairia nas saídas já apontadas pelas teorias socialistas, comunistas e/ou anti-capitalistas – que, malgrado sua força, ainda não atingiram a sistematicidade e maturidade necessárias.

3.0 As práticas criminais nas instituições sociais formais e informais

Importa, neste momento da reflexão, analisar como vem se desenvolvendo as práticas criminológicas na contemporaneidade, contrapondo-as com a consolidação das teorias críticas que marcam a doutrina criminal. A presente correlação justifica-se pelo fato de que é imprescindível que as palavras estejam em consonância com as ações, afinal de contas, de que adiantaria o esforço dos pensadores, acadêmicos ou não, se o produto deste esforço não se manifestasse em resultados práticos efetivos? O pedagogo Paulo Freire, a propósito, é categórico ao afirmar que devem estar:

(...) ação e reflexão, de tal forma solidárias, em uma interação tão radical que, sacrificada, ainda em parte, uma delas, se resente, imediatamente, a outra. Não há palavra verdadeira que não seja práxis. Daí, que dizer a palavra verdadeira seja transformar o mundo (FREIRE, 1986, p. 91).

Os limites deste excerto não permitem o desvelar totalizante da atuação de todos os sujeitos criminais em todos os espaços jurídico-sociais, de forma que nos cumpre uma escolha metodológica que delimite nosso âmbito de reflexão. Para tanto, buscaremos compreender os efeitos dos instrumentos ideológicos, especialmente midiáticos, sobre a consciência popular, por meio da construção e consolidação de saberes, a consequente tutela *in abstracto* pelo poder legislativo e, ainda, a concretização dessa tutela pelas instituições responsáveis pela persecução penal.

É preciso, de antemão, compreender que o panorama que enseja a aplicação do direito penal, na contemporaneidade, marcado pela complexidade e dinamicidade das relações sociais impulsionadas pelo processo de globalização, interfere diretamente na escolha do modelo criminológico em cada um dos espaços jurídico-sociais. Portanto, antes mesmo que analisar as práticas no sistema penal, é necessário perceber porque elas acontecem e sob quais circunstâncias e, a partir disso, torna-se imperioso voltar os olhos para os novos

A NECESSÁRIA EXPANSÃO DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA PARA OS ESPAÇOS JURÍDICO-SOCIAIS: NA SOCIEDADE DO RISCO E DO MEDO, A ORDEM É CRIMINALIZAR

elementos da realidade social, que nasceram com o avanço tecnológico, comercial e – em contramão – com a intensificação das desigualdades sociais.

Com efeito,

(...) destaca-se o surgimento de um novo modelo de capitalismo, de economia, de ordem global, de sociedade e, conseqüentemente, de um novo tipo de vida pessoal, que trazem consigo novas exigências, como a reinvenção da sociedade e da política, visto que, nesse contexto, os próprios riscos constituem a força motriz de mobilização política (CALLEGARI; WERMUTH, 2010, p. 14).

A modernidade e todas as suas conseqüências fez surgir uma nova configuração social, chamada por muitos de “sociedade de riscos” (BECK, 1998), marcada pela potenciação dos receios oriundos da industrialização e que se dá mediante a projeção e consolidação de incertezas futuras. Tais riscos difundem-se para todos os ambientes e, embora surjam em razão das intencionalidades capitalistas, voltam-se, inclusive, contra aqueles que os criam e, dessa forma, transformam-se em elementos políticos de conformação social.

A principal conseqüência dessa nova figura social “é que nunca se teve tanto medo e nunca o medo assumiu uma dimensão tão ubíqua” (CALLEGARI; WERMUTH, 2010, p. 16). Ora, disseminou-se e dissemina-se um sentimento de total insegurança, de que, a qualquer momento, os perigos da vida social atingirão as pessoas, quase que como se estivessem esperando pela primeira e melhor oportunidade. Elas caminham, conversam, alimentam-se e, até mesmo, divertem-se com a angústia de estarem expostas às práticas criminosas; afinal de contas, o senso comum é de que os homicídios, os estupros, os roubos, por exemplo, concretizar-se-ão mais cedo ou mais tarde.

Ressalte-se, ainda, que o maior patrocínio da sociedade de riscos e da cultura do medo é exercido pela mídia, por meio do seu alcance nacional e seu poder de condicionar discursos e consensos, dando a eles “credibilidade”, numa estratégia sensacionalista e que se utiliza do alarme e/ou falseamento de estatísticas. Callegari e Wermuth, lembrando o caso Isabela Nardoni, afirmam, a título de exemplo, que:

(...) o caso isolado de uma menina que foi assassinada violentamente passou a ser visto como uma forma de criminalidade bastante frequente no país e, mesmo contrariando a realidade objetiva [...], serviu como “espetáculo” midiático por mais de dois meses consecutivos, espetáculo esse marcado pelas pressões populares por justiça – leia-se *vingança* – contra o pai e a madrasta da menina, acusados pela prática do crime (CALLEGARI; WERMUTH, 2010, p. 48).

Quando falo das classes subalternas, então, esse processo de criminalização pelo poder midiático fica ainda mais visível, com a concentração de esforços no sentido de trazer à tona todos os crimes cometidos pelos negros, pobres, moradores de periferias, etc., colocando-os como “vagabundos”, “marginais”, “vândalos”, sem a menor consideração dos fatores sociais que contribuíram para a prática do crime, imputando, ainda, a necessidade de segregar física e culturalmente tais sujeitos sociais.

Esses discursos de ódio aderem à consciência popular com muita força e, diante da ocorrência de algum crime de grande comoção e repercussão social, percebe-se, por via de consequência, uma univocidade em busca de respostas estatais por meio dos instrumentos repressivos. O Direito Penal, com efeito, apresenta-se erroneamente como o mais eficiente meio de solução do problema da criminalidade, possibilitando uma (falsa) sensação de segurança.

Esses elementos impulsionam o recente fenômeno da “hiperinflação legislativa”, que consiste na atuação meramente simbólica do legislador criminal na criação de mais e mais tipos penais sempre que as pressões populares os exigem, cujo objetivo primordial é acalmar imediatamente os ânimos, e que tem como objeto de criminalização, na maior parte das vezes, o arquétipo de criminoso consolidado no senso comum. Essa expansão do Direito Penal apresenta-se “de tal modo que se pode propriamente falar de um *fundamentalismo* punitivo” (ANDRADE, 2003, p. 26).

A expansão do Direito Penal dá-se, ainda, no momento de aplicação das normas criminais pelas instituições imbuídas de concretizar o *jus puniendi* do Estado. A polícia militar brasileira, a título de exemplo, convive diariamente com a realidade social de diversos cidadãos e, não obstante a alegada imparcialidade, disponibiliza um tipo de tratamento para o rico branco bem diverso ao disponibilizado ao pobre negro; este, bem mais coerente com sua formação em guerrilha. A possibilidade de estabelecerem-se canais de diálogo é bem mais restrita e o processo de estigmatização atinge com muito mais força e facilidade as classes subalternas. Wagner Arandas, com efeito, sintetiza afirmando que “socialmente estabelecido de forma inconsciente, o perfil preferencial dos indivíduos a serem abordados pela polícia correspondem aos homens, negros, jovens, pobres” (ARANDAS, 2010, p. 124). Portanto, abstrata e concretamente, observa-se que a atuação do sistema penal volta-se sempre para uma figura de criminoso que corresponde, na conjuntura social, sob a perspectiva da segregação capitalista, a um verdadeiro flagelo que deve ser eliminado. E

A NECESSÁRIA EXPANSÃO DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA PARA OS ESPAÇOS JURÍDICO-SOCIAIS: NA SOCIEDADE DO RISCO E DO MEDO, A ORDEM É CRIMINALIZAR

esse modelo criminal subjetivo é resultado da necessidade de se garantir uma mínima sensação de segurança, ainda que ilusória, à parte “normal” da população de uma sociedade de riscos e da cultura medo.

É preciso, nessa intencionalidade, definir inimigos e combatê-los e, nesse ínterim, a mais dolorosa das constatações é de que os pobres, negros, favelados e outros sujeitos marginalizados, embora vítimas desse processo de criminalização que somente serve para a manutenção estrutural e ideológica do sistema social, aceitam-no docilmente, inconsciente da consciência que inflexivelmente recai sobre eles.

4.0 Conclusão

A rigor, três momentos podem ser visualizados no processo histórico da criminologia. O primeiro deles, de fundo etiológico, fundamenta-se filosoficamente no positivismo e, buscando qualificar-se enquanto “ciência”, buscou experimentalmente as motivações para a prática do crime. Dessa forma, a etiologia encontrou nas anormalidades físicas e psicológicas as causas para a criminalidade, voltando-se exclusivamente para a figura do agente da conduta penal, tido como “anormal” e, por isso, consolidou a necessidade de proteger os sujeitos “normais” por meio da segregação física e psicológica daqueles.

O segundo momento revela que as causas da criminalidade não estão no sujeito em si, mas no processo de determinação do que é crime e de quem é criminoso, ou seja, é a reação do conjunto social, de um sem fim de interações sociais, que determinará quais as condutas e quais os sujeitos que deverão receber a qualificação de criminosas e criminosos, respectivamente. São, afinal, os grupos sociais que escolherão como se dará a aplicação do sistema penal, ainda que haja uma dogmática pretensamente imparcial.

Por fim, enquadra-se o debate da seleção das condutas e dos sujeitos que “merecem” a reprimenda penal numa perspectiva que considera o caráter classista da realidade social e o poder de estigmatizar as classes subalternas, o que faz aflorar a parcialidade do sistema penal, dado que ele é instrumento de poder que integra o conjunto de balizas da conjuntura social capitalista. Nesse sentido, a criminologia, adquirindo o status de crítica, denuncia a predisposição intencional do sistema penal contra os pobres, os negros, moradores de

comunidades periféricas, etc., com o objetivo de consolidar as desigualdades e a segregação.

Nos espaços jurídico-sociais, a escolha metodológica por um dos modelos criminológicos dá-se especialmente em razão da configuração social que se consolida a cada instante. Dessa forma, é imprescindível perceber a construção de uma “sociedade de riscos”, caracterizada pela disseminação de uma cultura do medo, pela propagação do consenso social de que se está exposto a um conjunto de práticas delituosas, que, impiedosa e irremediavelmente, atingirá a integridade física e o patrimônio do cidadão.

Em razão disso, percebe-se uma verdadeira atuação desmedida e fundamentada tão somente em critérios políticos pelos diversos sujeitos sociais, sejam eles formais ou informais no sentido da criminalização de certos grupos sociais. Destaque-se o processo de “hiperinflação legislativa”, marcado pela edição de normas de natureza penal, criando um número infundável de condutas típicas e que, em sua quase totalidade, volta-se para a reprimenda pessoal do criminoso, intensificando a resposta repressiva do Estado sobre o agente.

A atuação de órgãos estatais, como a Polícia Militar, o Ministério Público e o Poder Judiciário, corrobora com esse modelo de prática criminológica, fundamentada na supervalorização dos crimes praticados pelas classes subalternas, em detrimento dos chamados “crimes de colarinho branco”, malgrado a intensidade mais significativa com que estas condutas, em relação às aquelas, atingem os interesses da coletividade. Perceptível por aqueles que sofrem na pele, diariamente, a diferença de tratamento por essas entidades, a depender de tratar-se de pessoas vítimas do processo de construção social capitalista, ou de pessoas que tiveram a sorte de nascerem e crescerem sob os deleites da condição burguesa.

Nesse sentido, entendo que há um descompasso entre o caminhar da criminologia em âmbito acadêmico em relação às práticas criminológicas que são construídas dialeticamente na sociedade. Se, por um lado, os pensadores do direito penal já chegaram ao quase consenso (sem que isso signifique um ponto final) de que o sistema penal integra um macro-sistema repressivo-ideológico, cuja função é a manutenção hegemônica das relações de desigualdade que marcam a conjuntura capitalista, os sujeitos responsáveis pela concretização do conjunto de normas penais continuam presos ao modelo criminológico de estigmatização, que encontra no agente da conduta delituosa as causas

**A NECESSÁRIA EXPANSÃO DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA PARA OS ESPAÇOS
JURÍDICO-SOCIAIS: NA SOCIEDADE DO RISCO E DO MEDO, A ORDEM É
CRIMINALIZAR**

da criminalidade e, conseqüentemente, reconhece e aceita a pretensa necessidade de segregação desses sujeitos.

A atuação da Polícia Militar, do Ministério Público e do Poder Judiciário, por exemplo, denunciam um processo institucionalizado de seleção, que atende a um modelo de sociedade que desumaniza e que encontra, no Direito Penal, a sua maior alavanca. Imediata é a necessidade de expansão das discussões da criminologia crítica para os espaços jurídico-sociais, com vistas a uma práxis criminológica voltada para os devidos anseios sociais, entendidos coletivamente; que tenha por princípio reitor o respeito à dignidade da pessoa humana e que, conformando-se com a natural desigualdade do sistema social, esqueça-se das promessas de neutralidade e imparcialidade e passe a encontrar no ser humano a sua própria razão de existência.

Referências Bibliográficas

ANDRADE, Vera Regina Pereira. **Sistema Penal Máximo X Cidadania Mínima: Códigos de violência na era da globalização**. Porto Alegre: Livraria Advogado Editora, 2003.

ARANDAS, Wagner Solano de. **O racismo institucional contra os negros na polícia militar**. 2010. 156f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal da Paraíba, 2010.

ARAÚJO, Thiago Cássio D'Ávila. Criminologia: a mudança do paradigma etiológico ao paradigma da reação social. O que isso tem a ver com política criminal?. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2225, 4 ago. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/13269>>. Acesso em: 8 abr. 2014.

BARATTA, Alessandro. Princípios do Direito Penal Mínimo: Para uma teoria dos Direitos Humanos como objeto e limite da lei penal. **Doutrina Penal**, Buenos Aires, n. 10-40, p. 623 – 650, 1987.

BECKER, H. **Los extraños**. Buenos Aires: Tiempo Contemporáneo, 1971.

_____, Ulrich. **La sociedade del riesgo**: hacia una nova modernidad. Trad. Jorge Navarro, Dabiel Jiménez e Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 1998.

CALLEGARI, André Luís; WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. **Sistema Penal e Política Criminal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

Revista da Escola Judiciária do Piauí, Teresina, PI, Vol.2, N.1, jul/dez, 2020. ISSN: 2526-7817

- FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. 3. Ed. Rio de Janeiro: NAU, 2005.
- FREIRE, Paulo. **Pedagogia do Oprimido**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.
- GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. 6. Ed. Porto Alegre: Artmed, 2005.
- GODOY, Edvania Fátima Fontes. Máquina penal: perspectivas a partir da criminologia crítica, da intervenção mínima e do garantismo penal. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2746, 7 jan. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/18222>>. Acesso em: 8 abr. 2014.
- QUINTANEIRO, Tania; BARBOSA, Maria Ligia de Oliveira; OLIVEIRA, Márcia Gardênia Monteiro de. **Um toque de Clássicos: Marx, Durkheim e Weber**. 2ª. Ed. rev. e aum. Belo Horizonte: UFMG, 2007.
- WOLKMER, Antônio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**. 2º ed. São Paulo: Ed. RT, 1995.

CONSIDERAÇÕES SOBRE A TORTURA NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO E VIOLAÇÕES ÀS GARANTIAS PENAS CONSTITUCIONAIS¹

Paulo Victor Leôncio Chaves

Luis Felipe Rodrigues Brandão de Barros

RESUMO: Almejou-se identificar com este artigo alguns aspectos referentes ao sistema prisional brasileiro, especialmente, quanto às práticas de tortura no campo processual penal e penitenciário, além da temática que versa a respeito da categorização da população carcerária do Brasil e as condições a que são submetidas para o cumprimento de pena. Para tanto, fez-se valer da pesquisa documental e bibliográfica, tanto legislativa, no sentido de verificar a adequação e pertinência da lei antitortura ao ordenamento jurídico brasileiro, considerando sua constitucionalidade e plena sistematicidade, quanto acadêmica, com enfoque sobre as clássicas dogmáticas de Nucci (2011) e Bitencourt (2015), além dos olhares críticos de Beccaria (1999) e Duarte (2002). Como resultado, prevaleceu o entendimento de que o cumprimento das garantias penais constitucionais deve partir do reconhecimento da identidade política democrática social, passando pela compreensão dos instrumentos garantidos pelo texto da Lei Maior para considera-los sob o marco da integridade a fim de que os instrumentos garantidores da igualdade social se sobrepujam aos processos marginalizadores.

Palavras-chave tortura, sistema prisional brasileiro, garantias penais constitucionais, identidade política democrática.

Introdução

Apesar da promulgação da Constituição de 1988, da positivação da lei antitortura de 1997 e da assinatura do Brasil em vários tratados internacionais, tais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Castigos Cruéis, Desumanos ou Degradantes de 1984, o Estado brasileiro persiste em reiteradas práticas de tortura e violação a direitos fundamentais a seus homens e mulheres encarcerados.

Com isso, defrontamo-nos com um estado esquizofrênico que, ao mesmo tempo em que se criam leis punindo a tortura e são assinados tratados internacionais de combate à tortura, tem suas prisões abarrotadas de pessoas, e em condições indignas de sobrevivência, além dos casos de tortura físicas sofridos por acusados durante o inquérito policial.

Diante disso, para este estudo, adotar-se-á o conceito de tortura em sentido amplo, com enfoque na tortura praticada em penas abusivas que ferem as principais garantias penais-constitucionais. Portanto, será utilizado o conceito de tortura dado

¹ Recebido em 30/07/2017.

Avaliado em 29/09/2020.

pelo art. 1º da Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou castigos cruéis, desumanos ou degradantes:

Artigo 1º - Para fins da presente Convenção, o termo "tortura" designa qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência. Não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos que sejam consequência unicamente de sanções legítimas, ou que sejam inerentes a tais sanções ou delas decorram. (CONVENÇÃO CONTRA A TORTURA E OUTROS TRATAMENTOS OU CASTIGOS CRUÉIS, DESUMANOS OU DEGRADANTES, 1984)

Curiosamente, o cenário da tortura no Brasil não é algo recente, embora se faça bastante presente. Entre outros períodos, teve-se o período ditatorial no Brasil, em que a tortura fora institucionalizada pelo Estado, inclusive como um “componente curricular” nas academias militares, além da importação de práticas e métodos de outros países, como é mostrado na obra “Brasil: Nunca Mais” e comprovado em diversos depoimentos colhidos pelo projeto:

[...]De abuso cometido pelos interrogadores sobre o preso, a tortura no Brasil passou com o Regime Militar, à condição de “método científico”, incluído com o Regime Militar, à condição de “método científico”, incluído em currículos de formação de militares. Era prático, com pessoas realmente torturadas, servindo de cobaias macabras neste aprendizado (ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO, 1985, P.32)

Relevante é mencionar para destacar os processos do modelo escravocrata que vigeu em território nacional por quase quatro séculos. Àquela época, o povo negro não era caracterizado como ser humano, o que dava autoridade aos senhores de escravos que com eles fizessem o que por bem entendessem, desde as chicotadas no tronco até a morte. O modelo de marginalização de povo negro consubstancia o vívido estigma que recosta sobre toda a população até hoje. Obras clássicas como a de Nina Rodrigues (1957) serviram para colocar um povo à subalternidade e seus reflexos são sentidos até os dias de hoje. Não é coincidência, portanto, que estatísticas apontem para um maior número de pessoas negras encarceradas, que brancas, em comparação.

Garantias Penais Constitucionais

CONSIDERAÇÕES SOBRE A TORTURA NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO E VIOLAÇÕES ÀS GARANTIAS PENAIS CONSTITUCIONAIS

O Direito Penal é o ramo da ciência jurídica que cuida da proteção aos bens jurídicos e do interesse daqueles que os possuem, através da aplicação de seus aspectos preventivo e punitivo, no sentido de que se conviva socialmente de forma que prevaleça a paz social. Bitencourt (2015) ensina que a dogmática penal se apresenta:

“por um lado, como um *conjunto de normas jurídicas que tem por objeto a determinação de infrações de natureza penal e suas sanções correspondentes – penas e medidas de segurança*. Por outro lado, apresenta-se como um conjunto de valorações e princípios que orientam a própria aplicação e interpretação das normas penais”. (BITENCOURT, 2015, p. 36) (grifos no original)

A esse respeito, convém assinalar que a doutrina clássica das ciências criminais postula ser o direito penal a *ultima ratio*, isto é, o elemento subsidiário, aquele a que se deve recorrer apenas quando os demais não mais surtirem efeito, observando sempre cumprimento e adequação aos demais princípios do direito penal como o de humanidade e proporcionalidade.

Na atualidade, a concepção conceitual tradicionalmente positivada deste ramo do direito tem sido criticada em face da não verificação de sua efetividade e, necessariamente, do descumprimento de garantias fundamentais com previsão constitucional no que tange, principalmente, ao caráter punitivo. Tem-se questionado se a maneira como se aplica tal aspecto é realmente adequada aos interesses constitucionais ou se, pelo contrário, chega a patamares de assimilação à tortura.

Do ramo que se denomina “Direito Penal Constitucional”, há que se destacar as menções que o próprio texto da Lei Maior faz a respeito do que se trata pelo Direito Penal, em especial as disposições constantes do art. 5º, incisos III e XXXIX a LXVIII, além de outros momentos em que o legislador constitucional atentou-se para a questão.

O que se verifica é que o pouco tempo de vigência constitucional parece ainda não ter dado ao texto efeitos plenos quando se trata das garantias penais e mesmo as existenciais, se analisado o aspecto da imagem da pessoa humana do apenado ou ainda do investigado. Essas violações são constantes e estão imiscuídas desde a intervenção, por vezes, ilegal e abusiva das autoridades policiais até a superexposição da pessoa suposta criminosa nos meios de comunicação em massa, incutindo no

inconsciente social a perspectiva de insegurança abstrata e de que os atos autoritários, ainda que revestidos de práticas eminentemente inconstitucionais, são necessários a uma suposta garantia da ordem social.

A tortura na aplicação da pena

O elemento da tortura é verificado no campo penal tanto na seara prisional, quando da execução da pena cominada em razão da comprovação da prática de ilícito, como no campo administrativo, no que toca à ação da polícia e à distribuição de prisões preventivas que acabam por nada prevenir, uma vez que encarceram acusados em ambientes insalubres, perigosos e lesivos muitas vezes, como o que se traduz na realidade brasileira, de maneira desproporcional e desnecessária.

A agressão física e verbal, o constrangimento, a exposição, a violência psicológica, além do judicializado cerceamento antecipado de liberdade imputam a confirmação do total rompimento da esfera de direitos civil e penalmente assegurados ao indivíduo. O sistema máximo estatal impõe-se ao microsistema da pessoa para confirmação da validade do poder público.

Essa imposição direta e física do poder do Estado sobre a individualidade humana, no caso brasileiro (e em diversos outros países), remonta às práticas típicas dos governos totalitários ditatoriais das décadas de 1960 a 1980, nos quais a Lei Fundamental não passava de um mero texto de autoconfirmação de poder e força, malgrado a concepção teórico-filosófica de proteção à sociedade.

As práticas de tortura, que nos tempos de ditadura compunham a metodologia processual (force-se a exemplificação de uso de devido processo legal, apesar de claramente não haver, para fins ilustrativos), têm repercussão e reconstruções na vivência dos dias atuais. A violência desnecessária caracterizada pelo exagero típico da ação policial que vitima, por vezes, inocentes é fruto do asenhoramento de poder inabalável embutido nas vestes do Estado que redimensiona a concepção de humanidade dos próprios, fazendo-lhes agir como se, humanamente, superiores fossem.

CONSIDERAÇÕES SOBRE A TORTURA NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO E VIOLAÇÕES ÀS GARANTIAS PENAS CONSTITUCIONAIS

Essa violação e invasão destrutiva apesar de, a depender da argumentação, autorizada pela soberania do Estado constitui grave ilícito passível de responsabilização em função de lesar o contexto jurídico-político máximo social, uma vez que se percebe clara violação àquilo que a Carta Magna protege. A prática de tortura é inconstitucional, além de imoral e desumana, e, portanto, compõe um rompimento do ordenamento jurídico, requerendo, assim, atenção da causa.

A violação de elementos constitucionais através da prática de tortura

Alguns elementos constitucionais, muitos deles expressos no texto da Carta Magna, são claramente violados pelo emprego de práticas primitivas de instrumentalização da violência institucionalizada que ratifica o sentimento de vingança e compensação da sociedade lesada pela ação do infrator. O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/1988), que norteia o direito penal segundo o princípio de humanidade, se vê deteriorado pelo descumprimento de obrigação do Estado de proteção da sociedade como um todo (não de uma parte apenas, mas de todos os integrantes).

O texto constitucional se preocupa em tais aspectos exatamente em adequação aos princípios do próprio direito penal, como o da humanidade, validado pela Constituição no art. 1º, III e no art. 4º, II; o da legalidade, em que o art. 5º, XXXIX transcreve o dispositivo do art. 1º do Código Penal; e do direito penal mínimo, inferido pelas disposições do art. 5º, XLVI e XLVII, garantias constitucionais protegidas pela qualidade de cláusula pétrea, sendo, portanto, imutáveis.

As doutrinas clássicas do direito pontuam que todo direito deve-se reger pelas orientações do texto constitucional, como assim o faz, mesmo eivado de muita autonomia, o direito civil, e, também, menos autônomos, o direito do trabalho e previdenciário, o direito administrativo, etc. No entanto, parece andar na contramão desse diretivo o direito penal e, precisamente, o direito penitenciário.

A cadeia, a cerca na concepção de Foucault (2000), que deve representar o ambiente de ressocialização e reintegração do indivíduo errante à sociedade, aspecto que por motivos óbvios e mesmo exacerbados não se cumprem, como se pode inferir da argumentação de Baratta (2011) que prova o despropósito de tal empreitada uma vez que afirma a impossibilidade de se ressocializar pelo afastamento da sociedade,

de se incluir pela exclusão, etc., constitui de fato um ambiente quase que total e literalmente alheio ao mundo externo.

O isolamento das prisões, frise-se o isolamento impeditivo de acesso à justiça e ao convívio social, favorece o permissionismo que, aliado ao sentimento de cumprimento do dever e de restituição à sociedade incutidos na mente do agente estatal, acaba por facilitar a prática de atos violentos e de consumação de tortura, isso físico, como se não fosse bastante a tortura do isolamento por longos períodos associado à culpa de consciência.

Alguns elementos do sistema carcerário crescem à ideia de tortura. Não são mais elementos de ações diretamente humanas, mas necessariamente de omissões, como o que se verifica nos casos de superlotações de presídios. Dados do IBGE apontam que a população carcerária aumentou de 232 mil, em 2000, para 496 mil, em 2010, - um aumento de mais de 110%. No mesmo período, a população total do país cresceu apenas 12%. Em termos proporcionais “não há comparação”. Em consulta ao sítio eletrônico do Conselho Nacional de Justiça, atualmente, a população de presos é de mais de 660 mil pessoas, sendo mais de 240 mil destas com prisões em caráter provisório.

Mesmo em Teresina, capital relativamente provinciana se comparada às demais, a situação é caótica. O estabelecimento prisional Casa de Custódia Prof. José Ribamar Leite, com capacidade para 336 detentos, mantém cerca de 1.000 pessoas sob seu controle. Uma situação de incoerência sistemática tanto para os agentes policiais e penitenciários que se assoberbam de trabalho e responsabilidades, como para os detentos que são colocados em situação de degradação e desumanidade. A situação deste estabelecimento prisional é, inclusive, objeto de ação movida pelo Ministério Público do Estado do Piauí, que, em sentença proferida pelo juízo de execuções penais da comarca de Teresina, culminou na condenação do Estado do Piauí a realizar reformas na sede da Casa e a proceder à realização de concurso público para contratação de servidores para atuar no local.

Nessa perspectiva, reforça-se a crítica ao encarceramento atacado. Fica claro que se um estabelecimento tem capacidade para 10 reclusos, este não atenderá a sua função social se mantiver 50 presos. É violação ao princípio fundamental de

CONSIDERAÇÕES SOBRE A TORTURA NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO E VIOLAÇÕES ÀS GARANTIAS PENAS CONSTITUCIONAIS

dignidade da pessoa humana e diretamente do art. 5º, XLIX, visto o desrespeito a sua integridade física e moral. Um sistema medieval.

Sob a ótica dos recortes étnico-racial e social a situação se torna muito mais grave. A punição com prisão de crimes menos violentos, como o de furto, chegava a representar, em dados do IBGE de 2010, cerca de 15% da população carcerária; isso significa que, para o Estado, a proteção à propriedade subtraída sem o emprego de violência prevalece sobre a garantia do direito à liberdade. Uma alusão no mínimo assustadora.

Quanto ao perfil da população presa dos dados destacados acima, a linha divisória é evidentemente discriminatória. Segundo a pesquisa, mais de 60% dos detentos em cumprimento de pena no país à época não eram instruídos sequer de ensino médio; mais da metade tinha menos de 30 anos de idade e aproximadamente 60% dessa população era de negros e pardos. O jovem negro e de pouco estudo continua a ser o bode expiatório em defesa da segurança social.

O perfil torturador discriminatório é vivo no Brasil ainda em consequência de seu histórico escravocrata e de ápice ditatorial. Essas questões de criminalização seletiva com base na divisão racial da população foram fundamentadas, durante muitos anos, pela ótica antropológica neolombrosiana de Nina Rodrigues. Nas letras do aludido autor:

“Pode-se exigir que todas essas raças distintas respondam por seus atos perante a lei com igual plenitude de responsabilidade penal? Acaso, no célebre postulado da escola clássica e mesmo abstraindo do livre arbítrio incondicional dos metafísicos, se pode admitir que os selvagens americanos e os negros africanos, bem como os seus mestiços, já tenham adquirido o desenvolvimento físico e a soma das faculdades psíquicas, suficientes para reconhecer, num caso dado, o valor legal de seu ato (discernimento) e para decidir livremente a cometê-lo ou não (livre arbítrio)? Por ventura, pode-se perceber que a consciência do direito e do dever que têm essas raças inferiores, seja a mesma que possui a raça branca civilizada? – ou que, pela simples convivência e submissão, possam aqueles adquirir, de um momento para outro, essa consciência a ponto de se adotar para elas conceito de responsabilidade penal idêntico ao dos italianos, a quem fomos copiar o nosso código?” (RODRIGUES; 1957, p. 105-106).

Uma leitura rápida das considerações citadas induziria a acreditar que Nina Rodrigues acreditava em uma suposta incapacidade mental dos chamados “selvagens americanos” (índios) e dos “negros africanos”, mas essa não é a questão.

O professor de Direito Penal e Criminologia da Universidade de Brasília – UnB, Evandro Charles Piza Duarte analisa o excerto acima da seguinte forma:

“Portanto, havia uma dimensão teórico-prática na obra de Nina RODRIGUES, cujo fio condutor, ao propor o estudo da responsabilidade penal das “raças inferiores”, era o de definir as condições para a reorganização do controle social as quais permitiriam a supremacia da elite branca. Sua concepção das relações raciais no Brasil, por sua vez, lhe permitiria ensaiar uma descrição do controle social existente, ao mesmo passo em que pretendia uma explicação causal da criminalidade baseada em argumentos racistas” (DUARTE; 2002, p. 225).

A mítica democracia racial, trazida pelo advento da Constituição de 1988, a Constituição da cidadania, tende a suprimir essa inadequação sistemática. Sejam uma vez cumpridos os dispositivos constitucionais, isto é, faça-se valer a vontade política emanada da voz indireta do povo que se cumprirá a dignidade e por-se-á fim às práticas desumanas.

O problema será apenas verificar se, de fato, a massa definidora do futuro do povo brasileiro, aquela que é detentora do poder político, formadora de opiniões, está interessada em resolver essa situação ou se a deteriorada situação atual é ainda reflexa desta sociedade.

A tortura no Sistema Penitenciário Brasileiro

A atual carta magna brasileira tem como princípio mor, o princípio da dignidade da pessoa humana. Com isso, a violação deste princípio atinge a todo o ordenamento jurídico (SIQUEIRA, 2003).

Logo, a tortura presente no sistema prisional brasileiro é subversiva ao próprio ordenamento jurídico brasileiro. Além disso, esta tortura é utilizada tanto quanto processo, como a partir do interrogatório com emprego de tortura, quanto como punição, dentro da própria cadeia. Estes dois fatos rasgam a Carta Magna brasileira e negam este princípio mor desta Carta.

Com isso, a tortura no sistema prisional, passa por cima de diversas garantias penais-constitucionais, tais como o *in dubio pro reo*, em que segundo esta ninguém deve ser considerada culpada até a tramitação do processo em coisa julgada. No entanto, não é o que ocorre, pois existe, na verdade, um “in dubio pro Condenação” para algumas partes da sociedade, geralmente as que estão à margem desta. Com isso, a tortura, no interrogatório policial, é uma afronta direta à Constituição Brasileira.

CONSIDERAÇÕES SOBRE A TORTURA NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO E VIOLAÇÕES ÀS GARANTIAS PENAS CONSTITUCIONAIS

Isto, pois pune de forma desproporcional aquele, que para o ordenamento jurídico é inocente.

Ademais, considerado o pai do Direito Penal moderno, Beccaria (1999) introduz no pensamento ocidental a questão da Humanização das Penas, ratificado pelo Brasil com a Carta Política e outros tratados assinados pelo país. No entanto, este princípio de humanização das penas parece não existir para o ordenamento brasileiro. Primeiramente, devido às péssimas condições que estão os presídios no Brasil, superlotados, além dos relatos de tortura que alguns acusados fazem em decorrência de atos praticados por agentes policiais. Estas torturas fazem com que o Estado puna duas vezes o mesmo inimigo para o mesmo crime e, ainda, de forma desumana, contrariando totalmente o que está escrito da Constituição Cidadã.

Contudo, a tortura no sistema prisional, seja esta na forma de tortura física, psicológica ou moral, ou até mesmo a tortura nos cárceres lotados e sem condições de sobrevivência, está intimamente ligada a doutrina do direito Penal do Inimigo. Por esta doutrina, NUCCI explica o seguinte:

Vale, em primeiro lugar, defini-lo: trata-se de um modelo de direito penal, cuja finalidade é detectar e separar, dentre os cidadãos, aqueles que devem ser considerados os inimigos (terroristas, autores de crimes sexuais violentos, criminosos organizados, dentre outros). Estes não merecem do Estado as mesmas garantias humanas fundamentais, pois, como regra, não respeitam os direitos individuais alheios. Portanto, estariam situados fora do sistema, sem merecerem, por exemplo, as garantias do contraditório e da ampla defesa, podendo ser flexibilizados, inclusive, os princípios da legalidade, da anterioridade e da taxatividade. (NUCCI, 2011)

Portanto, a tortura não apenas viola uma norma do ordenamento, esta viola todo o ordenamento jurídico brasileiro e esta conduta se mantém ainda presente nos dias atuais. Permanece essencialmente em consequência do período ditador brasileiro marcado pela imposição da força e da opressão, sendo ignoradas as concepções de humanização da penalização internacionalmente em voga.

Histórico da tortura como elemento processual-executório no período de ditadura

O período marcado entre as décadas de 1960 e 1980 no cenário sócio-político brasileiro é caracterizado pela imposição do regime cruel de violência e força institucionalizada pelo Estado repressor no intuito de “preservação da soberania”, em detrimento da integridade individual, através da censura demasiada e dos meios

torturadores vinculados à ação pública como via preservativa da “identidade política” nacional.

Os relatos de práticas desumanas trazidos ao longo das páginas da obra “Brasil: Nunca Mais” descrevem os procedimentos vis, sádicos e perversos empregados como meio meramente componente do inquérito, sem falar o que necessariamente constitui o instituto da pena naquele regime.

Eletrochoques, amarras, sufocamentos, afogamentos, perfurações, mutilações, estupros, penetração de genitálias por vermes e outros animais (ratos e cobras), todos esses atos são alguns dos exemplos das práticas, muitas vezes, para a realidade de humanização da atualidade, inacreditáveis típicas do regime totalitário pátrio. As práticas, intensificadas nos anos de chumbo (1968-1974) tinham apelo muito mais gravoso quando direcionada a populações mais periféricas da sociedade (negros, pobres, mulheres, nordestinos, etc.).

O advento da Constituição cidadã em 1988, em período logo posterior ao fim dos governos militares trouxe ao âmbito sócio-político-jurídico um abrir de olhos para a ideia de que não ser humano descartável, que as práticas antes utilizadas compunham instrumentalização da barbárie e confirmavam a concepção de primitivismo brasileiro perante os olhos do resto do mundo.

Nesse sentido, o sistema nacional mudou. Readequou políticas punitivas, trazendo de volta os princípios preceituados pelo Código Penal (anterior ao regime) em adequação aos declarados na Carta Magna como tentativa de mudança. Nas cadeias brasileiras, a lei antitortura ainda se prova ineficaz, mas esse aspecto tem ganhado relevante percepção aos olhos do estudo jurídico no sentido de sua resolução.

O que pode vir a prejudicar a aplicação dos princípios constitucionais e constituir um óbice ao efetivo acesso a direitos e garantias penais constitucionais é a constante ideia e de violência social e insegurança diuturnamente propagada pelos meios de comunicação em massa, que atribuem, muitas vezes, a situação a uma fraqueza política nas medidas punitivas (em evidente saudosismo alusivo aos anos de chumbo) e incute no inconsciente social a mentalidade de que as pessoas marginalizadas devem ser destituídas de direitos fundamentais, valendo-se da clássica, porém trágica, máxima de que “os direitos humanos devem servir a humanos direitos”.

CONSIDERAÇÕES SOBRE A TORTURA NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO E VIOLAÇÕES ÀS GARANTIAS PENAS CONSTITUCIONAIS

Em atenção a essa perspectiva, é necessário o reconhecimento da identidade democrática no Brasil, de modo que a compreensão do papel que exerce a Constituição é de estabelecer o justo acordo social no sentido de que se caminhe à prosperidade coletiva, sem prejuízo da efetiva prestação da função punitivo-jurisdicional, que deva ser exercida em conformidade com a Carta Política, nas situações em que estritamente necessária e indispensável.

Conclusão

O interesse brasileiro em extinguir a prática de tortura de seu território, positivado pela edição da lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997, que repudia tal prática e a execra do ordenamento se vê amparado pelas disposições constitucionais a respeito e pelos tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário, mas não apresenta ainda plena efetividade.

A ação do Estado ainda se vê como reflexo do modelo ditatorial de repressão e abuso do cidadão como mero objeto de submissão ao poder público, o que dilacera a esfera de direitos e garantias individuais de proteção à sua dignidade e põem em risco, necessariamente, as disposições a respeito de proteção à vida e à integridade.

O estudo mostrou que a má referência do período de soberania militar tem repercussões negativas na própria validação do ordenamento jurídico da atualidade, deslegitimando a eficácia predita pelos mecanismos positivados pelo direito brasileiro em violação à proteção humana.

O direito penal em concepção crítica, especialmente no que toca à seara prisional, tem de se readequar aos interesses políticos ressaltados na Constituição, empregando o cumprimento da lei antitortura e da validação dos próprios dispositivos magnos e de execução penal para proteção dos direitos humanos.

REFERÊNCIAS

ARQUIDIOCESE DE SÃO PAULO (*Org*) **Brasil**: nunca mais. 12. ed. Petrópolis: Vozes, 1986.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. 6ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, outubro de 2011. 256 p.

BBC NOTÍCIAS. Disponível em: <
http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2012/11/121117_prisoas_medievais_1k.shtml>. Acesso em 26 de fevereiro de 2016.

BECCARIA, C. **Dos delitos e das penas**. Trad. Paulo M. Oliveira. 12. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1999.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 2015. 119 p.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 31 de dezembro de 1940.

_____. Lei nº 9.455, de 7 de abril de 1997. Define os crimes de tortura e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 8 de abril de 1997.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. – 21. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2015.

DADOS DAS INSPEÇÕES NOS ESTABELECIMENTOS PENAIIS. Disponível em < http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/mapa.php >. Acesso em 30 de julho de 2017.

DUARTE, Evandro Charles Piza. **Criminologia & racismo**: introdução à criminologia brasileira. Curitiba: Juruá, 2002. 322p.

FOUCAULT, M. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Trad. Raquel Ramallete. 23. ed. Petrópolis: Vozes, 2000.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**: parte geral. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

RODRIGUES, Nina. **As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil**. Salvador: Progresso, 1957.

SIQUEIRA, Adriana Castelo Branco. **Direito de torturar?** Análise da lei nº 9.455/97, lei antitortura: aplicabilidade no estado do Piauí. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal de Pernambuco. Fevereiro de 2003.

TV CIDADE VERDE ENTRA NA CASA DE CUSTÓDIA E ACOMPANHA A ROTINA DE PRESOS. Disponível em: < <http://cidadeverde.com/noticias/240667/tv-cidade-verde-entra-na-casa-de-custodia-e-acompanha-rotina-de-presos> >. Acesso em 30 de julho e 2017.

O Serviço Social e o desafio de realizar ressocialização a partir do sistema prisional brasileiro¹

Marciana Raquel Silva Gomes

Poliana de Oliveira Carvalho

RESUMO

Resumo: O texto apresentado propõe fazer algumas considerações referentes à prática profissional do assistente social no sistema prisional brasileiro junto ao processo de ressocialização dos presidiários. Ao constatar as particularidades que abrangem o serviço social no cenário atual, faz-se a seguinte indagação: qual a importância do assistente social frente ao processo de ressocialização com os presos, assistidos pelo sistema prisional brasileiro? Assim objetiva-se refletir sobre a importância do assistente social, junto a ressocialização enquanto direito diante das particularidades do sistema prisional brasileiro. Metodologicamente, se reproduz enquanto produto de pesquisas bibliográficas. A importância deste, justifica-se, à medida que o sistema prisional brasileiro ainda mostra-se falho, frente ao processo de ressocialização, tornando essencial, a presença do profissional do Serviço Social, sendo este, um agente transformador da sociedade. O resultados analíticos, apontam para grandes mudanças referentes ao modo de olhar para os detentos e tais prerrogativas são fruto de transformações históricas, culturais e políticas que envolvem os indivíduos e grupos sociais. Os aspectos legais também constituem peças fundamentais para a evolução do sistema prisional e a visão de que o detento deva ser visto em sua totalidade humana, como preconizam os princípios fundamentais dos direitos humanos. Conclui-se que, o papel do assistente social, torna-se indispensável, já que este, terá que lidar com várias nuances que envolvem a realidade dos detentos, tendo em vista, que suas ações devem possuir duas premissas básicas: fazer com que o cumprimento da pena, seja um processo de aprendizado (não de frustração) e aproximá-los da ressocialização, não da reincidência.

Palavras – chave: Assistente Social. Prática Profissional. Ressocialização. Sistema Prisional.

¹ Recebido em 30/07/2017.

Aprovado em 21/09/2020.

INTRODUÇÃO

O estado possui um grande desafio, pertencente ao sistema prisional brasileiro. As arestas que envolvem essa esfera social estão contidas nas relações em sociedade que não podem ser consideradas uma problema unilateral: cercear a liberdade de uma pessoa após o acometimento de um ato infracional.

O sistema prisional mostra-se falho e insuficiente a medida que os presos ao invés de passarem por um processo “reeducação”, no período da prisão, tornam-se reincidentes, causando uma reação em cadeia, à medida que os presídios passam por um processo de “superlotação”, dificultando circunstancialmente as ações desenvolvidas na realidade prisional no país.

Ao levar tais pressupostos em consideração, a presente reflexão aponta como instrumento de indagação: qual a importância do assistente social frente ao processo de ressocialização com os presos, assistidos pelo sistema prisional brasileiro?

Com base nas pressuposições deste estudo, têm-se enquanto objetivo geral: refletir sobre a importância do assistente social, junto ao processo de ressocialização diante das especificidades que envolvem o sistema penitenciário brasileiro, tendo em vista, a requisição profissional desta categoria, diante das refrações da questão social, impostas pela sociedade, que mostra-se expressivamente excludente e seletiva.

Os procedimentos metodológicos, se reproduzem através de um estudo bibliográfico, para que torne-se possível dissolver ideias relevantes sobre a temática em abordagem. A importância deste estudo, justifica-se, à medida que o sistema prisional brasileiro ainda mostra-se falho, frente ao processo de ressocialização, e com isso, torna-se essencial, ponderar sobre esse processo junto a presença do profissional do Serviço Social, sendo este, agente transformador da sociedade.

No primeiro momento, procura-se ponderar sobre o sistema prisional ao longo das transformações históricas e culturais da sociedade. Leva-se em consideração aspectos importantes referentes às formas de tratamento dado aos presos e as condições dos locais de cerceamento da liberdade dos mesmos.

Posteriori, sugere-se, uma análise sobre o processo de ressocialização como uma das bases fundamentais para o funcionamento do sistema penitenciário na atualidade, enfatizando dois eixos importantes para esse estudo: os direitos dos

O Serviço Social e o desafio de realizar ressocialização a partir do sistema prisional brasileiro

detentos frente às particularidades da sociedade brasileira, e a indispensabilidade da atuação do profissional de serviço social frente a efetivação dos direitos humanos.

A tarefa de ressocializar os presos, assim como a adoção de programas que contemplem os direitos humanos nos presídios, além da reestruturação material das unidades penitenciárias são fundamentais para que se cumpra a finalidade última e essencial de todo o sistema prisional, que é a reabilitação do indivíduo em sociedade.

SISTEMA PRISIONAL E SUA RELAÇÃO COM A HISTÓRIA

O estudo do Direito Penitenciário remonta à origem e solução das penas em seus distintos formatos de cumprimento, sendo que, na Antiguidade, havia penas privativas de liberdade, em que, forçosamente, necessitavam ser cumpridas em locais designados enquanto cárceres, que submetia os carcereiros há momentos de grande pressão psicológica, física e emocional.

A prisão, enquanto pena, era quase uma incógnita na antiga ordem normativa clássica. Os povos que possuíam espaços prometidos para encarceramento, no período do Antigo e Médio Oriente, foram os babilônios, chineses, hindus, egípcios, persas, japoneses e hebreus (HESPANHA, 2005).

Segundo Hespanha (2005), ainda na ordem normativa hebraica, a prisão apresentava duas funções: impedir a fuga e servir como sanção, que poderia ser comparada à prisão perpétua, pois considerava o infrator da lei uma pessoa indigna de viver em sociedade.

Ainda nesse período havia forte influência religiosa, com uma expressiva dose de irracionalidade, tendo em vista, que o autor de um ato delituoso era recluso em um calabouço, que não continha mais que “seis pés de altura, estreito, de tal modo que o sujeito não podia estender-se e era mantido somente a pão e água, até que a debilidade anunciava a morte, quando recebia um pouco de cevada” (idem p. 30-31).

Roxin (1991) assevera que, na Grécia, seguindo as ideias de Platão, cada tribunal precisava ter seu cárcere, possuindo três tipos: o primeiro era na praça do mercado para custódia, o segundo para correção e o terceiro para consternação em uma região deserta e sombria. As casas de custódia era usadas como depósito geral, para segurança, e o cárcere, para impossibilitar a fuga dos acusados.

De qualquer forma, na civilização grega, o cárcere mostrava-se como uma instituição incerta, somente aplicável a pessoas condenadas por furto e por devedores

que não podiam pagar suas dívidas, além de instituições voltadas para jovens que cometiam algum tipo de delito, e o Pritânio, para os que atentassem contra o Estado (ROXIN, 1991).

Na Idade Média, Brandão (2002) adverte que, no norte da Europa, na Alemanha e na Itália, a prisão adotava a forma de um poço, no qual, pode-se salientar que são desse mesmo período a Torre de Londres, a Bastilha e outros castelos usados como locais de reclusão. Assim sendo Gilissen (2003, p. 189) também coloca que:

Outro sistema de exploração no caminho do cumprimento das penas é representado pelas galeras. Seu criador, Jacques Coer, foi autorizado por Carlos VII a tomar à força 'vagabundos, ociosos e mendigos'. Depois, ampliou-se o sistema, especialmente na França, para aqueles delinquentes que podiam ter merecido a pena de morte, estendendo-se à Espanha. A forma de cumprimento das penas era o que Selling chama 'prisões-depósitos, onde cada um carregava suas pernas de argolas e correntes, era ameaçado com açoite e passeava suas chagas por todos os mares do mundo'. Os presos manejavam os remos das embarcações do Estado. Com o surgimento dos barcos a vapor, as galeras desapareceram e os prisioneiros foram enviados aos diques dos arsenais, onde continuavam presos com correntes de dois em dois, o que demonstra como a exploração mudava conforme o interesse econômico.

Com isso o presídio, em obras públicas, surge com o desenvolvimento e a transformação econômica, quando o interesse do Estado modificou-se diante da exploração de presos que, acorrentados por pessoal armado, passaram a trabalhar em obras públicas, como também, no calçamento de ruas, canteiros ou bosques para a plantação de árvores (GILISSEN, 2003).

Pode-se ponderar também, sobre outra instituição punitiva, que foi a deportação, no qual, atendia aos principais interesses políticos e econômicos dos países capitalistas. A deportação foi sobreposta não apenas aos delinquentes considerados perigosos para a sociedade, mas também aos devedores e presos políticos.

No entanto, até o começo do século XVII a prisão não era tida enquanto pena, pois o que existiu foi o encarceramento dos indivíduos em cavernas, subterrâneos, fossas, masmorras, entre outros; sendo reconhecidos pelos responsáveis por tais ações como prisões, que em grande maioria eram piores do que a pena de morte, pois os aprisionados viam-se em situação de abandono.

O Serviço Social e o desafio de realizar ressocialização a partir do sistema prisional brasileiro

Somente no final do século XVIII que acontece o aprisionamento da pessoa considerada criminosa para o cumprimento de sua pena. Por esse motivo, a reclusão passa a substituir a pena de morte, e a prisão começa a ter viés de sanção disciplinar. Desta maneira, as novas prisões que apareciam não tinham quaisquer princípios normativos de penitenciárias; e não havia preocupação com as medidas de cunho reeducativo-penais.

A maioria das consignações prisionais eram subterrâneas, o que causava sofrimento a pessoa condenada à prisão. Entretanto, é no transcorrer do século XIX, que acontece o apogeu da pena privativa de liberdade, objetivando melhorar as condições de vida dos aprisionados.

No século XX, traz como proposta de concepções modernas de ressocialização dos criminosos, em que o sistema prisional passa a ter uma visão crítica em relação as condições de aprisionamento dos mesmos, apesar de ainda existirem grandes falhas na aplicação do sistema prisional. Neste período surgiram vários modelos de sistemas prisionais, tomados nos mais variados países.

Como asseveram Faustino e Pires (2009), que o ideal ressocializador não conservou um significado consistente nesses séculos de existência da prisão da era moderna, o que se explica pela sua estreita relação com os paradigmas de compreensão de criminoso, de crime, de pena e de prisão.

Em assim sendo, é possível afirmar que, em essência e apesar das particularidades, ressocialização sempre denotou o propósito de empreender sobre a pessoa presa uma reforma moral. O esperado sempre foi o de que, durante o período de prisão e através de um tratamento penal, ela fosse habilitada a retornar à sociedade extramuros apta a viver em harmonia com os padrões sociais instituídos; que ela fosse submetida a um processo (re)educativo que permitisse uma reforma em sua forma de pensar e de se comportar e, como resultado disso, se obtivesse sua moldagem aos padrões de normalidade socialmente aceitos (PIRES, 2013, p. 362).

A consecução desta finalidade foi delegada aos profissionais de diferentes áreas que foram recrutados para solidificar o referido tratamento penal. Desta forma, o que aconteceu com outras áreas profissionais, também ocorreu com os assistentes sociais, pois a categoria passou a contar com esse espaço ocupacional de trabalho, como fonte de transformação social.

No Brasil, o sistema prisional é considerado pelo seu sistema penitenciário, que estão envolvidas as carceragens dos distritos policiais existentes e as cadeias

públicas. A história do sistema penitenciário do Brasil tem como base a exclusão social.

Cabe salientar que o Código Penal de 1890 permitiu estabelecer novas modalidades de prisão, ao compreender que não haveria mais penas perpétuas e coletivas, passando a estabelecer como válidas as penas restritivas de liberdade individual, com penalidade de no máximo trinta anos.

O Código Penal de 1890 trouxe outra grande novidade que foi a prisão celular, avaliada como uma punição moderna e, portanto, tida enquanto base para a arquitetura penitenciária. Não oponente, o aumento de maneira gradativa da população carcerária defrontou-se com a limitação espacial das prisões, limitando a existência de celas individuais.

Contudo, no Brasil, começou a aparecer edificação de pavilhões isolados, com limite máximo de pessoas na mesma unidade carcerária. E, ao invés de muros, passasse a aceitar o alambrado, para a afirmação de segurança média ou mínima, o que mostra um elemento arquitetônico importante, pois o preso passa a ter um maior contato visual com o exterior, mesmo com o acesso limitado as zonas livres do presídio, tal mudança revela grande avanço diante dos modos de aprisionamento estabelecidos desde a antiguidade.

O PRESIDÁRIO SOB A ÓTICA DO DIREITO

A sociedade brasileira no transcorrer de sua história tem passado por diversos desafios referentes aos aspectos culturais, sociais e políticos que envolvem e modificam as relações dos sujeitos. Dentre todas as mudanças, a Constituição Federal de 1988, configura um grande marco para os direitos de todos os cidadãos brasileiros.

No que se refere ao sistema prisional brasileiro, a Constituição Federal de 1988 coloca que "o respeito à integridade física dos presos" (art. 5º, XLIX). A dignidade da pessoa humana foi consagrada e reconhecida como princípio fundamental na Constituição de 1988 (SILVA, 2007).

A dignidade do preso enquanto ser humano está protegida de várias formas, tais como: sociais, saúde, educacionais, assistenciais, sobretudo, ser tratado como

O Serviço Social e o desafio de realizar ressocialização a partir do sistema prisional brasileiro

uma pessoa que deve passar judicialmente pelos seus atos, mas que deve ter seus direitos resguardados e ter oportunidades como qualquer cidadão.

A lei preconiza que todos os maus tratos são considerados crime, o detento possui dignidade, que precisa ser mantida e observados os princípios dos direitos humanos com condições positivas de sobrevivência enquanto presidiário.

Ainda sobre o art. 5º da Constituição Federal de 1988 é interessante mencionar que estão contidos em vários incisos as garantias individuais, comuns a todos aos detentos, sem fazer qualquer distinção situacional dos mesmos, e com isso pode-se asseverar que:

a) no inciso I, o princípio da **isonomia** entre homens e mulheres; b) no inciso II, o princípio de **legalidade**; c) no inciso III, a terminante proibição da **tortura e dos maus-tratos** (tratamento desumano ou degradante); d) no inciso VII, a garantia da **assistência religiosa**; e) no inciso X, a **preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem, assegurada indenização, nos casos de violação**; f) no inciso XLII, a garantia de que **não será discriminado por preconceito racial**;.. (BRASIL, 1988).

Os incisos supracitados, trazem traços elementares sobre a reafirmação das garantias individuais dos detentos assistidos pelo atual sistema prisional brasileiro. O princípio da isonomia, por exemplo, assevera que estes sejam tratados de forma igualitária. O princípio da legalidade, prepondera que a lei deve que ser respeitada em sua totalidade, pois se existem as mais variadas formas de crimes, delitos e infrações, tem que haver uma lei para cada uma dessas performances.

A proibição de maus tratos e torturas, procura preservar a integridade dos detentos, tendo em vista, que a violência física e psicológica nas prisões e penitenciárias ainda acontece por parte de alguns funcionários, o que acaba dificultando a eficácia do processo de ressocialização.

Os detentos detêm a garantia da assistência religiosa, com liberdade a manutenção de suas crenças religiosas, usadas, muitas vezes, como estratégia de fortalecimento espiritual, no qual o Art. 24 da Lei 7.210 coloca que a “assistência religiosa, com liberdade de culto, será prestada aos presos e aos internados, permitindo-se-lhes a participação nos serviços organizados no estabelecimento penal, bem como a posse de livros de instrução religiosa”.

Outro inciso que merece destaque neste estudo, é o da preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem, assegurada indenização, nos casos de violação, sendo tal medida constitucional adequada, aos presos, XLIX

assegura-lhes o respeito à integridade física e moral. Assim sendo, o artigo 41, inciso VIII, da Lei 7.210/84 predispõe que no rol de direitos, a “proteção contra qualquer forma de sensacionalismo”.

Vale salientar que a Lei de Execução Penal, foi sancionada no dia 11 de julho de 1984, possui o nº 7.210 e é versada como LEP. Tem como primazia o reconhecimento os direitos humanos dos detentos, impedindo qualquer tipo de violência por parte de funcionários e tem como principal objetivo a ressocialização dos presos.

Os detentos não poderão sofrer qualquer tipo de discriminação em detrimento de preconceito racial dentro do regime prisional, assim como em outras prerrogativas, as subjetividades e particularidades dos sujeitos têm que ser respeitadas.

g) no inciso XLV, a garantia de que a pena não passará da pessoa do condenado; h) no inciso XLVI, a certeza de que a lei regulará a individualização da pena; i) no inciso XLVIII, a garantia de que “a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito a idade e o sexo do apenado”; j) no inciso XLIX, a garantia do “respeito à integridade física e moral”; l) no inciso L, a garantia de que “às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação”; m) no inciso LXIII, a garantia de que “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogados”... (BRASIL, 1988).

Os incisos outrora mencionados, também são faces contemplativas do art. 5º da Constituição Federal de 1988, no qual, procura-se ressaltar a primazia na efetivação dos direitos inerentes aos detentos, no processo de reclusão.

Destacam-se aspectos relacionados ao período de cumprimento da pena, individualização da pena, garantia da integridade moral e física, garantia de que as presidiárias do sexo feminino permanecerão com seus filhos durante todo o processo de amamentação, direito à informação e assistência familiar.

n) no inciso LXIV, a garantia de que “o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial”; o) no inciso LXIV, a garantia de que “o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial”; p) no inciso LXVI, a garantia de que “a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária”; q) no inciso LXXXV, a garantia de que “o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença” (BRASIL, 1988).

O Serviço Social e o desafio de realizar ressocialização a partir do sistema prisional brasileiro

Ainda, sobre os incisos do art. 5 da CF de 1988, é interessante pontuar que no que tange ao direito às informações, estas devem ser efetivadas desde o início da detenção e quando a prisão for decretada de forma irregular, os presos, serão judicialmente indenizados.

Percebe-se que a Constituição Federal de 1988, através dos incisos do art. 5º, abraça as subjetividades dos detentos nos presídios brasileiros, pois estes não perdem suas respectivas identidades ao serem presos no cumprimento do regime penal e precisam manter seus direitos constitucionais resguardados. No que corresponde a LEP, esta, por sua vez, objetiva “prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade. A assistência será: material; à saúde; jurídica; educacional; religiosa e social” (art. 10º, LEP).

Todavia, ainda existe uma luta a ser travada mesmo diante da existência da sanção penal e com os direitos preconizados pela CF de 1988 pois ainda existe preconceito, maus tratos, estigma e outros impasses na realidade cruel do sistema prisional brasileiro, os direitos humanos, a dignidade dos detentos ainda são violados cotidianamente. Assim sendo, ressocializar significa retornar convívio social após ter passado por um processo de reeducação, por meio de programas, projetos e assistências, e sobretudo, com a integridade física, mental e espiritual resguardada.

O PAPEL DO ASSISTENTE SOCIAL NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO E SUA RELAÇÃO DIRETA COM O PROCESSO DE RESSOCIALIZAÇÃO

Antes de adentrar no foco em questão, que o trabalho desenvolvido pelo assistente social dentro do sistema prisional brasileiro, dando ênfase na ressocialização, vale destacar características importantes que envolvem essa categoria profissional.

O assistente social contemporâneo é um profissional que possui suas ações pautadas na justiça social, na liberdade e na democracia. Por um código de ética profissional, que possui seus princípios estruturantes firmados em um Projeto Ético Político Profissional estreitamente comprometido com uma nova ordem societária, sem exploração e sem dominação de classes.

Assim, ao discutir sobre as atribuições e competências dos assistentes sociais postas na Lei 8.662/1993 que possui base para constituição legal da profissão no Brasil, Iamamoto (2001) ratifica que tais atribuições e competências não podem ser

desvencilhadas dos processos sócio históricos, mas que devem ser interpretadas no verso das novas demandas profissionais e da reestruturação do espaço profissional decorrentes das formas da sociedade contemporânea.

Deste modo compreende-se que tanto a Lei de Regulamentação da Profissão em vigor, quanto o Código de Ética Profissional devem orientar as ações profissionais dos assistentes sociais nos mais variados espaços ocupacionais de trabalho, ponderando que estes, possuem elementos que compõem o Projeto Ético Político outrora mencionado.

Ocupando historicamente funções terminais, a intervenção profissional realiza-se à margem das instâncias de reformulação de diretrizes e da tomada de decisões acerca das políticas sociais. Aqui, a cisão entre trabalho manual e intelectual cumpre sua função histórica: limita a compreensão da totalidade dos interesses, intenções e estratégias contidas no projeto da classe ou segmentos da classe que elabora e controla a execução das políticas sociais (GUERRA, 2007, p.155).

De modo geral os assistentes sociais contemporâneos possuem uma visão crítica e propositiva diante da realidade social dos sujeitos sociais e procuram romper com o conservadorismo, o imediatismo e o tecnicismo muitas vezes vinculados a sua prática profissional.

No que se refere ao Serviço Social, no sistema penitenciário brasileiro, este deve respaldar-se teórica e politicamente às prioridades alocadas pela política penitenciária a nível nacional. Deve mostrar-se capacitado para pesquisar, elaborar, executar políticas sociais, planos, programas e projetos assistenciais, terapêuticos, educacionais e preventivos junto a rede de relações que constituem o sistema prisional.

Vale reafirmar, que tais atribuições do Serviço Social encontram-se devidamente regulamentadas pelo Código de Ética Profissional; Lei de Regulamentação da Profissão e também na LEP.

Os profissionais trabalham com momentos diferentes do sujeito enquanto um preso. Assim, para conhecer este sujeito, o delito pelo qual está preso, as circunstâncias de seu cometimento, é imprescindível buscar conceitualizar este quadro empírico que se coloca como objeto de estudo: os valores impressos na sua socialização, a inscrição do delito na produção na criminalidade da sociedade, as condições de aprisionamento, a responsabilidade do Estado na custódia dos presos e a trajetória subjetiva de apreensão desta experiência pelo sujeito sobre o qual os pareceres serão elaborados (CFESS, 2008 p. 71).

O Serviço Social e o desafio de realizar ressocialização a partir do sistema prisional brasileiro

A ressocialização configura-se como peça fundamental para o retorno do presidiário a sociedade, após o período de reclusão. A prisão enquanto caráter punitivo e de afastamento do indivíduo ao convívio social e comunitário não existe, ou pelo menos, não deve existir, já que ao perder o contato com a liberdade de “ir e vir” por tempo determinado, o indivíduo tem que passar por um processo de “reeducação” social, já que o sistema prisional moderno se solidifica como mecanismo de “moldagem” ou, como assevera Foucault (1997, p. 208), a “prisão moderna é, antes de tudo, uma empresa de modificações de indivíduos”.

Extrapolando o universo conservador da “moldagem” dos detentos, o profissional de Serviço Social, atua de modo a orientá-los, no sentido, de fazer com que estes encontrem suas potencialidades e se enxerguem sob uma nova perspectiva, com isso, o artigo 4º inciso V da Lei de regulamentação da profissão, apresenta como competência da categoria: “orientar indivíduos e grupos de diferentes segmentos sociais no sentido de identificar recursos e de fazer uso dos mesmos no atendimento e na defesa de seus direitos”.

Segundo Barroco e Terra (2012, p. 65) “as lutas de DH têm a particularidade de abordar o conjunto de direitos e seus portadores sob a perspectiva da universalidade. Isso supõe uma concepção de homem, de direitos e de universalidade”. Ainda segundo as autoras, os direitos humanos (DH) possuem limitações frente a sociedade burguesa, no entanto, compreender que existe uma categoria profissional comprometida com os princípios dos direitos humanos, se institui uma estratégia de resistência frente aos limites institucionais dos presídios brasileiros.

O papel do assistente social, faz jus a socialização das informações concernentes aos interesses dos detentos e de suas famílias, a prestação de um serviço de qualidade e o compromisso com a realização dos atendimentos, levando sempre em consideração a subjetividade de cada detento.

É necessário estimular os potenciais dos detentos cotidianamente e fortalecer os laços de coletividade entre os mesmos, a fim de reafirmar a importância da orientação e socialização dentro do sistema prisional para que a ressocialização possa acontecer de forma efetiva.

Assim sendo, a LEP, destina todo o seu Capítulo III ao trabalho penitenciário. Segundo seus art. 28: “O trabalho do condenado, como dever social e condição de

dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva”. Desse modo, o trabalho do detento apresenta como objetivo a sua ressocialização.

A Lei n. 9.867, de 10 de novembro de 1999, prediz o estabelecimento de cooperativas sociais para colocar as pessoas em desvantagem no mercado através do trabalho, visando a promoção da dignidade da pessoa humana e a integração social dos cidadãos, cabe ao assistente social, no exercício de suas funções intermediar essa ponte entre tais instituições e egressos, para isso, é preciso que se tenha realizado um acompanhamento detalhado desde o início do cumprimento da pena.

Tal prerrogativa, possibilita o encurtamento da privação de liberdade, está ligado ao trabalho, sendo este é de extrema importância para a reaproximação do presidiário ao convívio social, já que o trabalho geralmente acontece de forma coletiva, porém, levando em consideração a aptidão laboral de cada detento.

Cabe salientar que conforme o art. 126, § 1º da LEP, “os dias efetivamente trabalhados durante o seu encarceramento, na proporção, de três dias de trabalho por um de pena”, ou seja, a cada três dias trabalhados, tem-se a redução de um dia de cumprimento de pena.

O trabalho enquanto instrumento de ressocialização, configura uma das ferramentas de trabalho para o profissional de serviço social dentro das penitenciárias brasileiras, pois a atuação dos assistentes sociais não deve se esgotar a responder à exigências burocráticas, que muitas vezes camuflam seu papel de agente transformador.

Daí a importância da construção de momentos de autocrítica dos detentos. É preciso estimular a reflexão crítica dos mesmos. Longe, deste estudo, pensar que este processo seja algo fácil, na verdade, compreender os indivíduos em sua totalidade e subjetividade, não é algo que se consiga da noite para o dia, mas é preciso fazer com que as mudanças sejam estimuladas todos os dias.

No artigo 4º, inciso III da Lei de Regulamentação da Profissão pressupõe enquanto competência do assistente social: “encaminhar providências, e prestar orientação social a indivíduos, grupos e a população”. Com isso, reafirma-se a relevância dessa categoria profissional, no sistema penitenciário, com base, na construção diária de estratégias para que a ressocialização seja mais efetivada que a reincidência.

O Serviço Social e o desafio de realizar ressocialização a partir do sistema prisional brasileiro

A verdade é que existe um arsenal de exigências que versam a atuação do assistente social no sistema prisional brasileiro. Sua atuação não se esgota dentro dos muros prisionais, os detentos possuem famílias que precisam ser assistidas, os egressos precisam de acompanhamento temporário, e a ideia de privação de liberdade ainda precisa ser trabalhada e discutida em todo corpo social.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A luz das reflexões deste estudo apontam para um extenso caminho de discussões, pois o processo histórico que envolve o sistema prisional revela amplas mudanças estruturais no modo de perceber, avaliar e atuar diante das pessoas que cometem algum tipo de ato delituoso.

A Lei de Execução Penal de 1984 e a Constituição Federal de 1988, configuram dois marcos importantes para o sistema prisional brasileiro, já que a primeira possui como base estruturante a prevenção de crimes e fazer com que os detentos consigam retornar à conviver em sociedade após o período de detenção. Já a CF de 1998 traz em sua essência os princípios estruturantes dos direitos humanos, que devem ser concebidos de forma inerente e isonômico a todos os cidadãos brasileiros.

Quanto às particularidades do sistema penitenciário brasileiro, este tem por obrigação atender as exigências legais que protegem os detentos no cumprimento da pena. Tais direitos estão atrelados aos princípios dos direitos humanos, que assegura a preservação da dignidade humana dos usuários.

Conclui-se que, diante deste processo o papel do assistente social, torna-se indispensável, já que o mesmo terá que lidar com várias esferas que envolvem a realidade dos presos assistidos, tendo em vista, que suas ações devem possuir duas premissas básicas: fazer com que o cumprimento da pena, seja um processo de aprendizado (e não de frustração) e aproximá-los da ressocialização, não da reincidência.

REFERÊNCIAS

BARROCO, Maria Lúcia. **Código de Ética do/a Assistente Social comentado /** Maria Lúcia Barroco, Sylvia Helena Terra ; Conselho Federal de Serviço Social – CFESS, (organizador). – São Paulo : Cortez, 2012.

BRASIL. **Lei 9.867, de 10 de novembro de 1999.** Dispõe sobre a criação e o funcionamento de Cooperativas Sociais, visando a integração social dos cidadãos conforme especifica. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9867.htm Acesso em: 10 de junho de 2017.

_____. **CONSTITUIÇÃO FEDERAL de 1988.**

_____. **Lei 8.662/93-** Lei de Regulamentação da Profissão.

_____. **Lei da Execução Penal.** Lei nº 7210/84.

BRANDÃO, Cláudio. **Introdução ao Direito Penal.** Rio de Janeiro: Forense, 2002.

FAUSTINO, Eliane; PIRES, Sandra. **A ressocialização como finalidade da prisão:** algumas considerações sobre seu significado. Revista Sociedade em Debate, Pelotas, UCPel, v. 40, p. 14-24, 2009.

FOUCAULT, M. **Vigiar e punir:** o nascimento das prisões. 24. ed. Trad de Raquel Ramalhe. Petrópolis: Vozes, 1997.

GILISSEN, John. **Introdução à história do direito.** Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

GUERRA YOLANDA. **A instrumentalidade do serviço social/Yolanda Guerra.** – 6. Ed.- São Paulo: Cortez, 2007.

HESPANHA, António M. **A História do Direito na História Social.** Lisboa: Livros Horizonte, 2005.

IAMAMOTO, M.V. **Projeto Profissional, espaços ocupacionais e trabalho do assistente social na atualidade.** XXX Encontro Nacional do CFESS/CRESS. Belo Horizonte, 2001 IAMAMOTO, Marilda Villela. A questão social no capitalismo. Temporális, Brasília, n.3, p. 16, 2001

PIRES. Sandra Regina De Abreu. **Sobre a prática profissional do assistente social no sistema penitenciário.** Textos & Contextos (Porto Alegre), v. 12, n. 2, p. 361 - 372, jul./dez. 2013.

ROXIN, Claus. **Problemas Fundamentais do Direito Penal.** Tradução Ana Paula dos Santos. Lisboa: Vegas, 1991.

SILVA, Marisya Sousa e. **Crimes hediondos & progressão de regime prisional.** Curitiba: Juruá, 2007.

A IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS NOS PRESÍDIOS COMO CONSECTÁRIO DA PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS ATRAVÉS DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL¹

Anna Beatriz Britto da Silva Melo

Leyane Larisa Barros e Santos

Railma Samera dos Aflitos

Viviane Maria de Pádua Rios Magalhães

RESUMO: Busca-se verificar junto à legislação vigente a implementação das políticas públicas nos presídios com ênfase no Estado do Piauí, analisando a sua efetividade como consuetudinário da proteção dos Direitos Humanos tendo análise na Lei de Execução Penal (LEP). Observam-se várias políticas públicas de ressocialização no contexto da Lei de Execução Penal (LEP). No contexto prisional surge uma grande problemática: a superlotação, sendo uma das principais causas de violência aos Direitos Humanos nos presídios de todo país. Como se é visto em todos os meios de comunicação, a superlotação carcerária e a estrutura dos estabelecimentos favorecem a violação dos direitos humanos nos presídios que ultimamente vem se tornando uma crescente no país. Objetiva-se de analisar a implementação dessas políticas públicas no sistema carcerário brasileiro e com vistas ao Estado do Piauí. A metodologia utilizada nesta pesquisa foi levantamento bibliográfico em artigos científicos, na Constituição Federal, Declaração dos Direitos Humanos, na Lei de Execução Penal (LEP), e em doutrinas que abordassem a temática. Segundo o que foi analisado, uma das grandes problemáticas do sistema carcerário brasileiro é a superlotação dos presídios, além da estrutura dos estabelecimentos prisionais que favorecem a violação dos Direitos Humanos. Em relação ao Estado do Piauí, a Secretaria de Justiça e Direitos Humanos é bastante atuante, existe uma grande implementação de políticas públicas no estado, fazendo com que os detentos tenham acesso à educação, a cursos profissionalizantes, a saúde, entre outras políticas públicas.

PALAVRAS-CHAVE: Políticas Públicas. Sistema Carcerário. Estado do Piauí. Direitos Humanos.

¹ Recebido em 30/07/2017.

Aprovado em 21/09/2020.

INTRODUÇÃO

Este artigo objetiva verificar junto à legislação vigente a execução das políticas públicas nos presídios com ênfase no Estado do Piauí, analisando a sua efetividade como consuetudinário da proteção dos Direitos Humanos tendo análise na Lei de Execução Penal (LEP).

Observam-se várias políticas públicas de ressocialização no contexto da Lei de Execução Penal (LEP). No art. 126 nos incisos I e II desta lei, por exemplo, há viabilidade de remição de pena pela educação e pelo trabalho, dando incentivo para que essas políticas sejam realizadas, contribuindo para a diminuição de reincidência criminal e para a ressocialização.

Outras políticas podem ser identificadas como na área de saúde citada no art. 14, assistência social nos arts. 22 e 23, a assistência religiosa no art. 24, sendo essenciais para a contribuição de um ambiente prisional humanizado e principalmente para a ressocialização dos detentos.

Infelizmente, o sistema prisional brasileiro possui a problemática da superlotação, bem como a dificuldade em manter uma estrutura adequada dos estabelecimentos, situações que acabam se tornando verdadeiros fatores de violação aos direitos humanos dos detentos brasileiros. Como exemplo de tal situação, pode-se citar a chacina de Manaus, deixando 56 mortos, a segunda maior na história do país, ficando atrás apenas do massacre do Carandiru, em São Paulo em 1992 com 111 presos mortos. (Segundo o Jornal *EL PAÍS BRASIL*)

No Estado do Piauí, é oportuno destacar o papel da Secretaria de Justiça e Direitos Humanos, que vem atuando com o objetivo de promover, manter, executar e acompanhar a política do Estado, sempre relacionando a mesma com a cidadania e a proteção dos direitos humanos. Assim, esta exerce papel de grande importância, já que não só administra o sistema penitenciário do Estado, como também desenvolve programas de ressocialização dos detentos.

Objetiva-se analisar a efetivação dessas políticas públicas no sistema carcerário geral e do Estado do Piauí. Além disso, responder os seguintes questionamentos: Qual é a importância das políticas públicas? De que maneira as políticas públicas (praticadas) podem contribuir para o sistema carcerário mais humanizado? Qual o

A IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS NOS PRESÍDIOS COMO CONSECTÁRIO DA PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS ATRAVÉS DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL

impacto efetivo das políticas públicas na reinserção social e na proteção dos Direitos humanos dos presos? O Estado do Piauí possui políticas públicas? Elas são suficientes diante da crise do sistema prisional?

Para construção deste artigo, utilizou-se pesquisa bibliográfica, baseado na consulta a artigos científicos, a Constituição Federal, Declaração dos Direitos Humanos, a Lei de Execução Penal (LEP), e em doutrinas que abordam a temática.

O presente artigo está estruturado em três itens. Inicialmente com os aspectos históricos, posteriormente com a superlotação carcerária e a estrutura dos estabelecimentos como fator da violação aos Direitos Humanos no país e no Estado Piauí, analisando também as políticas públicas no contexto da Lei de Execução Penal Brasileira (LEP).

2 ASPECTOS HISTÓRICOS

2. Surgimento do Sistema Prisional Brasileiro e das Primeiras Políticas Públicas

Ao falar do advento do Sistema Prisional Brasileiro, importante ressaltar a existência das Ordenações Filipinas, compilação jurídica, que fora adequada como modelo de sistema penal, já que este, por ser colônia portuguesa, não possuía um Código Penal próprio. As Ordenações Filipinas previam e aplicavam crimes e penas, na maioria das vezes, desproporcionais em relação aos delitos, tendo em vista que trazia previsão da pena de morte e penas corporais aos criminosos, além da humilhação pública do réu.

É oportuno destacar que as Ordenações Filipinas continuaram sendo a base do Direito Penal até a época do império no Brasil, só começando a serem substituídas com a Independência (1822), bem como em razão da Constituição de 1824, a qual previa um verdadeiro avanço, trazendo à baila o reconhecimento do direito à dignidade do preso (MACIEL, 2006, p.2).

Neste soar, é o disposto no artigo 179, inciso XXI, da Constituição de 1824, onde se assegurava que:

As cadêas serão seguras, limpas, o bem arejadas, havendo diversas casas para separação dos Réos, conforme suas circunstancias, e natureza dos seus crimes.

Desta feita, surge aí, com status constitucional, a afirmação da dignidade humana do preso, bem como a possibilidade da pena privativa de liberdade.

No ano de 1830, surge o Código Criminal do Império, introduzindo a pena privativa de liberdade em duas formas: a simples e a prisão com trabalho, que poderia inclusive, ser perpétua.

Embora reconhecida a dignidade do preso em 1824, ainda se mantinham as penas de morte, de trabalhos forçados ou perpétua. É de se ressaltar que o referido código não previa nenhum sistema penitenciário específico, deixando livre a definição do sistema e do regulamento deste. (ENGBRUCH e DI SANTIS, 2012, p.9 -10).

Em 1890, surge um novo Código Penal, o qual aboliu as penas de morte, penas perpétuas, e previa quatro tipos de prisão: celular, reclusão em fortalezas, praças de guerra ou estabelecimentos militares, prisão com trabalho que era cumprida em penitenciárias agrícolas ou em presídios militares; e disciplinar, cumprida em estabelecimentos especiais para menores de 21 anos. Uma grande inovação desse Código foi estabelecer limite de 30 anos para as penas. (ENGBRUCH e DI SANTIS, 2012, p.12).

Apesar do Código de 1890, é de se ressaltar que a Constituição de 1937 significou um verdadeiro retrocesso penal e humanitário, tendo em vista que esta reestabeleceu a pena de morte no país. Nesse sentido, é o disposto no inciso 13 do art. 122 do texto constitucional de 1937:

13) Não haverá penas corpóreas perpétuas. As penas estabelecidas ou agravadas na lei nova não se aplicam aos fatos anteriores. Além dos casos previstos na legislação militar para o tempo de guerra, a lei poderá prescrever a pena de morte para os seguintes crimes: [...] d) tentar, com auxílio ou subsídio de Estado estrangeiro ou organização de caráter internacional, a mudança da ordem política ou social estabelecida na Constituição; e) tentar subverter por meios violentos a ordem política e social, com o fim de apoderar-se do Estado para o estabelecimento da ditadura de uma classe social; f) o homicídio cometido por motivo fútil e com extremos de perversidade.

O arcabouço legal de 1940 é fruto das transformações sociais e econômicas sofridas pelo Brasil por volta de 1930. Em relação ao texto legal, o Código Penal de 1940, também fora influenciado pelo Código Italiano de 1930, sendo um “código rigoroso, rígido, autoritário no seu cunho ideológico”. (ZAFFARONI PIERANGELI apud MADEIRA, 2008, p.121).

A IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS NOS PRESÍDIOS COMO CONSECTÁRIO DA PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS ATRAVÉS DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL

Registre-se que no Brasil, as primeiras políticas públicas em aspecto geral, só surgiram no governo de Getúlio Vargas (entre 1930 e 1945) e referiam-se, em especial, às questões trabalhistas, as áreas da saúde, educação profissional e habitação. Ocorre que, tais políticas públicas eram restritivas, já que muitas vezes estavam destinadas apenas à determinados grupos específicos (FREITAS, 2009, p.4).

Por volta da década de 80, após o fim da ditadura, as políticas públicas no país se transformaram, sendo redesenhadas e ampliadas na Constituição de 1988 (FREITAS, 2009, p.4).

Desta feita, no âmbito do sistema de execução penal, a Constituição de 1988, reservou trinta e dois incisos do artigo 5º, que trata das garantias fundamentais do cidadão, destinados à proteção das garantias do homem preso. Existe ainda a legislação específica, a Lei de Execução Penal, que dispõe sobre os direitos infraconstitucionais dos presos no período da execução penal. (DAMACENO apud MANFROI, 2016, p.7)

Neste soar, os direitos dos presos são demonstrados, diante da límpida letra do art. 41, da Lei 7.210 /84, *verbo ad verbum*:

Art. 41 - Constituem direitos do preso: I - alimentação suficiente e vestuário; II - atribuição de trabalho e sua remuneração; III - Previdência Social; IV - constituição de pecúlio; V - proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação; VI - exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena; VII - assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa; [...].

Dessa forma, a Lei de Execuções Penais, além de trazer a questão dos direitos do preso, possibilita a remição da pena pela educação e ou pelo trabalho, incentivando a aplicação dessas políticas públicas capazes de contribuir para a ressocialização e diminuição dos índices de reincidência criminal (MANFROI, 2016, p.2), o que se pode verificar através de análise do artigo 126, *in verbis*:

Art. 126. O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena.

Assim, é de se ressaltar que a adoção de políticas públicas capazes de ocupar os detentos e melhorar o convívio entre eles pode ser essencial para a ressocialização. E, nesse sentido, destaca-se a importância de políticas públicas como a educação e o trabalho, que, além de proporcionar conhecimento, ocupação e

Revista da Escola Judiciária do Piauí, Teresina, PI, Vol.2, N.1, jul/dez, 2020. ISSN: 2526-7817

renda, transformam o ser humano, facilitando os relacionamentos e consequentemente a socialização (MANFROI, 2016, p.2).

3 A SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA E A ESTRUTURA DOS ESTABELECIMENTOS COMO FATOR DE VIOLAÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS

3.1 No Brasil

A superlotação é uma problemática constante no sistema prisional brasileiro, sendo esse ponto destacado no relatório de Direitos Humanos, divulgado em janeiro de 2017, pela organização não governamental Human Rights Watch (HRM), criticando a superlotação nos presídios do país e afirmando que esse quadro existe pela falha da legislação antidrogas.

Em entrevista a EBC Agência Brasil, a Diretora da HRW no Brasil, Laura Maria Canineu, disse que a Lei de Drogas que vigora no país, é uma das causas responsáveis por esse problema nos presídios. “Porque essa lei aumentou as penas para o tráfico e, embora tenha determinado penas alternativas, como trabalhos comunitários para o usuário, a lei deixou muita vaga a interpretação, e um pouco na mão das autoridades policiais a interpretação de quem é usuário e quem é traficante”.

Segundo a Diretora, há um grande número pessoas presas, tratadas como traficantes, por transportar consigo uma pequena quantidade de drogas. Pra ela o país deve revisar a política de combate as drogas levando em conta a sua realidade prisional, sendo que cerca de 60% da população carcerária masculina e quase 30% da população feminina estão na cadeia por crimes relacionados a drogas.

No começo do ano uma notícia ganhou os holofotes dos meios de comunicação no país inteiro: o massacre no Complexo Penitenciário Anísio Jobim (Compaj), em Manaus que deixou 56 presos mortos, ficando atrás apenas do massacre do Carandiru em São Paulo com 111 detentos mortos em 1992. O que só reforça o que o relatório dissertou: uma superlotação, onde a maioria dos presos que estão nesse complexo penitenciário, foi levada por crimes relacionados às drogas. Segundo o Jornal EL PAÍS Brasil a região Norte é essencial para o tráfico internacional, uma das principais rotas por onde a droga passa, já que a região faz fronteira com grandes

Revista da Escola Judiciária do Piauí, Teresina, PI, Vol.2, N.1, jul/dez, 2020. ISSN: 2526-7817

A IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS NOS PRESÍDIOS COMO CONSECTÁRIO DA PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS ATRAVÉS DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL

produtores de cocaína, com Colômbia, Bolívia e Peru. Tendo as cadeias locais o comando sobre essa atividade.

Depois do massacre, foram divulgadas várias medidas para amenizar a crise causada pela chacina, a principal medida foi o gasto de R\$ 430 milhões para a construção de presídios e na melhoria da segurança dos que já existem. O Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF), Gilmar Mendes, em entrevista para a BBC Brasil, diz que a construção de presídios não soluciona com a crise carcerária no país, e entre outras medidas apontadas por ele para a diminuição do contingente carcerário, está a promoção de mutirões judiciais para o julgamento de presos provisórios, sendo cerca de 32% do total e a descriminalização do uso de drogas.

Sendo constatada a superlotação como a maior problemática no sistema prisional, em que o número de presos em uma cela cresce cada vez mais, destaca-se a questão dos direitos, principalmente os direitos humanos, que acabam sendo violados pelo sistema carcerário nacional.

Segundo Hulsman, (apud, KIRST, 2008, p. 1):

“Fala-se que os castigos corporais foram abolidos, mas não é verdade. [...] a privação de ar, de sol, de luz, de espaço; o confinamento entre quatro paredes; o passeio entre grades; a própria promiscuidade com companheiros não desejados em condições sanitárias humilhantes; o odor, a cor da prisão, as refeições sempre frias onde predominam as féculas – não é por acaso que as cáries dentárias e os problemas digestivos se sucedem entre os presos! Estas são provas físicas que agredem o corpo, que deterioram lentamente.”

Observa-se que os direitos dos apenados são tolhidos, e que são submetidos a situações degradantes, em desacordo ao que dispõe a Lei de Execução Penal no art. 41, a exemplo: alimentação suficiente e vestuário, atribuição de trabalho e sua remuneração; previdência social; proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação; exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena e - assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa.

Mirabete (2006, p. 24), destacando que as prisões atuais impedem a ressocialização dos apenados:

A ressocialização não pode ser conseguida numa instituição como a prisão. Os centros de execução penal, as penitenciárias, tendem a converter-se num

microcosmo no qual se reproduzem e se agravam as grandes contradições que existem no sistema social exterior (...). A pena privativa de liberdade não ressocializa, ao contrário, estigmatiza o recluso, impedindo sua plena reincorporação ao meio social. A prisão não cumpre a sua função ressocializadora. Serve como instrumento para a manutenção da estrutura social de dominação.

3.2 No Piauí

Infelizmente, o Estado do Piauí também sofre com a superlotação, segundo o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o Piauí está com 4.114 presos atualmente, sendo que a capacidade prisional do Estado é de 2.230 vagas.

É oportuno destacar que a quantidade de presos provisórios também contribui para agravar a situação do sistema prisional do Estado. De acordo com o juiz da vara das execuções penais de Teresina, José Vidal de Freitas apud Alencar (2017, p.2), o Piauí já esteve em situação pior, com mais de 60% dos presos provisórios:

Hoje o que está acontecendo é a diminuição, graças ao trabalho que vem sendo realizado pelo Poder Judiciário. Pois, em 2008, o Piauí tinha 2.100 presos. Agora, nove anos depois, tem quase o dobro, 4.114. Ainda há um problema sério da ressocialização social aqui. Porque só foram construídas 280 vagas durante esse período. E isso dificulta a ressocialização social dos presos, já que essas pessoas saem das cadeias e tendem a cometer novos crimes. E o objetivo do poder judiciário é melhorar esses números e esperar que o governo também tome providências para atuar nessa área.

No Estado, atualmente estão sendo construídos três novos presídios e também está em fase de estudo a construção de mais dois, totalizando 1.450 vagas. Apesar dos avanços isso não resolve a crise de superlotação, segundo o site grandepicos.com.br; Daniel Oliveira, Secretário de Justiça do Piauí, enfatiza que: “Historicamente, o que percebemos é que o número de pessoas presas aumenta de forma desproporcionalmente absurda em relação ao aumento de vagas. É preciso considerar, portanto, que aumento de vagas, por si só, não resolverá o problema”.

Assim por meio da Secretaria de Justiça e Direitos Humanos vem sendo investidas medidas para a diminuição da população carcerária nos presídios e conter o avanço das prisões em massa. Sendo um dos itens apontados pelo Secretário de Justiça para atenuar o contingente carcerário é a ampliação das medidas e penas alternativas. Segundo ele: “A prisão é a última solução para a criminalidade. Precisamos avançar em soluções mais eficazes, além da construção de novos

REVISTA DA ESCOLA JUDICIÁRIA DO PIAUÍ, Teresina, PI, VOL.2, N.1, JUL/DEZ, 2020. ISSN: 2520-7817

A IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS NOS PRESÍDIOS COMO CONSECTÁRIO DA PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS ATRAVÉS DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL

presídios, de maneira que possamos reduzir o índice de aprisionamento e ter uma justiça mais célere e eficiente”. (Segundo o site grandepicos.com.br)

Além disso, foi sancionada a alteração da Lei nº 6.993 que autoriza a Lei de Fundo Penitenciário do Piauí (5.562/2006), que possibilita a elaboração de novo investimentos agilizando assim a modernização: que prevê além de investimentos da estrutura física, projetos de ressocialização de presos e egressos; alternativas penais; políticas de redução da criminalidade, entre outros.

Em entrevista ao site www.cidadeverde.com, o Secretário de Justiça do Estado destacou que modernização do sistema prisional do Estado dá meios para consolidar os avanços e ainda ponderou que a garantia legal desses investimentos permite, portanto, consolidar a gestão do sistema penitenciário com força de política de Estado, o que é fundamental para assegurar a continuidade, no médio e longo prazo, das medidas necessárias à melhoria dos presídios e do próprio sistema de justiça.

4 POLÍTICAS PÚBLICAS NO CONTEXTO DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL BRASILEIRA (LEP) (BRASIL/ PIAUÍ)

4.1 Área Educacional

O primeiro sinal a respeito da educação prisional ocorreu no ano 1984, com o surgimento da Lei de Execução Penal, 7210/84 (LEP), que em seu arcabouço trouxe a possibilidade da assistência educacional ao preso. (BONFIM, 2011, p.2)

É de se ressaltar que a Lei de Execução Penal foi elaborada tendo como base as medidas de assistência ao condenado. Além de tentar propiciar condições para a possível integração social do preso e do internado, procura-se cuidar não só do sujeito passivo da execução como também da defesa social. (JULIÃO, 2011, p.5).

Nesse sentido, o direito à educação escolar, no âmbito da execução penal, representa condição de uma verdadeira liberdade de formação, principalmente no tocante ao desenvolvimento da personalidade, e instrumento fundamental da própria emancipação, sendo um direito humano considerado essencial para a realização da liberdade e para que esta seja utilizada em prol do bem comum. (JULIÃO, 2011, p.8).

No Estado do Piauí, de acordo com o Plano Estadual de Educação das Prisões (2012, p.9), as primeiras experiências educacionais em relação, ao apenado eram realizadas por instituições religiosas:

Em todo o Estado do Piauí, as primeiras experiências educacionais que se têm conhecimento, eram feitas por instituições religiosas, que se mostravam sensibilizadas com os elevados índices de analfabetismo, especialmente dentro do cárcere. Dessa forma e motivadas pelo compromisso religioso, montavam turmas de alfabetização com voluntários, tanto docente como discente, com a intenção de reduzir o número de analfabetos.

Com vistas a melhorar o sistema educacional e criar um vínculo maior de legalidade dentro do sistema penitenciário piauiense, a Secretaria da Justiça do Estado do Piauí (SEJUS), apresentou ao Governo do Estado uma proposta de implantação da educação básica sistemática nos presídios, através do projeto “Educando Para a Liberdade”. A implantação do supracitado projeto teve basicamente como referência a Lei de Execução Penal e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação nº 9.394/96.

Criado em março de 2003, após a realização de um convênio de parceria entre SEDUC/SEJUS, o projeto “Educando Para a Liberdade” foi considerado uma das ações mais importantes desenvolvidas pelo Sistema Penitenciário do Estado, já que possibilitou a educação continuada aos apenados.

Atualmente, sob a orientação da Resolução CNE/CEB Nº 02/2010 é da competência da SEDUC juntamente com a administração penitenciária ofertar a educação de jovens e adultos privados de liberdade.

Segundo o site da Secretaria de Justiça, o governo do Estado do Piauí matriculou 1.307 presos para o ano letivo de 2017. Isso indica que 31,2% dos detentos estão em sala de aula, levando em consideração o universo total de 4.182 detentos.

Isso significa um grande avanço, já que no ano de 2014 o número de presos estudando era de 164, ou seja, 5,1%, com a população carcerária de 3.224 de detentos. Em 2015 a porcentagem de detentos estudando foi de 57% correspondendo a 470 pessoas, no universo total 3.707 presos. E o ano de 2016, que foi encerrado com 20% da população carcerária estudando, ou seja, 838 em relação ao total de 4182 detentos. Se comparado o percentual de 2017 a 2014 o aumento foi de 512% de acordo com o Núcleo de Estatística da Secretária de Justiça.

A IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS NOS PRESÍDIOS COMO CONSECTÁRIO DA PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS ATRAVÉS DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL

Os programas de ensino que funcionam no sistema prisional, segundo a Secretária de Justiça do Estado são: Educação de Jovens Adultos (EJA), Brasil Alfabetizado e o Canal Educação.

Segundo Daniel Oliveira, Secretário de Justiça, a crescente no número de detentos estudando mostra a preocupação do Estado em assegurar o acesso absoluto à educação. “Entendemos que apenas com educação podemos promover a transformação social necessária para vivermos em harmonia. Oportunizar, também às pessoas privadas de liberdade nos presídios, acesso à educação é fortalecer as bases da cidadania”, relata o secretário.

4.2 Área da Saúde

Com o propósito de levar aos presídios: ações e serviços de saúde foi criado em 2003, o Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário (PNSSP), mesmo já havendo ações de saúde nos cárceres brasileiros, o plano veio para impulsionar a admissão concreta, através de fomento financeiro para custeio e kit de medicamentos de cuidado básico, com fundos do Ministério da Saúde e do Ministério da Justiça, sendo que este último arca também com o melhoramento e adequação dos equipamentos e do ambiente das penitenciárias nacionais.

Segundo o site Portal de Saúde, as condições em que se encontra os presidiários são: superpopulação, violência, iluminação e ventilação naturais insuficientes, falta de proteção contra condições climáticas extremas, que são comuns em todo o mundo. E estas quando se combinam com a não adequação dos meios de higiene pessoal e de nutrição, à falta de obtenção a água potável e ao deficitário serviço médico, há um aumento na vulnerabilidade da população carcerária à infecção pelo HIV e outras patologias infecciosas, como: tuberculose, hepatites virais, hanseníase, entre outras, crescendo também as taxas de morbidade e mortalidade relacionadas ao HIV.

O Estado do Piauí está avançando, nas políticas públicas no sistema prisional na área de saúde como destaca o Secretário de Justiça, no site da Secretaria de Justiça:

A Sejus tem avançado na atenção básica à saúde nos presídios, trabalhando de forma conjunta com órgãos de saúde do Estado e dos municípios, visando à expansão da Política Nacional de Saúde no Sistema Prisional, assegurando o processo de humanização do sistema.

Em parceria com os órgãos gestores da área de saúde nos municípios, a Secretaria de Justiça do Estado, está realizando campanha de vacinação contra o vírus H1N1 nos presídios e setores administrativos ligados ao sistema prisional do Estado.

De acordo com Ágatha Knitter, Diretora de Humanização e Reintegração Social da Secretaria de Justiça, em entrevista ao site da Sejus, a campanha de vacinação atende à Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional (PNAISP), reforçando a outras ações voltadas à saúde nos presídios.

Essa área vem avançando tanto, que o projeto Passo a Pássaro, criado pela Sejus e a Coordenadoria Estadual de Enfrentamento às Drogas, que está sendo desenvolvida atualmente na Penitenciária Feminina de Teresina, foi um dos quatro projetos do Nordeste, selecionados para o Laboratório de Inovações sobre a Participação Social na Atenção Integral à Saúde das Mulheres, iniciativa da Organização Pan-Americana da Saúde (OPAS) e do Conselho Nacional de Saúde (CNS).

Segundo o site da Sejus, o projeto vem sendo realizado desde outubro de 2016, tendo como foco a execução de atividades voltadas à reabilitação de dependentes químicos no sistema prisional do Piauí. A Penitenciária Feminina de Teresina está sendo a primeira unidade prisional do Estado a receber o projeto.

Por meio do projeto, são executadas ações de cuidado integral, como: tratamento para o tabagismo, prevenção de Doenças Sexualmente Transmissíveis (DSTs), atendimento psicológico, médico e odontológico. Além disso, os familiares das detentas também recebem atendimento.

Além disso no município de Teresina existe a Residência Terapêutica do bairro São João. Essa unidade foi implantada no Piauí, em parceria com as secretarias de Saúde e Justiça do Estado, sendo um serviço do Ministério da Saúde, ela é a primeira designada a pacientes com transtornos mentais que cumpriam medida de segurança no sistema prisional.

Em entrevista ao site da Sejus, a Gerente estadual de Saúde Mental, Gisele Martins esclarece que:

A Residência Terapêutica é um programa do Ministério da Saúde na rede de atenção psicossocial que visa à desinstitucionalização de pacientes

A IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS NOS PRESÍDIOS COMO CONSECTÁRIO DA PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS ATRAVÉS DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL

com transtorno mental que por algum motivo social ficaram institucionalizados em espaços psiquiátricos, buscando a ressocialização deles no meio da comunidade, para que possam voltar a ter acesso às políticas públicas sociais e de saúde.

Segundo o site, com a extinção do Hospital Penitenciário Valter Alencar e sua transformação em Unidade de Apoio Prisional (UAP), o Piauí iniciou, em março de 2016, a desinternação e o encaminhamento de pacientes com transtornos mentais em conflito com a lei, ao Hospital Areolino de Abreu, para seus familiares ou para a Residência Terapêutica. Essa medida atende à Lei 10.216/2001 – que trata da reforma psiquiátrica e tornando dispensáveis os Hospitais de Custódia e Tratamento Psiquiátrico.

4.3 Área da Profissionalização

No Brasil, segundo Julião (2011, p.7), o trabalho nas prisões foi introduzido nas prisões pelo Estado Imperial Brasileiro, com “A Casa de Correção”, antiga penitenciária Lemos Brito, regulamentada em 6 de julho de 1850, por meio do Decreto nº 677:

O trabalho nas prisões foi introduzido na cadeia pelo Estado Imperial Brasileiro, mediante uma mudança no conceito de prisão, que passou a ter o objetivo de reprimir e reabilitar, apostando na reforma moral do criminoso. Naquela época, esse modelo de punição, que aliava a pena ao trabalho, era tido como moderno, atendendo à máxima de que somente por meio da disciplina do trabalho seria possível a recuperação do delinquente.

Durante muito tempo, ninguém dentro do sistema penitenciário se preocupou com a capacitação profissional do interno penitenciário. Atualmente, inicia-se tal discussão, principalmente por o trabalho ser matéria constitucional (condição de dignidade humana), e estar disposto na Lei de Execução Penal.

Nesse sentido, a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, que instituiu a Lei de Execução Penal, assim dispõe sobre o trabalho:

Art. 28 – O trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva.
§ 1º. Aplicam-se à organização e aos métodos de trabalho as precauções relativas à segurança e à higiene.

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

Assim, o trabalho, principalmente no âmbito da execução penal, torna-se de suma importância, já que mediante a possibilidade de qualificação profissional dos internos, têm-se a possibilidade de inseri-los (ou reinseri-los) no mercado da força de trabalho.

Em outras palavras, a profissionalização dentro do sistema prisional está intimamente ligada à realidade social, resgatando a cidadania e fortalecendo os direitos humanos no sistema prisional.

É de se ressaltar que tanto no sistema prisional brasileiro como no sistema prisional piauiense, a principal dificuldade enfrentada por egressos é a falta de oportunidade de emprego. Além do preconceito, muitas delas não têm qualificação necessária ou estudo necessário que lhes possibilite conseguir um trabalho ao sair da prisão.

Com vistas a modificar esta realidade e incentivar a profissionalização dentro do sistema prisional piauiense, importante destacar a existência do “Projeto Trabalhar”, fruto de parceria entre as secretarias de Estado de Justiça e de Educação e que tem como objetivo utilizar mão-de-obra de detentos para ajudarem em melhorias estruturais em escolas públicas e em outros órgãos públicos.

Consoante, a Secretaria de Justiça do Estado, o referido projeto teve início em março de 2017, quando os reeducandos fizeram a limpeza de quatro escolas no bairro Dirceu e uma no Monte Castelo.

Além disso, segundo a Diretoria de Humanização e Reintegração Social da Secretaria de Justiça do Estado, cerca de 440 certificados de cursos profissionalizantes já foram entregues a detentos, de 2015 ao primeiro semestre de 2017. Em um ano e meio, 46 turmas de capacitação foram concluídas no sistema prisional do Piauí.

Os cursos são desenvolvidos por meio de parcerias com o Programa Nacional de Acesso ao Ensino Técnico e Emprego (Pronatec), Universidade Federal do Piauí (UFPI), Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial (Senac), Serviço Nacional de Aprendizagem Rural (Senar) e Secretarias de Estado da Educação e de Trabalho e Empreendedorismo.

A IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS NOS PRESÍDIOS COMO CONSECTÁRIO DA PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS ATRAVÉS DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL

Diante de tais considerações, verifica-se a complexidade da abordagem do tema, tanto no âmbito nacional, quanto regional. Enquanto efetivamente se evidenciam algumas conquistas no âmbito da implementação dos projetos de ressocialização, principalmente de uma concepção de tratamento respeitando os direitos humanos através da Secretaria de Justiça do Estado, a falta de oportunidade de emprego para egressos é inegável.

4.4 Área de Controle Social

Desde que se tem notícia, sempre houve um padrão de comportamento social e juridicamente aceito e (ou) imposto pela sociedade. Embora os estereótipos comportamentais por milhares de anos tenham sido estabelecidos no meio social, há pessoas que por variados motivos não se enquadram nesses modelos de conduta social. Tem-se como exemplo, os apenados, que se encontram encarcerados em virtude de desobediência da norma vigente.

Ao se analisar o controle social à luz do sistema prisional, é de se mister que este controle é exercido pelo direito material penal e “que o controle social exercido pelo Direito Penal nada mais é do que uma estratégia de legitimação e reprodução dos valores consagrados e preservados pela ideologia dominante” (ASSIS e WERMUTH, 2015, p. 1).

Nesse turno, Mannheim (apud ASSIS e WERMUTH, 2015, p. 1) conceitua que o controle social é “o conjunto de métodos pelos quais a sociedade influencia o comportamento humano, tendo em vista manter determinada ordem”.

No vigente Código Penal brasileiro, existem positivadas aproximadamente mais de 300 artigos que trazem em seu bojo os tipos penais criminalizados no ordenamento jurídico, no entanto, não se pode afirmar que só o Código Penal descreve os tipos penais, pois há outras leis também de natureza infraconstitucional que tipificam e estabelecem repressões penais, como por exemplo, a Lei nº 11.343 de 23 de agosto de 2006 (Lei antidrogas).

Utilizando-se da sua cognição, Muñoz Conde (apud ASSIS e WERMUTH, 2015, p. 1), entende que “o Direito Penal é a superestrutura repressiva de uma determinada estrutura econômica e de um determinado sistema de controle social pensado para a defesa da estrutura”.

Contudo, insta salientar que as políticas públicas nos presídios brasileiros têm se tornando uma das soluções ou sendo até mesmo menos otimista, a alternativa de se ter um controle social voltado à humanização do cárcere (pena privativa de liberdade) em que é posto a tutela do Estado o apenado.

Pois, “a participação no âmbito do sistema penitenciário deve ter presente a possibilidade tanto de efetivação como de constituição de novos direitos, em caminho que não absolutiza o poder estatal (WOLFF, s. d, p. 14)”.

Como dito alhures a prisão é uma forma de controle social, mas ao se cercear a liberdade de qualquer indivíduo deve-se também pôr em prática políticas públicas voltadas ao sistema carcerário, visando à diminuição do contingente de detentos, profissionalizando-os, preparando-os para o mercado de trabalho.

Em entrevista ao site G1 Piauí, o Presidente do Sinpoljuspi, Vilobaldo Carvalho informa que:

Dados do Ministério da Justiça mostram que a população carcerária no restante do país dobrou em uma década, enquanto no Piauí este aumento chegou a 150%. Em 2004 o estado tinha 1.580 presos, 10 anos depois este número passou para 3.301 detentos. Se fizermos uma análise, enquanto a média do crescimento da população brasileira, segundo o IBGE, é de 1% por ano, a carcerária aumenta 10% todo ano (SITE G1 PIAUÍ, VILOBALDO apud COSTA e TEIXEIRA, 2015).

Ainda que exaustivamente debatido, importa dizer que, a sociedade encontra-se em constante modificação e o direito dentro do contexto social da época busca acompanhar as rápidas modificações vivenciadas, entretanto, por muitas vezes, o direito não estar no mesmo compasso, porém, não é justificativa para que os direitos humanos, que são direitos de caráter universal, sejam reprimidos ou relativizados.

4.5 Políticas Públicas e seu Papel Ressocializador

Como já mencionando anteriormente, a Lei de Execução Penal nº 7.210 de 1984, ao ser criada, representou um verdadeiro avanço para legislação brasileira, já que possibilitou o reconhecimento do respeito aos direitos dos presos, visando não só a punição dos detentos, mas também a ressocialização dos condenados. (LIMA, 2010, p.2)

A IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS NOS PRESÍDIOS COMO CONSECTÁRIO DA PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS ATRAVÉS DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL

A ressocialização é um dos objetivos maiores da execução penal, e nesse sentido, destaca-se o disposto no art. 1º da referida lei: “A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”.

Como forma de responder a pergunta feita no início deste artigo, em relação à importância das políticas públicas prisionais para a ressocialização do preso, oportuno afirmar que, estas possuem singular importância para o atingimento de um nível melhor na concretização da ressocialização nos reeducandos que compõem o sistema prisional brasileiro.

Nesse contexto, Silva Júnior (2016, p.8) aduz:

É a partir da implementação de políticas públicas prisionais que o reeducando pode ser reintegrado à sociedade com a preparação necessária para não reincidir em crimes e construir uma vida fora da prisão honestamente. Daí a necessidade de consolidação dessas políticas no sistema prisional, com a finalidade de que possuam um caráter permanente [...]

Conforme identificado nos resultados da pesquisa, é de suma importância o papel da Secretaria de Justiça do Estado do Piauí, no tocante a realização de projetos que incentivem não só a educação e o trabalho do preso, mas também a saúde e a questão do controle social, na política de reinserção social.

Ocorre que, frente a tantos problemas ainda encontrados no sistema prisional brasileiro e piauiense, defende-se que as políticas públicas sejam implementadas não visando apenas o seu papel ressocializador, mas, principalmente, que sejam garantidos como direitos elementares dos privados de liberdade como pessoas humanas.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Refletindo sobre a temática suscitada, verifica-se o quanto já se modificou o tratamento do Estado em relação aos apenados. Essa estrutura garantista, é o resultado de séculos de gradual evolução das penas com vista a conceder um tratamento mais digno a “quem tem dívidas a pagar com a sociedade”.

Mas ainda há muito a se fazer visando à melhoria, a humanização da pena. Pois, embora o apenado tenha sua liberdade cerceada em virtude do cometimento de algum ilícito penal, o Estado não está autorizado para cometer barbáries que violam indiscutivelmente os direitos humanos.

Pelo contrário, o Estado tem o dever de resguardar a integridade física e mental daqueles que ficam sobre a sua guarda. Assim, a ressocialização tem um papel de grandioso destaque como um inibidor de possíveis reincidências.

Entende-se que em um ambiente que privilegie as mínimas condições de dignidade do ser humano, como saúde, educação (voltada à profissionalização), existe menos chances do mesmo indivíduo voltar a delinquir. Portanto, as políticas públicas devem ser efetivas para galgar a reinserção desses indivíduos em sociedade, visando assim o bem comum.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALESSI, Gil. Massacre em presídio de Manaus deixa 56 detentos mortos. El País Brasil, São Paulo, 2 jan. 2017. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/01/02/politica/1483358892_477027.html>. Acesso em: 23 jul 2017.

ASSIS, Luana Rambo; WERMUTH, Maiquel. Controle social no sistema prisional: reprodução e legitimação da ordem hegemônica. 25 ago 2015. Canal Ciências Criminais. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/controle-social-no-sistema-prisional-reproducao-e-legitimacao-da-ordem-hegemonica/>>. Acesso em: 26 jul 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte geral, 1 / . – 17. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. – São Paulo: Saraiva, 2012.

BONFIM, Delane Silva da Matta. A garantia constitucional do direito à educação pelo disciplinamento do preso com o avanço da reforma da Lei nº 12.433/2011. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 93, out 2011. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10469>. Acesso em jul 2017.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DO BRASIL (DE 10 DE NOVEMBRO DE 1937). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 20 jun 2017.

A IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS NOS PRESÍDIOS COMO CONSECTÁRIO DA PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS ATRAVÉS DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL

BRASIL. DECRETO N. 847 – DE 11 DE OUTUBRO DE 1890. Promulga o Código Penal. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>>. Acesso em: 20 jun 2017.

BRASIL. Decreto nº 3.847, de 26 de junho de 2001. Altera alíquota do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI incidente sobre os produtos que menciona. Diário Oficial, Brasília, DF, 26 jun. 2001. Seção 1, p. 1.

ENGBRUCH, Werner; Di Santis, Bruno Moraes. A Evolução Histórica Do Sistema Prisional: Privação De Liberdade, Antes Utilizada Como Custódia, Se Torna Forma De Pena. Revista Pré – Univesp. Nº.61 UNIVERSO Dez 2016 | Jan 2017. Disponível em: <http://pre.univesp.br/sistema-prisional#.WXuG21Fv_IV>. Acesso em: jun 2017.

ENGBRUCH, Werner; Di Santis, Bruno Moraes. A evolução histórica do sistema prisional e a Penitenciária do Estado de São Paulo. Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Revista Liberdades nº 11 - setembro/dezembro de 2012. Disponível em: <http://revistaliberdades.org.br/_upload/pdf/14/historia.pdf>. Acesso em: 20 jun 2017.

FOCAULT, Michael. Vigiar e Punir. 10. Ed. Pretópolis: Vozes. 1988,

FREITAS, Mariana Oliveira de. Políticas Públicas: experiências em educação, cultura, comunicação e cidadania. Goiânia, 10 a 12 de novembro de 2009. Encontro de Pesquisa em Comunicação e Cidadania. Disponível em: <https://mestrado.fic.ufg.br/up/76/o/politicas_publicas_experiencias_educacao_cultura.pdf>. Acesso em: 14 jul 2017.

G1 PIAUÍ. COSTA, Catarina; TEIXEIRA, Ellyo . Sistema prisional do PI possui 1.406 vagas para 3.569 presos, diz relatório. 04/03/2015 20h13 - Atualizado em 05/03/2015 08h10. Disponível em: <<http://g1.globo.com/pi/piaui/noticia/2015/03/sistema-prisional-do-pi-possui-1406-vagas-para-3569-presos-diz-relatorio.html>>. Acesso em: 27 jul 2017.

GANDRA, Alana. Relatório de direitos humanos critica superlotação de presídios e lei antidrogas. Agência Brasil, Rio de Janeiro, 12 jan, 2017. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2017-01/superlotacao-prisional-e-execucoes-pela-policia-sao-atentados-aos>>. Acesso em: 23 jul 2017.

JULIÃO, Elionaldo Fernandes. A ressocialização por meio do estudo e do trabalho no sistema penitenciário brasileiro. Rio de Janeiro, 2009, Orientador: Ignácio Cano. Disponível em: <http://www.emdialogo.uff.br/sites/default/files/elionaldo_tese_final_parte_nao_textual_0.pdf>. Acesso em jul 2017.

KIRST, Carolina Pereira. O princípio da dignidade humana frente ao sistema prisional. Graves omissões e contradições em relação à legislação vigente. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 14, n. 2082, 14 mar. 2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/12461>>. Acesso em: 22 jul. 2017.

LIMA, Elke Castelo Branco. A ressocialização dos presos através da educação profissional. DireitoNet, 14 jul 2010. Disponível em: **Revista da Escola Judiciária do Piauí**, Teresina, PI, Vol.2, N.1, jul/dez, 2020. ISSN: 2526-7817

<<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5822/A-ressocializacao-dos-presos-atraves-da-educacao-profissional>>. Acesso em: 20 jul 2017.

MACIEL, José Fábio Rodrigues. História do Direito: Ordenações Filipinas - considerável influência no direito brasileiro. *Jornal Carta Forense* 04/09/2006. Disponível em: <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/ordenacoes-filipinas--consideravel-influencia-no-direito-brasileiro/484>>. Acesso em: 9 jul 2017.

MADEIRA, Lígia Mori. *Trajetórias De Homens Infames: Políticas Públicas Penais e Programas De Apoio A Egressos Do Sistema Penitenciário No Brasil* (Tese de doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito básico à obtenção do título de Doutor em Sociologia, sob a orientação da Profa. Dra. Clarissa Eckert Baeta Neves.). Porto Alegre, 2008.

MANFROI, Ilionei. Políticas públicas de ressocialização na gestão do sistema carcerário. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIX, n. 147, abr 2016. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17109>. Acesso em jul 2017.

MIRABETE, julio Fabbrini *Execução Penal: comentário a Lei n. 7.2010. 11. Ed.* São Paulo: Atlas, 2006.

PORTAL SAÚDE. Disponível em:<<http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/o-ministerio/principal/secretarias/567-sas-raiz/dapes/saude-no-sistema-prisional/l4-saude-no-sistema-prisional/10545-direito-a-saude>>. Acesso em: 25 jul 2017.

PRACIANO, Elizabeba Rebouças Tomé. *O Direito De Punir Na Constituição De 1988 E Os Reflexos Na Execução Da Pena Privativa De Liberdade* (Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito Constitucional, sob a orientação do Prof. Dr. Paulo Antônio Albuquerque de Menezes). Fortaleza-Ceará, Novembro de 2007. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp123224.pdf>>. Acesso em: 25 jul 2017.

REPORTER10. Projeto faz a ressocialização de detentos do Piauí através do trabalho. Fonte: Meio Norte. Disponível em:<<http://reporter10.com/geral/projeto-faz-a-ressocializacao-de-detentos-do-piaui-atraves-do-trabalho>>. Acesso em: 26 jul 2017.

SECRETARIA DE ESTADO DA EDUCAÇÃO/SECRETARIA DE ESTADO DA JUSTIÇA. *Plano Estadual de Educação nas Prisões*. Teresina, Piauí, 2012.

SECRETARIA DE JUSTIÇA DO PIAUÍ. *Informativo da Secretaria de Estado de Justiça do Piauí - Janeiro de 2017 - Ano III - Edição Nº 6*. Disponível em: <http://www.sejus.pi.gov.br/media/uploads/jornal/2017/02/SEJUS_INFORMATIVO_JANEIRO_OK.pdf>. Acesso em jul 2017.

SECRETARIA DE JUSTIÇA DO PIAUÍ. *Residência terapêutica acolhe pacientes com transtorno mental egressos do sistema prisional*.

A IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS NOS PRESÍDIOS COMO CONSECTÁRIO DA PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS ATRAVÉS DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL

SECRETARIA DE JUSTIÇA DO PIAUÍ. Sejus vacina detentos e servidores contra vírus H1N1. Disponível em: <<http://www.sejus.pi.gov.br/materia/noticias/sejus-vacina-detentos-e-servidores-contravirus-h1n1-177.html>>. Acesso em 25 jul 2017.

SECRETARIA DE JUSTIÇA DO PIAUÍ. Sistema prisional do Piauí entrega mais de 400 certificados de cursos profissionalizantes a detentos. Disponível em: <<http://www.sejus.pi.gov.br/materia/noticias/sistema-prisional-do-piaui-entrega-mais-de-400-certificados-de-cursos-profissionalizantes-a-detentos-194.html>>. Acesso em 26 jul 2017.

SECRETARIA DE JUSTIÇA DO PIAUÍ/ SEJUS. Disponível em: <<http://www.sejus.pi.gov.br/materia/noticias/governo-do-estado-aumenta-para-31-o-numero-de-detentos-estudando-nos-presidios-144.html>>. Acesso em jul 2017.

SECRETARIA DE JUSTIÇA. Residência terapêutica acolhe pacientes com transtorno mental egressos do sistema prisional. Disponível em: <<http://www.sejus.pi.gov.br/materia/noticias/residencia-terapeutica-acolhe-pacientes-com-transtorno-mental-egressos-do-sistema-prisional-132.html>>. Acesso em: 30 jun 2017.

SILVA JÚNIOR, Ednaldo Cordeiro da. O caráter ressocializador da pena: As políticas públicas prisionais no processo de ressocialização do reeducando. Revista Três [...] Pontos 12.2 – Dossiê Estado, Governo e Políticas Públicas, julho, 2016.

SOUZA, Fabrício. Estado cria medidas para diminuir superlotação em presídios. 13 jun 2017. Disponível em: <<http://grandepicos.com.br/2017/06/13/estado-cria-medidas-para-diminuir-superlotacao-em-presidios/>>. Acesso em: 15 jul 2017.

SOUZA, Felipe. A questão não se resolve com construção de presídios', diz Gilmar Mendes sobre crise penitenciária. BBC Brasil, São Paulo, 6 jan. 2017. Disponível em: <<http://www.bbc.com/portuguese/brasil-38492779>>. Acesso em: 23 jul 2017.

VADE MECUM SARAIVA/ obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Livia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha. – 22. ed. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2016.

WOLFF, Maria Palma. Participação social e sistema penitenciário: uma parceria viável? Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/arquivos/ouvidoria-1/anexos-ouvidoria/participacao-social-e-sistema-penitenciario-uma-parceria-viavel.pdf>>. Acesso em: 26 jul 2017.

OS IMPACTOS DA LEI 13.964/2019 (PACOTE ANTICRIME) NA LEI 7.210/1984 (LEI DE EXECUÇÕES PENAIS)¹

Manoel de Sousa Dourado

RESUMO: O presente artigo visa analisar as recentes alterações promovidas pela Lei 13.964/2019, popularmente conhecida pela denominação de Pacote Anticrime, nos processos de execução criminal, em razão das alterações promovidas na Lei 7.210/194, que instituiu a Lei de Execução Penal. O Pacote Anticrime, sobre o qual foram criadas grandes expectativas como um marco do então ministro Sergio Moro, que acabou sendo aprovado com alguns vetos e críticas do próprio ministro, promoveu alteração em diversas leis. Quanto às execuções penais, dispensou tratamento mais rigoroso aos presos, em especial àqueles presos que possuem ligações com grupos criminosos organizados. Fato é que as alterações contribuíram para que o sistema ficasse mais robustecido no combate ao crime organizado dentro dos presídios, restringindo alguns direitos concedidos aos presos. O foco das alterações promovidas são as lideranças das organizações criminosas, garantindo um tratamento mais severo aos presos incurso nos crimes cometidos por grupos e organizações criminosas ou milícias armadas.

Palavras-chave: Lei nº 13.964/2019. Pacote Anticrime. Lei de Execuções Penais.

¹Recebido em 09/09/2020

Aprovado em 06/09/2020

Revista da Escola Judiciária do Piauí, Teresina, PI, Vol.2, N.1, jul/dez, 2020. ISSN: 2526-7817

1. Introdução

A Lei nº 13.964/2019, popularmente conhecida com a designação de Pacote Anticrime, entrou em vigor no dia 23 de janeiro de 2020, tendo sido sancionada no dia 24 de dezembro de 2019. Esta lei alterou e acrescentou diversos dispositivos em vários diplomas legais. Dentre os principais normativos alterados pelo Pacote Anticrime destacamos o Decreto-Lei nº 3.689/1941 (Código de Processo Penal), Decreto-Lei nº 2.848/1940 (Código Penal), a Lei 7.210/1984 (Lei de Execuções Penais), a Lei nº 9.613/1998 (Lei dos crimes de lavagem de dinheiro), a Lei nº 11.343/2006 (Lei de drogas).

Dentre as várias alterações promovidas pela novel legislação, focar-se-á na análise daquelas que incidiram sobre a Lei de Execuções Penais, Lei 7.210/1984. Neste particular, depreende-se que as principais alterações dizem respeito à identificação do perfil genético dos condenados, ao regime disciplinar diferenciado, à progressão de regime, a uma nova hipótese de falta grave e, ainda, sobre saídas temporárias.

Ao longo do presente trabalho são apresentados os artigos da Lei de Execuções Penais que sofreram alterações, com a análise dos efeitos por elas provocados. Destacar-se-á que algumas das alterações contemplam entendimentos já sedimentados nos tribunais nacionais, ao passo que outros visam aperfeiçoar o sistema de execuções penais.

A própria ementa do Pacote Anticrime possui sentido que traz um conceito bastante aberto e, digamos, até mesmo pretensioso em sua essência: “aperfeiçoa a legislação penal e processual penal.”². Neste sentido, passa-se a analisar as principais alterações promovidas na Lei de Execuções Penais pelo Pacote Anticrime.

Para alcançar os objetivos acima traçados, será utilizada a técnica de revisão bibliográfica e análise documental, com base em livros, artigos, leis e decisões judiciais que tratam dos temas.

² BRASIL. Lei Nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm#art4 >. Acesso em 20 ago 2020.

OS IMPACTOS DA LEI 13.964/2019 (PACOTE ANTICRIME) NA LEI 7.210/1984 (LEI DE EXECUÇÕES PENAIS)

1 Aspectos gerais

Embora a Lei 13.964/2019 tenha alterado diversos normativos ligados à matéria penal, tais como o Código Penal, Código de Processo Penal, Lei dos Crimes Hediondos, entre outras, as quais poderão ser eventualmente citadas neste artigo, focar-se-á especificamente nas questões atinentes à Lei de Execuções Penais ou nos dispositivos que possuem reflexo direto nos direitos individuais que digam respeito ao processo executório do cumprimento das sanções penais impostas aos agentes incurso nos crimes nela delineados.

Dentro desta perspectiva, colocar-se-á de uma forma didática as alterações promovidas pela novel legislação, analisando as razões e perspectivas advindas dos normativos inseridos ou dos dispositivos alterados, agrupando-os nos tópicos que são tratados a seguir.

2 Identificação do perfil genético

O art. 9º-A, incluído na Lei de Execuções Penais no ano de 2012, por meio da Lei 12.654/2012³, trata da obrigatoriedade da identificação genética, através de DNA, dos condenados por crimes dolosos praticados com violência de natureza grave contra a pessoa e, também, por aqueles que são considerados crimes hediondos.

Não se deve esquecer que o referido dispositivo tem sua validade questionada junto ao Supremo Tribunal Federal (STF), em recurso extraordinário de relatoria do Ministro Gilmar Mendes. Trata-se do RE nº 973.837⁴, o qual teve sua repercussão

³ BRASIL. Lei nº 12.654, de 28 de maio de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12654.htm>. Acesso em 30 ago. 2020.

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 973.837 Minas Gerais**. Repercussão geral. Recurso extraordinário. Direitos fundamentais. Penal. Processo Penal. 2. A Lei 12.654/12 introduziu a coleta de material biológico para obtenção do perfil genético na execução penal por crimes violentos ou por crimes hediondos (Lei 7.210/84, art. 9-A). Os limites dos poderes do Estado de colher material biológico de suspeitos ou condenados por crimes, de traçar o respectivo perfil genético, de armazenar os perfis em bancos de dados e de fazer uso dessas informações são objeto de discussão nos diversos sistemas jurídicos. Possível violação a direitos da personalidade e da prerrogativa de não se incriminar – art. 1º, III, art. 5º, X, LIV e LXIII, da CF. 3. Tem repercussão geral a alegação de inconstitucionalidade do art. 9-A da Lei 7.210/84, introduzido pela Lei 12.654/12, que prevê a identificação e o armazenamento de perfis genéticos de condenados por crimes violentos ou hediondos. 4. Repercussão geral em recurso extraordinário reconhecida. Recorrente: Wilson Carmindo da Silva. Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Relator Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 23/06/2016. Disponível em: <[Revista da Escola Judiciária do Piauí](#), Teresina, PI, Vol.2, N.1, jul/dez, 2020. ISSN: 2526-7817

geral reconhecida, porém ainda não foi julgado. Trata-se do tema 905 - Recurso Extraordinário em que se discute, à luz do princípio constitucional da não autoincriminação e do art. 5º, II, da Constituição Federal, a constitucionalidade do art. 9º-A da Lei 7.210/1984⁵, introduzido pela Lei 12.654/2012, que prevê a identificação e o armazenamento de perfis genéticos de condenados por crimes violentos ou por crimes hediondos.

De acordo com Henrique de Castilho Jacinto e Renan Barboza de Faria:

Não se trata, como indicado anteriormente, de produzir prova contra si mesmo (princípio do *nemo tenetur se detegere*), pois, assim como qualquer pessoa que fornece suas digitais para obtenção de documentos pessoais, é razoável a exigência de maiores elementos de identificação àqueles que já se envolveram com o cometimento de crimes, até mesmo com a finalidade de melhor administração da execução penal (maior controle de entrada e saída de estabelecimentos penitenciários, por exemplo). Contudo, não se ignora que deve existir a devida compatibilização entre a obtenção do material genético e o referido princípio, sob pena de invalidar a utilização futura dos dados em investigações criminais, motivo pelo qual deve ser dada preferência a formas de extração que não sejam invasivas.⁶

O §1º-A trata sobre a regulamentação a respeito do armazenamento da identificação do perfil genético em banco de dados sigilosos. De acordo com o § 1º, “o regulamento deve ser expedido pelo Poder Executivo”, que o fez por meio do Decreto nº 7.950/2013⁷, instituindo o Banco Nacional de Perfis Genéticos e a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos.

O § 1º-A, segundo o qual a regulamentação deverá fazer constar garantias mínimas de proteção de dados genéticos, observando as melhores práticas da

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11828210>>. Acesso em: 30 ago. 2020.

⁵ BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em 30 ago. 2020.

⁶ JACINTO, Henrique de Castilho; FARIA, Renan Barboza. Medidas para aprimorar a investigação de crimes: Banco Nacional de Perfil Genético. Revista Fórum de Ciências Criminais – RFCC, Belo Horizonte, ano 6, n.11,p.171-180,jan./jun.2019.

⁷ BRASIL. Decreto nº 7.950, de 12 de março de 2013. Institui o Banco Nacional de Perfis Genéticos e a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d7950.htm>. Acesso em 02 set. 2020.

OS IMPACTOS DA LEI 13.964/2019 (PACOTE ANTICRIME) NA LEI 7.210/1984 (LEI DE EXECUÇÕES PENAIS)

genética forense, visou a inserção de garantia mínimas de proteção e consequente preservação da intimidade dos condenados, de forma a mitigar um dos principais argumentos contrários à constitucionalidade da identificação criminal por perfil genético de DNA. Apesar da técnica legislativa utilizada, nos parece que teria sido de melhor tom ao legislador ter alterado a redação do § 1º, em vez de inserir um parágrafo para especificar outro parágrafo.

Com o mesmo propósito de reforçar os direitos individuais dos condenados, foi inserido também no art. 9º-A o § 3º, segundo o qual o condenado titular dos dados deve ter acesso ao seu conteúdo, como forma de exercício do seu direito fundamental ao contraditório e ampla defesa. O dispositivo preconiza que o titular dos dados genéticos deve ter acesso aos seus dados constantes dos bancos de perfis genéticos e toda cadeia de custódia dele decorrente.

Ainda no que diz respeito às alterações sobre a identificação do perfil genético, o art. 9º-A, § 4º contempla a possibilidade de que a identificação criminal delineada no caput do artigo recai não apenas nos presos que ingressam no sistema prisional em razão de decisões posteriores à vigência da lei 13.964/2019⁸, mas também nos presos que se enquadrem nas hipóteses legais para a identificação, os quais deverão ser submetidos ao procedimento durante o cumprimento da pena. Vejamos:

§ 4º O condenado pelos crimes previstos no caput deste artigo que não tiver sido submetido à identificação do perfil genético por ocasião do ingresso no estabelecimento prisional deverá ser submetido ao procedimento durante o cumprimento da pena.

Assim, o dispositivo visa ampliar o rol de pessoas identificadas, de modo que aqueles detentos em vias de cumprimento de pena podem ser identificados no curso desta condenação. Ao nosso sentir, a redação do dispositivo pode ser objeto de questionamentos futuros, haja vista que pode ser interpretado como dispositivo que tenha aplicação retroativa a fatos pretéritos que, de forma a agravar uma situação do condenado, aplicação do princípio da irretroatividade da lei penal mais grave. Ainda mais porque,

⁸ BRASIL. Lei Nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm#art4 >. Acesso em 20 ago 2020.

segundo o novel § 8º, combinado com o art. 50, VIII, a recusa do condenado em se submeter ao procedimento de identificação do perfil genético constitui falta grave.

3 Regime disciplinar diferenciado – RDD

Outro ponto alterado na lei de execuções penais pela lei 13.964/2019 foi o regime disciplinar diferenciado (RDD). Em linhas gerais, o regime disciplinar diferenciado é uma forma especial de cumprimento de pena ao qual podem ser sujeitados os presidiários que se encontram em regime fechado. Neste regime, os presos sofrem limitações de direitos de visitas, comunicação e saída das celas.

Na visão do professor Renato Brasileiro:

O regime disciplinar diferenciado tem sido alvo de inúmeras críticas por parte de alguns doutrinadores. Em apertada síntese, alega-se que a medida é inconstitucional por violar a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III) e por se tratar de verdadeira pena cruel (CF, art. 5º, XLVII, “e”). Com a devida vênia, por mais que não se possa negar que se trata de uma forma especial de cumprimento da pena muito mais severa e rígida, cuida-se de medida absolutamente necessária não apenas à tutela da segurança interna e externa dos estabelecimentos prisionais, mas também da própria segurança da coletividade como um todo, porquanto, não raras vezes, integrantes de organizações criminosas continuam ordenando a prática de crimes do interior dos presídios.⁹

A nova redação atribuída ao art. 52 da Lei de Execuções Penais prevê a possibilidade de incidência sobre conduta de detentos brasileiros ou estrangeiros. Além disto, aumentou a duração máxima do regime diferenciado de 360 dias para até 2(dois) anos, mantendo a possibilidade de repetição da sanção, em todos os casos em cela individual. Destaque-se que não há mais a restrição do limite temporal de 1/6 da pena aplicada no tempo de permanência no regime.

O sistema de visitas tornou-se mais rigoroso, passando de uma periodicidade semanal para quinzenal. Além disto, para terceiros que não sejam integrantes da

⁹ (LIMA, Renato Brasileiro, *Pacote Anticrime – Comentários à Lei 13.964/2019* – Salvador, Ed.JusPodivm, 2019 - pag. 360).

OS IMPACTOS DA LEI 13.964/2019 (PACOTE ANTICRIME) NA LEI 7.210/1984 (LEI DE EXECUÇÕES PENAIS)

família do preso, passou-se a exigir autorização judicial, devendo, ainda, ser evitado o contato físico e a passagem de objetos entre os visitantes e os presos.

Destaque-se que além disto, a teor do § 6º do artigo, estas visitas podem ser gravadas e, com autorização judicial, acompanhadas por agente penitenciário. As gravações podem ser de áudio e vídeo ou apenas de áudio. São medidas que impactam diretamente na privacidade do preso, visando coibir o uso das visitas como instrumento para o exercício da prática criminosa.

O regime manteve a possibilidade de banho de sol diário de 2(duas) horas, permitindo que fosse realizado em grupo de até 4 (quatro) presos, desde que não sejam integrantes do mesmo grupo criminoso. Além destas alterações nos incisos de I a V, foram acrescentados os incisos V, VI e VII. Desta forma, aumentou-se substancialmente o poder das autoridades judiciárias na capacidade de fiscalização sobre os objetos levados aos presos, inclusive correspondências.

Mesmo que haja rigor na fiscalização das visitas e dos objetos encaminhados aos presos, são nestas ocasiões que os detentos têm acessos aos produtos ilícitos que permeiam os muros internos dos presídios nacionais. Note-se a exigência de que as instalações sejam equipadas de forma a fazer cumprir o dispositivo, haja vista que de nada serviria a simples restrição sem os meios para o seu cumprimento. Assim, as instalações onde ocorram as visitas devem proporcionar o encontro sem contato físico.

O inciso VI do art. 52 prevê, expressamente, a possibilidade de fiscalização do conteúdo da correspondência do detento em regime disciplinar diferenciado. Trata-se de manifesta possibilidade de quebra do sigilo de correspondência do preso.

O Supremo Tribunal Federal, em alguns julgados, já assentou a possibilidade da interceptação das comunicações dos presos, sem que a medida constitua violação da intimidade ou privacidade. Sobre a questão, é sempre recordável o

acórdão do Habeas Corpus nº 70.814 SP¹⁰, de relatoria do ministro Celso de Mello, no qual assinalou que

A administração penitenciária, com fundamento em razões de segurança pública, de disciplina prisional ou de preservação da ordem jurídica, pode, sempre excepcionalmente, e desde que respeitada a norma inscrita no art. 41, parágrafo único, da Lei nº 7.210/84, proceder a interceptação da correspondência remetida pelos sentenciados, eis que a cláusula tutelar da inviolabilidade do sigilo epistolar não pode constituir instrumento de salvaguarda de práticas ilícitas.

Trata-se, portanto, de dispositivo que prestigia em sua redação entendimento jurisprudencial do STF, o qual foi reiterado recentemente no julgamento do Recurso Ordinário em Habeas Corpus (RHC) 132.115 PR¹¹, de relatoria do Ministro Dias Toffoli. Cabe observar que os julgados analisados tratam a medida como exceção. Resta saber se, no futuro, a Suprema Corte aceitará esta fiscalização geral e irrestrita, em detrimento do entendimento esposado de que a medida é aceitável em havendo indícios de cometimento de crimes ou acobertamento de práticas ilícitas.

O art. 52 também sofreu alterações nos seus parágrafos. Cabe destacar que, segundo §1º, o regime disciplinar diferenciado aplica-se também aos presos provisórios que “apresentem alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade” e também “sob os quais recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organização criminosa, associação criminosa ou milícia privada, independentemente da prática de falta grave”¹². Nesta última hipótese está prevista a aplicação do RDD aos presos que participem ou de alguma forma tenham envolvimento com crimes de organização criminosa, associação criminosa ou milícia privada. Assim, nestes casos, valorando negativamente a participação criminosa nesses delitos, a aplicação do regime disciplinar diferenciado ocorre independente do cometimento da falta grave. Este dispositivo é relevante, na medida que visa impedir o exercício da

¹⁰ STF. HABEAS CORPUS: HC nº 70814-5 SP. Relator: Ministro Celso de Mello, DJ 24/06/1994.

¹¹ STF. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS: RHC nº 132.115 PR. Relator: Ministro Dias Toffoli, DJ 14/06/2019. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4905003>>. Acesso em 20/08/2020

¹² BRASIL. Lei Nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm#art4>. Acesso em 20 ago 2020.

OS IMPACTOS DA LEI 13.964/2019 (PACOTE ANTICRIME) NA LEI 7.210/1984 (LEI DE EXECUÇÕES PENAIS)

liderança que os detentos destes grupos exercem sobre os demais em todo o sistema carcerário.

Na análise do § 3º, vê-se a obrigatoriedade dos presos que exercem liderança em organização criminosa, associação criminosa ou milícia privada cumprirem o regime disciplinar diferenciado em estabelecimento prisional federal, desde que a organização tenha atuação criminosa interestadual, envolvendo ao menos dois entes da federação.

O novo procedimento se justifica em razão do grau de segurança e isolamento conferido pelos presídios federais, os quais apresentam melhores condições de isolamento, evitando o exercício do comando pelos detentos quando se encontram segregados. No estabelecimento penal federal, estes presos serão submetidos ao regime disciplinar diferenciado que deverá contar com alta segurança interna e externa, evitando o contato dos presos com membros do seu grupo criminoso ou de grupos criminosos rivais.

A medida visa garantir o exercício da atividade criminosa por meio da liderança bem como a preservação da sua incolumidade física, com medidas efetivas de proteção em face aos membros dos outros grupos rivais.

Seguindo nesta trilha de endurecimento do regime de detenção conferido aos presos ligados ao crime organizado com a participação em organização criminosa, associação criminosa ou milícias privadas, existe, ainda, a previsão de prorrogação sucessiva, em períodos de 01 ano, do regime disciplinar diferenciado, quando o preso continua apresentando alto risco para ordem e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade.

Embora a redação do inciso II, do § 4º, do art. 52 seja um pouco confusa, pode-se sintetizá-lo esclarecendo que também poderão haver sucessivas prorrogações do regime quando mantidos os vínculos com o grupo criminoso, considerando ainda outros critérios, como o perfil do detento, sua função organização, a forma e duração de atuação do grupo, bem como a superveniência de novos processos criminais. Assim, pretende-se combater a profissionalização da atividade criminosa, já bastante difundida dentro e fora dos presídios.

A mesma possibilidade de prorrogação sucessiva se dará quando houver também indícios de que o preso mantém vínculo com os grupos criminosos, atuando no grupo de forma duradoura, desempenhando funções relevantes dentro da estrutura da organização, bem como considerando a superveniência de novos processos. Vejamos:

§ 4º Na hipótese dos parágrafos anteriores, o regime disciplinar diferenciado poderá ser prorrogado sucessivamente, por períodos de 1 (um) ano, existindo indícios de que o preso:

I - continua apresentando alto risco para a ordem e a segurança do estabelecimento penal de origem ou da sociedade;

II - mantém os vínculos com organização criminosa, associação criminosa ou milícia privada, considerados também o perfil criminal e a função desempenhada por ele no grupo criminoso, a operação duradoura do grupo, a superveniência de novos processos criminais e os resultados do tratamento penitenciário.

No final do artigo que trata sobre o regime disciplinar diferenciado, o §7º versa sobre a possibilidade de contato telefônico do preso com familiares, 2 (duas) vezes por mês e durante 10 (dez) minutos. Esta possibilidade será conferida ao preso que não receber visita nos 6(seis) primeiros meses e ganha relevo quando consideramos que em todo o território nacional existem apenas 5(cinco) presídios federais, o que torna difícil para familiares o estabelecimento de uma rotina de visitas.

Por fim, este contato telefônico será gravado, havendo aí nítida hipótese de mitigação da privacidade do detento, justificável pelo status do criminoso e considerando o exercício da liderança na organização criminosa. Destarte, recai sobre o preso a presunção de que o contato poderá ser utilizado para transmissão de ordens ao grupo criminoso.

3 Mudanças nos requisitos de progressão de regime

Quanto aos requisitos para a progressão de regime, a antiga redação do art. 112 exigia, além do bom comportamento carcerário, o cumprimento de 1/6 da pena para que o apenado tivesse direito à progressão ao regime menos gravoso. Não estamos levando em consideração os prazos de progressão previstos de 2/5 e 3/5 para os primário ou reincidentes em crimes considerados hediondos, outrora previstos na lei 8.072/1990, isto porque a Lei 13.964/2019 revogou o §2º, do art. 2º

OS IMPACTOS DA LEI 13.964/2019 (PACOTE ANTICRIME) NA LEI 7.210/1984 (LEI DE EXECUÇÕES PENAIS)

da lei 8.072/1990¹³ e passou a disciplinar estes prazos de progressão no seu já mencionado art. 112.

O disposto no art. 112 tratou de inserir novos padrões para as progressões, agravando a situação nos crimes e condenações em razão da provocação de morte das vítimas. O legislador optou por alterar a forma fracionária do prazo para progressão para a forma percentual, o que na prática não provoca alterações substanciais.

O § 5º tratou de positivizar na lei de execuções penais o entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto a natureza não hedionda do chamado crime de tráfico de drogas privilegiado. Via de regra, o crime de tráfico de drogas é equiparado ao crime hediondo. Contudo, desde o julgamento do Habeas Corpus (HC) 118.533 MS ⁶, de relatoria da ministra Cármen Lúcia, no ano de 2016, a Excelsa Corte entendeu que o tráfico de drogas cometido por agente primário, de bons antecedentes e que não se dedique à atividades criminosas, nem integre organização criminosa não deve ser equiparado ao crime hediondo.

O legislador mais uma vez prestigiou a reiterada jurisprudência do STF. Destaque-se que o HC 118.533 MS já havia provocado uma mudança no curso do entendimento do Superior Tribunal de Justiça, culminado com o cancelamento da súmula 512¹⁴, cuja redação revogada advogava que *“a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 não afasta a hediondez do crime de tráfico de drogas”*.

¹³ BRASIL. Lei nº 8.722, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm >. Acesso em 09 set. 2020.

¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 512. A aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 não afasta a hediondez do crime de tráfico de drogas. (Súmula 512, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 11/06/2014, DJe 16/06/2014) SÚMULA CANCELADA: A Terceira Seção, na sessão de 23/11/2016, ao julgar a QO na Pet 11.796-DF, determinou o CANCELAMENTO da Súmula 512 do STJ (DJ 28/11/2016). Disponível em: < [https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%27512%27\).sub.>](https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27512%27).sub.>) >. Acesso em: 02 set. 2020.

Passa-se agora à análise do art. 112, adentrando na questão dos efeitos do cometimento de falta grave na progressão do regime. De acordo com o § 6º do referido artigo:

§ 6º O cometimento de falta grave durante a execução da pena privativa de liberdade interrompe o prazo para a obtenção da progressão no regime de cumprimento da pena, caso em que o reinício da contagem do requisito objetivo terá como base a pena remanescente (BRASIL, 1984).

Observa-se que o referido dispositivo, a exemplo de outros já analisados neste artigo, também incorporou o entendimento aplicado pelos tribunais no tratamento da matéria. No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, quando da tese firmada sob o rito dos julgamentos de temas, esclarecendo que a nova base para o cálculo da progressão seria a pena restante a ser cumprida, lavrou-se o seguinte acórdão:

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA (ART. 543-C DO CPC). PENAL. EXECUÇÃO. FALTA GRAVE. PROGRESSÃO DE REGIME. INTERRUPTIVO. PRAZO. LIVRAMENTO CONDICIONAL. AUSÊNCIA DE EFEITO INTERRUPTIVO. COMUTAÇÃO E INDULTO. REQUISITOS. OBSERVÂNCIA. DECRETO PRESIDENCIAL. 1. A prática de falta grave interrompe o prazo para a progressão de regime, acarretando a modificação da data-base e o início de nova contagem do lapso necessário para o preenchimento do requisito objetivo. 2. Em se tratando de livramento condicional, não ocorre a interrupção do prazo pela prática de falta grave. Aplicação da Súmula 441/STJ. 3. Também não é interrompido automaticamente o prazo pela falta grave no que diz respeito à comutação de pena ou indulto, mas a sua concessão deverá observar o cumprimento dos requisitos previstos no decreto presidencial pelo qual foram instituídos. 4. Recurso especial parcialmente provido para, em razão da prática de falta grave, considerar interrompido o prazo tão somente para a progressão de regime. (REsp 1364192/RS⁷, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 12/02/2014, DJe 17/09/2014)

4 Restrições às saídas temporárias

Por fim, a última alteração inserida na lei de execuções penais pelo Pacote Anticrime, objeto desta análise, ainda no art. 112 da Lei de Execuções Penais, trata da proibição da concessão do benefício da saída temporária para os presos condenados pela prática de crimes hediondos dos quais haja sido produzido o resultado morte.

OS IMPACTOS DA LEI 13.964/2019 (PACOTE ANTICRIME) NA LEI 7.210/1984 (LEI DE EXECUÇÕES PENAIS)

Denota-se que os dois requisitos são cumulativos, só podendo ser aplicados aos presos que cometeram crime hediondo, e em decorrência dos quais haja resultado morte.

Considerando o seu nítido caráter restritivo, nosso entendimento é de que, em se tratando de dispositivo que agrava a situação dos apenados, não deve incidir nos casos de presos que já foram condenados e se encontram cumprindo pena, devendo ser aplicado apenas para os novos condenados. Trata-se, portanto, de norma que não pode retroagir, dado o seu caráter agravador da condição daqueles detentos, na situação por eles declinadas e a vedação no nosso sistema da aplicação da *novatio legis in pejus*.

CONCLUSÃO

É bem verdade que nosso sistema processual penal, fundado em estrutura quase centenária, em muitos pontos não se revela capaz de acompanhar uma criminalidade cada vez mais profissional, organizada e estruturada.

No século passado, o cometimento de crimes era visto como a prática de condutas isoladas de certos indivíduos ou de pequenos grupos de indivíduos, mas que não guardavam entre si a estruturação de atividades organizadas para a prática delituosa.

Na atualidade, de forma simplória, podemos dizer que a atividade criminosa ganhou contornos de empresa, impulsionada pelo lucro e ações financeiras estruturadas. A prática delituosa se tornou um meio da estruturação de poder desenvolvido em organizações que mantêm hierarquia e atribuições bastante definidas, onde as dívidas são cobradas com crueldade e sangue.

Em vigor há menos de um ano, ainda não temos uma jurisprudência consolidada sobre os dispositivos do Pacote Anti Crime, bem como para que se possa afirmar de forma categórica os seus efeitos práticos. Porém, diante das alterações apresentadas, afirmamos nossa crença que as novas regras permitirão o necessário rigor no tratamento da segurança dentro dos presídios, como um instrumento para o fortalecimento da paz social.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto Nº 7.950, de 12 de março de 2013. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d7950.htm>.

Acesso em 20 ago 2020.

_____. Lei Nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em 20 ago. 2020.

_____. Lei nº 8.72, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm >. Acesso em 09 set. 2020.

_____. Lei nº 12.654, de 28 de maio de 2012. Altera as Leis nºs 12.037, de 1º de outubro de 2009, e 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, para prever a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12654.htm>. Acesso em 02 set. 2020.

_____. Lei Nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm#art4 >. Acesso em 20 ago. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal . RECURSO EXTRAORDINÁRIO: RE 973837 MG. Relator: Ministro Gilmar Mendes, DJ: 23/06/2016. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22RE%20973837%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true>. Acesso em 20 ago. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS: HC nº 70.814-5 SP. Relator: Ministro Celso de Mello, DJ 24/06/1994. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=72703> >. Acesso em 20 ago. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS: RHC nº 132.115 PR. Relator: Ministro Dias Toffoli, DJ 14/06/2019. Disponível em < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4905003> >. Acesso em 20 ago. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. HABEAS CORPUS: HC nº 118.533 MS. Relator: Ministra Carmem Lúcia, DJ 23/06/2016. Disponível em <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=310314103&ext=.pdf>>. Acesso em 20 ago. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ESPECIAL: RESP 1364192 RS. Relator: Ministro Sebastião Reis Junior. Disponível em Disponível em < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201300298464&dt_publicacao=17/09/2014 >. Acesso em 20 ago. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 512. A aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 não afasta a

OS IMPACTOS DA LEI 13.964/2019 (PACOTE ANTICRIME) NA LEI 7.210/1984 (LEI DE EXECUÇÕES PENAIS)

hediondez do crime de tráfico de drogas. (Súmula 512, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 11/06/2014, DJe 16/06/2014) SÚMULA CANCELADA: A Terceira Seção, na sessão de 23/11/2016, ao julgar a QO na Pet 11.796-DF, determinou o CANCELAMENTO da Súmula 512 do STJ (DJ 28/11/2016). Disponível em: < [https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%27512%27\).sub.>](https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27512%27).sub.>). Acesso em: 02 set. 2020.

CARVALHO NETO, Tarcisio Vieira de; REALE, Ingrid Neves. Algumas reflexões sobre a crise do sistema penitenciário brasileiro. *In*: MORAES, Alexandre de; MENDONÇA, André Luiz de Almeida (Coord.). *Democracia e sistema de justiça*: obra em homenagem aos 10 anos do Ministro Dias Toffoli no Supremo Tribunal Federal. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 633-657. ISBN 978-85-450-0718-0.

FRISCHEISEN, Luíza Cristina Fonseca; OLIVEIRA, Nayara Rodrigues de. Anteprojeto de Lei Anticrime – Ministério da Justiça e da Segurança Pública: medidas relacionadas à execução provisória da sentença criminal. *Revista Fórum de Ciências Criminais – RFCC*, Belo Horizonte, ano 6, n. 11, p. 181-188, jan./jun. 2019.

JACINTO, Henrique de Castilho; FARIA, Renan Barboza. Medidas para aprimorar a investigação de crimes: Banco Nacional de Perfil Genético. *Revista Fórum de Ciências Criminais – RFCC*, Belo Horizonte, ano 6, n.11, p.171-180, jan./jun.2019.

JULIOTTI, Pedro de Jesus. Medidas relacionadas à execução penal. *Revista Fórum de Ciências Criminais – RFCC*, Belo Horizonte, ano 6, n. 11, p. 189-195, jan./jun. 2019.

LIMA, Renato Brasileiro, Pacote Anticrime – Comentários à Lei 13.964/2019 – Salvador, Ed.JusPodivm, 2019 - pag. 360.

NOVO, Benigno Núñez. As mudanças na legislação penal e processual com o Pacote Anticrime. *Revista Fórum de Ciências Criminais – RFCC*, Belo Horizonte, ano 7, n. 13, p. 9-17, jan./jun. 2020.

DIREITO PENAL DO INIMIGO EM PARALELO COM O DIREITO PENAL BRASILEIRO¹

Anna Caroline Nunes Melo

Resumo: Direito Penal é um setor do ordenamento jurídico que, mediante um conjunto de normas, estabelece as condutas criminosas que vinculam as consequências jurídicas, à fim de que evite a prática de eventos socialmente danosos. Com o crescente aumento da criminalização e reincidências, é legal a admissão do Direito Penal do Inimigo nas normas jurídicas brasileiras como forma de barrar a criminalidade? Esse artigo reflete o aumento da criminalidade no Brasil, desta forma analisamos o Sistema Jurídico Penal Brasileiro e apontamos o DPI como melhor forma de conter a reincidência de crimes e suas organizações.

PALAVRAS CHAVE: Direito Penal do Inimigo, Aplicabilidade, Normas

¹ Recebido em 07/08/2017.

Avaliado em 29/09/2020.

1 INTRODUÇÃO

Atualmente o modelo brasileiro de repressão a alguns tipos de crimes é insuficiente para dar um efetivo fim à criminalidade.

As organizações criminosas estão cada vez mais elaboradas, assim vem crescendo a doutrina firmada por Günther Jakobs – O Direito Penal Do Inimigo.

Jakobs menciona alguns precedentes jusfilosóficos. Primeiramente Rousseau, para quem "qualquer 'malfeitor' que ataque o 'direito social' deixa de ser 'membro' do Estado, posto que se encontra em guerra com este, como demonstra a pena pronunciada contra o malfeitor".

Para determinados tipos de crime o legislador deve tratar o delinquente como um inimigo do Estado.

2 DIREITO PENAL

O direito penal é de extrema importância para um bom desenvolvimento da sociedade. A existência de penas pré-estabelecidas é fundamental para o controle da sociedade, evitando-se, assim, que as pessoas saiam do caminho traçado pelas leis.

Seu objetivo principal é justamente proteger aqueles valores tidos como mais importantes para o cotidiano de uma sociedade. Desse modo, criam-se leis que induzem o indivíduo a agir em conformidade com as regras traçadas pelo Estado.

Resumidamente, o direito penal atua primeiramente de forma preventiva, fazendo com que o indivíduo evite sair dos trilhos da lei por medo de ser punido por isso; posteriormente, caso haja essa transgressão da lei, o direito penal atua de maneira repressiva, fazendo com que o indivíduo não volte a delinquir, punindo-o exemplarmente.

Cometido o delito, surge para o Estado o direito de punir (*ius puniendi*). Entretanto, esse direito não pode ser exercido a qualquer custo, é preciso que se respeitem as garantias fundamentais pertencentes a todos os cidadãos, mesmo aqueles que atuam de maneira contrária às regras impostas pelo Estado.

DIREITO PENAL DO INIMIGO EM PARALELO COM O DIREITO PENAL BRASILEIRO

Dessa forma, pode-se afirmar que o direito penal é uma forma de controle social, controle este que não pode, todavia, ser ilimitado, devendo ser devidamente regulamentado, principalmente pelo fato de consistir em uma forma de invasão do Estado no direito de liberdade de cada indivíduo.

Também, vale destacar que a correta aplicação da sanção penal é de interesse de toda a sociedade, tanto dos "mocinhos" como dos "bandidos", pois o direito penal objetiva, precipuamente, manter o equilíbrio e a ordem social.

2.1 Direito Penal do Fato e Direito Penal do Autor

Fala-se muito sobre se o autor de uma conduta delituosa deve ser punido pelo que é (direito penal do autor), pelo que fez (direito penal do fato ou da culpa), pelos dois motivos concomitantemente ou, até mesmo, ora por um, ora por outro. Eis o tema.

Grosso modo, é possível dividir o mundo em dois blocos: de um lado os países que adotam o direito penal do fato e, de outro, os países que adotam o direito penal do autor.

O sistema penal brasileiro, que é o que nos interessa diretamente nestas reduzidas reflexões, adotou, para caracterizar o crime, o direito penal do fato. Entretanto, para a fixação da pena, regime de cumprimento da pena, espécie de sanção, entre outros, adotou o direito penal do autor (CP, art. 59).

Isso significa que, no nosso caso, para responsabilizar penalmente alguém pela prática de uma conduta criminosa, impõe-se ao Estado, por meio do trabalho inicial, de regra, da polícia judiciária (inquérito policial) e do Ministério Público, deste em juízo (processo), provar, de forma indubitosa, a sua concorrência direta ou indiretamente para a prática da conduta que lhe foi imputada.

Nessa perspectiva, não interessa o histórico ou antecedente do investigado ou suspeito. Por mais criminoso que seja o possível autor da infração, assim mesmo, para a sua condenação, impõe-se ao autor da ação penal, que, em regra, é o Ministério Público (estadual ou federal), obedecendo aos princípios constitucionais do

devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, por meios lícitos, provar cabalmente o seu envolvimento.

Então, pode-se dizer que o direito penal do autor consiste na norma penal que se preocupa com quem o agente é, e não com o fato por ele praticado. Exemplo flagrante é o fato contravencional da mendicância e da vadiagem que pune o agente por quem é e não pela conduta tipificada como contravenção.

Enquanto no direito penal do fato, o direito repressivo se preocupa tão somente com os fatos delituosos praticados pelo agente. Essa concepção é apresentada harmonicamente com o espírito traçado na Constituição Federal e com a própria sistematização do ordenamento jurídico penal em si.

2.2 Velocidades do Direito Penal

A primeira velocidade seria aquela pregada tradicionalmente pelo Direito Penal, que tem por fim último a aplicação de uma pena privativa de liberdade. Nessa hipótese, como está em jogo a liberdade do cidadão, devem ser observadas todas as regras garantistas, sejam elas penais ou processuais penais.

Temos a segunda velocidade à aplicação de penas não privativas de liberdade, a exemplo do que ocorre no Brasil com os Juizados Especiais Criminais, cuja finalidade, de acordo com o art. 62 da Lei no 9.099/95, é, precipuamente, a aplicação de penas que não importem na privação da liberdade do cidadão, devendo, pois, ser priorizadas as penas restritivas de direitos e a pena de multa. Nesta segunda velocidade do Direito Penal poderiam ser afastadas algumas garantias, com o escopo de agilizar a aplicação da lei penal.

Resumindo assim o raciocínio com Jésus-Maria Silva Sánchez:

“O direito penal de primeira velocidade se utiliza de pena privativa de liberdade, mas sempre com a observância das garantias processuais fundamentais; o direito penal de segunda velocidade se utiliza de uma mitigação das garantias processuais, mas com a adoção de medidas alternativas à prisão (ex: Lei 9099/95); por derradeiro, o direito penal de terceira velocidade se utiliza de pena privativa de liberdade e também de

DIREITO PENAL DO INIMIGO EM PARALELO COM O DIREITO PENAL BRASILEIRO

medidas que flexibilizam as garantias processuais fundamentais. Neste ultimo caso, ou seja, no direito penal de terceira velocidade, é que se encontra uma afinidade com a teoria do Direito Penal do Inimigo preconizada por Jakobs”.

O Direito Penal do Inimigo esta inserido como uma terceira velocidade. Seria, portanto, uma velocidade híbrida, ou seja, com a finalidade de aplicar penas privativas de liberdade (primeira velocidade), com uma minimização das garantias necessárias a esse fim (segunda velocidade).“ Assim, pode-se afirmar que as duas teorias possuem o mesmo fim, qual seja: dar um tratamento diferenciado aos indivíduos tidos como mais perigosos, suprimindo algumas de suas garantias fundamentais em beneficio da sociedade.

3. Direito Penal do Inimigo

O Direito Penal do Inimigo defende que aquele que se propõe a agir de maneira contrária à lei, acaba agindo de maneira contrária ao próprio Estado e, desse modo, deve ser encarado como um inimigo, tendo como consequência, suprimidas algumas de suas garantias fundamentais. A pessoa que não se enquadra no estado de cidadania também não faz jus aos direitos assegurados aos cidadãos e, portanto, são tratados de modo diferenciado pela Justiça.

Günther Jakobs menciona alguns precedentes jusfilosóficos. Primeiramente Rousseau, para quem "qualquer ‘malfeitor’ que ataque o ‘direito social’ deixa de ser ‘membro’ do Estado, posto que se encontra em guerra com este, como demonstra a pena pronunciada contra o malfeitor”.

De acordo com Jean-Jacques Rousseau (2003, p. 32),

“O estranho que furta, mata ou prende os vassallos sem declarar guerra ao príncipe, ou seja, rei, ou particular, ou povo, não é um inimigo, mas um ladrão [...] Sendo o alvo da guerra a destruição do país contrário, há direito de matar seus inimigos, enquanto tiverem na mão as armas; apenas se as depõem e se rendem, cessam de ser inimigos, ou instrumentos do inimigo, tornando-se meramente homens, e já não se tem direito sobre sua vida”

Kant, Hobbes e Fichte também entram como precursores do conceito de inimigo. Hobbes, no mesmo sentido de Kant (*mutatis mutandis*), afirma que o cidadão não pode ser retirado desse status que lhe é conferido, mas, sim, em casos de prática de crime de alta traição. "Pois a natureza deste crime está na rescisão da submissão, o que significa uma recaída no estado de natureza... E aqueles que incorrem em tal delito não são castigados como súditos, mas como inimigos"

Jakobs faz um paralelo entre esses dois pensadores. Haja vista que, para Kant, esse inimigo não merece ser tratado como pessoa quando se recusa a integrar um "estado comunitário-legal", da mesma forma que Hobbes despersonaliza o réu de alta traição. Ambos reconhecem um Direito Penal do cidadão e um Direito Penal do inimigo.

De acordo com o funcionalismo de Jakobs – normativismo sistêmico –, pessoa é o destinatário de expectativas normativas, titular de deveres e, “enquanto titular de direitos, dirige tais expectativas a outras pessoas; a pessoa, como se pode observar, não é algo dado pela natureza, senão uma construção social” (JAKOBS, 2003c, p. 20).

Para Günther Jakobs, inimigos da sociedade são os criminosos econômicos, terroristas, delinquentes organizados, autores de delitos sexuais e outras infrações penais perigosas. Em poucas palavras, é inimigo quem se afasta de modo permanente do Direito e não oferece garantias cognitivas de que vai continuar fiel à norma. Estes devem ser tratados de forma que o indivíduo que não admite ingressar no estado de cidadania, não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa. O inimigo, por conseguinte, não é um *sujeito processual*, logo, não pode contar com direitos processuais, como por exemplo, o de se comunicar com seu advogado constituído. Cabe ao Estado não reconhecer seus direitos, “ainda que de modo juridicamente ordenado”. Contra ele não se justifica um procedimento penal (legal), sim, um procedimento de guerra. Quem não oferece segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal, não só não deve esperar ser tratado como pessoa, senão que o Estado não deve tratá-lo como pessoa (pois do contrário vulneraria o direito à segurança das demais pessoas).

3.1 Características do Direito Penal do Inimigo

Para Jakobs o inimigo não pode ser punido com pena, sim, com medida de segurança, não deve ser punido de acordo com sua culpabilidade, senão consoante sua periculosidade, as medidas contra o inimigo não olham prioritariamente o passado (o que ele fez), sim, o futuro (o que ele representa de perigo futuro), não é um Direito penal retrospectivo, sim, prospectivo, o inimigo não é um sujeito de direito, sim, objeto de coação, o cidadão, mesmo depois de delinquir, continua com o *status* de pessoa, já o inimigo perde esse *status* (importante só sua periculosidade) o Direito penal do cidadão mantém a vigência da norma, o Direito penal do inimigo combate preponderantemente perigos, o Direito penal do inimigo deve adiantar o âmbito de proteção da norma (antecipação da tutela penal), para alcançar os atos preparatórios, mesmo que a pena seja intensa (e desproporcional), ainda assim, justifica-se a antecipação da proteção penal, quanto ao cidadão (autor de um homicídio ocasional), espera-se que ele exteriorize um fato para que incida a reação (que vem confirmar a vigência da norma), em relação ao inimigo (terrorista, por exemplo), deve ser interceptado prontamente, no estágio prévio, em razão de sua periculosidade.

Por fim, podemos concluir que o intuito principal da teoria do Direito Penal do Inimigo é atuar de maneira preventiva contra aquelas pessoas que demonstram, de maneira inequívoca, que se afastaram do Direito e que não mais aderem ao contrato social (Rousseau). Essas pessoas configuram uma ameaça para o Estado, submetendo-se, assim, a um tratamento diferenciado, com o fim de preservar o equilíbrio e a paz social.

3.2 Fundamentos do Direito Penal do Inimigo

O Direito que está destinado a tutelar a norma é o que Jakobs chama de Direito Penal do cidadão, que não perde seu status de pessoa em face dos delitos que comete. O Direito Penal aqui analisado do inimigo, não se trata de um Direito propriamente dito, mas de uma doutrina contra aquele que põe em perigo a paz e a segurança social, persistindo na reiteração dessa quebra de princípios.

De acordo com Jakobs, Direito Penal do cidadão mantém a vigência da norma, o Direito Penal do inimigo (em sentido amplo: incluindo o Direito das medidas de segurança) combate perigos; com toda certeza existem múltiplas formas intermediárias. Como se vê, é negada ao inimigo a sua condição como pessoa.

Não se pune por que se cometeu um delito, mas por fazer parte de alguma maneira, ser um deles. Isso se dá porque ao inimigo é negada a aplicação do postulado da proporcionalidade, além de muitas outras normas de ordem constitucional.

O Direito Penal do Fato, que é o constitucionalmente legitimado, dá lugar a uma política repressiva que pune o indivíduo pelo que ele é, e não pelo que ele fez ou deixou de fazer.

O Direito Penal do inimigo não se limita, porém, ao direito substantivo. Abarca também o direito processual. Admite, por exemplo, a prisão preventiva independentemente do perigo concreto, factível, que o processado possa representar, baseando-se na periculosidade instintiva do "inimigo".

Em suma, o Direito Penal do inimigo se dirige à eliminação de um perigo, o que não exclui a possibilidade de que sejam excluídos aqueles que o Estado assim considere. Nessa vereda, defende-se uma ampla antecipação da punibilidade no curso do iter criminis, ocupando-se de punir fatos futuros, eventuais, e não atual ou passado.

4 .DIREITO PENAL DO INIMIGO NO BRASIL

No ordenamento jurídico brasileiro atualmente já se pode encontrar alguns exemplos da teoria em debate. Legislações de terceira velocidade do direito penal acabam limitando algumas garantias do delinquente e possibilitando uma maior eficiência na aplicação da lei penal. São exemplos de leis nesse sentido: lei do abate de aviões (Lei 9614/98), lei de crimes hediondos (Lei 8072/90), lei contra as organizações criminosas (Lei 9034/95) e também o instituto do regime disciplinar diferenciado (RDD) previsto na lei de execução penal.

DIREITO PENAL DO INIMIGO EM PARALELO COM O DIREITO PENAL BRASILEIRO

Em tempo, é preciso elogiar as iniciativas do legislador de fornecer à Justiça instrumentos mais eficientes no combate ao crime. Não se pode, com respeito às opiniões em contrário, deixar o Estado com as mãos amarradas frente aos criminosos simplesmente para garantir os direitos humanos.

5. CONCLUSÃO

Dessa forma, certo de que nenhum direito é absoluto, também é preciso que se flexibilizem algumas garantias daqueles criminosos que oferecem um maior perigo para a sociedade. A experiência comprova que alguns criminosos não podem mais ser regenerados, afastando-se de maneira permanente do Direito e violando de maneira perene o contrato social.

Para algumas pessoas que não mais aceitam conviver em sociedade e a respeitar as normas estabelecidas em um Estado de Direito, deve-se aplicar um direito penal diferenciado. Explico, cada criminoso deve ser reprimido de acordo com a sua condição; não se pode tratar um ladrão de galinhas da mesma forma que um terrorista; é impossível reprimir organizações criminosas altamente qualificadas sem que se faça uso de medidas extraordinárias; a atuação da justiça deve se adequar a atuação dos criminosos.

Vale observar que tal entendimento encontra amparo na própria Constituição através dos princípios da igualdade e da proporcionalidade. Ora, tratar um indivíduo que oferece grande perigo ao Estado de maneira diferenciada, nada mais é do que tratar desigualmente os desiguais. Desse modo, é essencial que o Estado se valha de instrumentos como a infiltração de agentes em organizações criminosas e de interceptações telefônicas sempre que as circunstâncias exigirem.

Trabalhando dessa forma o Estado estará agindo de modo proporcional, mitigando alguns direitos daqueles que se afastam de modo permanente do Direito, em favor daqueles que se comportam de acordo com a lei. Afinal, será que não vale, por exemplo, o sacrifício do direito à intimidade de criminosos com o uso de interceptações telefônicas que evitam a concretização de certos crimes?

Certos de que não se pode admitir é que se coloque em risco a paz social e até a segurança daqueles que tem a função de garantir a segurança da comunidade

Revista da Escola Judiciária do Piauí, Teresina, PI, Vol.2, N.1, jul/dez, 2020. ISSN: 2526-7817

simplesmente com a desculpa de se proteger os direitos humanos dos delinquentes. Um exemplo disso foi a recente súmula vinculante nº11 editada pelo STF. Segundo esta súmula, "só é lícito o uso de algemas em caso de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado".

Mencionada súmula, configura-se uma verdadeira subversão da justiça, passando-se a tratar o criminoso como vítima e o policial como bandido. A súmula vinculante nº 11 do STF nasceu com base na repugnância ao Direito Penal do Inimigo, pois, para alguns, algemar um criminoso seria uma ofensa ao princípio da presunção de inocência.

Dessa forma, como há casos em que é fundamental a utilização de prisões cautelares, também é essencial o uso cautelar das algemas. Do contrário, seria colocar em risco a segurança dos agentes policiais, da população e até do próprio criminoso.

Na prática, quem é policial bem sabe a dificuldade e a tensão que é o momento em que se tiram as algemas de um suspeito para que se efetive a identificação datiloscópica. Isso porque, para o delegado de polícia plantonista, que conta muitas vezes com apenas um investigador e um escrivão na delegacia, qualquer distração em relação a um suspeito pode lhe custar a vida. Daí a importância do uso das algemas.

Deve-se analisar com certa parcimônia a teoria do Direito Penal do Inimigo. Não se pode negar que os direitos fundamentais são essenciais para o desenvolvimento da sociedade e que, portanto, devem ser observados e respeitados. Todavia, esses direitos não são absolutos, podendo ser relativizados de acordo com o caso concreto através do princípio da proporcionalidade ou ponderação de interesses.

Assim, podemos concluir que o Direito Penal do Inimigo possui aspectos positivos que o compatibilizam com um Estado Democrático de Direito. É preciso que a Justiça se adeque à criminalidade hodierna, tratando alguns criminosos com uma

DIREITO PENAL DO INIMIGO EM PARALELO COM O DIREITO PENAL BRASILEIRO

maior rigidez, protegendo-se, assim, aqueles que atuam conforme o Direito e que não romperam com o contrato social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Três Velocidades, Um inimigo, Nenhum Direito: um esboço crítico dos modelos de "Direito" penal** propostos por Silva - Sánchez e Jakobs. Disponível em: <http://www.direitounisal.com.br/Direito/Bem-Vindo.html>. Acesso em: 20/10/2012, às 20:30.

GRECO, Luís. **Sobre o Chamado Direito Penal do Inimigo. Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, nº56, p. 81/87, 2005. JAKOBS, Günther. **Imputação Objetiva no Direito Penal**. 2. ed. trad. André Luís Callegari. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2007.

_____, MELIÁ, Cancio. **Direito Penal do Inimigo – Noções e Críticas**. 4. ed., trad. de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ROSSEAU, Jean-Jaques. **Do Contrato Social**. Trad. de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2003.

SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO¹

Jackeline Silva de Carvalho

RESUMO: O presente trabalho faz uma análise sobre a crise no sistema penitenciário brasileiro que é marcado por inúmeros problemas e contradições, visto que, reproduz as desigualdades sociais, colocando-se como um ambiente de afronta a dignidade e violação aos direitos humanos, tornando-se impróprio para a recuperação e ressocialização do preso. O Sistema Penitenciário Brasileiro apresenta muitos problemas, os principais estão relacionados a violação à dignidade e aos direitos dos presos que resultam no aumento da população carcerária e como consequência no aumento da criminalidade dentro e fora dos presídios. Esta análise visa apresentar uma abordagem breve, clara e sucinta sobre os principais problemas que afetam o sistema prisional brasileiro.

Palavras-chave: Sistema Penitenciário Brasileiro. Ressocialização. Presos.

¹ Recebido em 30/07/2017.

Aprovado em 22/09/2020.

INTRODUÇÃO

Nos últimos anos têm se verificado o estado caótico do Sistema Penitenciário Brasileiro através de notícias diárias sobre rebeliões, fugas em massa de presos, bem como chacinas e acertos de contas ocorridos nos mais distintos presídios do estado brasileiro. Nesse cenário, é comum a afronta e a violação aos direitos do preso nos presídios que são dominados por facções criminosas que se aproveitam do abandono e do cinismo por parte do Estado e acabam recrutando pessoas para o mundo do crime.

Verifica-se que o sistema carcerário brasileiro é deficiente, sendo comum violações aos direitos e dignidade do preso, insegurança dos funcionários, abandono do Estado, ineficiência dos gastos públicos, má administração e falta de fiscalização.

O sistema penitenciário brasileiro passa por inúmeras dificuldades e diversos problemas. Dentre os problemas enfrentados pode-se destacar:

- A superlotação dos Presídios;
- Domínios de facções criminosas;
- Violação aos direitos humanos dos presos;
- Marginalização do preso;
- Precariedade e insalubridade dos presídios.

O certo é que as superlotações das celas, precariedade e insalubridade dos presídios brasileiros se transformam em ambientes propícios para a proliferação de doenças e epidemias, aliado a isso, a falta de estrutura, a má alimentação, sedentarismo e o uso recorrente de drogas contribuem para que o preso permaneça e saia da prisão com a saúde debilitada tanto física como psicologicamente.

As doenças mais comuns adquiridas pelos presos são tuberculose, pneumonia, hepatite, AIDS, sem falar, que existe um grande número de presos que são portadores de distúrbios mentais, câncer e hanseníase.

[...] o que acaba ocorrendo é uma dupla penalização na pessoa do condenado: a pena de prisão propriamente dita e o lamentável estado de saúde que ele adquire durante a sua permanência no cárcere. Também pode ser constatado o descumprimento dos dispositivos da Lei de Execução Penal, a qual, prevê no inciso VII do artigo 40, o direito à saúde por parte do preso, como uma obrigação do Estado (ASSIS, 2017)

Diante disso é perceptível o aumento desenfreado da população carcerária, visto

que, o estado priva o indivíduo de sua liberdade de forma desnecessária, pois infringe direitos constitucionais como o devido processo legal, dignidade da pessoa humana e princípio da presunção da inocência.

Nota-se que com o aumento da população carcerária, o estado está mais preocupado em construir presídios, sem o mínimo de estrutura e sem oferecer condições básicas, submetendo esses indivíduos a péssimas condições de higiene e superlotação de celas, falta de assistência social e de saúde.

A manutenção do encarceramento do preso nestas condições contribui para que a pena perca o seu caráter ressocializador e faz com que o preso retorne a sociedade pior do que entrou, descontando na sociedade tudo que vivenciou naquele ambiente.

A CRISE NO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

A morte de detentos nos mais diferentes presídios brasileiros como o do Amazonas, Roraima, Rio Grande do Norte, Maranhão entre outros, bem como a guerra de facções criminosas que disputam o controle das atividades ilícitas expõe a fragilidade do nosso sistema prisional.

O crescimento da população carcerária no Brasil, sem dúvida, agravam o contexto de crise, marcado principalmente pela superlotação dos presídios, composto em sua maioria por presos provisórios que aguardam por julgamento atrás das grades sem condenação estabelecida pelo judiciário. Nessa linha, o número de presos provisórios superam o número de vagas oferecidas pelos Estados do Amazonas, Bahia, Ceará, Maranhão, Pernambuco, Rondônia e Sergipe

A crise penitenciária enfrentada pelos estados apresentam alguns pontos em comum. Isso porque além dos massacres enfrentados e a situação dos presídios, a maioria dos presos com penas e periculosidade distintas ocupam o mesmo espaço; sem falar que os presídios são controlados por facções criminosas integradas pelos próprios detentos e o número reduzido de agentes penitenciários não preparados para atuar em situações limites que requer muito controle e inteligência emocional. Somado a isso, pode-se destacar:

1. Inércia do Estado: o conflito entre facções rivais é do conhecimento do Estado, todavia, nunca se preocupou em solucionar esse problema;

SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

A crise do Sistema Penitenciário do Brasil reflete a incapacidade dos governos em assumir o gerenciamento das unidades prisionais como ambientes de reeducação e recuperação social. Ao contrário, são espaços da desumanização dos indivíduos forçados a conviver com as condições insalubres: espaço físico limitado, ausência de higiene, inúmeras doenças, e a precariedade de acesso à Justiça e aos direitos fundamentais, previstos nos tratados internacionais, na Constituição Brasileira de 1988 e na Lei de Execução Penal. (BARROS; JORDÃO, p7)

2. Falta de controle interno das detenções: os presídios são dominados pelos próprios detentos que controlam a comida e circulam entre as áreas sem monitoramento. O Estado só preocupa-se em atuar, quando a crise está na mídia – quando deixa de ser noticiado, nada mudará, pois o sistema é falido – até o tema retornar à mídia novamente com um novo massacre ou rebelião.

3. Mistura de presos com penas e crimes diferentes: O sistema penitenciário mistura todo mundo, “o menos e o mais perigoso”. Esse sistema não regenera ninguém e acaba se transformando em uma fábrica de crise que não será solucionada enquanto não houver empenho e vontade de transformar a realidade que vivemos.

4. Agentes despreparados: os agentes não são preparados o suficiente ou não tem formação adequada para lidar com situações de alta tensão que requer inteligência e controle emocional.

5. Presídios mal construídos

6. Ação paliativa transforma em definitiva: As decisões provisórias devem vigorar até melhorar o sistema e ter controle interno restabelecido, não devendo ser transformadas em decisões definitivas.

7. Uso do Exército;

8. Excesso de Prisões Provisórias: a maior parte da população carcerária é composta por presos provisórios - a prisão provisória tem sido usada mas como regra do que como exceção – configurando-se como uma forma de antecipar a execução da pena.

Ao decidir pela prisão provisória, o juiz leva em conta as circunstâncias do processo. Segundo a lei, o magistrado só poderia manter preso quem oferece risco à sociedade, ameaça o andamento do processo — intimidando testemunhas e destruindo provas — ou conta com meios para fugir. (TANJI, 2017)

9. Uso do Regime fechado mesmo quando há penas alternativas: existe um grande número de condenações no regime fechado sem necessidade.

O inchaço da jurisdição, amarrotados de processo e de decisões que se arrastam
Revista da Escola Judiciária do Piauí, Teresina, PI, Vol.2, N.1, jul/dez, 2020. ISSN: 2526-7817

por anos, privam da liberdade mais de 40% dos presos que são provisórios que são privados de um julgamento célere, pois antecipam e cumprem penas sem um julgamento definitivo.

É importante destacar que o crescimento da população carcerária a números alarmantes não diminui a criminalidade e nem foi capaz de atenuar o sentimento de insegurança vivido pela sociedade. A inexistência de políticas públicas de segurança adequadas e efetivas, a falta de integração entre a União, Estados e municípios, bem como a ausência de investimentos sociais capazes de minimizar as desigualdades sociais, “não diminui crimes e só faz crescer o depósito de rejeitados pelo sistema” (TANJI, 2017)

Conforme o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, publicado pelo DEPEN, o Brasil é o quarto país do mundo com maior população carcerária, atrás dos Estados Unidos, China e Rússia. Entre os mais de 622 mil encarcerados brasileiros, mais de 40% dos brasileiros são provisórios. São Paulo é o Estado que abriga a maior população prisional do país, com 35% dos presos. Não há vagas suficientes, o Brasil conta com pouco mais de 370 mil vagas disponíveis para o total da população carcerária.

O estado perdeu a autoridade sobre as prisões que acabam sendo dominados e comandados por facções criminosas que organizam o crime e impõem suas regras ao sistema.

O MITO DA RESSOCIALIZAÇÃO DO PRESO

Ressocializar significa socializar-se novamente; voltar a fazer parte de uma sociedade, ou seja, o indivíduo vai deixar de praticar condutas nocivas à sociedade e voltar a possuir um convívio social praticado pela maioria dos homens.

O Sistema Penitenciário Brasileiro se caracteriza por ser um espaço de grandes amontoados humanos vivendo em condições precárias, insalubres e sub-humanas expostos a todo o tipo de doença.

Nesse sentido as prisões não cumprem o papel de ressocialização do preso e acabam por fortalecer o crime. A precariedade e a superlotação dificultam e impedem esse processo no Brasil, somando-se a isso, a insalubridade destes ambientes fazem com que

SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

o crime organizado se fortaleça e desenvolva suas atividades, planejando e executando a venda e a distribuição de drogas.

Sem falar que as prisões se transformam em ótimas oportunidades para o aliciamento de novos traficantes. “Para garantir sua própria sobrevivência, outros presos, menos perigosos, acabam se submetendo a hierarquia das gangues presentes nos presídios. Quando tais pessoas deixam o cárcere, voltam ainda piores, para o convívio social (SILVA, 2017).

Convém salientar que o Estado não oferece uma estrutura adequada para as penitenciárias, onde inexistente uma separação adequada dos presidiários e uma política de ressocialização pontual e efetiva do preso.

A solução para crise do sistema carcerário brasileiro perpassa a construção de novos presídios ou pela preparação de pessoal. A superação dessa crise envolve a melhoria da educação básica e o desmantelamento do crime organizado.

Os presídios são controlados pelo crime organizado e não oferecem garantias sociais básicas. O massacre e o assassinato de presos que a cada nova rebelião pelo domínio ou insatisfação destes grupos criminosos são torturados, decapitados e queimados vivos retratam a barbárie vivenciada por nosso sistema prisional. Observa-se que o preso é exposto a um espaço repleto de ilegalidades que tornam impossível sua ressocialização.

A cadeia como um local de reintegração social é um conceito historicamente recente, adotado pelos países entre o final do século 19 e o início do século 20. O Estado assume a custódia do criminoso e não está lá para aplicar uma vingança pessoal: independentemente da gravidade ou dos horrores dos crimes cometidos por alguém, a punição ao encarcerado deve respeitar as leis e a dignidade humana. (TANJI, 2017)

É perceptível a afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana, bem como a violação aos direitos do preso e o desrespeito a sua integridade física e moral nas unidades prisionais do país. Salienta-se que a maior parte da população carcerária é formada por homens, jovens e negros que em sua maioria não tiveram acesso à educação e acabaram por sofrer as consequências da desigualdade social e a falta de políticas públicas; seus crimes estão associados a drogas e crimes contra o patrimônio tais como roubo ou furto.

O preso tem direito à saúde, alimentação e infraestrutura digna. Todavia o estado só oferece água e comida. Os produtos de consumo diário e higiene são fornecidos por familiares. A violação aos direitos do preso, a violência física, sexual e psicológica, a tortura

e o tratamento humilhante são práticas rotineiras que fazem parte do sistema penitenciário brasileiro, e contribuem para que o encarcerado saia desse sistema e retorne a sociedade pior do que entrou e queira reproduzir no meio social as mesmas práticas vivenciadas e sentidas no cárcere.

Não obstante a violência e a humilhação não são práticas que se restringem somente aos encarcerados, pois é comum a denúncia de familiares que sofrem com a revista vexatória. Isto ocorre porque “como não há equipamentos para inspeção não invasiva, o sistema obriga mulheres que visitam as cadeias a agacharem-se nuas para que sejam revistados a vagina e o ânus.” (Thiago Tanji, 2017)

Verifica-se que as condições do aprisionamento do sistema Penitenciário Brasileiro é degradante e acaba impossibilitando a ressocialização dos presos e fortalecendo o crime.

A prisão tornou-se uma instituição política onde sua função social é a formação, recuperação e ressocialização do preso. Tal situação tornou-se contraditória ante a violação e afronta aos direitos dos presos nas unidades prisionais brasileiras, potencializando a situação de marginalidade, desumanizando-o. Desse modo, a função política do sistema prisional seria a de excluir e marginalizar o preso e fazer com que o cidadão comum não se inspire nas suas atitudes.

A VISÃO DA SOCIEDADE ACERCA DO PRESO

A sociedade brasileira ver o preso como um doente, psicopata, vagabundo que merece estar e vivenciar a precariedade e as condições dos presídios brasileiros. É a lei do retorno pelos crimes que cometeram, desta feita, devem sofrer. Para a sociedade em geral, o preso não é gente, é um sociopata, um bandido que oferece risco ao cidadão e a coletividade.

A negação de direitos básicos aos presos não são capazes de causar comoção popular. E episódios como massacres e assassinatos de presos dentro dos presídios são tratados com naturalidade pela população e percebidos como uma verdadeira pena de morte merecida. Para a sociedade punir, torturar os criminosos nas prisões é uma prática normal e aceita pela mesma.

SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

A sociedade assustada com o crescimento da violência espera que a prisão se constitua em um espaço de punição e expiação para o criminoso. A manutenção deste sentimento de expiação, comum nas sociedades antigas e atuais se agrava pelo crescimento da criminalidade violenta, principalmente, quando as estatísticas dos crimes apontam vítimas nas camadas mais abastadas da população. (BARROS; JORDÃO, p.4, ano

O endurecimento das penas e as políticas de segurança de caráter ganham bastante aceitação por parte do meio social, pois para o cidadão comum, o prisioneiro é responsável pela desagregação social e instabilidade na sua vida cotidiana que é transformada em virtude do aumento da criminalidade. Assim, fazer da prisão um espaço de recuperação e ressocialização do criminoso chega a ofender o cidadão comum, que espera mais que uma pena: aguarda vingança e retribuição. (BARROS; JORDÃO, p7, ano)

O certo é que essa situação não proporciona ao condenado a sua recuperação e ressocialização. Em muitos casos, as rebeliões ocorrem em virtude da afronta a direitos básicos do preso que vivem na ociosidade, sem fazer qualquer atividade. Os ambientes prisionais brasileiros são tensos, apresentam condições precárias, tornando-se mais propício ao desenvolvimento de valores nocivos à sociedade.

É por esta razão que a reincidência afeta a maior parte da população carcerária, mostrando que as penitenciárias não estão cumprindo sua função de reabilitação e ressocialização de presos. Tal situação é agravada pela mentalidade punitiva da sociedade que ver a privação da liberdade como a única forma e pena eficaz para punir todos os tipos de crimes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nota-se ao longo do trabalho que o sistema penitenciário brasileiro é deficiente e desumano, visto que, a afronta aos direitos dos presos é uma prática comum. Verifica-se que esse sistema não atende a sua finalidade de ressocializar e integrar o preso a sociedade.

Esse sistema vem se transformando em uma grande escola para o crime, pois é comum o recrutamento pelas facções criminosas de presos que praticaram crimes mais leves, são levados a prática de crimes mais graves em busca de respeito, vantagens ou por medo (cometem crimes mais graves para preservar a sua integridade física e dos entes de sua família). Desse modo o sistema prisional brasileiro acaba se identificando como um

verdadeiro escritório para o crime organizado.

A crise e a falência do Sistema Penitenciário Brasileiro é um problema social que é reflexo da estagnação da saúde, educação e a afronta a dignidade e aos direitos essenciais do indivíduo, e não somente um problema de segurança pública. A superlotação, as más condições, a precariedade, a falta de estrutura acaba refletindo no aumento de criminalidade na sociedade e dentro dos presídios.

Enfim, a segurança nos presídios não é capaz de garantir a proteção nem a sociedade, nem aos agentes, quiçá aos próprios presos. A partir dessa análise, nota-se que o Estado não cumpre o seu papel, pois não oferece a devida tutela e reabilitação desses indivíduos que tem seus direitos violados diariamente. O estado se mostra incapaz até mesmo de diagnosticar medidas capazes de prevenir a criminalidade. Desta feita, o aumento considerável da população carcerária reflete a sua ineficiência em reintegrar o preso a sociedade.

Nota-se então que os problemas que afetam o sistema penitenciário brasileiro está relacionado a falta de apoio e aplicação de uma legislação de direitos do preso. Assim não adianta construir novos espaços e novos presídios se os direitos dos presos vão continuar a ser violados. Além disso, a sociedade precisa ser reeducada para receber esses indivíduos, pois só assim a reinserção do preso a sociedade ocorrerá de forma efetiva.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Rafael Damaceno de. A realidade atual do Sistema Penitenciário brasileiro. Acesso em 16 jun 2017

BARROS, Ana Maria de; JORDÃO, Maria Perpétua Dantas. A cidadania e o Sistema Penitenciário brasileiro. Disponível em: <http://www.unieducar.org.br>. Acesso em 29 jun 2017.

Blume, Bruno André. causas para a crise do sistema prisional brasileiro. Publicado em 31 de janeiro de 2017. Disponível em: <http://www.politize.com.br/crise-do-sistema-prisional-brasileiro-causas/>. Acesso em 28 jun 2017

SILVA, Marcos Sergio. Sete erros do sistema prisional brasileiro que pioram a crise penitenciária. Publicado em 30 de janeiro de 2017. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2017/01/30/sete-erros-do-sistema-prisional-brasileiro-que-pioram-a-crise-penitenciaria.htm?cmpid=copiaecola>. Acesso em 28 jun 2017

Revista da Escola Judiciária do Piauí, Teresina, PI, Vol.2, N.1, jul/dez, 2020. ISSN: 2526-7817

SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

TANJI, Thiago. Prendemos muito e prendemos mal: o problema das prisões no Brasil. Publicado em 03 de janeiro de 2017. Disponível em: <http://revistagalileu.globo.com/Revista/noticia/2017/01/prendemos-muito-e-prendemos-mal-o-problema-das-prisoas-no-brasil.html>. Acesso em 29 jun 2017

A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NA DISPENSAÇÃO DE MEDICAMENTOS¹

Lucicleide Pereira Belo

RESUMO: O direito à saúde, apesar de ser um direito contemplado na Constituição Federal de 1988, bem como em legislações infraconstitucionais, como a Lei Orgânica da Saúde, não está sendo prestado de forma adequada. Existem em nossa corte diversas demandas, resultantes de carências de natureza administrativa e orçamentária, dentre outras. Esta busca junto ao Poder Judiciário da efetivação pelo Estado do direito de acesso aos meios e recursos necessários, e neles se inclui o fornecimento de medicamentos que deveriam ser ofertados gratuitamente pelo governo, desencadeou um fenômeno denominado judicialização do direito à saúde. O presente artigo procura abordar a questão da intervenção do judiciário no direito à saúde, mais especificamente na dispensação de medicamentos, analisando os pareceres técnicos e jurídicos evidenciados na Audiência Pública realizada pelo Supremo Tribunal Federal – STF, em 2009, e a suspensão da tutela antecipada no caso 175, também proferida pelo STF. Esta decisão representa um marco na história da judicialização do direito fundamental à saúde, sobretudo no tocante à omissão do Estado no fornecimento de medicamentos. Será feita ainda uma breve análise histórica da evolução do direito fundamental à saúde em nossa legislação pátria, direito este que consta no rol dos Direitos Sociais.

Palavras-chave: Saúde. Judicialização. Dispensação de medicamentos.

¹ Encaminhado em 22/06/2017

Aprovado em 03/10/2020

Revista da Escola Judiciária do Piauí, Teresina, PI, Vol.2, N.1, jul/dez, 2020. ISSN: 2526-7817

1. INTRODUÇÃO

O direito à saúde foi inserido na Constituição Federal de 1988 no âmbito dos direitos sociais, tratando-se de um privilégio indisponível assegurado a todos, mediante políticas públicas que garantam o acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Em que pese se tratar de um direito constitucionalmente assegurado, além de estar garantido por leis infraconstitucionais, como a Lei Orgânica da Saúde (Lei 8.080/90), o direito à saúde, bem como o fornecimento de medicamentos, não estão sendo prestados de forma adequada, mesmo com toda normatividade e efetividade alcançadas pela Constituição Federal, o que se corrobora através das vastas aplicações jurisprudenciais. O que se observa nos tribunais é uma crescente demanda por parte das pessoas que contemplaram a via judiciária como um caminho mais eficiente de acesso à saúde, seja para conseguir medicamentos, um tratamento ou internação.

A intervenção judicial junto à Administração Pública é para que se faça cumprir a previsão constitucional de prestação do serviço integral de saúde. As normas constitucionais passaram a ter aplicabilidade direta e imediata pelos juízes e tribunais, tendo, portanto, tutela judicial específica. Tal fenômeno ficou conhecido como a judicialização da saúde. Assim, esse direito deixou de ser mera norma programática para se inserir como regra de aplicabilidade direta e imediata pelo judiciário, tendo como escopo, garantir efetivamente a prestação universalizada do serviço de saúde. Como a Constituição Federal determina que o atendimento a saúde deve ser integral, englobando, por conseguinte, todas as necessidades do indivíduo, este fenômeno da judicialização também pode ser observado quando o paciente recorre à justiça para garantir o seu direito de acesso a medicamentos que fornecidos gratuitamente pelo poder público conforme os critérios adotados pela Lei.

Destarte, impossível não se perceber o impacto que estas decisões têm provocado na sociedade, não apenas quanto à questão financeira ou orçamentária, mas, sobretudo, no tocante às diversas políticas públicas, tornando-se muito importante, por isso, a questão ora enfocada, ou seja, a jurisdicionalização da saúde, como forma legítima de garantir o pleno exercício do direito à assistência individual terapêutica.

Segundo Barroso (2007, p. 03) “o sistema começa apresentar sintomas graves de que

pode morrer da cura, vítima de ambição, falta de critérios voluntarismo diverso”.

Por outro lado, existem muitas decisões que condenam a Administração a custear as despesas referentes a tratamentos irrazoáveis quer por se tratarem de verdadeiras experiências, em virtude da inexistência de total eficácia ou, em outros casos, a irrazoabilidade se apresenta nos elevados custos e prejuízos aos entes estatais (União, Estados e Municípios), pondo em risco, portanto, a continuidade das políticas de saúde pública, abalando a Administração Pública e fazendo com que haja má distribuição dos recursos públicos e impedindo a verdadeira promoção do direito à saúde.

Neste contexto, as decisões judiciais que envolvem ações de saúde têm gerado muitos debates visto que elas existem em vários sentidos, com fundamentações e posicionamentos bem distintos entre si.

Dessa forma, o direito à saúde como direito essencialmente subjetivo, a ser prestado pelo Estado através de seus órgãos, políticas sociais e econômicas, revela-se difícil a sua correta aplicação, cabendo ao juiz, ao julgar a demanda, interpretá-la e buscar uma melhor solução, no que resulta uma verdadeira problemática.

Ainda segundo Barroso (2007, p. 05), o excesso de judicialização nas decisões políticas pode levar a “não realização prática da Constituição Federal, revelando-se a concessão de privilégios a alguns jurisdicionados em detrimento da generalidade, da cidadania, que continua dependente das políticas universalistas implementadas pelo Poder Executivo”.

Em face dos motivos já mencionados e em observância ao exponencial crescimento de demandas judiciais relacionadas ao direito à saúde contra entes públicos, é que se pretende demonstrar, ao longo deste trabalho, a judicialização da saúde no tocante a dispensação de medicamentos, ressaltando a observância e cumprimento das normas constitucionais, sobretudo, no tocante ao direito à saúde.

Neste diapasão, busca-se uma reflexão teórica acerca do tema, que se apresenta complexo, e, ao mesmo tempo, tenta-se demonstrar a importância do cumprimento das normas constitucionais, numa medida exata, de forma que não cause prejuízo aos cofres públicos, que não deixe de promover a saúde daqueles que realmente estão precisando, em detrimento de outros. Isto significa que o magistrado deve agir de modo a não lesionar direitos da mesma natureza de outras tantas pessoas.

Para tal, o Capítulo 2 tem por escopo estudar os limites da intervenção do Poder

A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NA DISPENSAÇÃO DE MEDICAMENTOS

Judiciário para a proteção e concessão do direito à saúde, assegurado pelo texto constitucional, e de responsabilidade solidária dos entes da federação - União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Será abordado o conceito de saúde, mas iremos nos ater, em especial, aos pareceres técnicos e jurídicos evidenciados na Audiência Pública realizada pelo Supremo Tribunal Federal – STF, em 2009, e a suspensão da tutela antecipada no caso 175, também do STF.

No capítulo 3 será feita uma breve análise da importância dos Direitos Sociais, sendo necessário buscar na história sua origem, delineando sua evolução e desdobramentos no Brasil. Por fim, será feita a contextualização do direito fundamental à saúde em nossa legislação pátria, destacando-se sua importância para o crescimento de nossa população.

2. INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO NO DIREITO À SAÚDE – DISPENSAÇÃO DE MEDICAMENTOS

A saúde não mais é considerada, na atualidade, como ausência de doença. O seu sentido evoluiu, ampliou-se, englobando outros aspectos, consoante entendimento adotado pela Organização Mundial de Saúde, que a define da seguinte forma: "saúde é o completo bem-estar físico, mental e social e não a simples ausência de doença". Imperioso citar o conceito de saúde de Castro (2005), para quem a saúde:

Corresponde a um conjunto de preceitos higiênicos referentes aos cuidados em relação às funções orgânicas e à prevenção das doenças. "Em outras palavras, saúde significa estado normal e funcionamento correto de todos os órgãos do corpo humano", sendo os medicamentos os responsáveis pelo restabelecimento das funções de um organismo eventualmente debilitado.

No campo do direito, a saúde também sofreu evoluções e hoje, na legislação pátria, é um direito constitucionalmente assegurado a todos, inerente à vida, bem maior do homem. Portanto, o Estado tem o dever de prover condições indispensáveis ao seu pleno exercício.

Os artigos 23 e 196 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que é a que se encontra em vigor, preceituam que:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:
[...]

II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência.

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

Dessume-se, a partir da leitura dos supracitados artigos, que os Entes Federados (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) possuem responsabilidade solidária para o fornecimento dos serviços de saúde e estão, ao mesmo tempo, incumbidos de sua promoção, proteção e recuperação.

Insta destacar que o artigo 196 deixa de forma explícita que “a saúde é direito de todos e dever do Estado [...]”. Intrínseca ao dever constitucional do Estado de prover a saúde pública, por conseguinte, é hialina a obrigação de promover políticas públicas de arrefecimento do risco de doenças, como a AIDS, a tuberculose, a catapora, dentre outras, através de campanhas educativas, de serviços de vigilância sanitária, provendo uma alimentação saudável ou com a construção de hospitais e postas de saúde, devidamente equipados e com pessoal capacitado.

Considerando-se que, para a promoção da assistência e manutenção da saúde seja uma realidade, está incluído aí o fornecimento de medicamentos, logo o seu acesso é também um dever do Estado. A intervenção do Judiciário ocorre exatamente quando do não fornecimento desses medicamentos por parte da Administração Pública. Cumpre esclarecer, para um melhor entendimento acerca do assunto a ser abordado em seguida, que a Portaria SVS/MS nº 344, de 12 de maio de 1998 (Versão Republicada - 01.02.1999), que aprova o Regulamento Técnico das substâncias e medicamentos sujeitos a controle especial traz em seu bojo o conceito de medicamento: “Produto farmacêutico, tecnicamente obtido ou elaborado, com finalidade profilática, curativa, paliativa ou para fins de diagnóstico”.

Igualmente importante asseverar que o direito à preservação da vida, ao lado do princípio da dignidade humana, prefigura-se como sendo um direito fundamental supraconstitucional, estando acima de todo e qualquer ordenamento jurídico, sendo, portanto, um direito intrínseco à natureza do homem.

2.1 Audiência Pública realizada pelo STF em 2009

No ano de 2009, mais especificamente nos dias 27, 28 e 29 de abril, e 4, 6 e 7 de maio, o então Presidente do Supremo Tribunal Federal - STF, Ministro Gilmar Mendes, objetivando esclarecer as questões técnicas, científicas, administrativas, políticas e

A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NA DISPENSAÇÃO DE MEDICAMENTOS

econômicas sobre a saúde, a fim de que o Poder Judiciário, quando provocado, profira decisões judiciais, o melhor direito, convocou uma Audiência Pública, para ouvir 50 (cinquenta) especialistas, entre advogados, defensores públicos, promotores e procuradores de justiça, magistrados, professores, médicos, técnicos de saúde e usuários do Sistema Único de Saúde, além de acadêmicos e de entidades e organismos da sociedade civil.

A judicialização do direito à saúde ganhou expressa importância teórica e prática, que transcendeu o âmbito judicial e envolveu, também, gestores públicos, funcionários da área de saúde e a sociedade como um todo.

Nas palavras do Ministro Gilmar Mendes:

Se, por um lado, a atuação do Poder Judiciário é fundamental para o exercício efetivo da cidadania e para a realização do direito social à saúde, por outro, as decisões judiciais têm significado um forte ponto de tensão perante os elaboradores e executores das políticas públicas que se vêem compelidos a garantir prestações de direitos sociais das mais diversas, muitas vezes contrastantes com a política estabelecida pelos governos para a área da saúde e além das possibilidades orçamentárias. [...] Busquemos o diálogo e a ação conjunta.²

Os seguintes temas foram debatidos nesta Audiência Pública: “O acesso às prestações de Saúde no Brasil – Desafios ao Poder Judiciário”, “Responsabilidade dos entes da federação e financiamento do SUS”, “Gestão do SUS – Legislação do SUS e universalidade do sistema”, “Registro na ANVISA e protocolos e diretrizes terapêuticas do SUS”, “Políticas Públicas de saúde – integralidade do Sistema” e “Assistência farmacêutica do SUS”. Cada um foi respectivamente distribuído nos dias dedicados à Audiência, em que foram ouvidos os pareceres dos profissionais supracitados, bem como colhidos memoriais enviados por quem não pôde ser convocado.

Durante o diálogo entre os convocados, um dos pontos levantados foi que os casos de omissão de serviços, de falhas de serviços ou falhas do sistema como um todo na sua implementação não podem ser resolvidos apenas com uma ação, ou ação isolada de um único ente, eventualmente do Judiciário. Deve o Estado empregar todos os esforços para superar os obstáculos fáticos e tornar possível o pleno exercício dos direitos fundamentais – saúde, educação, transporte público, saneamento básico,

² Disponível em:

http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Abertura_da_Audiencia_Publica_MGM.pdf - Acesso em 18/10/2014.

cultura, habitação, segurança pública -, o qual será alcançado quando da garantia da universalidade e integralidade da prestação dos serviços públicos essenciais.

Ingo W. Sarlet, professor titular da PUC/RS e Juiz de Direito, em manifestação na Audiência, enfatizou que é necessário, de fato, manter o equilíbrio entre os extremos, quando a demanda tratar da judicialização da saúde, ou seja, a busca de uma conciliação entre a dimensão subjetiva, individual e coletiva do direito à saúde e a dimensão objetiva da saúde como dever da sociedade e do Estado e que, embora haja “caroneiros” em alguns casos de decisões judiciais, estas são indispensáveis quando há a negação de serviços já disponibilizados e previstos em lei, finalizando sua participação nos seguintes termos:

[...] parece-me que há uma dupla via discriminatória. O que me preocupa aqui é a dupla exclusão: é a exclusão de quem não recebe nem o medicamento que o protocolo, a lei impõe o fornecimento e a dupla exclusão de que essa pessoa não poderia, então, buscar o poder judiciário, seja por via coletiva, seja por via individual. É dupla exclusão do sistema: ou seja, temos que nos conformar a sermos atendidos na medida do sistema existente e não sermos atendidos, ainda que a lei, os protocolos impunham esse atendimento.³ (sic)

Sobre o tema da responsabilidade dos entes da federação e financiamento do Sistema Único de Saúde – SUS, foi ouvido o então Presidente do Conselho Nacional de Saúde, Francisco Batista Júnior, que, objetivamente, apontou a necessidade de uma melhora na utilização orçamentária dos entes federados, posto que o financiamento que o país dispõe para o setor da saúde é insuficiente para viabilizar a proposta do Sistema Único de Saúde previsto na Carta Magna. Conclui pela necessária contribuição social e aplicação de um sistema de saúde, de fato, nos seguintes termos:

A contribuição social para a saúde, para nós, é muito importante porque tem dois vieses fundamentais: primeiro, é do instrumento de fiscalização, que nós entendemos como sendo importante numa estrutura tributária muito injusta que nós temos no nosso país; segundo, porque não podemos abrir mão de termos para a saúde, especificamente, rubricas voltadas exclusivamente para o seu financiamento. [...] não temos infelizmente a rede de promoção, a rede de proteção que possa contribuir para que essa demanda seja paulatinamente diminuída, suprimida – e temos insistido nisso no Conselho Nacional de Saúde. [...] Queremos, sim, um sistema de saúde, não um sistema de tratamento de doença, como infelizmente ainda continuamos tendo hoje.⁴ (sic)

³ Disponível em:

http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr._Ingo_Sarlet__titular_da_PUC_.pdf
- Acesso em 18/10/2014

⁴ Disponível em

http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Sr._Francisco_Batista_Junior__Presid_ente_do_Conselho_Nacional_de_Saude_.pdf - Acesso em 18/10/2014.

A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NA DISPENSAÇÃO DE MEDICAMENTOS

Também convocado para a audiência pública, Dirceu Raposo de Mello, a época Diretor-presidente da ANVISA, explicou de forma sucinta como acontece o registro de medicamentos no país, com base na Lei nº 6.360/76, que estabelece os critérios técnicos de tal registro e de consumo de medicamentos, com a finalidade de garantir segurança, eficácia e qualidade do produto; e a qualidade farmacotécnica – qualidade intrínseca ao produto.

Ante o rápido desenvolvimento da ciência e a necessidade de comprovação da eficiência e da qualidade dos novos tratamentos, aponta, ainda, a necessidade da redução da simetria de informação, ou seja, o pesquisador e a indústria saber mais a respeito do medicamento que o profissional da saúde. Uma vez que conhecendo melhor o medicamento, bem como a eficácia e reações do mesmo, o profissional da saúde poderia indicar medicação mais acessível e com a mesma eficácia de um medicamento mais caro⁵.

Especificamente com relação às demandas que possuem matéria de tratamento de saúde, Dr. Jorge André de Carvalho Mendonça, Juiz da 5ª Vara Federal de Recife, defendeu, através de pesquisas realizadas, que as decisões liminares proferidas estão de acordo com o ordenamento jurídico. Prova maior disso é a ratificação das mesmas perante o juízo *ad quem*. Afirmo, ainda, que a argumentação da Administração Pública de que o Poder Judiciário, ao proferir tais decisões, está ferindo o princípio da separação dos poderes não deve prosperar, posto que o direito à saúde está previsto na Constituição Federal e o Judiciário tem obrigação de garanti-lo para manter a efetividade da norma constitucional.

Argumenta ainda que o princípio da reserva do possível, também trazido pela Administração, apenas poderia ser analisado se houvesse prova da insuficiência de dinheiro para financiamento na área da saúde, o que, de praxe, não ocorre, devendo, portanto, prevalecer o direito à vida do que a finança pública, e conclui:

A gente precisa ter equilíbrio; não podemos adotar uma posição radical – nem da administração, nem do administrado. E o que seria esse equilíbrio? A doutrina colocou esse equilíbrio numa expressão que já não é nova – inclusive o próprio supremo já utilizou essa expressão –, que é “decidir com base no mínimo existencial”. Ou seja, quando aquele pedido da parte for imprescindível para a própria sobrevivência dela, realmente não haverá como o judiciário negar esse pedido. [...] O judiciário não

⁵ Disponível em:

[HTTP://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoaudienciapublicasaude/anexo/direitor_presidente_da_anvisa.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoaudienciapublicasaude/anexo/direitor_presidente_da_anvisa.pdf) - acesso em 18/10/2014.

Revista da Escola Judiciária do Piauí, Teresina, PI, Vol.2, N.1, jul/dez, 2020. ISSN: 2526-7817

está fazendo drama onde o drama não existe. E vou ler: pretendeu a parte autora o fornecimento de medicamento pelos réus, porquanto seriam indispensáveis à sua sobrevivência⁶. (sic)

Sobre a assistência farmacêutica do SUS, o então Presidente da Federação Brasileira da Indústria Farmacêutica, Ciro Mortella, apontou que apenas os medicamentos registrados pela ANVISA no Brasil, para que tenham atestadas a eficácia e a segurança, e, como consequência, o Sistema Único de Saúde não deve fornecer produtos experimentais ou que ainda não tenham sido comprovados cientificamente pela melhor prática de pesquisa. Por fim, mostra-se razoável quanto às demandas que visam à aquisição de medicamento em casos excepcionais, nos seguintes termos:

Ainda que consigamos estabelecer as melhores normas e o melhor sistema de incorporação de tecnologia, ainda que consigamos as mais transparentes normas, nós defendemos que o paciente tenha a possibilidade de buscar na justiça a garantia do seu direito ao melhor atendimento. Isso porque haverá exceções, haverá casos não contemplados pelo melhor trabalho que consigamos fazer. E, nesse caso, o paciente deve, sim, encontrar na justiça, a garantia do seu melhor tratamento⁷. (sic)

A grande participação na Audiência Pública de diferentes grupos garantiu a pluralidade de visões oferecidas pelos “amigos da Corte”, o que, certamente, traduz em qualidade da prestação jurisdicional.

Como bem conclui o Ministro Gilmar Mendes:

Muitas vezes, a intervenção judicial não pode resolver, ou até, eventualmente, pode agravar o problema, por outro lado, a não existência de um controle judicial pode estimular condutas e atitudes de descontrole de não-prestação do serviço. [...] não podemos deixar de considerar a atuação do poder judiciário como fundamental para o exercício efetivo do direito fundamental à saúde⁸.

Posições radicais que proíbam a ação do poder judiciário ou que aceitem como direito subjetivo toda e qualquer prestação de saúde não são razoáveis e, portanto, não podem ser aceitáveis. Deve-se buscar uma posição equilibrada, baseada no caso concreto, em que se possa analisar a implicação da decisão judicial a ser prolatada, sem comprometer, em especial, o direito à saúde do requerente. Após a Audiência

⁶ Disponível em:

http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Juiz_Federal_Jorge.pdf - acesso em 18/10/2014.

⁷ Disponível em:

http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Encerramento_da_Aud_Pub_Min_GM.pdf - Acesso em 18/10/2014.

⁸ Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Encerramento.pdf> - Acesso em 18/10/2014.

A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NA DISPENSAÇÃO DE MEDICAMENTOS

Pública, restou constatada a necessidade de se redimensionar as decisões judiciais na seara do direito à saúde.

2.2 Suspensão da tutela antecipada no caso 175 – STF

A precariedade do sistema público de saúde, aliada a má gestão administrativa dos entes estatais no que se refere ao fornecimento de medicamentos gratuitos, contribuíram sobremaneira para o nascimento do fenômeno “judicialização da saúde”, hoje alvo de calorosos debates.

Parte da população brasileira, inclusive as classes de maior poder aquisitivo, têm recorrido com maior frequência às tutelas da saúde para a efetivação do seu tratamento de saúde, cujas decisões, inclusive por meio de tutela antecipada, têm determinado o fornecimento de remédios e ou tratamentos que não constam na lista do Sistema Único de Saúde - SUS. Tais decisões têm priorizado o princípio fundamental do direito à vida e à saúde das pessoas como um direito ao “mínimo existencial” em detrimento do princípio da “reserva possível” alegado sempre pela Administração pública.

O mínimo existencial não está previsto expressamente no atual texto constitucional brasileiro. Sarlet e Figueiredo (2008, p. 22) ressaltam que o conteúdo do mínimo existencial não se confunde com o “mínimo vital” ou “mínimo de sobrevivência”, na medida em que a garantia de sobrevivência física do homem não denota, necessariamente, manter a vida com condições dignas, com qualidade. Os autores destacam ainda que não é possível estabelecer um elenco taxativo dos elementos nucleares do mínimo existencial, o que só é feito a partir de uma análise das necessidades de cada pessoa e do núcleo familiar em que ela está inserida. No entanto, esclarecem que é possível relacionar um conjunto de conquistas já sedimentadas, que serviriam com um roteiro ao intérprete e aos órgãos vinculados à concretização do mínimo existencial.

No ensinamento da Ministra Carmen Lúcia (2005, p. 447), dentro do mínimo existencial:

[...] se contém o conjunto de condições materiais, político-econômicas, sociais, culturais e psicológicas que constitui o ponto de partida com que cada ser humano precisa contar para realizar a sua vocação e bem viver segundo os princípios tidos como próprios no sistema constitucional estabelecido pela sociedade estatal.

O princípio da reserva do possível diz respeito aos custos que a Administração Pública tem com a concretização de políticas públicas. Este princípio refere-se, portanto, aos gastos públicos e fundamenta a responsabilização dos agentes na utilização dos recursos financeiros.

Acerca deste princípio, Sarlet e Figueiredo (2008, p.30) não concordam que este seja elemento integrante dos direitos fundamentais nem mesmo se enquadrando no âmbito do que se convencionou denominar de limites imanentes dos direitos fundamentais.

Para os autores:

A reserva do possível constitui, em verdade (considerada toda a sua complexidade), espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, mas também poderá atuar, em determinadas circunstâncias, como garantia dos direitos fundamentais, por exemplo, na hipótese de conflito de direitos, quando se cuidar da invocação – desde que observados os critérios da proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial em relação a todos os direitos fundamentais – da indisponibilidade de recursos com o intuito de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental.

A ministra Carmem Lúcia (2005, p. 454) explica a reserva do possível da seguinte forma:

A doutrina concebeu o princípio da reserva do possível, segundo o qual a prática de políticas públicas somente poderia ser responsabilizada e cobrada dos agentes, órgãos e agentes políticos quando houvesse recursos disponíveis para a operacionalização dos serviços a serem prestados à sociedade conforme a demanda a ser satisfeita.

A crescente demanda por fornecimento de medicamentos e demais pleitos relativos à saúde é resultado da postura ativista de membros do judiciário que tentam suprir as omissões dos demais poderes, primando pelo valor à vida e a dignidade da pessoa humana, ponderando entre os princípios acima citados.

Os diversos entendimentos em favor dos demandantes causam um abalo nos recursos públicos e inviabilizam o cumprimento das decisões, o que é mais grave. Diante dessa celeuma, o Supremo Tribunal Federal, por meio da STA n.º 175, uniformizou as decisões relativas à saúde.

A Suspensão da Tutela Antecipada n.º 175, tornou-se um marco jurídico nacional no assunto ora enfrentado, eis que fixou parâmetros para a solução judicial de casos concretos que envolvem a saúde aliada as experiências colhidas na Audiência Pública realizada pela Presidência do Tribunal, estudado no tópico anterior.

A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NA DISPENSAÇÃO DE MEDICAMENTOS

A STA n.º 175 trata do caso de uma jovem de apenas 21 anos de idade, que ajuizou uma ação judicial em face da União, do Estado do Ceará e do Município de Fortaleza, por intermédio do Ministério Público.

Apontou na exordial ser portadora, desde os cinco anos de idade, de uma patologia rara denominada Niemann-Pick Tipo C, uma doença neurodegenerativa, que causa uma série de distúrbios neuropsiquiátricos, e por isso necessitava do medicamento Zavesca, que tem como princípio ativo o miglustate, cujo tratamento ficaria em torno de R\$ 52.000,00 (cinquenta e dois mil reais) mensais, à época.

A Justiça Federal, ao analisar o pedido inicial, extinguiu o processo sem resolução de mérito, por considerar o Ministério Público como parte ilegítima para figurar no polo ativo da demanda. Inconformado, o Ministério interpôs Recurso de Apelação da decisão, reiterando sua legitimidade ativa no caso e os demais fundamentos da petição inicial, além de requerer a antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional, escorada no art. 273 do Código de Processo Civil⁹.

Foi declarada a legitimidade ativa do Ministério Público pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região (TRF5), dando provimento a apelação por ele interposta e deferida a antecipação da tutela pretendida¹⁰. Na mesma decisão foi definida multa diária de R\$ 500,00 (quinhentos reais) para cada ente público para a hipótese de descumprimento nos trinta primeiros dias, dobrando o valor decorrido esse prazo.

Contra a decisão do TRF5 que deu provimento à tutela antecipada, a União interpôs Recurso Especial e Recurso Extraordinário que não foram admitidos pelo próprio Tribunal Regional Federal. Sendo a Suspensão de Tutela Antecipada a alternativa que restou a União e ao Município de Fortaleza, aos quais receberam os números 175 e 178 no Supremo Tribunal Federal, respectivamente, sendo apensadas posteriormente, para um único julgamento.

⁹ TRIBUNAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO, Apelação Cível n.º 408729-CE, 2006.81.00.003148-1, rel. Francisco Cavalcanti. Julgado em 24.05.2007

¹⁰ [...] O alto custo do remédio (mais de R\$ 52.000,00/mês), comparado com a profissão exercitada por seus pais (professores universitários), faz manifesta a impossibilidade de aquisição com recursos próprios, de onde emerge a responsabilidade solidária dos três entes da Federação pelo fornecimento necessário à garantia de vida, com alguma dignidade, da jovem CLARICE. O fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação é mais que evidente, haja vista a gravidade da moléstia e a seriedade dos progressivos efeitos, que precisam ser contidos, e a contenção encontra uma chance no ministério da medicação em comento. Por conseguinte, defiro a tutela antecipada, nos termos em que postulada.

O Ministro Gilmar Mendes, em decisão monocrática, indeferiu o pedido de suspensão da tutela antecipada contra o acórdão do TRF5, por não restar configurado grave lesão à ordem, à economia ou à saúde pública.

Ainda inconformada a União interpôs Agravo Regimental contra a decisão monocrática do Min. Gilmar Mendes, fundamentado no fato de que o medicamento pleiteado pela jovem não constava na lista dos medicamentos permitidos pela ANVISA, que, em tese, tornaria impossível a concessão do medicamento pelo Poder Público, haja vista que, sequer era registrado no órgão brasileiro que garante eficácia, qualidade e segurança de medicamentos a serem comercializados no mercado nacional.

Asseverou a violação da separação dos poderes, bem como a existência de lesão à economia e à saúde pública e ainda a responsabilidade solidária dos entes federativos.

Finalmente, foi negado provimento por unanimidade ao Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n.º 175, sedimentando que não havia lesão à economia e à saúde pública, que é dever dos entes federativos cumprirem a decisão, além de fixar parâmetros para a solução de casos concretos semelhantes.

No voto do Min. Gilmar Mendes, observando os dados coletados na Audiência Pública sobre saúde realizada pelo Supremo Tribunal Federal¹¹, entendeu que medicamentos requeridos para tratamento de saúde devem ser fornecidos pelo Estado (União, Estado, Distrito Federal e Municípios):

Após refletir sobre as informações colhidas na Audiência Pública – Saúde e sobre a jurisprudência recente deste Tribunal, é possível afirmar que, em matéria de saúde pública, a responsabilidade dos entes da Federação deve ser efetivamente solidária. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Agravo na Suspensão de Tutela Antecipada n. 175. Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 30.4.2010, p. 24)

De acordo com o voto do Min. Gilmar Mendes, deve ser considerada a existência de política estatal que inclua a prestação de saúde pleiteada pela parte.

Assim, também com base no que ficou esclarecido na Audiência Pública, o primeiro dado a ser considerado é a existência, ou não, de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte. Ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), o judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento. Nesses casos, a existência de um direito subjetivo público a determinada política pública parece ser evidente". (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Agravo na Suspensão de Tutela Antecipada n. 175. Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 30.4.2010, p. 17).

¹¹ Esta foi a primeira vez que se utilizou subsídios da audiência pública realizada pelo STF para fixar orientações sobre a questão.

A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NA DISPENSAÇÃO DE MEDICAMENTOS

Em caso de haver a política pública pretendida pela parte, deve ser analisado o motivo de sua não efetivação. Nesse caso, o judiciário deve conceder o pedido, eis que estaria apenas determinando o cumprimento de política pública já existente. Essa é a hipótese mais freqüente nos casos de judicialização da saúde.

Se a prestação pleiteada não estiver entre as políticas públicas do SUS, prossegue o Ministro, a questão poderá se desdobrar em três situações distintas. A uma, quando há omissão legislativa ou administrativa; a duas, decisão administrativa de não fornecer a prestação de saúde; e a três, vedação legal a sua dispensação.

Na primeira situação, extrai-se do voto, em primeiro plano, que se respeitaria as regras do SUS e não seria concedido o fármaco e, em casos excepcionais, então, ponderadas todas as situações, se abriria uma exceção para conceder o medicamento. O voto do Min. Celso de Melo, que acompanhou o relator, melhor elucidou o tema, enfatizando que “entre proteger a inviolabilidade do direito da saúde e à saúde, ou fazer prevalecer um interesse financeiro e securitário do Estado, a melhor opção para o julgador, com certeza, seria pelo direito que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humana”.

Quanto à segunda situação, deve se analisar a motivação do indeferimento de fornecer a prestação à saúde requerida. Casos há em que o SUS indefere o pedido fato de inexistir evidências científicas suficientes para autorizar a inclusão do tratamento, considerando a “Medicina com base em evidências”.

A questão então se desdobra em duas situações: o SUS oferece tratamento alternativo e o SUS não tem nenhum tratamento específico para determinada patologia. Conclui o Ministro, na primeira situação, que “em geral, deverá ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS”.

Problemática maior reside quando não há tratamento na rede pública, sendo necessário diferenciar os tratamentos meramente experimentais dos tratamentos ainda não testados pelo SUS.

Entretanto, quando houver vedação legal a sua dispensação, assevera o Ministro que não é permitido o SUS fornecer tratamento nos casos que o medicamento não esteja devidamente registrado na ANVISA. A Lei nº 5.991, de 17 de dezembro de 1973, estabelece que o processo de dispensação de medicamentos na farmácia está sob a responsabilidade do profissional farmacêutico e a Lei Federal n. 6.360/76 estabelece

critérios a serem seguidos para a dispensação de medicamentos, um deles é a exigência de que o fármaco possua registro junto a ANVISA¹². Vale ressaltar que a Lei nº 5.991, de 17 de dezembro de 1973, que dispõe sobre o Controle Sanitário do Comércio de Drogas, Medicamentos, Insumos Farmacêuticos e Correlatos, e dá outras providências, define a dispensação como um “ato de fornecimento ao consumidor de drogas, medicamentos, insumos farmacêuticos e correlatos, a título remunerado ou não”.

Acerca do registro no medicamento na ANVISA o Ministro explana que “configura-se como condição necessária para atestar a segurança e o benefício do produto, sendo o primeiro requisito para que o sistema único de saúde possa considerar sua incorporação.” Respeitadas, obviamente, as exceções.

Em todos os casos, observa o Ministro que o deferimento do pedido deverá ser precedido de “instrução processual com ampla produção de provas”, que de certo impossibilitará a concessão por meio de medidas liminares ou cautelares. E prossegue:

Portanto, independentemente da hipótese levada à consideração do Poder Judiciário, as premissas analisadas deixam clara a necessidade de instrução das demandas de saúde para que não ocorra a produção padronizada de iniciais, contestações e sentenças, peças processuais que, muitas vezes, não contemplam as especificidades do caso concreto examinado, impedindo que o julgador concilie a dimensão subjetiva (individual e coletiva) com a dimensão objetiva do direito à saúde.

O Ministro Gilmar Mendes encerra o voto reconhecendo a responsabilidade solidária dos entes da Federação quando a questão for de saúde pública, determinando via de consequência, a dispensação do medicamento pleiteada pela parte, rejeitando os argumentos de grave lesão à economia e à saúde pública.

Neste sentido, ele conclui: “Por fim, destaco que a agravante não infirma o fundamento da decisão agravada de que, na verdade, o que se constata é a ocorrência de grave lesão em sentido inverso (dano inverso), caso a decisão venha a ser suspensa (fl. 183)”.

A decisão do Supremo Tribunal Federal foi de extrema importância o no que diz respeito à defesa da dignidade da pessoa humana, da promoção do bem-estar e,

¹² Artigo 12. [...] nenhum dos produtos de que trata esta Lei, **inclusive os importados**, poderá ser industrializado, exposto à venda ou entregue ao consumo antes de registrado no Ministério da Saúde.

sobretudo, na concretização de um direito assegurado ao cidadão enfermo, qual seja, um tratamento e medicamentos que o auxiliem na busca de sua melhoria de vida.

3. DIREITOS SOCIAIS

Inicialmente, impende esclarecer que os Direitos Sociais constituem em uma das vertentes dos Direitos Fundamentais, que têm como base os princípios da Revolução Francesa, quais sejam, a liberdade, a igualdade e a fraternidade. Para cada um desses pilares há uma geração de Direitos Fundamentais. A doutrina costuma utilizar o termo “gerações” porque cada um desses direitos se evidenciou em momentos históricos distintos. No entanto, eles não se sobrepõem ou se contradizem.

Silva (2013, p. 183) aponta que “direitos fundamentais do homem são situações jurídicas, objetivas e subjetivas, definidas no direito positivo, em prol da dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana”.

No escólio de Figueiredo (2007, p. 43):

Os direitos fundamentais dão origem a uma série de posições jurídicas diversas, outorgando ao titular do direito pretensões de defesa, proteção e prestação, quer perante o Estado, na concepção clássica; quer diante de particulares, tanto como destinatários diretos das normas jusfundamentais – caso da grande maioria dos direitos fundamentais sociais dos trabalhadores previstos pela Constituição de 1988, por exemplo – seja de modo indireto, mediante interpretação do texto constitucional.

Sucintamente, os direitos fundamentais de primeira dimensão englobam os direitos civis e políticos e correspondem aos ideais de liberdade. São os chamados Direitos Individuais. O seu surgimento deu-se em virtude das grandes revoluções burguesas do final do século XVIII, a Revolução Americana, em 1776, e a Revolução Francesa, em 1789.

Pinho (2011, p. 98) esclarece que:

A primeira geração corresponde aos direitos de liberdade, abrangendo direitos individuais e políticos, dentro do modelo clássico de Constituição. São limites impostos à atuação do Estado, resguardando direitos considerados indispensáveis a cada pessoa humana. Significam uma prestação negativa, um não fazer do Estado, em prol do cidadão. O nacional deixou de ser considerado como mero súdito, passando à condição de cidadão, detentor de direitos tutelados pelo Estado, inclusive contra os próprios agentes deste.

Como exemplos modernos dos Direitos Individuais podemos citar a liberdade de locomoção, a proibição da prisão ilegal, o devido processo legal e inviolabilidade de domicílio e de correspondência.

Os Direitos de segunda dimensão, que a doutrina denomina de Direitos Sociais, dizem respeito aos direitos econômicos, sociais e culturais e estão ligados ao postulado da igualdade. Nesse diapasão, Pinho (2011, p. 98) ensina que:

A segunda geração corresponde aos direitos de igualdade, abrangendo os direitos sociais e econômicos. São direitos de conteúdo econômico e social que visam melhorar as condições de vida e de trabalho da população. Significam uma prestação positiva, um fazer do Estado em prol dos menos favorecidos pela ordem social e econômica.

Entre os de terceira dimensão encontram-se aqueles voltados para a proteção de toda a humanidade e não exclusivamente de determinado indivíduo ou grupo, podendo ser mencionados como exemplos o direito ao desenvolvimento, o direito à paz e o direito ao meio ambiente equilibrado. São os direitos coletivos ou difusos, denominados como Direitos de Fraternidade ou de Solidariedade.

No entendimento de Pinho (2011, p. 98):

A terceira geração corresponde aos direitos de fraternidade ou de solidariedade. Ao lado dos tradicionais interesses individuais e sociais, o Estado passou a proteger outras modalidades de direito. São novos direitos, decorrentes de uma sociedade de massas, surgida em razão dos processos de industrialização e urbanização, em que os conflitos sociais não mais eram adequadamente resolvidos dentro da antiga tutela jurídica voltada somente para a proteção de direitos individuais.

A doutrina costuma apontar como exemplos de direitos de fraternidade o direito ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação.

Os Direitos Sociais, conforme citado alhures, correspondem aos direitos de igualdade, em que há uma postura positiva do Estado. Nas palavras de Lenza (2013, p.1350) “os direitos sociais, direitos de segunda dimensão, apresentam-se como prestações positivas a serem implementadas pelo Estado (Social de Direito) e tendem a concretizar a perspectiva de uma isonomia substancial e social na busca de melhores e adequadas condições de vida [...]”.

Silva (2013, p. 286), define os direitos sociais como:

Prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a

A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NA DISPENSAÇÃO DE MEDICAMENTOS

realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade.

Estes direitos têm sua origem no agravamento dos conflitos advindos da relação entre capital e trabalho no final do século XIX e início do século XX, sob a influência das correntes de pensamento marxistas. A surgida classe social dos operários, devido as condições desumanas de trabalho a que se sujeitavam, passou a reivindicar seus direitos. Era necessário que o Estado fizesse uma intervenção na ordem econômica, uma vez que o desenvolvimento exacerbado do capitalismo trouxe como consequência direta a miséria de muitos trabalhadores. O início do século XX ficou marcado não só pela Primeira Grande Guerra, como também pelos diversos movimentos que eclodiram em prol da concretização dos direitos sociais.

Destarte, a ampliação dos direitos de primeira geração foi imprescindível, posto que as liberdades individuais já asseguradas pudessem ser gozadas por todos, independentemente das condições econômico-sociais daqueles que fazem parte da sociedade. Surge, assim, a segunda geração de direitos, em que temos, como exemplos a jornada de trabalho de oito horas diárias, o salário-mínimo, o descanso semanal remunerado e o direito a gozar férias.

As primeiras Constituições a implantar em seus textos os Direitos Sociais foram a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição da República de Weimar, na Alemanha em 1919. Sobre a importância da Constituição Mexicana, cabe consignar a lição de Comparato (2007, p. 181):

O que importa, na verdade, é o fato de que a Constituição mexicana foi a primeira a estabelecer a desmercantilização do trabalho, própria do sistema capitalista, ou seja, a proibição de equipará-lo a uma mercadoria qualquer, sujeita a lei da oferta e da procura no mercado. A Constituição mexicana estabeleceu, firmemente, o princípio da igualdade substancial de posição jurídica entre trabalhadores e empresários na relação contratual de trabalho, criou a responsabilidade dos empregadores por acidentes de trabalho e lançou, de modo geral, as bases para a construção do moderno Estado Social de Direito.

Mas foi a Constituição Alemã que teve, indubitavelmente, uma maior repercussão, influenciando a Constituição Espanhola de 1931 e a Constituição Brasileira de 1934. Com o advento destas duas Constituições, os direitos sociais passaram a estar inseridos no rol de características de um Estado democrático, de modo que nenhum Estado pode dizer-se democrático se não os inserir em sua constituição.

A respeito dos Direitos Sociais, importante trazer o seguinte pensamento de Padilha (2014, p. 258):

Revista da Escola Judiciária do Piauí, Teresina, PI, Vol.2, N.1, jul/dez, 2020. ISSN: 2526-7817

Esses direitos representam a esperança da justiça social e de uma vida mais digna do ser humano na sociedade em que participa, aliada na ideia de uma justiça distributiva e no reconhecimento de direitos dos hipossuficientes, em busca de uma igualdade material. Contudo, esses direitos recebem a crítica de possuírem baixa densidade normativa e, por isso, são muito dependentes do Estado em sua função legislativa e administrativa.

Cabe ainda colacionar o entendimento de Leite (2014, p. 116):

Portanto, necessária a implementação dos direitos sociais com vistas à autodeterminação do indivíduo, pois sem prestações essenciais de educação, saúde, alimentação, trabalho e moradia, não há reais condições de realização do ser humano, ou seja, não existe igualdade diante da pobreza de muitos e da riqueza de poucos, bem como não há liberdade substancial para quem não tem condições sócio-econômicas mínimas de participar satisfatoriamente do processo de decisões políticas por meio do voto e da intervenção cívica

Hodiernamente, pode-se afirmar que os direitos sociais consistem em prestações positivas proferidas no texto constitucional e protegidas pelo Estado, objetivando que sejam garantidos a todos os meios básicos necessários a uma subsistência digna, tais como o acesso ao trabalho, renda e assistência social,

3.1 Direitos Sociais no Brasil

A primeira Constituição do Brasil, outorgada por D. Pedro I, em 25 de março de 1824, foi a que vigorou por mais tempo em nosso país, durando cerca de 65 anos. Em seu texto previu direitos individuais clássicos e, ainda, em seu Art. 179 estabeleceu que “A Constituição garante os socorros públicos” (inciso XXXI) e ainda que “A Instrução primária, é gratuita a todos os cidadãos” (inciso XXXII), além da criação de colégios e universidades (inciso XXXIII). No entanto ainda não se falava de direitos sociais propriamente ditos.

Não se pode olvidar que a sociedade do Brasil Império era imbuída de preconceitos, convivendo-se perfeitamente com o trabalho escravo, e apresentando altos índices de pobreza e analfabetismo.

Insta destacar o pensamento de Gonçalves (2013, p. 88) a respeito da Constituição de 1824:

Cabe iniciar lembrando que a citada Carta Política inspirou-se na Constituição francesa, fruto da Revolução liberal do século XVIII e, ao mesmo tempo, configuradora do *laissez-faire*. A Constituição da França visava, por conseguinte, ao estabelecimento dos limites do Estado, consagrando, assim, a

A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NA DISPENSAÇÃO DE MEDICAMENTOS

separação dos poderes e os direitos individuais, enquanto limites legitimadores dos Poderes Públicos. Não se pode esquecer ainda que a Carta de 1824 foi também influenciada pelo constitucionalismo inglês.

A Constituição da Primeira República não denotou, na prática, nenhuma garantia efetiva de liberdade, nem acenou para a garantia de qualquer direito social.

Em julho de 1934, com Getúlio Vargas presidindo o Brasil, foi promulgada a terceira Constituição pátria, resultante de reivindicações revolucionárias. Apesar de ter uma existência breve e precária, pois durou por volta de três anos apenas, surgiu com uma forte conscientização pelos direitos sociais, inseridos em um título referente à Ordem Econômica e Social (Título IV).

Impende ressaltar que foi nesta Constituição que alguns dos direitos sociais mais difundidos foram reconhecidos pelo Estado, como a isonomia salarial, o salário mínimo, a jornada de trabalho de oito horas, o direito a educação e a obrigatoriedade e gratuidade do ensino primário, inclusive para os adultos. Além disso, em seu artigo 10, inciso II, disciplinava que era competência concorrente da União e dos Estados cuidar da saúde e assistência pública. Outra inovação considerável estava inscrita no artigo 121, parágrafo 1º, alínea h, que estabelecia a assistência médica sanitária ao trabalhador e a assistência médica à gestante, assegurando a ela descanso antes e depois do parto.

Contudo, consoante adverte Gonçalves (2013, p. 96):

A Carta de 1934 apenas outorgou alguns direitos sociais, mas desarticulou, por inteiro, toda hipótese de construção coletiva desses direitos, alinhando o exercício do poder no Executivo e desconstituindo os espaços de luta que, enfim, poderiam caracterizar verdadeiramente a conquista de direitos.

Em 10 de novembro de 1937 foi outorgada pelo então Presidente Getúlio Vargas a quarta Constituição Brasileira, conhecida como “Polaca”, pois fora baseada no regime autoritário aplicado na Polônia nesta mesma época. Ao contrário da constituição anterior, o seu conteúdo era explicitamente centralizador, estabelecendo que o Presidente da República ficaria responsável por fazer a nomeação das autoridades estaduais, conhecidos como interventores, além de deter em suas mãos todo o Poder Executivo e Legislativo.

Esta Constituição, em relação à saúde, estabelecia que era de competência privativa da União legislar sobre normas fundamentais da defesa e proteção da saúde, especialmente da saúde da criança. Pode-se afirmar que houve um retrocesso quanto

aos direitos sociais, inclusive retirando-se dos trabalhadores o direito de greve, dentre outros.

Com a queda de Getúlio Vargas, advém um período de redemocratização no Brasil, que traz como consequência direta a promulgação da Constituição de 1946. Além de restaurar os direitos e garantias individuais, esta Constituição reduziu as atribuições do Poder Executivo, restabelecendo equilíbrio entre os poderes e garantindo diversas liberdades civis.

Gonçalves a respeito professa (2013, p. 96):

A Constituição de 1946 parecia deixar de ser apenas um Estatuto Político do governo para dar visíveis sinais que poderia ser também um instrumento de abertura e de participação popular. Contudo, em um país historicamente autoritário e, já àquela época, acometido de severas questões sociais, a democracia cingiu-se muito mais aos limites da Constituição do que à prática política cotidiana, isto porque, de um lado, as mudanças que precisavam ser feitas, v.g. políticas sociais mais amplas, modernização e democratização da terra, eram, por certo, gigantescas e careciam, assim, de reformas que, à época, não encontravam apoio popular suficientemente forte para pressionar o governo em busca de uma maior emancipação socioeconômica.

O Título V deste instituto legal em comento (Da Ordem Econômica e Social) instituí a que a ordem econômica deveria ser organizada conforme os princípios da justiça social, harmonizando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano. A Constituição de 1967 foi promulgada em 24 de janeiro de 1967 e entrou em vigor em 15 de março do mesmo ano, quando o Marechal Arthur da Costa e Silva assumiu a Presidência.

Foram poucas as modificações quanto aos direitos sociais, em especial os relativos à saúde. Em seu artigo 8º, inciso XV estava insculpido que “a União tem competência para estabelecer planos nacionais de saúde”, e no inciso XVII, alínea c, estatuiu a competência da União para legislar sobre defesa e proteção da saúde, permitindo que os Estados legislassem de forma supletiva (§ 2º). Pode-se afirmar que os direitos sociais serviam, no regime militar, como instrumentos de cooptação e, quando necessário, de legitimidade desta forma de governo.

Cumprе ressaltar que mais uma vez houve interferência no princípio da separação dos poderes, uma vez que os membros do Poder Executivo passaram a ser eleitos indiretamente por um colégio eleitoral, mantendo-se as linhas básicas dos demais poderes.

Por outro lado, a Constituição de 1967 corroborou com o pensamento ditatorial da época, eis que suprimiu a liberdade de publicação de livros e periódicos que fossem

A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NA DISPENSAÇÃO DE MEDICAMENTOS

considerados como propaganda de subversão da ordem, restringiu o direito de reunião e o direito de greve, estabeleceu o foro militar para os civis e criou a pena de suspensão dos direitos políticos.

Em 1969, os Ministros militares outorgaram um novo texto constitucional sob a forma de Emenda. Ao todo, foram feitas vinte e sete Emendas, até que foi promulgada a atual Constituição Federal em 1988, em 5 de outubro. Chamada por Ulysses Guimarães, Presidente da Assembleia Nacional Constituinte, de Constituição Cidadã. A Constituição de 1988, em seu Preâmbulo, institui que são valores supremos da sociedade o exercício dos direitos sociais, o bem-estar, o desenvolvimento e a igualdade. Por conseguinte, estes valores são direitos de todos os cidadãos. E, em seu artigo 1º, inciso IV, a Constituição designou os valores sociais do trabalho como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

No que concerne aos direitos sociais, estes foram disciplinados no Capítulo II do Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), mais especificamente no artigo 6º, que estabelece que “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. Contudo, os direitos sociais não se restringem a esse rol enumerado no artigo em comento, mas encontram-se também em outras partes do texto constitucional, seja nos artigos 7º, 8º, 9º, 10 e 11, ou no Título VIII, Da Ordem Social.

3.2 Direito à saúde

A doutrina aponta como o marco histórico em que se passou a considerar a saúde como um direito fundamental a Revolução Industrial. Foi com o processo de industrialização que surgiu a necessidade de prover a saúde dos operários a fim de que estes cumprissem seus afazeres nas linhas de produção das fábricas.

Conforme dito alhures, isto se deu devido aos movimentos operários que clamaram por melhores condições, posto que trabalhavam em condições precárias, insalubres e desumanas, com carga horária massacrante e sem nenhuma assistência. Assim, o Estado passou a intervir na fiscalização do ambiente de trabalho, proporcionando alguns direitos relativos a esta causa aos operários.

Sobre o tema, Figueiredo (2007, p. 13) aduz que “o atendimento das necessidades básicas – isto é, alimento, saúde, moradia, educação, trabalho – e, com isso, a garantia efetiva de uma vida com dignidade constituem pressupostos inarredáveis ao exercício de todo direito fundamental”. A autora ainda explica (2007, p. 77) que “a noção de que a saúde constitui um direito humano e fundamental, passível de proteção e tutela pelo Estado, é resultado de uma longa evolução na concepção não apenas do direito, mas da própria ideia do que seja a saúde”.

Em nossa pátria, consoante explicitado anteriormente, até a Constituição Federal de 1988 o direito à saúde não constava no rol dos direitos fundamentais. Sobre o assunto, é oportuno trazer à reflexão o pensamento de Leite (2014, p. 111):

As Constituições anteriores a de 1988 não traziam qualquer garantia de saúde para os não trabalhadores [...]. Portanto, o direito à saúde era um direito fundamental da classe trabalhadora, porém tal paradigma é modificado no segundo pós-guerra, a nível mundial, com o reconhecimento dos direitos sociais, enquanto no Brasil a universalização do acesso à saúde torna-se realidade apenas com a promulgação da Carta Magna de 1988.

Contudo, Figueiredo (2007, p. 43) explica que “ainda que não estivesse positivado, entretanto, o direito a saúde certamente poderia ser depreendido da tutela jurídica dos direitos à vida e à integridade física e corporal, enquanto direito fundamental”.

O direito à saúde ganhou expressamente *status* constitucional com o advento da Constituição Federal de 1988. Os já acima citados artigos 6º 196 da CF/88 definem expressamente a saúde como direito humano fundamental, dispondo que a saúde é direito de todos e dever do Estado. Conforme esclarece Cury (2005, p.18):

O direito a saúde é o principal direito fundamental social encontrado na Lei Maior brasileira, diretamente ligado ao princípio maior que rege todo o ordenamento jurídico pátrio: o princípio da dignidade da pessoa humana – razão pela qual tal direito merece tratamento especial.

Vale ressaltar que, pouco antes da promulgação de nossa atual Carta Magna, mais especificamente no ano de 1986, no Distrito Federal, onde ocorreu a VIII Conferência Nacional de saúde. Nesta ocasião algumas importantes conclusões vieram a influenciar o texto constitucional subsequente: a saúde foi entendida como um direito civil, discutiu-se a necessidade de reformulação do Sistema Nacional de Saúde, foi observado que seria de extrema urgência maiores financiamentos para o setor e foram reafirmados o Direito Universal à Saúde e a ideia de que a saúde individual é assunto de interesse coletivo e dever do Estado.

A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NA DISPENSAÇÃO DE MEDICAMENTOS

Devido a grande importância do direito à saúde, este não é tratado tão somente como um preceito constitucional, mas sim, está inserido no título dedicado aos Direitos e Garantias Fundamentais, no capítulo referente aos Direitos Sociais. Figueiredo (2007, p. 64) pondera que “os direitos sociais respondem pelo fornecimento dos recursos fáticos indispensáveis ao efetivo exercício das liberdades e dos demais direitos fundamentais, buscando assegurar a liberdade efetiva pela igualdade material”.

É cediço na doutrina a interpretação do direito à saúde de forma ampla, não se restringindo tão somente ao acesso à medicina curativa, mas englobando outros aspectos, de modo preventivo, como o saneamento básico e uma alimentação saudável. Sob esse prisma, cabe consignar a lição de Figueiredo (2007, p. 95):

O direito fundamental à saúde alcança a proteção do indivíduo, pela garantia de condições de vida, de meio ambiente e de trabalho que não comprometam esse bem essencial, bem como pela existência de estruturas públicas voltadas à prestação de cuidados adequados à manutenção e à recuperação do estado de bem-estar pessoal. [...]. Os valores de preservação da vida humana, a garantia de níveis progressivamente mais altos de saúde, a salvaguarda do patrimônio genético próprio, a proteção da integridade física, mental e emocional, entre outros, conduzem a atuação dos particulares e dos Poderes públicos na efetivação do direito a saúde.

Não restam dúvidas que a realização plena do Direito à Saúde depende, precipuamente, da atuação do Estado, posto que a sua promoção, proteção e repercussão estão sempre relacionadas a uma ação específica a ser tomada pelos órgãos estatais responsáveis.

Numa esfera legislativa, podemos citar como exemplo a elaboração de leis que tenham como escopo proteger ou garantir o acesso às prestações sanitárias. No âmbito do executivo, a execução de políticas públicas referentes ao fornecimento de medicamentos. Por fim, no campo do judiciário, a devida prestação jurisdicional em resposta a questionamento imposto por qualquer cidadão que se sinta lesado em seu acesso ao direito à saúde.

Para que a saúde seja de fato eficaz e uma realidade na sociedade, faz-se necessário, entre outros, que haja a disponibilidade dos serviços, manutenção dos serviços prestados, acessibilidade universal, continuidade e qualidade no atendimento.

Consoante Leite (2014, p. 106):

Sem a oferta de condições elementares de salubridade (p. e., saneamento básico), medidas preventivas de manutenção de uma vida saudável (p. e., vacinação), bem como, bens e serviços com o objetivo curativo (p. e., medicamentos e procedimentos médicos), não pode o indivíduo guiar a sua própria vida nem bem prover a sua família.

Isto significa que não basta prestá-lo, é preciso haver profissionais qualificados e supervisão dos serviços. Assim, todos os indivíduos que compõem a sociedade necessitam do real cumprimento pelo Estado dos deveres de proteção e promoção da saúde, com a efetiva participação do setor privado.

4. CONCLUSÃO

A discussão acerca da efetividade dos direitos sociais, principalmente quanto ao direito à saúde, tem sido alvo de acalorados debates entre os estudiosos do Direito. Os constitucionalistas brasileiros de um modo geral, afirmam que o processo de judicialização da saúde no ordenamento jurídico brasileiro ocorreu de forma lenta, gradativamente, principalmente no que tange à sua inserção no texto constitucional, onde somente ganhou força pelos parâmetros hoje observados após a promulgação da Constituição de 1988.

Assim, com o advento da Constituição Federal de 1988, todos os direitos fundamentais foram considerados como de aplicabilidade imediata, por força do seu art. 5º, §1º, isso inclui de fato também os direitos sociais, onde está inserido o direito à saúde.

Nos ensinamentos de Silva (2013, p. 838), é possível também observar seu posicionamento no sentido da obrigatoriedade das políticas públicas pelo Estado no âmbito social para prevenção e recuperação da saúde, assim explica:

A Saúde é concebida como direito do todos e dever do Estado, que a deve garantir mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doença e de outros agravos. O direito à saúde rege-se pelos princípios da universalidade e da igualdade de acesso às ações e serviços que a promovem, protegem e recuperem.

Desse modo, a saúde há de ser compreendida como um do direito eminentemente individual, equiparando-se ao direito à vida. Evidentemente que vida sem saúde é vida sem vida.

É certo que as políticas públicas precisam ser inseridas não somente no contexto recuperatório, como também na promoção de políticas por parte dos entes federados visando proteger e educar a população, com medidas preventivas levadas a toda sociedade, inclusive com projetos educativos nas escolas, áreas rurais; visando, inclusive e necessariamente, a populações mais carentes, daí a observância dos princípios citados pelo ilustre mestre.

A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NA DISPENSAÇÃO DE MEDICAMENTOS

Quanto à judicialização da saúde, Luiz Roberto Barroso tem tratado o assunto com algumas reservas, defendendo que o Poder Judiciário deve obedecer a critérios e parâmetros, por exemplo, para determinar o fornecimento gratuito de medicamentos de forma individual, de modo a não interferir no direito coletivo à saúde.

A princípio, para a alta cúpula do judiciário, o direito à saúde era tido como um direito absoluto que não poderia sofrer restrição alguma o que não permitiria qualquer escusa para a sua não realização. A argumentação da reserva do possível não era considerada frente ao dever do Estado de promover as condições necessárias para a otimização da prestação da saúde, sob pena de ferir os princípios constitucionais insertos na Constituição Federal, em especial ao da dignidade da pessoa humana.

Foi com base nas duras críticas às decisões judiciais que determinava o cumprimento de tratamento e medicamentos pelos entes estatais, que o Supremo Tribunal Federal para tratar do tema com maior transparência convocou, no primeiro semestre de 2009, uma Audiência Pública onde todos os atores envolvidos puderam participar, de modo a propiciar decisões mais adequadas às políticas orçamentárias dos entes federados. O resultado da audiência foi estabelecer parâmetros e critérios para a fundamentação das decisões judiciais, devendo observar sempre que possível a “reserva do possível” e o “mínimo existencial”.

A primeira vez que se utilizou os dados coletados na referida audiência pública foi na decisão do Agravo Regimental, estudado no capítulo 1 do presente trabalho, que com certeza, foi um marco divisor nas questões de controle judicial das políticas públicas. “Referida decisão, após ponderar sobre a “reserva do possível” e o “mínimo existencial”, princípios em colisão, indeferiu o pedido de suspensão de decisão que determinava o fornecimento de medicamento à autora.

Do embate, prevaleceu o direito à vida, como bem assinalou o Min. Celso de Mello ao votar acompanhando o voto do Relator Ministro Gilmar Mendes, no Agravo Regimental n. 175 (STF):

Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado a todos pela própria Constituição da República (art. 5º, caput e art. 196), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo – uma vez configurado esse dilema – que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humanas.”

Do referido voto extrai-se que a “reserva do possível” deve ser tratada como uma condição da realidade a ser sopesada diante de cada caso concreto, permitindo a sua relativização em favor da máxima implementação do direito fundamental à saúde. Para tanto, há que se considerar a reserva do financeiramente possível como uma restrição a um direito fundamental, segundo a teoria dos princípios.

No caso específico do fornecimento de medicamentos não aprovados à comercialização e ou distribuição e da concessão pelos entes federados de tratamento médico fora do Brasil sem qualquer comprovação científica de eficácia a um custo bastante elevado, seriam estas as restrições impostas para a configuração do direito social à prestação, conforme ficou bem asseverado no voto do Ministro Gilmar Mendes. Concluiu-se, portanto que o direito social amplo pode ser diminuído por restrições constitucionalmente permitidas ou por outros direitos fundamentais a ele contrapostos com base na ponderação dos princípios postos a apreciação.

Com efeito, valorosa e louvável a constitucionalização do direito à saúde no Brasil de forma ampla e expressa na Constituição Federal de 1988 (arts. 6º e 196-200), eis que consagra a saúde como direito fundamental social, bem como apresenta diretrizes a serem cogentemente adotadas pelos Poderes do Estado, em especial os poderes políticos, que possuem o dever de escreverem e implementarem as políticas públicas para a efetivação da saúde.

Por fim, vale ressaltar que a intervenção do judiciário nas políticas públicas sociais da saúde no Brasil, é resultado da inércia, ineficiência e do desperdício de recursos públicos por parte dos governos federativos, e, ainda, uma manifestação pela luta dos direitos da cidadania. Resta evidente a falta de um maior compromisso social por parte das diversas administrações públicas do Brasil na seara da saúde, uma vez que o montante financeiro destinado ao referido direito social pelo Estado brasileiro não é o suficiente para desmerecer a intervenção do judiciário.

REFERÊNCIAS

ANTUNES ROCHA, Carmen Lúcia. **O Mínimo Existencial e o Princípio da Reserva do Possível**. Revista latino-americana de estudos constitucionais. Belo Horizonte: Del Rey, nº 05, jan/jun 2005.

ASENSI, Felipe Dutra. **Direito e saúde: enfoques interdisciplinares**. Coordenação Asensi, Felipe Dutra, Mutiz, Paula Lúcia Arévalo e Pinheiro, Roseni. Curitiba: Juruá, 2013.

Revista da Escola Judiciária do Piauí, Teresina, PI, Vol.2, N.1, jul/dez, 2020. ISSN: 2526-7817

A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NA DISPENSAÇÃO DE MEDICAMENTOS

_____. **Direito à Saúde: práticas sociais reivindicatórias e sua efetivação**, Curitiba: Juruá Editora, 2013.

BARROSO, Luis Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Disponível em: <<http://www.ejef.tjmg.jus.br/home/files/publicacoes/artigos/0132009.pdf>>. Acesso em: 30 mai. 2014.

_____. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acesso em: 02 mai. 2014.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1998.

BRASIL, **Constituição Política do Império do Brasil de 1824**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao24.htm

BRASIL, **Constituição Federal de 1934**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao34.htm

BRASIL, **Constituição Federal de 1937** - Presidência da República. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao37.htm

BRASIL, **Constituição Federal de 1946** - Presidência da República. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao46.htm

BRASIL, **Constituição Federal de 1967** - Presidência da República
www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao67.htm

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 175. Suspensão de segurança. Agravo regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da constituição. Audiência pública. Sistema único de saúde – SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: zavesca (miglustat). Fármaco registrado na anvisa. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento. Tribunal Pleno. Relator: Gilmar Mendes, DJ 17 mar. 2010.

CAVALHEIRO, Andressa Fracaro. **A judicialização da dispensação de medicamentos e o sistema único de saúde: o caso soliris sob a perspectiva dworkiana**. Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/simposiointernacionaldedireito/article/view/2288>>. Acesso em: 04 jun. 2014.

CASTRO, Henrique Hoffmann Monteiro de. **Do direito público subjetivo à saúde: conceituação, previsão legal e aplicação na demanda de medicamentos em face do Estado-membro.** Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6783>.

CURY, Ieda Tatiana. **Direito fundamental à saúde: evolução, normatização e efetividade.** Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** Tradução de Nelson Boeria. São Paulo: Fontes, 2002.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

GONÇALVES, Cláudia Maria da Costa. **Direitos Fundamentais Sociais - Releitura de uma Constituição Dirigente.** 3ª Ed. Curitiba: Jurua Editora, 2013.

LEITE, Carlos Alexandre Amorim **Direito fundamental à saúde: efetividade, reserva do possível e o mínimo existencial.** Curitiba: Juruá, 2014

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** 17ª Edição. São Paulo. Editora Saraiva, 2013.

MAGALHÃES, Daniela Santos. **A judicialização dos direitos sociais como consequência da falta de efetividade das políticas públicas apresentadas pelos poderes legislativo e executivo.** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_%20leitura&artigo_id=12526>. Acesso em: 02 jun. 2014.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 22ª edição – São Paulo: Atlas 2007.

MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição constitucional como democracia** – São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2004.

PINHO, Rodrigo César Rebello. **Teoria geral da constituição e direitos fundamentais.** São Paulo: Saraiva, 2011. – (Coleção sinopses jurídicas ; v. 17).

PARANHOS, Vinícius Lucas. **Efetividade dos provimentos judiciais na garantia do direito à saúde: Estudo sobre as decisões inaudita altera parte no fornecimento gratuito de medicamentos pelo Estado.** v.2. n.1. Belo Horizonte: Meritum, 2007.

ROCHA, Júlio Cesar da. **Direito da Saúde: direito sanitário na perspectiva dos interesses difusos e coletivos.** 2ª edição. São Paulo. Atlas. 2011.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 36ª edição – São Paulo. Malheiros Editora Ltda, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo

A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NA DISPENSAÇÃO DE MEDICAMENTOS

Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS MÉDICOS NO BRASIL E ANÁLISES DE CASOS RELEVANTES¹

Francisco de Assis Veras Fortes Neto

RESUMO: O presente artigo tem o objetivo de analisar a responsabilidade civil do médico no Brasil por meio de um breve panorama ético e jurídico da situação atual do país e os respectivos efeitos para o aumento de demandas administrativas e ações judiciais em face dos médicos e de instituições de saúde. Analisa-se as razões para se enfatizar os interesses sobre os estudos da responsabilidade da classe médica no âmbito civil, realizando uma contextualização histórica da medicina e da origem da profissão médica, esclarecendo quais os direitos e deveres dos pacientes e dos médicos como consumidores e prestadores de serviços relacionados à saúde, respectivamente. O estudo está fundamentado em pesquisa apoiada em referências bibliográficas da doutrina nacional e internacional, bem como em breves análises de decisões judiciais relevantes relacionadas ao tema, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça para explanar os diferentes posicionamentos, os conceitos e as classificações da responsabilidade civil de forma generalizada e, obviamente, os conceitos, teorias e princípios acerca da responsabilidade civil dos médicos no Brasil. Por fim, conclui-se por meio de curtas considerações finais, que o presente trabalho é apenas um projeto ambicioso para se tratar de um tema de tamanha abrangência e complexidade.

Palavras-chave: Direito. Medicina. Saúde. Responsabilidade Civil.

¹ Recebido em 30/07/2017
Aprovado em 06/10/2020

1 INTRODUÇÃO

Embora a medicina tenha seus fundamentos atrelados a conceitos tradicionais, como o juramento de Hipócrates escrito há mais de 2.500 anos, é inegável que a sua transformação segue em ritmo acelerado para acompanhar as mudanças sociais.

Em tempos recentes as mídias sociais, jornalísticas e científicas têm noticiado diversas atrocidades praticadas em todos os cenários da sociedade: político, econômico, educacional, desportivo, da saúde e outros, revelando o enraizamento de condutas antiéticas e ilegais na população.

Em momentos de crise como este em que vivemos em nosso país e no mundo, é preciso que nos apeguemos à essência de nossos institutos e resgatemos sua força e credibilidade.

Se alguém disser que tem uma solução “pronta” para esse imbróglio, desconfie.

O que se pode perceber é que o paradigma da ilegalidade e dos esquemas de corrupção estão instalados em todas as classes profissionais, as quais devem se unir cada vez mais, na tentativa de promover uma reformulação nas condutas profissionais a fim de que as próprias instituições se reorganizem.

As polêmicas e questões complexas ligadas à ordem moral e ética estão presentes em todas as áreas da medicina e são, como é de se esperar, constantemente avaliadas pela ordem jurídica vigente, seja no âmbito particular ou no âmbito das instituições de caráter público.

Juntamente com tais anseios da sociedade, o vertiginoso crescimento do índice de denúncias dentro dos Conselhos Médicos e o número de ações judiciais por responsabilidade médica têm sido algumas das razões para se enfatizar os interesses sobre o estudo da responsabilidade civil da classe médica.

A classe médica possui relevância histórica para a sociedade, tendo origem, de início, na arte médica das mãos de curandeiros e sacerdotes. A figura do médico era tida como uma entidade religiosa e mística que atribuía suas ações e responsabilidades a rituais dependentes da vontade divina.

Com o surgimento do pensamento hipocrático, a atenção se voltou para os doentes e não mais para os deuses, o que fez ver a necessidade de novas técnicas de experimentação, documentação dos acontecimentos e estudos acerca das enfermidades, conforme se pode extrair da seguinte passagem de obra do ilustre Professor Genival França:

A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS MÉDICOS NO BRASIL E ANÁLISES DE CASOS RELEVANTES

Conjunto de ideias trazidas por estudiosos da Escola de Alexandria nos idos do século II, que afastou da Medicina as interpretações teológicas e fantasiosas encenações de magia ao propor que as enfermidades não se tratavam de algo divino, mas sim de uma causa natural. Nessa linha, Hipócrates conduzia a medicina conduzia a ciência médica dentro de um alto conteúdo ético e de um processo lógico que depende de sinais e sintomas (2016, p. 13).

Mais recentemente, com a evolução da medicina no século XX, a figura do médico esteve intimamente ligada ao profissional conselheiro da família e respeitado pela sociedade que não admitia dúvidas sobre a credibilidade dos seus serviços.

Conforme obra comentada pelo respeitado jurista Miguel Reale (v. 503, p. 47), “O ato médico se resumia na relação entre uma confiança (a do cliente) e uma consciência (a do médico)”.

Atualmente, os pacientes estão cada vez mais conscientes de seus direitos e garantias, questionando os métodos convencionais e os inovadores existentes, o que causa uma ebulição de polêmicas acerca de procedimentos, atendimentos e tratamentos oferecidos pelos profissionais prestadores de serviço da saúde.

Tanto é que, a denominação *paciente* é, em muitas situações, equiparada com *consumidor/usuário da saúde* quando se está a tratar sobre relação médico-paciente.

Nesse sentido, a professora Tereza Rodrigues Vieira se refere aos usuários de assistência médica há mais de 10 (dez) anos:

“Há que salientar que hoje ele já não é mais considerado um simples ‘paciente’ e sim cliente. O seu direito à autonomia é um dos pilares da bioética, deixando a relação médico-paciente de ser assimétrica. O objetivo dessa relação de consumo é proteger o consumidor e seus familiares. Assim, não pode o médico exercer ascendência sobre o cliente, ademais deve informá-lo, em linguagem acessível, acerca dos procedimentos a serem efetuados” (2006, Consulex).

Devido a massificação das relações sociais de consumo, os pacientes almejam uma participação cada vez mais ativa na tomada de decisões sobre o atendimento médico a fim de obterem serviços de melhor qualidade.

Inúmeras instituições servem de suporte institucional para a proteção da participação dos usuários da saúde na tomada de decisões sobre temas polêmicos, estatuiendo que os pacientes devem obter informações detalhadas sobre o procedimento a ser adotado; direito de recusa de tratamento dentro do limite da lei; discricção sobre o tratamento e métodos utilizados; sigilo sobre os registros da doença

do paciente quando isso possa comprometer seus interesses; informação completa à família quando se fizer necessário; entre outras medidas que serão logo explicadas.

Segundo a boa doutrina de Caio Mário, o direito à informação deve ser exigido do médico pelo paciente, consistindo em uma atuação técnica, transparente e esclarecedora sobre a realidade atual do estado do paciente e os cuidados com os riscos possíveis (v.02, p. 07). Contudo, há de haver cuidados ao dar ciência sobre eventual situação grave com humanidade e de forma responsável a fim de estimular a recuperação do paciente.

Isso, portanto, não significa que é permitido omitir informação ao paciente, pois o conhecimento do seu diagnóstico é necessário para que haja consentimento em eventual método terapêutico ou cirúrgico a ser realizado, sob pena de violação do dever de informação adequada estatuído pelo art. 22 do Código de Ética Médica.

Nesse mesmo sentido caminha o princípio consagrado da autonomia do paciente (art. 24; art. 41, parág. único do CEM) que consiste na possibilidade de o paciente escolher quais tratamentos e métodos de recuperação irá se submeter quando se encontrar em situação grave, havendo de haver um equilíbrio entre a sua autonomia e o conhecimento técnico.

Os médicos, por sua vez, possuem um crescente avanço nos recursos tecnológicos e pesquisas científicas à sua disposição, oportunizando um leque mais amplo de ações e procedimentos a serem adotados não só em prol de prevenção e tratamento do paciente, mas também a fim de superar deficiências naturais e modificar características naturais do sujeito.

Com isso, conseqüentemente, aumentam os riscos de erros como os que ocorrem comumente em cirurgias plásticas reparadoras, cirurgias plásticas estéticas, uso de medicamentos novos e não recomendados, procedimentos não permitidos, entre outros. Some-se a isso, tem-se, ainda, a facilidade e o entusiasmo da mídia em expor uma fatalidade e transformá-la em um escândalo nacional.

Paciência. Não se quer aqui criticar e nem proibir a liberdade de expressão (art. 5º, IX, CF) dos noticiários, os quais têm o direito de fazer seu trabalho desde que obedeçam a proporcionalidade dos direitos e garantias estabelecidos pelas leis pela Constituição Federal. O que se pretende é explicar, de forma concisa, o alto número de denúncias administrativas e ações judiciais que versam sobre responsabilidade médica.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS MÉDICOS NO BRASIL E ANÁLISES DE CASOS RELEVANTES

Até porque, a saúde também é direito constitucionalmente assegurado pela Carta Magna (art. 6º; art. 196, da CF), comum a todos que compõem a sociedade e há de ser cuidadosamente observada pelos médicos e profissionais da área em conjunto com os pacientes, seja no setor privado ou seja no setor público.

2 RESPONSABILIDADE CIVIL NO BRASIL

Conforme a boa doutrina do ilustre jurista Aguiar Dias, a definição da responsabilidade civil está no interesse em restabelecer o equilíbrio econômico-jurídico alterado pelo dano causador da responsabilidade (1995, pp. 13, 42, 124.).

A responsabilidade civil origina-se de um dever jurídico. Este dever surge por vontade das partes (contratual) ou por exigência de lei (extracontratual).

O não cumprimento do dever jurídico, em regra, acarretará responsabilização por perdas e danos, a fim de se ter apurado o que o credor efetivamente sofre e o que ele deixou de ganhar.

O Código Civil de 2002 institui regras sobre o inadimplemento das obrigações e sobre a responsabilidade civil para proteger a obrigação de indenizar. Com se pode observar da leitura dos arts. 389-420; e arts. 927-954.

A referida codificação reforçou a tese de que, além da responsabilidade contratual, a obrigação de reparar o dano também pode ser extracontratual, ou seja, decorrer da prática de atividade que gere riscos para os direitos de outrem independente de culpa; da prática de ato ilícito por ação ou omissão culposa, ou abuso de direito.

No mesmo sentido, sabe-se que a Lei Civil em vigor dispõe de dispositivos que regulam a matéria comum aos interesses da responsabilidade médica, como por exemplo, no que concerne ao grau de culpa que irá interferir na fixação de eventual indenização a ser requerida em juízo.

O Código Civil de 1916 já dispunha expressamente sobre a obrigação de profissionais da área da saúde satisfazerem o dano causado, conforme se identifica no artigo 1.545:

“Art. 1.545. Os médicos, cirurgiões, farmacêuticos, parteiras e dentistas são obrigados a satisfazer o dano, sempre que da imprudência, negligência, ou

imperícia, em atos profissionais, resultar morte, incapacitação de servir, ou ferimento”.

O Código Civil de 2002 manteve tal orientação por meio de redação mais abrangente, referindo-se à obrigação de indenizar daquele que no exercício da sua atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar morte do paciente ou agravar-lhe o mal, causar lesão ou incapacitá-lo para o trabalho.

A redação do artigo 951 do diploma civilista, inclusive, é clara nesse sentido:

Art. 951. O disposto nos arts. 948, 949 e 950 aplica-se ainda no caso de indenização devida por aquele que, no exercício de atividade profissional, por negligência, imprudência ou imperícia, causar a morte do paciente, agravar-lhe o mal, causar-lhe lesão, ou incapacitá-lo para o trabalho.

Para findar esta brevíssima análise sobre a responsabilidade civil no Brasil, não se pode deixar de lado a responsabilidade prevista nas relações consumeristas previstas no Código de Defesa do Consumidor (CDC).

Nesse contexto, o legislador preocupou-se com a qualidade da prestação de serviços e dos produtos, referindo-se também aos serviços de assistência médica, devendo a responsabilidade pessoal dos profissionais ser apurada mediante verificação da culpa.

Afinal, como já arguido em item anterior, os conceitos de consumidor e fornecedor alcançam os conceitos de paciente e médico, respectivamente, no que concerne a prestação de serviços, conforme prevê expressamente o art. 22, parágrafo único do CDC, *in verbis*: “Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos”.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL DOS MÉDICOS NO BRASIL

Antes de adentrar sobre o objeto principal do presente estudo, faz-se necessário aduzir que a responsabilidade médica possui três vertentes a serem estudadas: a responsabilidade ética, a responsabilidade criminal e a responsabilidade civil ora estudada.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS MÉDICOS NO BRASIL E ANÁLISES DE CASOS RELEVANTES

O jurista Hermes Rodrigues de Alcântara, em estudo sobre a responsabilidade médica, é assertivo ao conceituar a responsabilidade civil e seu fundamento:

O fundamento da responsabilidade civil está na alteração do equilíbrio social, produzido por um prejuízo causado a um dos seus membros. O dano sofrido por um indivíduo preocupa todo o grupo porque, egoisticamente, todos se sentem ameaçados pela possibilidade de, mais cedo ou mais tarde, sofrerem os mesmos danos, menores, iguais e até maiores” (1971).

A responsabilidade civil médica é classificada conforme sua essência, e será contratual quando houver vínculo preexistente entre o médico ou entidade responsável e o paciente (ainda que não formalizado contrato escrito) ou será extracontratual quando não houver tal vínculo.

Dada as recomendações documentais que precedem os procedimentos médicos, é mais comum que se presencie a responsabilidade contratual, contudo, há possibilidade de ocorrer o imponderável como atendimentos de emergência, inconsciência do paciente, e haver necessidade de realizar procedimentos decorrentes da responsabilidade extracontratual.

Superada a natureza do vínculo, deve-se identificar se a obrigação constituída é de meio ou de resultado, o que será fator decisivo para verificar o inadimplemento e a atribuição do ônus da prova.

Conforme ensinamentos do ilustre Professor Álvaro Villaça, a obrigação de meio trata-se de situação em que o devedor se obriga a empregar todos os seus esforços à realização de um determinado fim, sem que se responsabilize pelo resultado. Já na obrigação de resultado, o devedor compromete-se pelo resultado certo e determinado, que caso não alcançado caracteriza o descumprimento do que foi avençado (1998, p.52).

Sérgio Cavaliere, vai além, e simplifica: “*Enquanto o conteúdo da obrigação de resultado é o resultado em si mesmo, o conteúdo na obrigação de meio é a atividade do devedor (p. 251) ”.*

Isso significa que, em se tratando de obrigação de resultado, e este não for alcançado, presume-se a culpa do devedor. Todavia, se a obrigação for de meio, só haverá inadimplemento e dever de indenizar caso o credor comprove que o resultado almejado não foi atingido porque o obrigado não empregou a diligência que se esperava.

O não cumprimento da obrigação não corresponde a uma atuação culposa.

Deve-se ter em mente que nas obrigações de resultado haverá adimplemento quando o fim é alcançado; enquanto na obrigação de meio haverá adimplemento quando os métodos esperados forem utilizados e empregados.

Mas é possível existir a dúvida: qual é o limite exigível para ocorrer o adimplemento das obrigações de meio?

O jurista italiano Alberto Trabucchi esclarece que o homem médio (*bonus pater familias*) deve ser o critério basilar para medir a diligência requerida (1998, p. 516), o que quer dizer em outras palavras, dentro da razoabilidade e proporcionalidade.

As diferenças das obrigações constituídas têm grande relevância para a responsabilidade civil médica, pois é sabido que as obrigações variam de acordo com o caso.

Em regra, o entendimento dominante é que as obrigações assumidas por um médico são obrigações de meio, pois é praticamente impossível assegurar a cura do paciente doente ou evitar sua morte, mas ele pode sim se comprometer a envidar esforços para tanto, observando os métodos, as orientações e as leis vigentes.

Assim, não é possível alegar inadimplemento contratual caso o tratamento ou a prática adotada não for bem sucedida e, conseqüentemente, não será devida indenização, cabendo ao prejudicado comprovar a culpa do profissional envolvido por não agir ou por agir sem diligência (p. 273).

Há ressalva para algumas espécies de atividades médicas que têm sido consideradas de resultado pela jurisprudência e doutrina dominante, como por exemplo, os tratamentos odontológicos, os exames radiológicos, e transfusão de sangue.

Outras espécies, como as cirurgias plásticas, são mais polêmicas podendo ser consideradas de meio ou de resultado de acordo com o entendimento do órgão julgador, o que será demonstrado mais adiante na análise de decisões judiciais proferidas pelos tribunais superiores.

A natureza da obrigação interfere diretamente na exigência de culpa e na atribuição do ônus da prova, fazendo-se necessário saber a quem se deve responsabilizar pelo dano. Isso ilustra a ideia de que a responsabilidade civil também se classifica como objetiva ou subjetiva.

Se a responsabilidade pertencer ao médico atuante como profissional liberal, autônomo, a culpa deve ser demonstrada para reparar eventual dano sofrido (art. 951, CC).

A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS MÉDICOS NO BRASIL E ANÁLISES DE CASOS RELEVANTES

Conforme a orientação da defesa do consumidor, em se tratando de instituição de saúde pública ou privada não haverá necessidade de se comprovar culpa visto que, nesse caso, a responsabilidade será objetiva conforme o art. 3º e 14 do CDC.

No caso de pessoas jurídicas de direito público ou de pessoas jurídicas de direito privado que prestam serviços públicos de saúde, o STF entendeu que a responsabilidade civil a ser atribuída é objetiva, devendo-se responsabilizar tais entes independentemente da comprovação de culpa, tendo em vista a '*faute de service publique*', conforme assegurado pelo acórdão proferido sob o voto do relator Min. Celso Antônio Bandeira de Mello, o qual será explorado no próximo tópico (STF, Emb. Decl. no Ag. Reg. no Agravo de Instrumento nº 734.689, 2ª Turma, Min. Rel. Celso de Mello, j. 26.06.2012).

No caso das instituições públicas, quando responsabilizadas, ainda há a possibilidade de propositura de ação regressiva em face do agente causador do dano quando comprovado a sua culpa ou dolo na sua ação ou omissão.

Referido entendimento resta evidente no aresto do STJ a seguir indicado: STJ, Recurso Especial nº 1.526.467/RJ, 3ª Turma, Min. Rel. Ricardo Villas Boas Cuêva, j.13.10.2015.

Já no caso de instituições particulares pode-se alegar que o médico é preposto da instituição e, portanto, ela responderá objetivamente conforme disposições do Código Civil (art. 933, CC) e da Carta Magna (art. 37, § 6º, CF).

Tratando-se de obrigação de meio derivada de contrato, é indispensável ao paciente (credor) provar a culpa do médico, ou seja, que não houve prestação de serviço de maneira diligente, faltando a qualidade essencial por parte do médico.

Desde que isso seja comprovado, poderá ser exigida responsabilidade solidária do médico com o hospital ou clínica privada.

É possível que as instituições de saúde privadas atuem por meio de planos privados que mantêm serviços próprios ou mediante seguros privados de reembolso ao segurado ou de pagamento por ordem e conta deste, diretamente aos prestadores de livre escolha do segurado.

Para o STJ, o entendimento dominante é de que as operadoras de planos de saúde, como fornecedoras de serviços, respondem objetivamente pelo risco de eleição, escolha ou mero credenciamento de profissionais que oferecem (STJ, AgRg no REsp 1.037.348/SP, DJe 17.08.2011; AgRg no REsp 1.029.043/SP, DJe

08.06.2009, e REsp 138.059-MG, DJ 11.06.2001. REsp 866.371-RS, Rel. Min. Raul Araújo, julgado em 27.03.2012.).

Dessa forma, qualquer dano causado pelo serviço médico, impõe responsabilidade objetiva para a operadora, independentemente de culpa do terceiro contratado ou credenciado pela empresa.

Parte da doutrina reconhece que a responsabilidade da entidade privada é solidária quando mantém hospitais ou credencia outros para a prestação de serviço através de planos de saúde. Já tais planos de saúde que dão liberdade para a escolha de médicos e hospitais apenas reembolsando as despesas efetuadas não respondem solidariamente (RT 718/40, p. 47).

Há ainda a possibilidade de o dano ter sido causado por apenas um integrante de equipe de um determinado médico. A boa doutrina de Gustavo Tepedino entende que a responsabilização dos membros da equipe é subjetiva, por extensão à do médico responsável geral. Este médico responsável geral responderá solidariamente, por culpa *infligindo* ou *in vigilando*, pelos atos de seus auxiliares, mesmo não havendo vínculo empregatício (p.55-58).

Outro aspecto a ser analisado no contexto da responsabilização civil médica é a caracterização da culpa.

O que se deve ter ciência é que culpa e erro médico são conceitos distintos.

O erro se trata de um desvio de conduta que, em dadas circunstâncias, produz efeitos jurídicos; já a culpa consiste em um elemento do ilícito em torno do qual uma ação ou omissão acarreta a existência de um dano, devido ao descumprimento de padrões mínimos exigidos; ou seja, desobedece às diligências mínimas estabelecidas como por exemplo, o dever de: emprego de técnica adequada e legalmente aprovadas pela comunidade científica; informação ao paciente; tutela do melhor interesse do paciente.

Indo ao encontro da proteção oferecida ao paciente, existe a teoria da “*res ipsa loquitur*” que significa “a coisa que fala por si só”, a qual define que há fatos que geram presunção de culpa por si só, tendo em vista as escandalosas evidências circunstanciais.

Isso acontece em casos como: objetos esquecidos no corpo do paciente durante a cirurgia; danos a uma parte saudável do corpo; remoção equivocada de parte do corpo; queimaduras ou lesões decorrentes da realização de exames.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS MÉDICOS NO BRASIL E ANÁLISES DE CASOS RELEVANTES

Outro fator relevante é identificar o fato da prática ser remunerada ou não, a fim de aferir o grau da culpa, o qual influi no estabelecimento da indenização (art. 944, § único, CC).

Destarte, resta pacificado que os tribunais civis se inclinam a assegurar o equilíbrio social a todos de direito, admitindo o princípio da responsabilidade sem culpa, o qual define que a responsabilidade civil se caracteriza por uma exigência econômica decorrente de qualquer dano que tenha ocorrido com a o paciente, impedindo que o ofendido arque sozinho com seu infortúnio, ainda que a culpa médica não possa ser comprovada.

4 ANÁLISE DE CASOS NOS TRIBUNAIS SUPERIORES

A seguir, apresenta-se concisos comentários sobre casos práticos de grande representatividade, a fim de exemplificar os temas de maior relevância deste trabalho sob os olhares do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

O primeiro caso trata-se de acórdão proferido pela 2ª Turma do STF, sob a batuta do voto do relator Ministro Celso Antônio Bandeira de Mello, que trata da responsabilidade objetiva do Estado (Poder Público) de indenizar os prejuízos causados por seus agentes quando prestados serviços médicos inadequados ou quando estes se omitirem diante do seu dever de agir.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – INOCORRÊNCIA DE CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE OU OMISSÃO – PRETENDIDO REEXAME DA CAUSA – CARÁTER INFRINGENTE – INADMISSIBILIDADE – RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO PODER PÚBLICO – ELEMENTOS ESTRUTURAIS – TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO – FATO DANOSO (MORTE) PARA O OFENDIDO (MENOR IMPÚBERE) RESULTANTE DE TRATAMENTO MÉDICO INADEQUADO EM HOSPITAL PÚBLICO – PRESTAÇÃO DEFICIENTE, PELO DISTRITO FEDERAL, DO DIREITO FUNDAMENTAL A SAÚDE, INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. (STF, Emb. Decl. no Ag.Reg. no Agravo de Instrumento nº 734.689, 2ª Turma, Min. Rel. Celso de Mello, j. 26.06.2012)

No caso em tela, após 4 (quatro) dias de internação e tratamento do quadro de Bronquiolite a paciente veio a falecer em decorrência do argumento de indisponibilidade de UTI pediátrica e de aparelho de respiração artificial recomendados para o tratamento.

O Ministro relator deixou claro em seu voto que o atendimento falho, na modalidade omissão, evidencia a configuração dos pressupostos que determinam o reconhecimento da responsabilidade objetiva do hospital público, vez que não houve incidência de nenhuma causa de exclusão de responsabilidade (caso fortuito e força maior).

Ademais, como já alegado e demonstrado no presente estudo, o hospital público poderá propor ação de regresso em face do agente público causador do dano caso seja comprovada culpa ou dolo do médico responsável. O que não afasta a obrigação de indenizar a paciente vítima do descaso da falta de atendimento de assistência médica.

Como se vê, o acórdão seguinte é exemplo de que a jurisprudência dos tribunais superiores e locais é uníssona no sentido de que é assegurado aos hospitais o direito de regresso para reaver o que foram obrigados a arcar, desde que comprovada culpa do médico responsável.

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. ERRO MÉDICO. PARTO. USO DE FÓRCEPS. CESARIANA. INDICAÇÃO. NÃO OBSERVÂNCIA. LESÃO NO MEMBRO SUPERIOR ESQUERDO. MÉDICO CONTRATADO. CULPA CONFIGURADA. HOSPITAL. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. AÇÃO DE REGRESSO. PROCEDÊNCIA. DANOS MORAIS. VALOR. RAZOABILIDADE. 1. A jurisprudência desta Corte encontra-se consolidada no sentido de que a responsabilidade dos hospitais, no que tange à atuação dos médicos contratados que neles trabalham, é subjetiva, dependendo da demonstração da culpa do preposto. 2. A responsabilidade objetiva para o prestador do serviço prevista no artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor, no caso o hospital, limita-se aos serviços relacionados ao estabelecimento empresarial, tais como a estadia do paciente (internação e alimentação), as instalações, os equipamentos e os serviços auxiliares (enfermagem, exames, radiologia). Precedentes. 3. No caso em apreço, ambas as instâncias de cognição plena, com base na prova dos autos, concluíram que houve falha médica seja porque o peso do feto (4.100 gramas) indicava a necessidade de realização de parto por cesariana, seja porque a utilização da técnica de fórceps não se encontra justificada em prontuário médico. 4. A comprovação da culpa do médico atrai a responsabilidade do hospital embasada no artigo 932, inciso III, do Código Civil ("São também responsáveis pela reparação civil: (...) III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;"), mas permite **ação de regresso** contra o causador do dano. 5. O Superior Tribunal de Justiça, afastando a incidência da Súmula nº 7/STJ, tem reexaminado o montante fixado pelas instâncias ordinárias apenas quando irrisório ou abusivo, circunstâncias inexistentes no presente caso, em que arbitrada indenização no valor de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais). 6. Recurso especial parcialmente provido. (STJ, Recurso Especial nº 1.526.467/RJ, 3ª Turma, Min. Rel. Ricardo Villas Boas Cuêva, j.13.10.2015, **grifado e sublinhado**).

A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS MÉDICOS NO BRASIL E ANÁLISES DE CASOS RELEVANTES

Outro caso importante que suscita dúvidas recorrentes, está exemplificado no acórdão seguinte. No caso, o acórdão proferido pela 4ª Turma do STJ determina que os procedimentos cirúrgicos com fins estéticos constituem obrigação de resultado, uma vez que o objetivo do paciente é alcançar uma melhora em sua aparência.

Ademais, o relator explana em seu voto que o insucesso da cirurgia representa uma mera presunção de culpa médica, o que importará na inversão do ônus da prova para o médico responsável elidi-la:

DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO. CIRURGIA PLÁSTICA. OBRIGAÇÃO DE RESULTADO. SUPERVENIÊNCIA DE PROCESSO ALÉRGICO. CASO FORTUITO. ROMPIMENTO DO NEXO DE CAUSALIDADE.1. O requisito do prequestionamento é indispensável, por isso inviável a apreciação, em sede de recurso especial, de matéria sobre a qual não se pronunciou o Tribunal de origem, incidindo, por analogia, o óbice das Súmulas 282 e 356 do STF.2. Em procedimento cirúrgico para fins estéticos, conquanto a obrigação seja de resultado, não se vislumbra responsabilidade objetiva pelo insucesso da cirurgia, mas mera presunção de culpa médica, o que importa a inversão do ônus da prova, cabendo ao profissional elidi-la de modo a exonerar-se da responsabilidade contratual pelos danos causados ao paciente, em razão do ato cirúrgico. 3. No caso, o Tribunal a quo concluiu que não houve advertência a paciente quanto aos riscos da cirurgia, e também que o médico não provou a ocorrência de caso fortuito, tudo a ensejar a aplicação da súmula 7/STJ, porque inviável a análise dos fatos e provas produzidas no âmbito do recurso especial. 4. Recurso especial não conhecido. (STJ, Recurso Especial nº 985.888/SP, 4ª Turma, Min. Rel. Luis Felipe Salomão, j. 16.02.2012)

Nesse sentido, é cabível que o médico comprove as causas excludentes de responsabilidade, quais sejam, força maior, caso fortuito ou culpa exclusiva da vítima, para se ver livre do nexo de causalidade entre o dano e a sua conduta.

Por último, tem-se o acórdão proferido pela 3ª Turma do STJ, trazendo à baila a responsabilidade civil do médico em cirurgias plásticas mistas. Aqui, a peculiaridade está na análise fracionada da responsabilidade do médico, pois nesses casos, há tanto obrigação de meio quanto obrigação de resultado.

PROCESSO CIVIL E CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. MÉDICO. CIRURGIA DE NATUREZA MISTA – ESTÉTICA E REPARADORA. LIMITES. PETIÇÃO INICIAL. PEDIDO. INTERPRETAÇÃO. LIMITES. 1. A relação médico-paciente encerra obrigação de meio, e não de resultado, salvo na hipótese de cirurgias estéticas. Precedentes. 2. Nas cirurgias de natureza mista – estética e reparadora –, a responsabilidade do médico não pode ser generalizada, devendo ser analisada de forma fracionada, sendo de resultado em relação à sua parcela estética e de meio em relação à sua parcela reparadora.3. O pedido deve ser extraído da interpretação lógico-sistemática da petição inicial, a partir da análise de todo o seu conteúdo. Precedentes. 4. A decisão que interpreta de forma ampla o pedido formulado pelas partes não viola os arts. 128 e 460 do CPC, pois o pedido é o que se

pretende com a instauração da ação. Precedentes. 5. O valor fixado a título de danos morais somente comporta revisão nesta sede nas hipóteses em que se mostrar ínfimo ou exagerado. Precedentes. 6. Recurso especial não provido. (STJ, Recurso Especial nº 1.097.955 - MG, 3ª Turma, Min. Rel. Nancy Andrighi, j. 27.09.2011).

Como é abordado no acórdão relatado pela relatora Nancy Andrighi, a cirurgia plástica realizada teve mais de um escopo que consistiu na função reparadora constituída por obrigação de meio e na função estética constituída por obrigação de resultado, não sendo possível analisar a responsabilidade do médico de forma generalizada.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do estudo realizado sobre a responsabilidade civil com enfoque na responsabilidade da classe médica, conclui-se, através de análises feitas sob a ótica do contexto histórico, cultural e profissional que é possível perceber a tendência dos tribunais e da doutrina em amparar as vítimas das atividades médicas que não foram prestadas com diligência e com os cuidados exigidos por lei, permitindo que as pessoas prejudicadas obtenham a reparação devida, seja por danos morais ou materiais.

A responsabilidade civil médica é instituto que não se limita a perseguir um fim patrimonial, mas sim também o fim social da prestação da saúde, a qual deve ser fornecida a todos em devoção aos princípios da beneficência, não maleficência, autonomia do paciente, dever de informação, acesso à justiça e dignidade da pessoa humana.

Contudo, é preciso lembrar que o ato de julgar um profissional que se dedicou durante longos anos de muito trabalho e estudo para exercer uma atividade que preza pelo bem das pessoas não é nada simples.

Portanto, o juízo a ser feito pelos órgãos jurisdicionais e pelos órgãos julgadores dos Conselhos de Medicina regionais e federal deve ser praticado com cautela e responsabilidade para que não haja erros e danos irreversíveis resultados de ações judiciais e processos administrativos despropositados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS MÉDICOS NO BRASIL E ANÁLISES DE CASOS RELEVANTES

AGUIAR JR. Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico, Revista dos Tribunais n. 718/40.

ALCÂNTARA, Hermes Rodrigues. Responsabilidade médica. Rio de Janeiro: José Konfino, 1971.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Teoria Geral das Obrigações, 7ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil, 2ª edição, 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros.

DIAS, José de Aguiar. Responsabilidade Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

FRANÇA, Genival Veloso de. Direito Médico, 13ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

KFOURI NETO, Miguel. Responsabilidade Civil do Médico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

REALE, Miguel. Código de ética médica. Revista dos Tribunais, volume 503.

TRABUCCHI, Alberto. *Istituzioni di Diritto Civile*, Padova: Cedam, 1998.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. Bioética: temas atuais e seus aspectos jurídicos. Brasília. Consulex, 2006.

Palestra sobre O Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos¹

José James Gomes Pereira²

Costumeiras saudações

Cumpre-nos, inicialmente, destacar o papel da Corte Suprema Brasileira na sua atuação jurisdicional para, em seguida, apontar a influência da Corte Interamericana de Direitos Humanos nas decisões do areópago supremo.

Importa, pois, ressaltar as competências do STF, por representarem grande impacto no ordenamento jurídico e consequentemente na sociedade.

De inegável peso político e grande significado jurídico é a competência do Supremo Tribunal para processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade, a ação declaratória de constitucionalidade, a arguição de descumprimento de preceito fundamental, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção.

Tais modalidades de ações, juntamente com o recurso extraordinário formam o núcleo do sistema de controle de constitucionalidade e legitimidade de leis e atos normativos, bem como das omissões inconstitucionais.

Cabe ainda acentuar observação de Branco e Mendes³ (2012, p.1026), ao lembrar que “há muito que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal admite a possibilidade de extensão ou ampliação de sua competência expressa quando esta resulte implícita no próprio sistema constitucional”.

As competências implícitas são interpretações extensivas das competências previstas explicitamente na norma Constitucional, cabendo destacar algumas hipóteses em que se reconhece essa interpretação extensiva que caracteriza a competência implícita, como por exemplo, no caso de julgamento de Mandado de Segurança contra ato de Comissão Parlamentar de Inquérito, ou *Habeas Corpus* contra a Interpol (Polícia

¹ Recebido em 15/03/2018

²PEREIRA, José James Gomes. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Piauí. Curso de Formação de Oficiais pela APMPE em Paudalho, Pernambuco. Especialista em Direito Processual Penal pela Universidade Federal do Ceará. Especialista em História Política do Piauí, pela Universidade Estadual do Piauí - UESPI; Mestre em Direito Internacional Econômico pela Universidade Católica de Brasília - UCB; Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del la Museo Argentino. Pós – Doutor em Ciências Sociais Aplicadas. Direito Constitucional. Università degli Studi Messina. Itália. Desembargador do Tribunal de Justiça do Piauí. Professor Universitário.

³BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009
Revista da Escola Judiciária do Piauí, Teresina, PI, Vol.2, N.1, jul/dez, 2020. ISSN: 2526-7817

Internacional), no caso de mandado de prisão decretado por juiz estrangeiro, fundamentada na competência do STF julgar a extradição solicitada por estrangeiro.

O Supremo Tribunal Federal tem sido assim agente e paciente da história nacional, "sendo inevitavelmente levado a participar das lutas políticas que se travam à sua volta e sofrendo suas consequências". E não poderia ser de outra forma, pois conforme o ensinamento de Emilia Viotti da Costa⁴, ao acentuar que:

Num país onde as sublevações e os golpes de estado se repetem, as constituições se sucedem e o estado de direito tem sido várias vezes interrompido por períodos de exceção; num país em que o Executivo, de tempos em tempos, ignora dispositivos constitucionais, dissolve o Congresso, governa por decreto, cria atos institucionais que contrariam a Constituição, declara estado de sítio durante o qual ficam suspensas as garantias constitucionais, prende e desterra cidadãos sem qualquer processo; num país cujos governantes se recusam às vezes a obedecer às decisões emanadas da mais alta Corte de Justiça, interferindo diretamente nela, negando-se a preencher vagas ou alterando o número de ministros – é de se esperar que esta funcione como uma caixa de ressonância que registra os ritmos agitados da história nacional.

Atualmente, como se pode notar até mesmo pelo noticiário veiculado pela imprensa, o STF nunca esteve tanto em evidência como agora e também por isso, nunca se esperou tanto e se cobrou tanto do mesmo. Nesse contexto, o ministro Luiz Roberto Barroso⁵ defende que:

o fortalecimento de uma corte constitucional, que tenha autoridade institucional e saiba utilizá-la na solução de conflitos entre os Poderes ou entre estes e a sociedade (com sensibilidade política, o que pode significar, conforme o caso, prudência ou ousadia), é a salvação da Constituição e o antídoto contra golpes de Estado.

⁴ COSTA, Emilia Viotti da. *O supremo tribunal federal e a construção da cidadania*. São Paulo: Ieje, 2001, p. 15.

⁵BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira*. 6ª ed. atual. São Paulo: Renovar, 2002. p. 304

Palestra sobre O Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos

Com a tarefa de preservar a ordem constitucional, as competências do STF são divididas em três espécies de prestação jurisdicional: a de controle abstrato da constitucionalidade; a de proteção de direitos; e a jurisdição constitucional sem o controle da constitucionalidade.

No exercício do seu mister, não raro o STF acaba legislando quando interpreta a Constituição ou supre lacunas deixadas pelo Legislativo. A evidência tem estimulado a reflexão, nos meios jurídico e político, sobre o papel do STF, seu futuro e eventuais reformas, porquanto diversas são as modalidades de ações submetidas à apreciação do Pretório Excelso.

Mesmo assim, apesar de todas as pressões sofridas o STF, no decorrer de sua história, foram muitos ministros que, nos momentos mais difíceis da instituição, se posicionaram pela luta na defesa dos direitos e garantias constitucionais, do estado de direito e do equilíbrio entre os poderes.

Sistema de controle de constitucionalidade

Sendo o STF o guardião da Constituição, sobrevém o Sistema de controle de constitucionalidade, sendo certo que a Jurisdição Constitucional possui raízes nas culturas jurídicas formadas nos contextos anglo-americano e europeu-continental.

Não parece incorreto dizer que é quase impossível fazer um estudo sobre a temática do controle de constitucionalidade sem fazer referência aos clássicos modelos difuso, de origem norte-americana, e concentrado, de origem europeia.

É no contexto ibero-americano, porém, que a jurisdição constitucional assumiu, ao longo de sua história, as formas mais peculiares e complexas de que se tem conhecimento.

A análise dos sistemas que foram conformados nos países ibero-americanos pode revelar modelos de controle de constitucionalidade extremamente criativos, condicionados à própria realidade plural e complexa das diversas nacionalidades, sobretudo no contexto latino-americano. Como bem analisou o Professor Francisco

Fernández Segado⁶, referência no estudo sobre a matéria, os países latino-americanos constituem um verdadeiro “laboratório constitucional” no tocante às técnicas de controle de constitucionalidade.

A jurisdição constitucional nos países ibero-americanos é caracterizada por modelos híbridos, construídos de forma criativa de acordo com a heterogeneidade cultural que caracteriza a região.

O Brasil não se distancia dessa realidade. Assim como os países ibero-americanos em geral, a jurisdição constitucional brasileira foi construída num ambiente constitucional democrático e republicano, apesar das interrupções causadas pelos regimes autoritários.

Nos dias atuais a jurisdição constitucional no brasileira é marcada pela sua originalidade e diversidade de instrumentos processuais destinados à fiscalização da constitucionalidade dos atos do poder público e à proteção dos direitos fundamentais, como o mandado de segurança – uma criação genuína do sistema constitucional brasileiro – o *habeas corpus*, o *habeas data*, o mandado de injunção, a ação civil pública e a ação popular.

Essa diversidade de ações constitucionais próprias do modelo difuso é ainda complementada por uma variedade de instrumentos voltados ao exercício do controle abstrato de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, como a ação direta de inconstitucionalidade (ADI), a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO), a ação declaratória de constitucionalidade (ADC) e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF).

Note-se que a partir da Constituição de 1988, foram ampliadas as atribuições do STF, principalmente aquelas relacionadas ao controle de constitucionalidade, ampliando, também, a sua importância e responsabilidade na tarefa de sua própria realização.

Respeito aos direitos humanos

⁶ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. Del control político al control jurisdiccional. Evolución y aportes a la Justicia Constitucional en América Latina. Bologna: Center for Constitutional Studies and Democratic Development, Libreria Bonomo; 2005, p. 39.

Palestra sobre O Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos

Feitas essas considerações e agora, adentrando propriamente ao tema proposto é de se destacar que o STF, cumprindo o seu papel de zelar pela Constituição, enfoca como postulado máximo para interpretação das normas o respeito aos direitos humanos.

Sabe-se que as leis positivas são formuladas em termos gerais as quais fixam regras, consolidam princípios e estabelecem normas. No entanto, são amplas, não descem a minúcias, mesmo porque nem poderiam, uma vez que, existe a impossibilidade de se pensar em todas as questões que precisam ser regulamentadas.

Assim, cumpre à hermenêutica o papel de determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito. Nesse sentido, Carlos Maximiliano ensina que (2011, p.01):

A interpretação, como as artes em geral, possui a sua técnica, os meios para chegar aos fins colimados. Foi orientada por princípios e regras que se desenvolveu e aperfeiçoou à medida que envolveu a sociedade e desabrocharam as doutrinas jurídicas.

Insta salientar que, existem diversas maneiras de interpretar a lei. Em razão disto, a exegese pode ser exercida à luz dos Direitos Humanos, que nas palavras de Ricardo Castilho (2011, p.11) devem se entender que:

A expressão direitos humanos representa o conjunto das atividades realizadas de maneira consciente, com o objetivo de assegurar ao homem a dignidade e evitar que passe por sofrimentos.

Note-se que os Direitos Humanos podem auxiliar no entendimento dos dispositivos legais, para que o valor máximo do homem – sua dignidade, seja preservado.

Cabe aqui observar que o profissional do Direito não pode destoar de entendimento que não resguarde a dignidade da pessoa humana, mesmo porque esse direito vem expresso logo no artigo 1º, III, da Constituição Federal e em diversos tratados internacionais.

Devo destacar que para combater as crueldades humanas, a lei deve frear as condutas que podem ser tomadas por homens que usam seu lado primitivo, ou seja, matam, lesionam e denigrem os outros.

Para refinar o comportamento do homem em sociedade, as leis são elaboradas a exemplo do Código Penal e demais ordenamentos que tutelam a vida e a integridade do ser humano.

No entanto, a produção legislativa não é suficiente para proteger o homem e os direitos inerentes a ele. A interpretação da lei, para determinar seu sentido e alcance é a maior arma contra as austeridades.

Cabe aqui distinguir os Direitos Humanos dos Direitos Fundamentais. Os Direitos humanos são aqueles ligados a liberdade e a igualdade, estão positivados no plano internacional. Já os Direitos Fundamentais são os direitos humanos positivados na Constituição Federal. Todavia, como o conteúdo de ambos é essencialmente o mesmo, o que difere é o plano em que estão consagrados, cuja diferenciação não se mostra em relevo, haja vista que ambos correspondem aos direitos inerentes ao homem e sua proteção.

A concepção atual de Direitos Humanos adveio da Declaração Universal de Direitos Humanos (1948) e decorreu do fim da Segunda Guerra Mundial, momento muito difícil para a civilização, haja vista que nessa guerra foram vistas atrocidades inimagináveis. O Nazismo dizimou judeus e demais pessoas consideradas destoantes dos padrões da Alemanha.

Entre 1939 e 1945, a segunda grande guerra mostrou o pior lado do homem, as discriminações eram constantes e no campo de concentração a dor humana foi percebida em sua maior amplitude.

Claro que não só no período nazista que o homem revelou a necessidade de imposição de direcionamentos de condutas para viver e conviver em sociedade. Momentos atuais como a guerra no oriente médio, mostram que o ordenamento jurídico é fundamental para restringir o poder de causar mal à humanidade.

Tendo em vista às práticas humanas que causam enorme prejuízo para outros, a Declaração Universal de Direitos Humanos trouxe novas esperanças. Sobre o assunto, Ricardo Castilho (2011, p. 11 e 12) ensina que:

Os três primeiros artigos da Declaração sintetizam o que se considera fundamental para a humanidade: que todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos, são dotadas de razão e consciência e

Palestra sobre O Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos

devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade; que toda pessoa tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos na Declaração, sem distinção de qualquer espécie (raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição); e que toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.

A Declaração Universal de Direitos Humanos foi ratificada pela Declaração dos Direitos Humanos de Viena (1993), que declarou os direitos humanos e as liberdades fundamentais como direitos naturais de todos os seres humanos.

Em razão da importância de tal advento, os Direitos Humanos devem ser fonte de esclarecimento de todas as leis.

Para questões polêmicas, a dignidade da pessoa humana precisa ser elemento preponderante no entendimento de artigos, incisos e alíneas.

A ideia contemporânea sobre quais são os Direitos Humanos se traduz nos direitos à vida, a liberdade, a igualdade e segurança pessoal.

Mas, não se excluem demais direitos que preservam a integridade física e psíquica do homem.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁷, no livro *Direitos humanos fundamentais*, avalia que a história registra três marcos dos direitos fundamentais do homem: liberdades públicas; direitos econômicos e sociais; direitos de solidariedade.

É de se notar que houve uma evolução na compreensão dos Direitos Humanos, porém não excludentes uma das outras, haja vista que o homem precisa de liberdade, mas só isto não lhe basta, ele também precisa de direitos sociais. Para complementar essas duas esferas de direitos, os direitos de solidariedade afirmaram os direitos inerentes ao homem, projetando a ideia de enxergar o outro e pensar na coletividade.

Partindo desse primado, o intérprete do Direito ao aplicar a lei precisa ter profundo conhecimento sobre os Direitos Humanos, para que interprete o ordenamento jurídico à luz destes.

O legislador oferece preceitos abstratos, dentro dos quais o intérprete acomoda o caso concreto. A norma jurídica varia de significação com o transcorrer do tempo e

⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 13. São Paulo: Saraiva, 2011.

bom hermenêuta deve saber ler a lei não com os olhos, mas sim extraindo o sentido do que aquelas letras representam.

Obedecer cegamente as leis corresponde não a um estágio de legalidade e consequente justiça; bem pelo contrário, pode trazer inúmeras barbáries.

A existência de legislação não é suficiente para a tutela de direitos. Por isso, o controle de constitucionalidade, a hierarquia das leis tentam evitar que leis abusivas sejam aplicadas. No entanto, acima de qualquer válvula que resguarde a legitimidade das leis e seu espírito de justiça, está a interpretação.

Ao profissional jurídico é fundamental o senso crítico de discernimento daquilo que é justo, quando comparado com aquilo que viola os Direitos Humanos.

Não adianta a criação de grande volume de leis se essas ganham interpretação destoante da tutela dos Direitos Humanos.

No Estado brasileiro, os tratados internacionais de direitos humanos são equiparados às normas constitucionais quando obtêm votação de três quintos dos deputados e senadores para incorporação ao direito interno.

Diz Flávia Piovesan⁸ que, embora os tratados internacionais tenham força hierárquica infraconstitucional, os tratados internacionais de direitos humanos têm força e natureza de norma constitucional. Essa primazia dos tratados de direitos humanos sobre outros tratados internacionais foi dada pela Emenda Constitucional nº 45/2004.

Dessa maneira, fica evidente como as normas que retratam Direitos Humanos recebem tratamento privilegiado no ordenamento jurídico. Logo, nada mais justo que a interpretação jurídica seja voltada à preservação destes direitos.

Em aspecto mais prático, pode-se exemplificar como essa espécie de interpretação faz a diferença.

Na questão do confronto entre o direito de aborto do feto anencéfalo versus o direito à vida, os Ministros do STF julgaram a ADPF 54 à luz dos Direitos Humanos. Conforme o Ministro Marco Aurélio:

Não se trata de impor a antecipação do parto do feto anencéfalo. De modo algum. O que a arguente pretende é que se assegure a cada mulher o direito de viver as suas escolhas, os seus valores, as suas crenças. Está em jogo o direito da mulher de autodeterminar-se, de

⁸ Flávia Cristina Piovesan. é uma jurista e advogada pública brasileira, conhecida por sua obra voltada aos Direitos Humanos e ao Direito Internacional.

Palestra sobre O Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos

escolher, de agir de acordo com a própria vontade num caso de absoluta inviabilidade de vida extrauterina.

Observa-se que foi julgado procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade da interpretação no sentido da norma, de modo a garantir a interrupção da gravidez de feto anencéfalo, afastando a conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II do Código Penal, apontando como paradigma os Direitos Humanos como se vê da ementa do julgado:

ESTADO – LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. FETO ANENCÉFALO – INTERRUPÇÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME–INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal.

Esse julgado é típico exemplo de que o profissional do Direito ao aplicar a lei não só pode, como deve, enxergar o sentido humanitário da norma. Os Direitos Humanos devem orientar o senso crítico do aplicador da lei.

Ricardo Castilho (2011, p.86) é categórico ao dizer que: *o art. 4º da Constituição brasileira de 1988 declara que, sobre qualquer lei nacional, prevalecem os direitos humanos.*

Longo, não há de se questionar a constitucionalidade de uma interpretação consentânea com os Direitos Humanos.

O hermeneuta jurídico deve, pois, compreender a norma e extrair dela o direito que se pretende tutelar. Para isso o senso crítico com vistas aos Direitos Humanos é a melhor forma do operador do Direito cumprir seu papel na sociedade, que é o de decidir com maior grau de certeza, de direito visando distribuir Justiça!

Respeito aos direitos humanos / Corte Interamericana

O Brasil ratificou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos em 9 de julho de 1992, marco a partir do qual o STF passou a recepcionar as orientações da Corte Interamericana, reafirmando o respeito aos valores inerentes aos direitos essenciais do homem, já reconhecidos e explicitamente declarados no Pacto de San José da Costa Rica.

Com a criação da Corte Interamericana, caso os Estados aceitassem expressamente sua jurisdição obrigatória por meio de protocolo facultativo, a Corte IDH possuiria competência contenciosa e consultiva para interpretar e aplicar a própria CADH e outros tratados de direitos humanos perante tais Estados.

A partir desse panorama global e regional, o crescimento do corpo normativo internacional que regula os comportamentos dos Estados perante outros Estados e indivíduos suscita a problemática do relacionamento entre o direito internacional e o direito interno.

Essa problemática se dá de modo geral no direito internacional público, surtindo efeitos, portanto, no direito internacional dos direitos humanos.

De modo mais específico, é de se levar em consideração a problemática referente aos conflitos de interpretação e aplicação dos tratados internacionais de direitos humanos.

A propósito, uma vez assinado e ratificado o tratado internacional, suas regras e princípios se aplicam no âmbito do Estado parte.

Os direitos que garantem e os deveres que impõem podem ser exigidos e devem ser cumpridos pelos Estados.

A partir desse contexto, surgem duas grandes correntes que buscam demonstrar a relação entre o direito interno e aquele surgido das normas internacionais. Essas correntes se propõem cada uma a responder, de modo distinto, a uma questão principal, que consiste em saber se o direito internacional e o direito interno são dois sistemas distintos e independentes entre si, ou se fazem parte do mesmo sistema jurídico. A primeira delas é denominada de dualismo jurídico, enquanto a segunda de monismo jurídico.

A doutrina dualista defende que direito internacional e direito interno são dois sistemas distintos e independentes entre si. O direito internacional diz respeito somente às relações entre Estados, enquanto o direito interno diz respeito às relações entre um Estado e seu povo. O dualismo pode ser dividido em radical, em que há a necessidade de edição de lei distinta para a incorporação do tratado à ordem jurídica interna, ou em

Palestra sobre O Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos

moderado, em que a incorporação não necessita de lei distinta, fazendo-se por outro processo complexo.

A doutrina monista defende que o direito internacional e o direito nacional são ramos do mesmo sistema jurídico. Parte do entendimento de que o direito é um só, apresentando-se tanto nas relações de um Estado perante seu povo quanto nas relações perante outros Estados. A tese monista, frente à antinomia entre normas do direito internacional e o direito interno, divide-se em dois entendimentos: primado do direito internacional e primado do direito interno.

A formação e incorporação dos tratados internacionais, aqui inclusos os tratados internacionais de direitos humanos, possui seu estatuto normativo nos artigos 84, inc. VIII e 49, inc. I, da CF.

De acordo com a CF, para que um tratado internacional seja celebrado, há a necessidade da manifestação de vontade tanto do Poder Executivo quanto do Poder Legislativo. Consagrou-se, portanto, a teoria da junção de vontades ou teoria dos atos complexos.

Celebrado o tratado, o Brasil já se encontra obrigado internacionalmente a cumpri-lo. A partir, portanto, da incorporação do tratado internacional ao ordenamento jurídico interno, surge a questão da hierarquia estabelecida entre os tratados incorporados e as normas originadas de fontes internas. Teriam os tratados internacionais, após a sua incorporação, hierarquia infra-legal, legal, supralegal, constitucional, ou supraconstitucional.

Aqui, a jurisprudência brasileira fez determinada distinção entre tratados internacionais gerais e tratados internacionais de direitos humanos. Em um primeiro momento, anteriormente à Emenda Constitucional n. 45 de 2004, o STF entendia que todos os tratados internacionais, inclusive aqueles sobre direitos humanos, possuíam hierarquia de lei ordinária federal. Consequentemente, tais tratados estavam sujeitos à modificação por simples lei ordinária federal, resolvendo-se possíveis antinomias pelo critério cronológico ou critério de especificidade

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, de acordo com o então Presidente do STF, ministro Joaquim Barbosa, em 2013, tem sua importância em face do processo histórico ao acentuar que:

os primeiros passos dos Estados americanos foram no sentido da proteção dos direitos humanos, ainda diante da “triste memória” da Segunda Guerra Mundial.

“Era necessário então dotar os cidadãos de meios que permitissem uma efetiva resistência a todo e qualquer regime totalitário”. “Hoje percebemos uma verdadeira busca de efetividade do sistema interamericano de direitos humanos, e é com grande satisfação que o Supremo compartilha dessa visão que, de maneira ampla, forma a estrutura básica de condições para uma vida digna e plena”. O diálogo entre os poderes públicos e os organismos internacionais é ferramenta relevante de concretização dos ideais republicanos. “A nítida compreensão da existência de uma esfera de jurisdição atribuída pelo Brasil e vários outros países latino-americanos a órgãos do sistema interamericano de direitos humanos faz dessas entidades internacionais órgãos integrantes da rede de atribuições jurisdicionais a que o nosso país soberanamente decidiu se submeter”, salientou. “Não estamos aqui recepcionando uma Corte estrangeira, mas um órgão que, de fato, integra o conjunto de instituições acreditadas pelo Brasil para a atuação na defesa e no fomento dos direitos humanos.

O Brasil incorporou a Convenção Americana de Direitos Humanos ao seu ordenamento interno em 1992 por meio do Decreto n. 678 e reconheceu a jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos humanos em 10 de Dezembro de 1998, podendo peticionar, ser processado e condenado perante esta em casos de violações de direitos humanos⁹.

Tendo em vista esses fatos, faz-se importante entendermos a problemática da relação entre o direito internacional com o direito interno.

Nas chamadas subordens regionais, criaram-se sistemas de cooperação entre os Estados, cujas competências estavam adstritas aos limites geográficos de tais regiões, com fins ao controle e à supervisão do respeito aos direitos humanos.

Entre eles, criou-se o sistema da Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 22 de Novembro de 1969, conhecida também como Pacto de São José da Costa Rica, tratado internacional celebrado entre os países americanos que entrou em vigência somente em 1984.

A Corte Interamericana possui aproximadamente 40 anos de funcionamento, durante os quais tem acompanhado os povos das Américas na transformação de suas realidades sociais, políticas e institucionais. Ao longo de sua existência proferiu diversas decisões em casos distintos, além de emitir pareceres consultivos e ofereceu proteção imediata a pessoas e grupos de pessoas através de sua função cautelar.

⁹ACCIOLY, Hildebrando. Manual de Direito Internacional Público. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 500-502. **Revista da Escola Judiciária do Piauí**, Teresina, PI, Vol.2, N.1, jul/dez, 2020. ISSN: 2526-7817

Palestra sobre O Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos

Certo é que o trabalho da Corte Interamericana não termina quando uma Resolução, Sentença ou um Parecer Consultivo é emitido. A efetiva proteção dos direitos humanos adquire uma materialização real através do diálogo dinâmico com instituições nacionais, particularmente com os órgãos jurisdicionais.

De acordo com essa dinâmica, são os próprios operadores nacionais quem, através do diálogo jurisprudencial e de um adequado controle de convencionalidade, sempre no âmbito de suas competências, conferem valor real às decisões da Corte Interamericana. Cada vez de maneira mais enérgica vem sendo realizado um controle dinâmico e complementar das obrigações convencionais de respeitar e garantir os direitos humanos, conjuntamente com as autoridades internas.

Neste ânimo e com esse entusiasmo, a Corte Interamericana tem promovido o diálogo jurisprudencial de maneira decisiva para que a justiça interamericana seja real e efetivamente acessível.

Todas as pessoas das Américas devem conhecer, tornar seus e exigir, os direitos humanos reconhecidos como tais na Convenção Americana ou nas interpretações deste tratado realizadas pela Corte Interamericana.

Acatando essas orientações, diversos temas que integram a jurisprudência já consolidada da Corte Interamericana de Direitos Humanos foram abordados no Supremo Tribunal Federal. Entre eles, processos relacionados ao tempo oportuno de duração do processo judicial, ao prazo razoável da prisão cautelar, à validade da criação de conselhos de Justiça no âmbito da Justiça Militar, à compreensão do princípio da não incriminação do réu, ao não cabimento da prisão civil do depositário infiel, à existência de tipo penal quanto aos casos de tortura contra crianças e adolescentes, além de vários argumentos relacionados à Convenção Americana sobre Direitos Humanos adotados pelo STF no indeferimento de alguns pedidos de extradições.

Como dito antes, o Brasil vem assumindo duradouros compromissos com as decisões tomadas na esfera internacional dos direitos humanos, em razão da inclusão do parágrafo 3º do artigo 5º da Constituição Federal pela Emenda Constitucional 45.

Com isso, o STF possibilitou o reconhecimento da equivalência de tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos às Emendas Constitucionais, o que demonstra a inequívoca abertura do Brasil às inovações relacionadas à defesa e à promoção dos direitos do ser humano.

Por tais pressupostos a Corte Interamericana de Direitos Humanos e o STF mantêm parceria visando a coesão de suas decisões.

Entre os temas em realce perante a Corte Interamericana destacam-se a liberdade de expressão, anistia, acesso à informação, questões indígenas e atenção aos direitos das vítimas.

Diego Garcia-Sayán, Presidente da CortelDH, em 2013, destacou que o debate sobre esses temas enriquecem as democracias dos países e o direito internacional.

Quanto à liberdade de expressão, afirmou que este direito, “muito maltratado durante os anos pelo autoritarismo e pela ditadura”, é matéria constantemente analisada pela CortelDH, que tem produzido jurisprudência para a proteção dessa garantia tanto para a imprensa como para qualquer cidadão. No entanto, ressaltou a necessidade de ponderação e equilíbrio entre os direitos quando houver possíveis conflitos.

“A liberdade de expressão não pode ser entendida como um direito que se exerce sem limite”, afirmou. “Tem que se levar em conta outros direitos, como aqueles relacionados à honra e à intimidade”.

De acordo com Garcia-Sayán, a jurisprudência da CortelDH tem sido variada, uma vez que as pessoas passaram a ter maior consciência de que podem exercer seus direitos.

Conclusões

Para finalizar, devo acentuar que a Corte Interamericana de Direitos Humanos com sede em São José, capital da Costa Rica, faz parte do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. É um dos três Tribunais regionais de proteção dos Direitos Humanos, ao lado do Tribunal Europeu de Direitos Humanos e a Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos. Sua primeira reunião foi realizada em 1979 na sede da Organização dos Estados Americanos (OEA), em Washington, EUA.

A Corte IDH é composta de sete juízes, sendo presidida atualmente pelo brasileiro juiz Roberto de Figueiredo Caldas, além de juízes da Argentina, Chile, Colômbia, Costa Rica, Equador e México. Trata-se de um tribunal típico, que julga casos contenciosos entre cidadãos e países, além de supervisionar a aplicação de suas sentenças e ditar medidas cautelares.

Atualmente, a Corte IDH é composta de 20 países, englobando aproximadamente 560 milhões de cidadãos. Embora o Brasil seja o único país de língua portuguesa, sua população de 200 milhões de habitantes constitui uma parcela significativa dos cidadãos abrangidos pela jurisdição da Corte IDH.

Palestra sobre O Supremo Tribunal Federal e a Corte Interamericana de Direitos Humanos

O CNJ é o guardião da jurisprudência em língua portuguesa da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), de acordo com o memorando de entendimento assinado por ambos os órgãos.

O entendimento prevê, em linhas gerais, colaboração ampla e direta entre os dois órgãos, a partir do interesse mútuo em promover, velar e difundir as normas internacionais e a jurisprudência dos Tribunais de Direitos Humanos, com ênfase para aquelas oriundas do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

A parceria segue o princípio do diálogo jurisprudencial, pelo qual a jurisprudência local se integra à jurisprudência do sistema interamericano de direitos humanos e vice-versa, em uma espécie de via de mão dupla.

A publicação do CNJ divide as sentenças da Corte IDH em volumes temáticos, de acordo com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e os direitos violados, para facilitar o estudo da matéria.

Por tudo o que foi abordado aqui nessa singela apresentação é de se vislumbrar que os direitos humanos têm um lugar cada vez mais considerável na consciência política e jurídica contemporânea e os juristas só podem se regozijar com seu progresso. Implicam eles com efeito um estado de direito e o respeito das liberdades fundamentais sobre as quais repousa toda democracia verdadeira, e pressupõem a um só tempo um âmbito jurídico pré-estabelecido e mecanismos de garantia que assegurem sua efetiva implementação.

Obrigado.

A HUMANIDADE DAS VOZES TESTEMUNHADAS NA CADEIA DE MULHERES

1

Andreia Marreiro Barbosa

RESENHA: DINIZ, Debora. **Cadeia:** relatos sobre mulheres. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

Gleice Kelly, Eva Laura, Jussara, Luana Apoema, Flávia, Letícia, Josefa, Maíra, Maria Carmelita, Kamilla Kelly, Érica, Rita Maria, Josefa Darc, Fabiana, Francineide, Janaína, Laila, Camila, Dayana, Rute, Valéria, Rita Roberta, Viviane, Fátima, Adriana, Juanita, Ivanilde, Rosa, Francisca, Kéren, Janete Maria, Jennifer, Luciana, Cecília, Tatiana, dona Liomar, Tina, Marcela e Biscoito eram os nomes expostos em tarjetas de cartolina nas paredes da sala de aula do curso de Direito da Universidade Federal do Piauí (UFPI). São nomes aleatórios retirados do arquivo morto do presídio feminino do Distrito Federal para ilustrar histórias verdadeiras testemunhadas em *Cadeia: relatos sobre mulheres*.

A obra foi uma das indicações bibliográficas para a oficina de Direito e Gênero na disciplina de Direitos Humanos ofertada durante o segundo semestre de 2015. Meu objetivo como professora era estimular um processo educacional crítico, sensível e com abertura ao Outro. Com o livro, pensei possibilitar uma ferramenta para o exercício da empatia e alteridade entre juristas em formação e mulheres encarceradas que estão na base da pirâmide de violação de direitos humanos, independente de seus marcadores sociais de raça, gênero ou classe.

Nos estudos e debates sobre controle penal e sistema prisional identificamos: o sistema penal é androcêntrico em seus saberes e estruturas. Foi produzido por homens e para homens. A presença de mulheres é residual: em expansão e esquecida.² O aumento de mulheres encarceradas no Brasil aconteceu nos últimos 20 anos. Entre 2005 e 2014, notadamente após a Lei de Drogas, o número passou de

¹ Recebido em 30/07/2017.

Aprovado em 22/09/2020.

² ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia:** o controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

Revista da Escola Judiciária do Piauí, Teresina, PI, Vol.2, N.1, jul/dez, 2020. ISSN: 2526-7817

12.925 para 33.793.³ Os estudos ainda são escassos e recentes. *Cadeia* dá visibilidade a estas sujeitas apagadas das narrativas oficiais e estigmatizadas como bandidas, loucas, perigosas, aborteiras, infanticidas, crackeiras.

Debora Diniz, a autora, é antropóloga, professora na Faculdade de Direito da Universidade de Brasília e pesquisadora da Anis – Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero. Sobre mulheres em cárcere, primeiro realizou pesquisa a partir de métodos tradicionais, identificando essas sujeitas e a relação entre prisão e domínios de precariedade de suas vidas. Ao entrevistar 277 mulheres detidas no presídio feminino da Capital, mais conhecido como Colmeia, constatou: elas são jovens, mães, pretas e pardas, pouco escolarizadas, trabalhadoras domésticas e informais ou desempregadas, com companheiros presos e envolvidas com tráfico de drogas. Dessa população, uma em cada quatro mulheres já passou por medida socioeducativa de internação. Estas sofreram mais violência doméstica, usaram mais drogas, viveram mais na rua e se prostituíram mais do que aquelas que não passaram pela medida, o que evidencia o nexo entre itinerário carcerário e precariedade da vida.⁴

Os números ganham contornos singulares nas histórias contadas em *Cadeia: relatos sobre mulheres*. Depois da radiografia do presídio feminino publicada em periódicos científicos, a autora desafia os modos tradicionais de fazer ciência: quer outro jeito de falar, que provoque a audiência.⁵ Desta vez não faz perguntas, apenas observa e descreve o real vivido e contado nos encontros, acompanhados durante seis meses, entre as presas e a equipe do Núcleo de Saúde (médica, psicóloga e assistente social). Assume a postura de testemunha no *dentro* e contadora de histórias no *fora*. São narrativas curtas que não seguem o rito de comunicação no campo científico. Pelo contrário, a autora incorpora os modos de falar do presídio como expressão do modo de vida e traz glossário ao final. Nos aproxima das vivências de mulheres capturadas pela *máquina do abandono*,⁶ que aparecem como sujeitas de histórias marcadas por uma humanidade cheia de nuances.

³ BRASIL. Ministério da Justiça. Sistema Integrado de Informações Penitenciárias. **InfoPen Estatística: 2005-2014**. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/infopen_dez14.pdf>. Acesso em: 28 jul. 2017.

⁴ DINIZ, Debora; PAIVA, Juliana. Mulheres e prisão no Distrito Federal: itinerário carcerário e precariedade da vida. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 111, p. 313-328, 2014.

⁵ DINIZ, Debora. Pesquisas em cadeia. **Revista Direito GV**, p. 573-586, jul.-dez. 2015.

⁶ DINIZ, Debora. **Cadeia: relatos sobre mulheres**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

Revista da Escola Judiciária do Piauí, Teresina, PI, Vol.2, N.1, jul/dez, 2020. ISSN: 2526-7817

A HUMANIDADE DAS VOZES TESTEMUNHADAS NA CADEIA DE MULHERES

A feminização dos presídios está vinculada ao momento em que as mulheres passaram a exercer os papéis masculinos, como o trabalho informal do tráfico de drogas.⁷ Em várias histórias, assistimos como o gigante punitivo, por meio de sua seletividade, atravessa a linhagem familiar abocanhando uma a uma. Em “Bichos de rua”, a “droga era economia familiar, por isso a desgraça chegou conjunta”.⁸ Em “Bisavó”, a matriarca é a única esperança de uma família encarcerada que deixa 31 crianças desamparadas. “Avó” conta a saga da mãe visitadora do filho, por treze anos, e da filha, por oito. Sabendo que o filho está jurado de morte por dívida de drogas, entra com substância nas partes íntimas e é presa, tornando-se *laranja* como a filha.

Esse sistema penal que, até então, as considerava vítimas dentro da lógica de subalternidade do gênero⁹ passa a capturá-las e puni-las duplamente: pelo crime que cometeram e por ousarem ultrapassar a linha de gênero que demarca seus lugares sociais. Ser mulher e mãe dentro da cadeia é desolador, como relatado em “Despedida” ou “Sina”: “não há deserto maior que o primeiro dia sem o filho”¹⁰.

Entre as histórias de horror e desumanidade de violência sexual em “Estupro” e violência doméstica em “Cartão”, aparecem também narrativas inusitadas, como “Baculejo”, que conta do vibrador fabricado e batizado de Penitenciária. Biscoito figura na última história: está no fim da fila da máquina do abandono e desafia a promessa de ressocialização: “é mulher livre, daquelas que livros descrevem como ex-presidiária. Não tem para onde ir, escolheu vizinhança da cadeia como teto, é uma mulher contada pelo governo da vida como gente de rua”.¹¹

Com Chimamanda Adichie, comecei a disciplina, provocando estudantes sobre os perigos de uma história única: histórias importam, histórias têm o poder de desumanizar, mas também o poder de capacitar e humanizar.¹² *Cadeia* possibilita criar olhares de humanidade para as sujeitas habitantes do lugar de abandono e desumanidade que é a prisão. É crítica para compreender as formas de controle social dos corpos indesejáveis engendradas pelo saber penal e sistema prisional. E sensível para perceber e descrever as formas singulares de sobrevivência e resistência das

⁷ DINIZ; PAIVA, op cit.

⁸ DINIZ, Debora. **Cadeia...**, p. 74.

⁹ ANDRADE, op. cit.

¹⁰ DINIZ, Debora. **Cadeia...**, op. cit., p. 111.

¹¹ DINIZ, Debora. **Cadeia...**, op. cit., p. 199.

¹² PERIGO de Uma Única História. Ted Talk. [S.l.], 2010. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=wQk17RPuhW8>>. Acesso em: 24 ago. 2015.

Revista da Escola Judiciária do Piauí, Teresina, PI, Vol.2, N.1, jul/dez, 2020. ISSN: 2526-7817

mulheres em cárcere. Nos faz sentipensar¹³ e inventar olhos de ouvir vozes testemunhadas que fortalecem os laços de empatia e alteridade. A autora religa razão e emoção e nos empresta outros caminhos: o do “encantamento de quem faz desaparecer o medo para dar lugar ao reconhecimento”.¹⁴

¹³ GALEANO, Eduardo. **O livro dos abraços**. 2. ed. Tradução: Eric Nepomuceno. Porto Alegre: L&PM, 2008.

¹⁴ DINIZ, Debora. **Cadeia...**, op cit. p. 584.