



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA – UNICEUB
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – FAJS

VICTOR RICARDO FREIRE CORREIA

**A FALÊNCIA DO SISTEMA CARCERÁRIO E REFLEXOS NO
DIREITO PENAL DO INIMIGO E NO ATIVISMO JUDICIAL: DA
RESSOCIALIZAÇÃO AO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL**

BRASÍLIA

2017

VICTOR RICARDO FREIRE CORREIA

A FALÊNCIA DO SISTEMA CARCERÁRIO E REFLEXOS NO
DIREITO PENAL DO INIMIGO E NO ATIVISMO JUDICIAL: DA
RESSOCIALIZAÇÃO AO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

Monografia escrita e apresentada ao Centro
Universitário de Brasília (UniCEUB) como
requisito parcial à obtenção do título de
bacharel em Direito.

Orientador: Des. George Lopes Leite.

BRASÍLIA

2017

A Elvira e Mauro, pelo afeto e exemplo.

A Lorrane, ruivinha querida de todas as horas.

A Pluff, Cherrie e Elvis: felinos inseparáveis.

A Deus, razão da vida.

“Escrever é cortar palavras” (Carlos Drummond de Andrade)

RESUMO

Este estudo delinea a correlação do fracasso do Poder Executivo em administrar o Sistema Penitenciário Nacional na busca da ressocialização do apenado (teoria preventiva especial positiva da pena), revelando ruínas apenas da função retributiva da pena na realidade fática e o completo fracasso da teoria unificadora adotada no art. 59 do Código Penal. Demonstra-se o exposto com os dados coletados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN (2014); Novo Diagnóstico de Pessoas Presas no Brasil – CNJ (2014); Relatório da CPI do Sistema Penitenciário – Câmara dos Deputados (2008) e Relatório de Pesquisa sobre Reincidência no Brasil – IPEA (2015). A consequência do persistente desprezo do Poder Executivo gera um Poder Legislativo cunhado no Direito Penal do Inimigo e um Poder Judiciário que se agiganta, cada vez mais ativista e em necessário papel contramajoritário na interpretação que transborda a moldura legislada e na coordenação de políticas públicas e até mesmo controle orçamentário dos Poderes restantes, em lamentável reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional.

Palavras chave: Teorias da pena. Reincidência. Direito Penal do Inimigo. Medidas descarcerizadoras. Ativismo Judicial. Estado de Coisas Inconstitucional.

SUMÁRIO

RESUMO.....	04
SUMÁRIO.....	05
INTRODUÇÃO.....	06
1 RESSOCIALIZAÇÃO E REINCIDÊNCIA.....	09
1.1 Teoria unificadora da pena.....	09
<i>1.1.1 Teorias retributivas da pena.....</i>	<i>10</i>
<i>1.1.2 Teorias preventivas da pena.....</i>	<i>12</i>
1.2 Perfil criminológico e reincidência.....	15
2 DIREITO PENAL DO INIMIGO.....	21
2.1 Velocidades do ordenamento jurídico penal.....	21
2.2 Fundamentação: da prevenção geral positiva à prevenção especial negativa...22	
2.3 Direito penal do inimigo no ordenamento jurídico pátrio.....	24
2.4 Críticas: Simbolismo Penal e Sistema Penal Subterrâneo.....	25
2.5 Proposta: Efetividade das medidas descarcerizadoras.....	31
3 ATIVISMO JUDICIAL.....	36
3.1 Ativismo judicial e terceira velocidade nos crimes hediondos.....	39
3.2 Ativismo Judicial Estrutural.....	41
<i>3.2.1 Estado de Coisas Inconstitucional na ADPF 347 MC / DF.....</i>	<i>44</i>
<i>3.2.2 Indenização e degradação do apenado no RE 580.252 / MS.....</i>	<i>49</i>
3.3 Custo estatal do preso e Súmula Vinculante nº 56.....	50
CONCLUSÃO.....	54
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	58

INTRODUÇÃO

O Sistema Penitenciário Nacional encontra-se em dois mundos: o mundo limitado à linguagem fria da lei e o mundo como representa-se. Ao mundo jurídico, o ordenamento pátrio sonhou uma teoria unificadora da pena, a qual reage contra o transgressor da lei pela pena, direcionada à punição e à prevenção de ulteriores violações sociais; ao mundo empírico, a pena reduz-se à lei de talião, onde o administrador procrastina o fiel cumprimento da lei e obrigações constitucionais, o julgador desconhece a realidade dos presídios e realizam-se com condenações presas ao papel e o legislador segue o leigo anseio popular de maiores punições aos acusados.

De modo a demonstrar referida lacuna entre o que dispõe o ordenamento jurídico pátrio e a realidade dentro e fora dos presídios investiga-se no presente trabalho a correlação entre o fracasso do Poder Executivo na gestão de recursos públicos e sua aplicação no que devido e as drásticas consequências no Poder Legislativo e no Poder Judiciário – em criticadas decisões contramajoritárias.

Busca-se, pois, um diálogo institucional na interseção das esferas do Direito Penal e do Direito Constitucional.

O capítulo 1 estuda as diferentes teorias da pena e seus aspectos positivos e negativos, destrinchando a teoria preventiva da pena em suas espécies geral e especial, positivas e negativas, com especial enfoque na teoria retributiva da pena – anseio popular hodierno – e na teoria preventiva especial positiva – a utópica ressocialização do preso com a população extramuros.

Para isso, expõe-se excertos dos principais pensadores de cada teoria – apaniguados, em complementação, pelas seguras páginas de Cezar Roberto Bitencourt – somados aos dados coletados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN (2014); Novo Diagnóstico de Pessoas Presas no Brasil – CNJ (2014); Relatório da CPI do Sistema Penitenciário – Câmara dos Deputados (2008) e Relatório de Pesquisa sobre Reincidência no Brasil – IPEA (2015).

O capítulo 2 estuda pormenor a teoria do Direito Penal do Inimigo, criação do doutrinador alemão Günther Jakobs, o qual fundamenta referida teoria com base na teoria preventiva da pena, em suas espécies geral positiva (reafirmação da plena eficácia da norma violada à sociedade) e especial negativa (inutilização do indivíduo transgressor), além de cotejá-la com as diversas velocidades do ordenamento jurídico

vislumbradas pelo doutrinador espanhol Jesús-Maria Silva Sánchez, enquadrando-a como a terceira velocidade do ordenamento jurídico penal.

Em seguida, pincelam-se alguns resquícios do Direito Penal do Inimigo no ordenamento pátrio, seja na tortura de boa-fé disposta no art. 16 do Projeto de Lei nº 4.850/2016, seja na renunciabilidade ao irrenunciável direito ao silêncio no art. 4º, § 14, da lei nº 12.850/2013, assim como nas prisões preventivas irrigadas pela “cultura do encarceramento”, fundamentadas com base na periculosidade abstrata do acusado ou do crime como garantia da ordem pública.

As críticas à teoria do Direito Penal do Inimigo advêm do doutrinador mexicano Manuel Cancio Meliá e da jurisprudência pátria, em especial do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios e do Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

Em seguida, aborda-se a proximidade do Direito Penal do Inimigo como instrumento de legitimação ao Sistema Penal Subterrâneo, conceituação elaborada pelo doutrinador argentino Eugênio Raúl Zaffaroni. Sistema este o qual reúne cada vez mais adeptos na sociedade brasileira, explicada, em grande parte, pela massiva insatisfação da sociedade com a inefetividade das penas aplicadas aos sentenciados e com a manutenção da dignidade da pessoa humana ao apenado.

Enfim, o denso capítulo culmina em propostas referentes à ponderação e maior aplicação de medidas descarcerizadoras, tais quais a obrigatoriedade das audiências de custódia, prisão domiciliar em Estados-membros que não tenham implementado estabelecimentos penitenciários ao regime semiaberto ou ao regime aberto, indultos e comutações da pena, livramento condicional, *sursis* processual, *sursis* da pena, progressão do regime, e, até mesmo, a atenuante inominada. Devido à proximidade ao tema e ao focado no capítulo 1 a remição e as saídas temporárias mereceram maiores destaques – sob os pontuais comentários de Guilherme Nucci.

O capítulo 3 aborda o ativismo judicial em sua origem formal e a sua aplicação ora conservadora, ora progressista, em terreno inicialmente norte-americano e em terreno pátrio, posteriormente. Ademais, analisa-se a relação do referido fenômeno constitucional com o clássico princípio da Tripartição dos Poderes e algumas sucintas e oportunas críticas: a judicialização da política e a supremacia judicial – tudo sob o magistério de Roberto Barroso.

Em seguida, entrelaçando o tema em destaque com outros temas discorridos no estudo, constrói-se uma ponte entre o ativismo judicial e a terceira velocidade do

ordenamento jurídico-penal, de modo a verificar melhor as sutilezas e as fronteiras entre referidos os institutos jurídicos. Para tanto, devido à complexidade correlata, utiliza-se apenas o extremo exemplo da lei dos crimes hediondos e a evolução jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, com influências em ulteriores derrogações legislativas.

Ademais, objetivando introduzir o leitor a uma melhor compreensão do soturno estado fático oposto à ressocialização encontrada nas bibliotecas, desnuda-se, com base na obra de Azevedo Campos, o ativismo sob a dimensão interpretativa – sentido comum a que se atribui ao ativismo judicial como a normatização positiva de normas advindas de imprevisíveis coloridas interpretações que extrapolam a moldura legal estabelecida pelos representantes do povo – e sob a dimensão estrutural – sentido excepcional em que o Poder Judiciário impõe a efetivação de políticas públicas, ainda que decorrentes de normas programáticas, e o controle orçamentário de outros Poderes, como um pai que deve vigiar os inconsequentes atos de seus filhos.

Finalmente, chega-se ao âmago da problemática: o completo abismo entre a realidade fática e a fantasia jurídica, isto é, a ressocialização como principal objetivo da pena e o infeliz Estado de Coisas Inconstitucional reconhecido na ADPF 347 MC / DF, caracterizado pela soma de graves violações generalizadas de direitos fundamentais, ante persistentes e inconstitucionais omissões do Poder Público como um todo no cumprimento de suas obrigações constitucionais, e da calorosa esperança de exequíveis mudanças apenas através de uma atuação conjunta dos Três Poderes da República, possuindo, logo, o Poder Judiciário relevante papel na coordenação das cíclicas incapacidades do Poder Executivo e do Poder Legislativo.

Em arremate e em caráter complementar ao reconhecimento do citado Estado de Coisas, abordam-se os julgamentos do RE 580.252 / MS – o qual reconheceu a responsabilidade objetiva do Estado em zelar pela integridade física e psíquica dos apenados sob a sua custódia, cujo indubitável descumprimento cotidiano resultará em vultosas indenizações por dano moral a cada preso sobrevivente – e do RE 641.320 / RS – o qual reconheceu a possibilidade jurídica de o apenado cumprir a pena em regime aberto ou em prisão domiciliar quando constatada a falta de estabelecimento penal compatível com a parte dispositiva da sentença condenatória.

Em arremate, propõe-se a adoção de tornozeleiras eletrônicas, como ferramenta restante à variação do caos penitenciário nacional e como aproximação entre fatos e páginas, direcionadas, em um primeiro plano, apenas aos presos provisórios.

1 RESSOCIALIZAÇÃO E REICIDÊNCIA

Estado e Direito Penal interseccionam-se no crime e na pena como corolários da ação do indivíduo e da conseqüente reação do ordenamento jurídico – definido pelo legislador e aplicado pelo magistrado no processo penal.

O crime reverbera na pena: insustentável, logo, o ordenamento jurídico cujo processo penal reafirme o equilíbrio sem execução da pena, outorgando ao povo a submissão ou a anarquia.

A compreensão da pena na lei descortina, pois, a identidade do réu perante a sociedade: o “desenvolvimento do Estado está intimamente ligado ao da pena”¹.

Investiga-se no inaugural capítulo as teorias da pena em suas modalidades unificadora, retributiva e preventiva, seguindo à projeção do crime no plano fático aferida pelo Conselho Nacional de Justiça, Departamento penitenciário Nacional, Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário da Câmara dos Deputados e Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada.

1.1 Teoria unificadora da pena

A teoria unificadora da pena fundamenta-se na interseção das teorias retributiva e preventiva da pena em seus lapidados aspectos (devidamente explanadas nos itens 1.1.1 e 1.1.2 *infra*), de modo a superar as deficiências individuais respectivas.

É a teoria adotada pelo ordenamento jurídico pátrio, conforme dispõe a redação do art. 59 do Código Penal no que tange o processo penal ao crime – teoria retributiva – e a pena à sentença condenatória – teoria preventiva. *In verbis* (destaquei):

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

Como sintetiza DAMÁSIO DE JESUS: “a pena, na reforma de 1984, passou a apresentar natureza mista: é retributiva e preventiva”².

¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – vol. 1*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 130.

1.1.1 Teorias retributivas da pena

As teorias retributivas concebem a pena como castigo ao crime, fundamentando-se “não como meio para o alcance de fins futuros, mas pelo valor axiológico intrínseco de punir o fato passado”³.

Surge no Estado Absolutista com a teoria do Direito divino dos reis até transbordar no Estado Moderno com a racional teoria do contrato social e consequente laicização estatal.

Como bem elucidada BITENCOURT, a pena é concebida como a “retribuição à perturbação da ordem (jurídica) adotada pelos homens e consagrada pelas leis. A pena é a necessidade de restaurar a ordem jurídica interrompida”⁴.

Desse modo, excluído do contrato social o delinquente – a quem suporta o *status* de traidor – posto mal exercido seu livre arbítrio.

Em particular, essencial os pensamentos de Kant e de Hegel.

KANT compreende a lei como imperativo categórico – ordem que representa uma ação finda em si mesma – e o Direito como a “soma das condições sob as quais a escolha de alguém pode ser unida à escolha de outrem”⁵.

Seu argumento⁶ à referida teoria da pena manifesta-se no seguinte excerto:

“A punição imposta por um tribunal (*poena forensis*) – distinta da punição natural (*poena naturalis*) na qual o vício pune a si mesmo e o legislador não considera – jamais pode ser infligida meramente como um meio de promover algum outro bem a favor do próprio criminoso ou da sociedade civil. Precisa sempre ser a ele infligida somente porque *ele cometeu um crime*, pois um ser humano nunca pode ser tratado apenas a título de meio para fins alheios”

Isto posto, o transgressor da lei demonstra inaptidão à convivência em sociedade, devendo desta ser excluído – ante a cassação do direito à cidadania – e castigado pelo chefe de Estado com dor, isolamento social.

Todo dever jurídico agasalha dever moral, de modo que a justificação da pena reveste-se de ordem ética, “com base no valor moral da lei penal infringida pelo autor culpável do delito”⁷.

² JESUS, Damásio de. *Direito Penal – Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 563.

³ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – vol. 1*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 133.

⁴ Idem, p. 134.

⁵ KANT, Immanuel. *A Metafísica dos Costumes*. São Paulo: Folha de São Paulo, 2010, p. 54.

⁶ Idem, p. 118/119.

⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – vol. 1*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 135.

Logo, pune-se o delinquente pelo crime pretérito, revelando a pena uma execução finda em si mesma, desconsiderando qualquer benefício prospectivo ao castigado ou à sociedade.

Nesse sentido elucida BITENCOURT: “pretender que o Direito de castigar o delinquente encontre sua base em supostas razões de uma utilidade social não seria eticamente permitido”⁸.

HEGEL constata a pena como reafirmação do Direito, cuja justificação é de ordem jurídica, “com base na necessidade de reparar o direito através de um mal que restabeleça a norma legal violada”⁹.

Desse modo, o Direito é a exteriorização racional da vontade estatal direcionada ao sofrimento e à aniquilação da vontade particular do sujeito irracional.

Verborrágico o seu discurso¹⁰ aderente à teoria retributiva da pena:

“Esta fenomenalidade do direito – em que ele mesmo e a sua existência empírica essencial, a vontade particular, coincidem imediatamente – torna-se evidente como tal quando, na injustiça, adquire a forma de oposição entre o direito em si e a vontade particular, tornando-se então um direito particular. Mas a verdade desta aparência é o seu caráter negativo, e o direito, negando esta negação, restabelece-se e, utilizando este processo de mediação, regressando a si a partir da sua negação, acaba por determinar-se como real e válido aí mesmo onde começara por ser em si e imediato”

Manifesto seu método dialético ao dispor o crime (antítese) como negação da lei (tese) e a pena (síntese) como negação do crime.

Assim, considerando $p = \text{lei}$; $q = \text{crime}$; $r = \text{pena}$, tem-se a pena como a negação da negação do Direito. Observe:

$q = \sim p$	_____
$r = \sim q$	$r = \sim \sim p$

Ademais, o mal contra o mal pretérito – pena e crime – causa o equilíbrio encontrado na lei (tese).

Salutar a observação de BITENCOURT: “Como Kant, também Hegel atribui um conteúdo talional à pena”¹¹.

⁸ Idem, p. 137.

⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – vol. I*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 135.

¹⁰ HEGEL, G. W. F.. *Princípios da Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 80.

¹¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – vol. I*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 139.

Como demonstrar-se-á no capítulo 2, JAKOBS invocará os pensamentos kantiano e hegeliano como fundamentação à sua teoria do Direito Penal do Inimigo.

Enfim, imperioso ressaltar na ética cristã (Livro do Êxodo, Capítulo 21, versículos 23 a 25) outro modelo da teoria retributiva da pena, ao tencionar somente o castigo como purificador do pecado: “²³Mas se houver morte, então darás vida por vida, ²⁴olho por olho, dente por dente, mão por mão, pé por pé, ²⁵queimadura por queimadura, ferida por ferida, golpe por golpe”.

A contribuição, pois, das discorridas teorias retributivas ao Direito Penal “reside no estabelecimento de limites à imposição de pena, como garantia do indivíduo frente ao arbítrio estatal” ¹².

1.1.2 Teorias preventivas da pena

As teorias preventivas deixam de conceber a pena como finda em si mesma, ou seja, como mero castigo ao crime, projetando-a como caminho de estaque a futuros crimes pelo apenado.

Condensa BITENCOURT¹³ a presente teoria com a sua antecessora, *verbis*:

“Tanto para as teorias absolutas [retributivas], como para as teorias relativas [preventivas], a pena é considerada um mal necessário. No entanto, para as relativas, essa necessidade da pena não se baseia na ideia de realizar justiça, mas na finalidade, já referida, de inibir, tanto quanto possível, a prática de novos fatos delitivos”

Surge no Iluminismo, emanado pelos pensamentos jusnaturalista e contratualista – resultantes do Direito Penal moderno.

Cinde-se em razão dos destinatários da pena: o coletivo – prevenção geral, negativa ou positiva – ou o indivíduo – prevenção especial, negativa ou positiva.

A teoria da prevenção geral negativa da pena baseia-se no poder de intimidação das leis a calculados delinquentes.

FEUERBACH entende a ameaça abstrata da pena endereçada à sociedade e a concreta aplicação da pena ao condenado como mensagens coativas a latentes delinquentes. Cristalina, pois, a presença do medo como força inibidora de crimes.

¹² BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – vol. 1*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 141.

¹³ Idem, p.142.

Imperioso o elemento da razão no destinatário normativo – capacidade em calcular vantagens e prejuízos do crime e da pena – e o preliminar conhecimento da norma, levando-o a concluir ínvia a conduta criminosa cuja resposta estatal é acurada.

Em que pese necessário dever a lei informar destinatários racionais e ser acatada rigorosamente ante condutas conscientes e voluntárias, o plano fático demonstra o desconhecimento da lei, acentuado em preciosismos midiáticos, a impulsividade própria a numerosos delinquentes – incapazes de raciocínio no calor do momento, reincidentes ou instruídos agentes de colarinho branco – e a tênue insegurança jurídica na interpretação da lei, definhando paulatinamente a coação psicológica da pena.

Como bem observa BITENCOURT, a investigada teoria preventiva “não leva em consideração um aspecto importante da psicologia do delinquente: sua confiança em não ser descoberto”¹⁴.

Frisa-se, ainda, a restrição do demonstrado aos crimes dolosos: o conhecimento prévio da lei pelo destinatário racional e o calculado medo do rigor normativo não influenciam crimes culposos.

Enfim, eventual comportamento lícito e coação criminal decorrem de regras do convívio em sociedade, “de modo que este resultado agradável não se deve a nenhum destes fatores”¹⁵.

Passível de ponderação o endurecimento desproporcional das penas no desígnio da pura intimidação – simbolismo no Direito Penal (*vide* item 2.4).

A teoria da prevenção geral positiva da pena alicerça-se na adesão espontânea da sociedade ao estável ordenamento jurídico inserido.

Consiste, pois, na reafirmação do ordenamento jurídico – reprovação ética do delinquente, distanciado ímpar – interiorizado na consciência coletiva: paz social pela confiança na lei.

WELZEL compreende que a vigência real do ordenamento jurídico emana do Direito Penal, o qual, subsidiariamente, garante a tutela dos bens jurídicos.

Assim elucida BITENCOURT¹⁶ referido pensamento. Observe:

“[...] para Welzel o *juízo de culpabilidade* supõe um desvalor ético-social que está relacionado com a *falta de fidelidade do autor do delito com o ordenamento jurídico-penal*. Por isso, para esse autor alemão a *retribuição*

¹⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – vol. 1*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 145.

¹⁵ *Idem*, p. 146.

¹⁶ *Idem*, p. 149.

da culpabilidade por meio da pena tinha como consequência o reforço da fidelidade ao direito por parte dos cidadãos”

Desse modo, à pena aplicada ao delinquente reflete-se fidelidade coletiva ao império da lei: notório o cunho ético-pedagógico da pena.

Convém destacar resquícios da teoria retributiva em Welzel, posto que “somente uma *retribuição justa* [proporcional] pode chegar a influir na formação e estabilização da consciência jurídica coletiva”¹⁷.

A prevenção especial negativa da pena, ao seu turno, direciona-se ao delinquente de modo que não volte a reincidir – ainda que impreterível a neutralização e até mesmo a eliminação do apenado pela, v.g., pena de morte, prisão perpétua, apedrejamento e esterilização.

Construtivo o seguinte excerto da obra de BITENCOURT¹⁸:

“Os partidários da prevenção especial preferem falar de medidas e não de penas. A pena, segundo dizem, implica a liberdade ou a capacidade racional do indivíduo, partindo de um conceito geral de igualdade. Já a medida supõe que o delinquente é um sujeito perigoso ou diferente do sujeito normal, por isso, deve ser tratado de acordo com a sua periculosidade”

Descortina-se, pois, autêntico Direito Penal de periculosidade¹⁹ na referida teoria, cujo delinquente deve ter seu risco social neutralizado pela pena – tal como Alex e o falho Tratamento Ludovico em “Laranja Mecânica”.

Frisa-se ausente o castigo em relação a não retribuição do crime pretérito.

Relevante em JAKOBS (*vide* cap. 2) as funções da teoria preventiva geral positiva da pena e da teoria preventiva especial negativa da pena.

A prevenção especial positiva, enfim, projeta a ressocialização do delinquente recolhido mediante a família, a educação, o labor e a religião.

Em suma: hoje contido, amanhã contigo.

VON LISZT compreende a aplicação da pena como “uma ideia de ressocialização e reeducação do delinquente”²⁰, concomitante à concretude da prevenção geral positiva e negativa.

Em que pese a diversificação de penas – PPL, PRD e multa – decorrente da impreterível humanização no regime carcerário, perquire-se acerca do excessivo foco ao

¹⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – vol. 1*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 149.

¹⁸ *Idem*, p. 154.

¹⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: RT, 2013, p. 111.

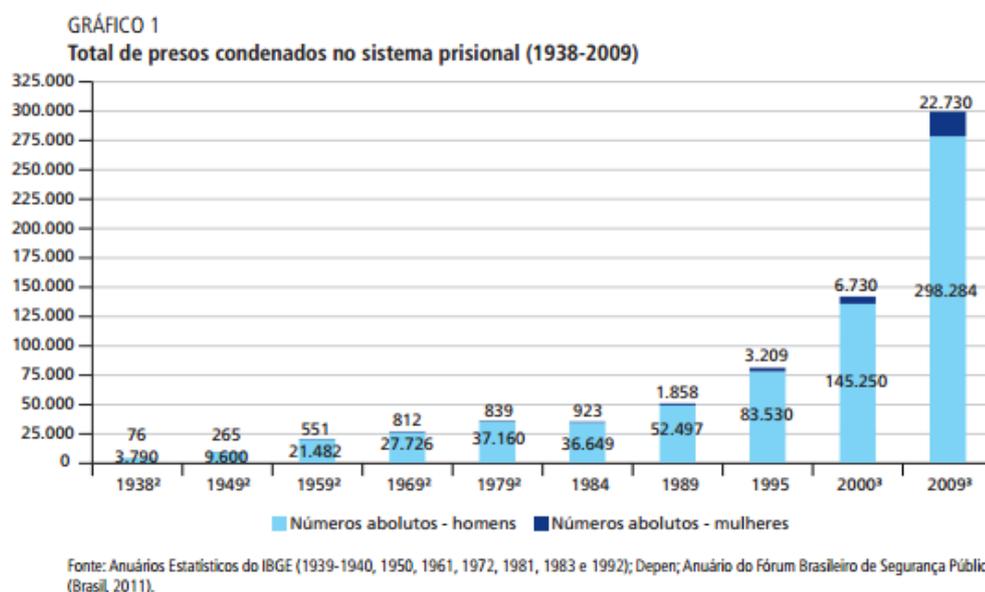
²⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – vol. 1*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 153.

autor do crime e não ao fato *per si* – e o deságue no Direito Penal do autor (*vide* item 2.4) – e da ineficácia ressocializadora da pena aos agentes dos crimes de colarinho branco – indivíduos singulares de requintada base educacional, globalmente integrados e admirados no seio social.

1.2 Perfil criminológico e reincidência

Analisa-se *infra* o perfil da população carcerária, de modo a evidenciar estatisticamente²¹ a falência da pena de prisão – a platônica busca legislada pela ressocialização do condenando – decorrente do persistente descaso do Poder Executivo perante a concretização do teor das leis criminais.

Prima facie, observa-se que “a população carcerária do Brasil cresceu 83 vezes em setenta anos”²². Evidente, desde já, o descompasso entre as evoluções legislativas e sua ficta projeção no plano das políticas públicas (*vide infra* o gráfico 1).



Não bastasse o exposto, o Brasil subiu no *ranking*²³ de países com maior população carcerária: alcançou o número de 715.655 presos em 2014 – computados condenados à prisão domiciliar –, tornando-se o 3º maior país encarcerador do mundo,

²¹ Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN, 2014. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em 14/05/2017.

²² Relatório de Pesquisa sobre Reincidência Criminal no Brasil – IPEA, 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/07/572bba385357003379ffeb4c9aa1f0d9.pdf>>. Acesso em 14/05/2017.

²³ Novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil – CNJ, 2014. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/censo-carcerario.pdf>>. Acesso em 15/05/2017.

atrás apenas dos Estados Unidos da América e da China – com 2.228.424 e 1.701.344 presos, respectivamente.

O que, em tese, reflete alta punibilidade e eficiência estatal na gestão do *ius puniendi*, demonstra nas instruções processuais penais a falência na ressocialização do apenado – somado ao déficit de 210.436 vagas.

Deveras, em que pese a dificuldade estatística do fenômeno sociojurídico da reincidência²⁴, posto que necessário estudos de, no mínimo, cinco anos “entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior” (art. 64, inciso I, do Código Penal) para delimitar a reincidência e a primariedade do acusado em juízo, os resultados decorrentes de breves estudos não desmentem: a reincidência varia entre 29,34% a 85% (*vide infra* o quadro nº 1).

QUADRO 1
Principais pesquisas nacionais sobre reincidência

Autor	Título	Conceito de reincidência utilizado na pesquisa	Taxa de reincidência
Sérgio Adamo; Eliana Bordini	<i>A Prisão sob a Ótica de seus Protagonistas: itinerário de uma pesquisa.</i>	Reincidência criminal – mais de um crime, condenação em dois deles, independentemente dos cinco anos.	São Paulo: 29,34%.
Sérgio Adamo; Eliana Bordini	<i>Reincidência e Reincidentes Penitenciários em São Paulo (1974-1985).</i>	Reincidência penitenciária – reingresso no sistema penitenciário para cumprir pena ou medida de segurança.	São Paulo: 46,3%.
Julita Lemgruber	<i>Reincidência e Reincidentes Penitenciários no Sistema Penal do Estado do Rio de Janeiro.</i>	Reincidência penitenciária – reingresso no sistema penitenciário para cumprir pena ou medida de segurança. Segundo a autora: “compreende reincidente penitenciário como quem tendo cumprido (tal) pena ou (tal) medida de segurança, veio a ser novamente recolhido a estabelecimento penal para cumprir nova pena ou medida de segurança” (Lemgruber, 1989, p. 45).	Rio de Janeiro: 30,7%.
Túlio Kahn	<i>Além das Grades: radiografia e alternativas ao sistema prisional.</i>	Reincidência penal – nova condenação, mas não necessariamente para cumprimento de pena de prisão. Segundo Kahn, pode-se assumir que nos casos de crimes mais graves os conceitos de reincidência penal e reincidência penitenciária medem basicamente as mesmas coisas, uma vez que crimes graves quase sempre são punidos com prisão.	São Paulo: 50%, em 1994; 45,2%, em 1995; 47%, em 1996; na década de 1970, a taxa não passou de 32%.
Depen	Dados de 2001 para Brasil e de 2006 para Minas Gerais, Alagoas, Pernambuco e Rio de Janeiro.	Reincidência penitenciária – considerando presos condenados e provisórios com passagem anterior no sistema prisional.	Brasil: 70%; e Minas Gerais, Alagoas, Pernambuco e Rio de Janeiro: 55,15%.

Fonte: Pesquisa Ipea/CNJ, 2013 (revisão bibliográfica).

Elaboração dos autores.

Reforça o exposto, o preocupante e já esperado teor do Relatório da CPI do Sistema Carcerário²⁵ da Câmara dos Deputados. Destacam-se os seguintes trechos:

“A considerar o nível de reincidência dos detentos em relação ao crime, estimado em mais de 70% ou de 80%, conforme a Unidade da Federação analisada, é crível supor que a atenção do Poder Público em favor das

²⁴ Relatório de Pesquisa sobre Reincidência Criminal no Brasil – IPEA, 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/07/572bba385357003379ffeb4c9aa1f0d9.pdf>>. Acesso em 15/05/2017.

²⁵ Relatório da CPI do Sistema Carcerário –, 2008. Disponível em: <[http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/cpi_sistema_carcerario%20\(1\).pdf](http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/cpi_sistema_carcerario%20(1).pdf)>. Acesso em 15/05/2017.

políticas públicas voltadas à segurança pública, como um todo, não corresponde à realidade.” (fls. 343/344)

[...]

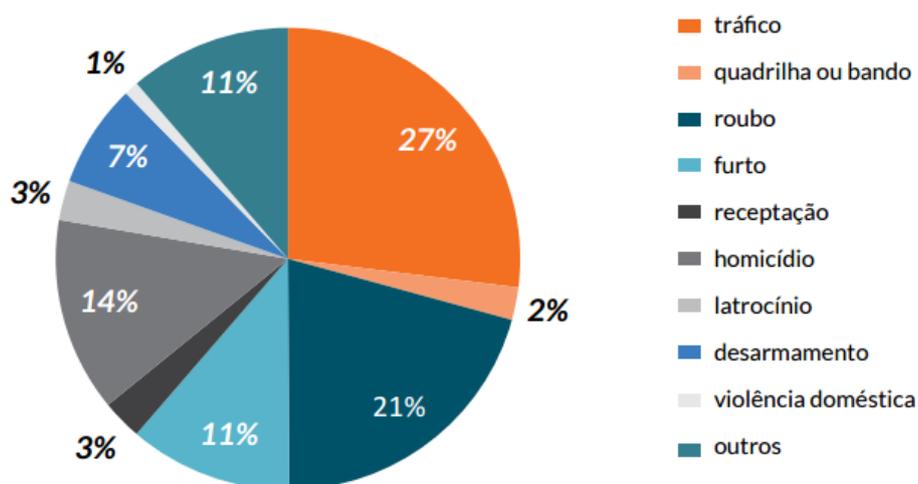
“Outra grande vantagem para a aplicação das penas alternativas reside no baixíssimo índice de reincidência. Ao passo que a taxa de reincidência dos condenados a pena privativa de liberdade oscila entre 70% e 85%, o índice é de 2% a 12% para as penas alternativas.” (fl. 479)

Quanto à análise do indivíduo encarcerado, essencial a coletânea de dados²⁶ retirados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN / 2014.

Em suma: o preso apresenta-se (i) jovem²⁷, com 56% no âmbito nacional e 54% no âmbito distrital, comparado aos 21,50% que a população jovem brasileira manifesta-se; (ii) ensino fundamental incompleto, com 68% no âmbito nacional e 61% no âmbito distrital; (iii) negro, com 67% no âmbito nacional e 77,9% no âmbito distrital, destacando-se a maior proporção de negros na cadeia que na sociedade; (iv) solteiro, com 57% no âmbito nacional e 69% no âmbito distrital, compreendido referido estado civil pela precoce entrada na tortuosidade; e (v) envolvido com o tráfico de drogas, sendo 27% no âmbito nacional à população carcerária masculina e 63% no âmbito nacional à população feminina.

Destacam-se *infra* os gráficos mais relevantes ao exposto. Observe:

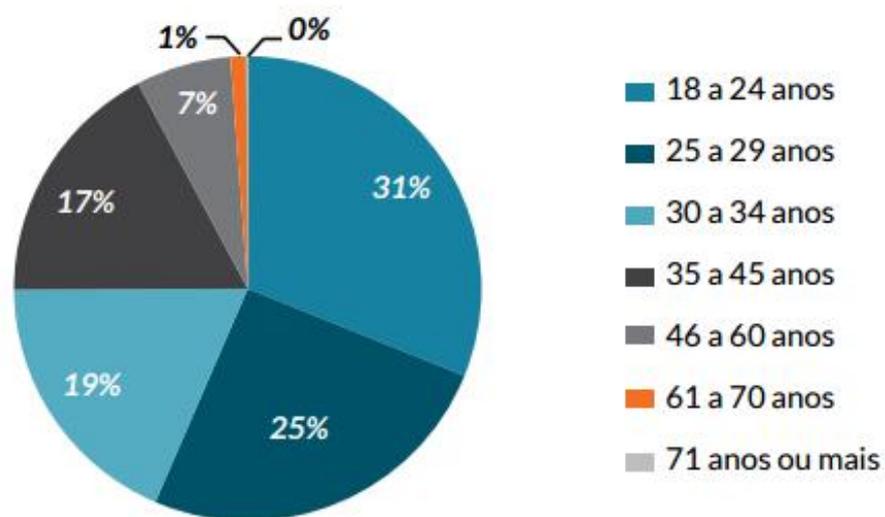
Figura 46. Distribuição de crimes tentados/consumados entre os registros das pessoas privadas de liberdade



²⁶ Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN, 2014. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em 14/05/2017.

²⁷ Considera-se jovem, *in casu*, os presos entre 18 a 29 anos, conforme o art. 1º, § 1º, da Lei nº 12.852/2013 (Estatuto da Juventude).

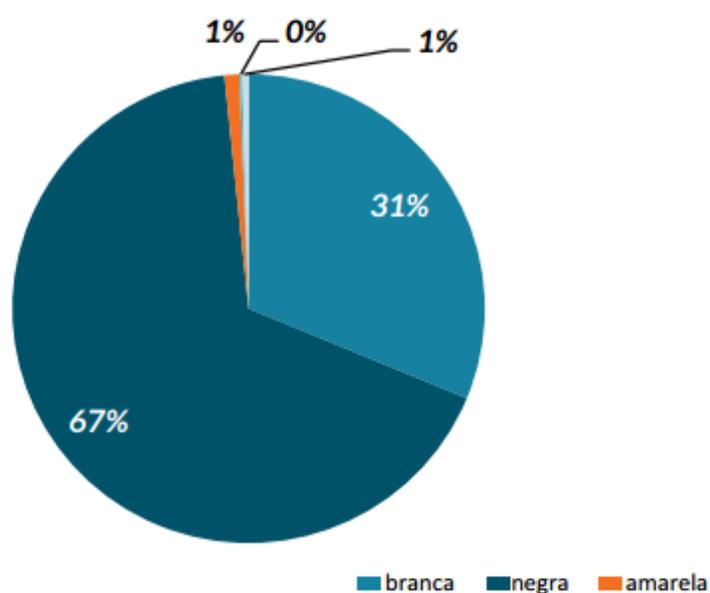
Figura 34. Faixa etária das pessoas privadas de liberdade



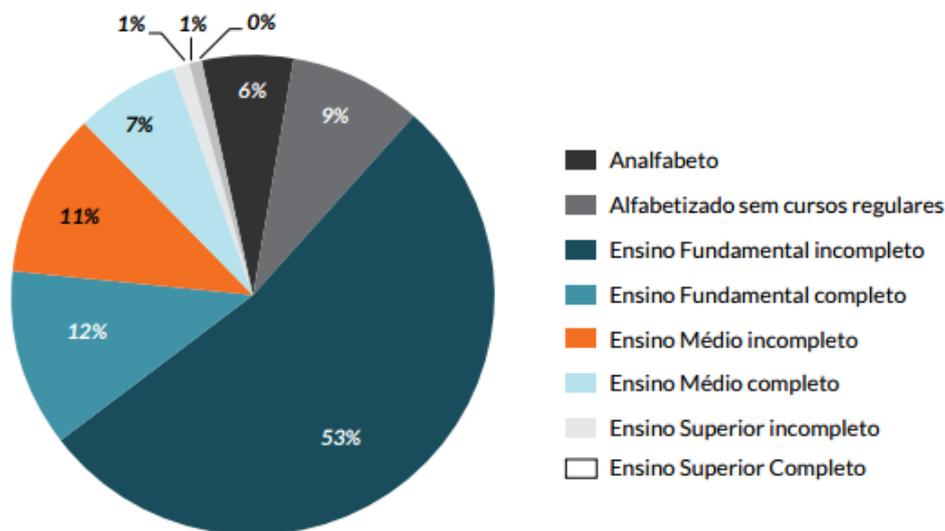
Fonte: Infopen, junho/2014

Figura 36. Raça, cor ou etnia³⁹

Sistema prisional



Fonte: Infopen, junho/2014 e IBGE (2010)

Figura 42. Escolaridade da população prisional

Fonte: Infopen, junho/2014

Manifesto o jargão jurídico do “PPP” (preto, pobre, prostituta) ao Direito Penal: a alta taxa de evasão escolar – influenciada, em parte, pelo precário sistema de ensino público Brasil adentro e pelo célere enriquecimento proveniente do tráfico de drogas, aliado à falta de perspectiva financeira por retos caminhos – gera, via de regra, baixa condição social ao futuro delinquente, o qual encontra como mais rentável alternativa de vida o tráfico de drogas – e, conseqüentemente, crimes afins, tais quais o tráfico de armas, o roubo e o homicídio.

Em particular, provocante o importe de 69,6% da população brasileira que vive com renda média mensal de R\$ 2.705,00 reais (classes E, D, C2 e C1)²⁸ com a alta taxa de desigualdade econômica calculada em 0.73 (coeficiente Gini)²⁹ – o que torna o Brasil o 9º país mais desigual do mundo, o que não se confunde com o mais rico ou mais pobre – e de transparência calculada em 40 (de 100)³⁰ – classificação que torna o Brasil como o 98º país mais corrupto do mundo.

²⁸ Critério de Classificação Econômica Brasil – ABEP, 2016. Disponível em: www.abep.org/Servicos/Download.aspx?id=12. Acesso em 16/05/2017. Ainda, Revista Fortune: <http://fortune.com/2015/09/30/america-wealth-inequality/>. Acesso em 16/05/2017.

²⁹ Economic Research – Allianz Global Wealth Report, 2016. Disponível em: https://www.allianz.com/v_1474281539000/media/economic_research/publications/specials/en/AGWR_2016e.pdf. Acesso em 16/05/2017.

³⁰ Transparency Internacional – Corruption Perceptions Index, 2016. Disponível em: http://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2016. Acesso em 16/05/2017.

Eventual condenação, somada ao descaso do Poder Executivo em cumprir com as leis penais – *vide* o teor quase que programático da lei nº 7.210/1984 (Lei de Execução Penal) no que concerne, *v.g.*, à implementação de Patronatos ³¹ em apenas 07 Estados-membros –, torna etérea a ressocialização do condenado dentro e quando egresso dos estabelecimentos penais: este encontrará a família inserida na mesma situação de miserabilidade, senão pior; a sociedade fechará com mais força novas oportunidades de labor; e o egresso – quando não acometido por graves distúrbios ou sucumbido ao uso de drogas – não encontrará perspectivas de como e quando sair do ciclo vicioso do crime.

Inevitável o retorno do egresso ao sistema carcerário em decorrência do tráfico de drogas – provavelmente como usuário – por meio de novos crimes de roubo, latrocínio, prostituição até ser eliminado pela polícia (*vide* item 2.4. acerca do Sistema Penal Subterrâneo) ou pelos traficantes.

Imperioso o questionamento acerca da efetividade de medidas descarcerizadoras, alternativas que não a pena privativa de liberdade. Necessário ultrapassar a política de criação de novos presídios e encarceramento maciço, única política pública que garante votos e viável ao Poder Executivo (*vide* item 2.5).

³¹ Relatório da Situação Atual do Sistema Penitenciário – DEPEN, 2008. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/arquivos/plano-diretor/anexos-plano-diretor/meta01_patronatos.pdf>. Acesso em 16/05/2017.

2 DIREITO PENAL DO INIMIGO

Escrito em 1985 pelo jurista alemão GÜNTHER JAKOBS, o “*Feindstrafrecht*” é a concepção jusfilosófica que cinde o Direito Penal em: **a)** Direito Penal do Cidadão, orientado a todos; e **b)** Direito Penal do Inimigo – de exceção, restrito –, direcionado ao objeto despersonalizado.

Nesse sentido pronuncia-se JAKOBS: “o Direito Penal do cidadão é Direito também no que se refere ao criminoso. Este segue sendo pessoa. Mas o Direito Penal do inimigo é Direito em outro sentido”³².

Patrono do funcionalismo monista, JAKOBS compreende o Direito Penal do Inimigo como ramo autônomo do Direito Penal, inclusive em relação ao Direito Constitucional, talhado à reafirmação da validade da norma transgredida – e não à proteção de bens jurídicos.

O Direito Penal do Inimigo exterioriza os seguintes traços: **a)** relativização das garantias constitucionais; **b)** tipificação de atos preparatórios – autêntico adiantamento da punibilidade³³, malogrando atos executórios futuros; **c)** penas desproporcionalmente altas.

Sua construção teórica encontrou eco após os atentados de 11/09/2001 nos Estados Unidos da América, cuja prática sucedeu com a execução de Osama Bin Laden – líder da organização terrorista Al-Qaeda – em 01/05/2011: pena de morte promovida sem direito, v.g., ao devido processo legal, julgamento por tribunal pré-constituído e à ampla defesa.

2.1 Velocidades do ordenamento jurídico penal

Ressalta-se que a relativização das garantias constitucionais possibilita enquadrar o Direito Penal do Inimigo como a terceira velocidade do ordenamento jurídico-penal.

SILVA SÁNCHEZ vislumbra as seguintes velocidades criminais³⁴: a primeira velocidade concerne à aplicação de penas privativas de liberdade com reta rigidez principiológica; a segunda velocidade, referente ao cumprimento de penas

³² JAKOBS, Günther. *Direito Penal do Inimigo – noções e críticas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 28.

³³ *Idem*, p. 34.

³⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. São Paulo: RT, 2014, p. 159.

restritivas de direito – e penas pecuniárias – com admissível flexibilização principiológica, tal qual disposto na lei nº 9.099/95; e a terceira velocidade, a qual mescla as velocidades citadas, ou seja, pena privativa de liberdade com relativização de garantias constitucionais.

2.2 Fundamentação: da prevenção geral positiva à prevenção especial negativa

JAKOBS inicia sua tese definindo a pena como coação, ou seja, como a resposta estatal encaminhada ao criminoso mediante processo penal através do qual é reafirmada a plena eficácia da norma à sociedade – prevenção geral positiva.

Construtivo o seguinte excerto de sua obra: “O fim do Estado de Direito não é a máxima segurança possível para os bens, mas sim a vigência real do ordenamento jurídico e, atualmente, a vigência real de um Direito que torna possível a liberdade”³⁵.

Essencial a necessidade de uma consciência ética coletiva – o apoio cognitivo da norma – que integra a vigência real de um ordenamento jurídico, “visto que estes [cidadãos] agem e orientam-se cotidianamente com base no Direito”³⁶.

Desse modo, robusta segue a vigência da norma, e, conseqüentemente, a configuração da sociedade³⁷.

Cristalina a liberdade e a segurança social em sua teoria³⁸. Observe:

“Quem não presta uma segurança cognitiva suficiente de um comportamento não só não pode esperar ser tratado ainda como pessoa, mas o Estado não *deve* tratá-lo como pessoa, já que do contrário vulneraria o direito à segurança das demais pessoas”

Objetivando embasar sua teoria, JAKOBS investiga pensamentos de renomados filósofos acerca do que venha a ser o inimigo.

Para HOBBS, mediante o contrato de submissão, futuros cidadãos se comprometem a não perturbarem a organização estatal. Assim, em princípio, mantêm-se eventuais delinquentes como cidadãos, desde que não tipificado o crime de alta traição, “pois a natureza deste crime está na rescisão da submissão, o que significa uma recaída

³⁵ JAKOBS, Günther. *Direito Penal do Inimigo – noções e críticas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 55.

³⁶ Idem, p. 56.

³⁷ Idem; p. 22.

³⁸ Idem, p. 40.

no estado de natureza”³⁹: razão pela a qual são castigados não como súditos, mas como inimigos⁴⁰.

Frisa-se que no *ius naturale*, além de sermos “baratas” uns dos outros, ante o desprezo recíproco à personalidade alheia, não há vínculo jurídico, isto é, direitos e obrigações entre os indivíduos: o que impossibilita a existência de crimes, posto ausente um ordenamento jurídico coletivo violável.

Ao seu turno, ROUSSEAU defende ser a sociedade fruto do contrato social, cuja rescisão ocorre com o crime, isto é, pela escolha do cidadão em não mais participar da sociedade, devendo por tal causa ser tratado como inimigo – sem as benesses legais da sociedade rompida.

Em KANT, ao emanar do pressuposto de que “toda pessoa está autorizada a obrigar qualquer outra pessoa a entrar em uma constituição cidadã”⁴¹, conclui-se que todo aquele que recusa integrar-se à comunidade legítima um tratamento hostil: deve ser separado pela ilegalidade de seu estado (*status iniustu*) perante a comunidade.

Enfim, há o pós-kantiano FICHTE, para o qual toda sociedade presume a prudência de todos em agir conforme a lei; logo, quem despreza a lei – voluntariamente ou não – “perde todos os seus direitos como cidadão e como ser humano, e passa a um estado de ausência completa de direitos”⁴².

Do exposto, têm-se o seguinte horizonte: o direito à segurança dos cidadãos frente aos inimigos enseja um paulatino afastamento de qualquer vínculo jurídico entre o Estado e o indivíduo – leia-se inimigo –, cuja despersonalização ulterior deste autoriza a aplicação de pura coação em detrimento das garantias constitucionais asseguradas a qualquer pessoa, ao cidadão que “oferece uma garantia cognitiva suficiente de um comportamento pessoal”⁴³.

Convém repisar a distinção entre pessoa e indivíduo: aquela refere-se a todo cidadão cujo crime atinge apenas indiretamente o Estado – *e.g.*, homicídio, estupro, roubo –, cabendo ao Estado reagir somente quando perpetrado determinado ato executório; este, ao inimigo, que deve ser separado da sociedade e eliminado, pelos preparados – ou executados – atos que impactam diretamente a estrutura estatal – *e.g.*,

³⁹ JAKOBS, Günther. *Direito Penal do Inimigo – noções e críticas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 26.

⁴⁰ Idem, *ibidem*.

⁴¹ Idem, p. 27.

⁴² Idem, p. 25.

⁴³ Idem, p. 43.

terrorismo, tráfico de entorpecentes, corrupção, associação criminosa –, razão pela a qual deve ser impedido de destruir o ordenamento jurídico, mediante desproporcional resposta estatal.

Ademais, enquanto ao delinquente-cidadão eventual condenação direciona-se à sua ressocialização – prevenção especial positiva –; ao delinquente-inimigo, a ausência de um comportamento pessoal – conduta determinada por direitos e obrigações – aquiesce sua despersonalização como sujeito titular de direitos e obrigações, mediante interpretação cognitiva – prevenção especial negativa.

Portanto, a constatação de determinados indivíduos autoexcluídos que engendrem perigo social – abstrato ou concreto – demonstra respectivas insuscetibilidades de ressocialização, o que motiva crescentes políticas criminais midiáticas que almejam neutralizar todo o potencial ofensivo e pernicioso do reincidente: assegurar à sociedade desmedida tranquilidade normativo penal.

2.3 Direito Penal do Inimigo no ordenamento jurídico pátrio

Cristalina a consequência do item 2.2: a expansão de propostas legislativas que entendam como solução restante à diminuição da criminalidade o aumento desproporcional da pena em inúmeros dispositivos penais – tal como o louvável PL nº 4.850/2016 ou “10 Medidas contra a Corrupção” do Ministério Público Federal – ou leis que passem a punir atos preparatórios – a lei nº 13.260/2016 – e a relativizar determinadas garantias constitucionais – a lei nº 12.850/2013 – pretendendo, assim, espantar fugazmente a sensação social de insegurança vivenciada e divulgada pela mídia dia após dia.

Em particular, intrigante a institucionalização da tortura de boa-fé, conforme a redação do art. 16 do PL nº 4.850/2016. *In verbis* (destaquei):

Art. 16. Os arts. 157, 312, 563, 564, 567 e 570 a 573 do Decreto Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, passam a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação de direitos e garantias constitucionais ou legais.

§ 2º Exclui-se a ilicitude da prova quando:

III – o agente público houver obtido a prova de boa-fé ou por erro escusável, assim entendida a existência ou inexistência de circunstância ou fato que o levou a crer que a diligência estava legalmente amparada;”

Evidente que mencionado simbolismo penal – exacerbado punitivismo – revela-se “muito mais necessário quanto mais fraca seja a legitimidade da lei”⁴⁴.

2.4 Críticas: Simbolismo Penal e Sistema Penal Subterrâneo

Desenvolvem-se *infra* as seguintes críticas ao Direito Penal do Inimigo: o ressurgimento do Simbolismo Penal – abordado por MELIÁ – e a legitimação do Sistema Penal Subterrâneo – encabeçado por ZAFFARONI.

No que concerne ao ressurgimento do Simbolismo Penal, austera a crítica de MELIÁ lançada ao conteúdo simbólico da pena, ao expor que o Direito Penal do inimigo “constitui não uma regressão a meros mecanismos defensivistas, mas um desenvolvimento degenerativo no plano simbólico-social do significado da pena e do sistema penal”⁴⁵.

Neste sentido, duras penas e antecipação punitiva manifestam-se ao possível terrorista, “denominação dada a quem rechaça, por princípio, a legitimidade do ordenamento jurídico, e por isso persegue a destruição dessa ordem”⁴⁶, conforme disposto no art. 5º, *caput*, da lei nº 13.260/2016. Observe:

Art. 5º Realizar atos preparatórios de terrorismo com o propósito inequívoco de consumir tal delito:
Pena - a correspondente ao delito consumado [de 12 a 30 anos], diminuída de um quarto até a metade.

Quanto aos crimes de organização criminosa, assim dispõe a redação do art. 4º, § 14, da lei nº 12.850/2013 acerca da colaboração premiada. Observe:

Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:
[...]
§ 14. Nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade.

Coteja-se o exposto com o art. 5º, inciso LXIII, da Lei Maior. *In litteris*:

⁴⁴ JAKOBS, Günther. *Direito Penal do Inimigo – noções e críticas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 80.

⁴⁵ *Idem*, p. 114.

⁴⁶ JAKOBS, Günther. *Direito Penal do Inimigo – noções e críticas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 35.

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

LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Em que pese direcionados os crimes de organização criminosa ao desvio de verbas públicas, impactando a sociedade e a própria estrutura estatal na medida em que atinge a política e o governo, evidente a relativização da garantia constitucional – renunciabilidade ao irrenunciável direito ao silêncio – criada pela lei mencionada.

Salutar a remessa disposta no art. 5º, § 2º, da Lei Maior ao, *in casu*, art. 8º, item 2, alínea “g”, do Pacto de São José da Costa Rica – promulgado pelo Decreto nº 678/1992. Observe:

ARTIGO 8 – Das Garantias Judiciais

[...]

2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

g) direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada;

Frisa-se que a crítica ao instituto jurídico da colaboração premiada através da renúncia ao silêncio dá-se tanto quanto à sobreposição hierárquica de lei ordinária à Lei Maior como à relativização de direitos ao acusado como meio à sonhada igualdade de armas entre acusação e defesa nos crimes de colarinho branco.

Em particular, intrigante a ponderação de JAKOBS acerca dos direitos humanos: “declara-se o autor [acusado] uma pessoa para poder manter a ficção da vigência universal dos direitos humanos”⁴⁷.

Intrigante o desmantelamento do princípio *in dubio pro reo* em prol do acolhimento dos anseios populares em mais e mais encarceramento e vingança, em total afronta ao Estado Democrático de Direito que fundamenta a República Federativa do Brasil de 1988.

⁴⁷ JAKOBS, Günther. *Direito Penal do Inimigo – noções e críticas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 45.

Edificante o seguinte julgado do TJDF, *verbis*:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO EM LOJA DE CONVENIÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE PROVA QUANTO AO LIAME SUBJETIVO DOS AGENTES NA EMPREITADA CRIMINOSA. CONDENAÇÃO AMPARADA EM MERAS PRESUNÇÕES. RECURSO PROVIDO. 1 Uma condenação não pode se embasar exclusivamente em indícios e presunções: exige demonstração inequívoca da materialidade, autoria e culpa, sob pena de se operar a responsabilidade objetiva no Direito Penal, fazendo letra morta do secular princípio *in dubio pro reo*. 2 A evolução para um Estado Constitucional de Direito exige o afastamento da vertente doutrinária que criou o chamado Direito Penal do Inimigo, pois um sistema penal minimalista e garantista deve assegurar a aplicação plena do princípio da presunção da inocência ou da não-culpabilidade. Nessa linha, que não admite acusação sem provas, a presunção de inocência somente é derogada na presença de provas válidas. 3 Recurso conhecido e provido para absolver o acusado (TJDF, Processo nº 20041010005462APR, Acórdão nº 332128, 1ª Turma Criminal, Relator: Desembargador George Leite, DJe 09/12/2008, p. 166)

Na seara processual penal necessária a reflexão quanto a subsunção da *cultura do encarceramento* ao princípio constitucional da não-culpabilidade nas prisões preventivas, cujo “perigo de reiteração delitiva (§ 112a StPO) unicamente pode ser compreendido como defesa frente a riscos de forma jurídico-penal”⁴⁸.

Construtiva a jurisprudência do TRF1 acerca da origem da prisão preventiva como garantia da ordem pública, e a sua proximidade com o Direito Penal do Inimigo aplicado na Alemanha nazista. Observe a seguinte ementa:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO DECRETADA NA SENTENÇA. ORDEM PÚBLICA. DIREITO PENAL DO INIMIGO. 1. A prisão preventiva, como exceção à regra da liberdade, somente pode ser decretada mediante demonstração cabal de sua real necessidade. Presunções e considerações abstratas a respeito do paciente e da gravidade do crime que lhe é imputado não constituem bases empíricas justificadoras da segregação cautelar para garantia da ordem pública. 2. O requisito da ordem pública não se enquadra como medida cautelar propriamente dita, não diz respeito ao processo em si, daí dizer-se que é um modo de encarceramento como reação imediata ao crime, tendo como finalidade satisfazer ao sentimento de justiça da sociedade, ou à prevenção particular, a fim de evitar que o acusado pratique novos crimes. Mas é de atentar-se que conceito de ordem pública não é o que o juiz subjetivamente entende que seja, pois isso pode gerar insuportável insegurança jurídica. 3. A origem da prisão preventiva para garantir a ordem pública, segundo Aury Lopes Jr, “remonta à Alemanha na década de 30, período em que o nazi-fascismo buscava exatamente isso: uma autorização geral e aberta para prender”. 4. Não podemos ver o direito penal como inimigo daquele a

⁴⁸ JAKOBS, Günther. *Direito Penal do Inimigo – noções e críticas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 53/54.

quem se imputa um crime. O direito penal do inimigo não vê o homem e sim o sistema sócio-normativo. Daí dizer-se que esse pensamento é nazista. Essa razão de o MM Juiz *a quo* ter tachado a decisão da Turma que concedeu *habeas corpus* ao paciente por não estar demonstrada a necessidade da prisão preventiva para garantir a ordem pública de absurda. 5. Em um Estado Democrático de Direito, o Direito Penal deve ser liberal, democrático e garantista. 6. "O STF rotineiramente vem anulando decretos de prisão preventiva que não apresentam os devidos fundamentos e não apontam, de forma específica, a conduta praticada pelo réu a justificar a prisão antes da condenação. A Constituição Federal determina que uma pessoa somente poderá ser considerada culpada de um crime após o fim do processo, ou seja, o julgamento de todos os recursos cabíveis" (STF. Notícias, 13 de fevereiro de 2009) (TRF1, Processo nº HC 2009.01.00.057598-5 / PA, Terceira Turma, Relator: Juiz Federal Tourinho Neto, e-DJF1 em 20/11/2009, p. 86)

Enigmática a pergunta de quem seja o inimigo a ser combatido. Para Hitler, os judeus; para PolPot, oponentes do Khmer Vermelho; para Castello Branco e seus sucessores, opositores da ditadura militar; para a Al-Qaeda, o Grande Satã; e assim sucessivamente: é inimigo todo aquele que contraria os interesses políticos de determinado líder no poder – e assim declarado por este.

Pontual a nota de rodapé articulada por MELIÁ: a “exclusão (de uns) é a inclusão (de outros)”⁴⁹. Logo, admissível enquadrar como inimigo todo aquele que atente contra a segurança nacional – caso não imperasse no ordenamento jurídico pátrio o juízo de culpabilidade.

Neste sentido, o grupo de pessoas que perpetre atos pretendendo cindir determinado Estado-membro da Federação, incitar a destruição ao patrimônio público – ativistas *blackbloc* – ou exercer o controle de ônibus coletivo, ou o lobo solitário que dispare contra o Presidente da República (*vide* arts. 11, 23, 19 e 29 da lei nº 7.170/1983) devem ser julgados conforme o fato *per si*, conforme o Direito Penal do fato, com todas as garantias asseguradas na Lei Maior, e não eliminados com base em um juízo abstrato de periculosidade.

Ante o exposto, meditação merece o tema em análise para que colmate-se necessário discernimento na delimitação do Direito Penal ao Direito Constitucional, na contenção de um mal maior – alta criminalidade e falência prisional – às custas da implantação de um mal menor e toda uma excepcionalidade incerta lançada às ruas.

De um lado, tem-se o eco das ruas que pleiteiam imediato punitivismo exacerbado – cujos frutos revelam-se eficazes até a progressão ao regime semiaberto –

⁴⁹ JAKOBS, Günther. *Direito Penal do Inimigo – noções e críticas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 107.

cuja legitimação ao Direito Penal do Inimigo apenas deve ser considerado um ataque ao Estado de Direito se vier travestido de Direito Penal do Cidadão, posto que a “exceção se produzirá de qualquer maneira, mesmo sem sua intervenção [do Estado], e logo aparecerá o Direito que se adapte a ela”⁵⁰. Do outro, a submissão integral do Direito Penal ao Direito Constitucional e a prevalência dos direitos humanos ante a soberania estatal, evitando-se o alcance do “ponto no qual ‘estar aí’ de algum modo, ‘fazer parte’ de alguma maneira, ‘ser um deles’, ainda que seja só em espírito, é suficiente”⁵¹.

Repisa-se que a excepcionalidade em relativizar garantias constitucionais – tais quais, o princípio da proporcionalidade, mediante a vedação ao arbítrio (*Übermassverbot*); o princípio da presunção de inocência, ante o temerário juízo de periculosidade; e o princípio do devido processo legal, aos casos de incomunicabilidade do acusado com seu defensor impostas em portarias – e, conseqüentemente, garantias infraconstitucionais – o princípio da ofensividade, mediante a manutenção da vigência da lei penal em detrimento da tutela *in abstracto* de bens jurídicos – através de leis ou através de decisões judiciais apenas demonstra o paradoxo estatal: o combate ao Direito Penal do Inimigo com medidas drásticas e violentas fomenta atitudes igualmente agressivas pela sociedade – autêntica metodologia do terror contra o terror.

Deveras, como observado por MELIÁ, “não pode haver ‘exclusão’ sem ruptura do sistema”⁵²: o Direito Penal e Processual Penal devem ajustar-se à Lei Maior de modo a não mitigar árduas conquistas humanitárias em nome de algum punitivismo televisivo, *cremediático*.

Discorrido o Simbolismo Penal, avança-se ao Sistema Penal Subterrâneo, o qual imprescindível para a sua devida compreensão o vislumbre de criminalização primária e secundária alcançada por ZAFFARONI.

Pois bem, a seleção penalizante – a coação do Estado no réu – arquiteta a criminalização: o conjunto de agências estatais criminalizadoras que estruturam o sistema penal.

Assim, cinde-se a criminalização em primária e em secundária: criminalização primária “é o ato e o efeito de sancionar uma lei penal”⁵³, exercida

⁵⁰ JAKOBS, Günther. *Direito Penal do Inimigo – noções e críticas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 69.

⁵¹ *Idem*, p. 109.

⁵² *Idem*, p. 105.

⁵³ ZAFFARONI, Eugênio Raul et BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro – Vol. 1*. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 43.

pelas agências de criminalização primária, isto é, pelas agências políticas no processo legislativo (o Congresso Nacional e Presidência da República, na esfera federal); criminalização secundária “*é a ação punitiva exercida sobre pessoas concretas*”⁵⁴, desempenhada pelas agências de criminalização secundária, ou seja, pelas agências policial, judicial e penitenciária na concretude do programa normativo das agências primárias.

Impreterível, pois, o fenômeno sociojurídico da *cifra oculta*, sequele da “disparidade entre a quantidade de conflitos criminalizados que realmente acontece numa sociedade e aquela parcela que chega ao conhecimento das agências”⁵⁵ de criminalização secundária: limitadas ao orçamento público e à eficiência de seus agentes.

Condensa ZAFFARONI⁵⁶ o exposto ao considerar “*natural* que o sistema penal leve a cabo a seleção de criminalização secundária apenas como realização de uma parte ínfima do programa primário”.

Pois bem, o sistema penal subterrâneo emerge no exercício arbitrário do *ius puniendi* pelas agências de criminalização secundária, sucedendo na institucionalização de torturas físicas e psicológicas, desaparecimentos e, inclusive, execuções na calada da noite – *vide* o sequestro de Adolf Eichmann pelo Mossad e a Chacina de Vigário Geral, o Massacre do Carandiru e a Chacina da Candelária.

Assim pontua ZAFFARONI⁵⁷ em lúcido excerto. Observe:

“A magnitude e as modalidades do sistema penal subterrâneo dependem das características de cada sociedade e de cada sistema penal, da força das agências judiciais, do equilíbrio de poder entre suas agências, dos controles efetivos entre os poderes etc.”

Intrigante sua expansão em face da inoperância das mesmas agências estatais no agir reto, consoante a lei: o clamor popular emite seu vício através de atos xenófobos e desejo de extinção do apenado, posto que conforme “o discurso jurídico legitima o poder punitivo discricionário e, por conseguinte, nega-se a realizar qualquer

⁵⁴ ZAFFARONI, Eugênio Raul et BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro – Vol. 1*. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 43.

⁵⁵ Idem, p. 44.

⁵⁶ Idem, ibidem.

⁵⁷ Idem, p. 70.

esforço em limitá-lo, ele está ampliando o espaço para o exercício de poder punitivo pelos sistemas penais subterrâneos”⁵⁸.

Convém não confundir Direito Penal do Inimigo com Sistema Penal Subterrâneo: este é exercido no plano fático em violento atropelo legal, aquele é normativizado no plano jurídico em sucessivas e paulatinas relativizações de garantias constitucionais.

2.5 Proposta: Efetividade das medidas descarcerizadoras

Ante as críticas abordadas, essencial a aplicação pelo Estado de medidas descarcerizadoras como proposta à redução do superencarceramento e da reincidência.

Cindem-se referidas medidas em (i) normatizadas, em leis ou em decretos, (ii) judiciais (*vide* capítulo 3) e (iii) doutrinárias.

Quanto às medidas descarcerizadoras normatizadas, destacam-se o indulto, a progressão, a prisão domiciliar, o monitoramento eletrônico, a remição, a detração, a saída temporária, o livramento condicional, o *sursis* processual e o *sursis* da pena e a obrigatoriedade das audiências de custódia⁵⁹.

Posto a relevância do tema investigado, isto é, a falha ressocialização, analisa-se em detalhes a remição e a saída temporária.

A remição define-se como a dedução de um dia da pena privativa de liberdade a cada três dias de trabalho ou de estudo, presencial ou a distancia, computada “como pena cumprida, para todos os efeitos” (art. 128 da Lei de Execução Penal).

Nesse sentido dispõe o art. 126, § 1º, da Lei de Execução Penal:

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.

§ 1º A contagem de tempo referida no *caput* será feita à razão de:

I - 1 (um) dia de pena a cada 12 (doze) horas de frequência escolar - atividade de ensino fundamental, médio, inclusive profissionalizante, ou superior, ou ainda de requalificação profissional - divididas, no mínimo, em 3 (três) dias;

II - 1 (um) dia de pena a cada 3 (três) dias de trabalho.

⁵⁸ ZAFFARONI, Eugênio Raul *et* BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro – Vol. 1*. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 70.

⁵⁹ Conforme a Resolução nº 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/resolucao-n213-15-12-2015-presidencia.pdf>. Acesso em 09/07/2017.

Desse modo, valoriza-se o merecimento como ferramenta de ressocialização e reeducação do apenado. Admissível, pois, a remição cumulada do trabalho ⁶⁰ e do estudo dedicados, demonstrada compatibilidade nos horários.

Razoável, pois, a remição pelo estudo em regime aberto – inovação legislativa prevista no art. 126, § 6º, da Lei de Execução Penal, que não tange a remição pelo trabalho. Observe:

Art. 126. *omissis*

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

Manifesto o conteúdo político-criminal do Estado no incentivo ao estudo em regime aberto – autêntico *plus* à sobrevivência, pelo trabalho, e escalada social do condenado no referido regime ⁶¹.

Pontual NUCCI ao comentar que em liberdade, o apenado “*deve* trabalhar para se sustentar, mas *pode* estudar. Com a edição da Lei 12.433/2011, encontra o sentenciado um impulso para, além de labutar, buscar forças para o estudo concomitante” ⁶².

No que concerne à possibilidade jurídica de remir apenados sem trabalho e estudo ofertados ante a precariedade – a triste realidade – do ambiente carcerário, pacífica a jurisprudência no sentido de recair àqueles a omissão do Estado na concretude de políticas públicas.

Esclarecedor o seguinte julgado do TRF1. Observe:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO EM EXECUÇÃO. PEDIDO DE REMIÇÃO. FALTA DE OPORTUNIDADE DE TRABALHO POR PARTE DO ESTADO. CONTAGEM DOS DIAS NÃO TRABALHADOS. IMPOSSIBILIDADE. LEI. Nº 7.210/84. ART. 130. 1. A Lei nº 7.210/84 (LEP), em seu art. 126, garante: "o condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semi-aberto poderá remir, pelo trabalho, parte do tempo de execução da pena". 2. A inexistência de trabalho no ambiente carcerário não confere ao detento o direito de contagem dos dias não laborados para fins de remição, sob alegação de culpa do Estado. 3. Recurso desprovido (AGEPN 2010.41.00.001769-1 / RO; Rel.: Desembargador Hilton Queiroz – Quarta Turma; publicado no e-DJF1 em 22/09/2010; p. 31)

⁶⁰ Vide art. 126, § 3º, da Lei de Execução Penal.

⁶¹ Vide art. 126, § 6º, da Lei de Execução Penal.

⁶² NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*, São Paulo: Forense, 2017, p. 1003.

Em avanço, a saída temporária compreende-se como a autorização concedida pelo Juízo da Execução ao apenado em regime semiaberto – com reto comportamento e 1/6 da pena restante cumprida no regime desenvolvido⁶³ – para inclusão, sem vigilância, na sociedade póstera pelo prazo limite de 07 dias – renovável mais 04 vezes no ano, com interstício mínimo de 45 dias.

Assim dispõe o art. 122 da Lei de Execução Penal. *In verbis*:

Art. 122. Os condenados que cumprem pena em regime semi-aberto poderão obter autorização para saída temporária do estabelecimento, sem vigilância direta, nos seguintes casos:

I - visita à família;

II – frequência a curso supletivo profissionalizante, bem como de instrução do 2º grau ou superior, na Comarca do Juízo da Execução;

III - participação em atividades que concorram para o retorno ao convívio social.

Parágrafo único. A ausência de vigilância direta não impede a utilização de equipamento de monitoração eletrônica pelo condenado, quando assim determinar o juiz da execução.

Construtivo o teor da Súmula nº 520/STJ: “O benefício de saída temporária no âmbito da execução penal é ato jurisdicional insuscetível de delegação à autoridade administrativa do estabelecimento prisional”.

Em particular, admissível a concessão superior a 05 saídas temporárias por ano – respeitado o limite anual de 35 dias⁶⁴.

Eventual fuga – calculada em 1% a 2% – configura falta grave e consequente regressão ao regime fechado, conforme dispõe a redação dos arts. 50, inciso II e 118, inciso I, da Lei de Execução Penal. Observe:

Art. 50. Comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que:

II - fugir;

Art. 118. A execução da pena privativa de liberdade ficará sujeita à forma regressiva, com a transferência para qualquer dos regimes mais rigorosos, quando o condenado:

I - praticar fato definido como crime doloso ou falta grave;

Edificante o seguinte julgado do TJDFT, *verbis*:

AGRAVO EM EXECUÇÃO. REGRESSÃO AO REGIME FECHADO. CONDENADO QUE NÃO RETORNA DO SAIDÃO NO PRAZO.

⁶³ Vide art. 123 da Lei de Execução Penal.

⁶⁴ Vide art. 124, *caput*, da Lei de Execução Penal.

RECAPTURA NA PRÓPRIA RESIDÊNCIA, DOIS DIAS DEPOIS. MÃE SUBMETIDA A CIRURGIA E ALTA COMPLEXIDADE. AUSÊNCIA DE OUTRO PARENTE CAPAZ DE CUIDAR DA IDOSA. JUSTIFICATIVA RAZOÁVEL. FALTA GRAVE NÃO CARACTERIZADA. DECISÃO REFORMADA. 1 O sentenciado não retornou de "saidão" na data prevista, sendo capturado menos de setenta e duas horas depois na casa de sua genitora, idosa e convalescente de grave cirurgia. 2 Evidenciado que o condenado não tinha efetivamente a intenção de fugir, deixando de retornar no momento previsto para cuidar da mãe idosa e recém-operada, não há como impor falta grave. Todavia, errou ao não comunicar à autoridade competente a impossibilidade do retorno, ensejando as onerosas diligências de recaptura. Atentando-se para os fins da execução penal, afigura-se razoável reclassificar a infração para falta média, conforme artigo 119, inciso XVIII, do Regimento Interno dos Estabelecimentos Penais. 3 Agravo provido (TJDFT. Processo nº 20160020200523RAG. Acórdão nº 966162. Rel.: Desembargador George Lopes – 1ª Turma Criminal; publicado no DJe em 20/09/2016; p. 121/133)

Quanto às medidas descarcerizadoras judiciais, destaca-se a aplicação do princípio da insignificância: resumido no brocardo *minima non curat praetor*.

Atinge diretamente a tipicidade penal, tornando o crime materialmente atípico ante a inexistência de ofensa grave ao bem jurídico protegido apta a justificar a drasticidade da intervenção estatal de forma proporcional ao dano causado.

Em particular, a atipicidade formal – diversa do princípio da insignificância – diz respeito ao não enquadramento do fato à norma, gerando a não penalização com base no princípio da legalidade, *v.g.*, furto de uso e estupro de vulnerável com erro de tipo (a menor aparenta e se apresenta como maior de idade).

A atipicidade material reveste-se da soma dos seguintes vetores: “(a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada”⁶⁵.

Observe que a reincidência impede o reconhecimento da insignificância do novel crime, pois esbarra no requisito “mínima ofensividade da conduta do agente”. Igualmente inaplicável referido princípio para crimes praticados contra a Administração Pública ou com o emprego de violência ou grave ameaça.

Quanto às medidas descarcerizadoras doutrinárias, destaca-se a teoria da coculpabilidade, idealização de ZAFFARONI, o qual designa a culpa concorrente entre excluído e Estado: este pela omissão em “brindar a todos os homens com as mesmas

⁶⁵ Supremo Tribunal Federal. HC 84.412 / SP. Rel.: Min. Celso de Mello – Segunda Turma. Publicado no DJ em 19/11/2004, p. 37.

oportunidades”⁶⁶, descortinando-se autêntico autor indireto do delito; aquele pelo crime perpetrado, fruto da marginalização e redução do espaço inserido – e consequente âmbito de autodeterminação – do autor direto.

Salutar o seguinte excerto da obra de ZAFFARONI⁶⁷. Observe:

“[...] se a sociedade outorga, ou permite a alguns, gozar de espaços sociais dos quais outros não dispõem ou são a estes negados, a reprovação da culpabilidade que se faz à pessoa a quem se tem negado as possibilidades outorgadas a outras, deve ser em parte compensada”

Frisa-se que referida teoria enquadra-se na redação do art. 66 do Código Penal, com o *nomen iuris* de *atenuante inominada* “em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei”.

Capital a desigualdade socioeconômica na teoria investigada: “a sociedade deve arcar com uma parte da reprovação”⁶⁸ dos crimes revelados por seres humanos à deriva do alcance da Lei Maior, condicionados a leis não positivadas dos respectivos grupos inseridos.

Convém não confundir *atenuante inominada* com antecedentes criminais: aquela atua na pena-provisória, nas circunstâncias legais da dosimetria; estes, na pena-base, nas circunstâncias judiciais da dosimetria⁶⁹. Ademais, incide a *atenuante inominada* tanto a crimes dolosos como a crimes culposos.

Evidente suas críticas: eventual deficiência do Estado na concretude de direitos fundamentais à sociedade não legitima crimes; o ser humano determina-se pelas consequências de seus atos.

⁶⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl et PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: RT; 2013, p. 547.

⁶⁷ Idem, p. 745.

⁶⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl et PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: RT; 2013, p. 745.

⁶⁹ Previsto no art. 59, *caput*, do Código Penal, como “antecedentes”.

3 ATIVISMO JUDICIAL

O ativismo judicial – verbete inaugurado em 1947 pelo historiador norte-americano Arthur Schlesinger – conceitua-se como atípica necessidade constitucional de crise na efetivação das cláusulas constitucionais etéreas pelo Poder Legislativo e pelo Poder Executivo, resultando em inevitável primazia do Poder Judiciário e consequente complexo jurídico-político na busca da supremacia constitucional – evitando a redução da Lei Maior a mero amontoado de papel, curva à líquida realidade fática social.

Luminoso o seguinte excerto da obra de BARROSO ⁷⁰. *In litteris*:

“[...] a ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. Em muitas situações, sequer há confronto, mas mera ocupação de espaços vazios”

Tem-se, pois, que a omissão institucional do Poder Legislativo – calculada síndrome de inefetividade – e do Poder Executivo – políticas públicas rasas – perante os deveres lhes impostos pela Lei Maior fundamenta um novo Poder Judiciário – *in casu*, o Supremo Tribunal Federal – como vital e derradeiro legislador positivo na interpretação constitucional.

Inevitável a indagação quanto à clássica tripartição dos Poderes ⁷¹. Observe:

“A visão prevalecente nas democracias parlamentares tradicionais de ser necessário evitar um ‘governo de juízes’, reservando ao Judiciário apenas uma atuação como legislador negativo, já não corresponde à prática política atual. Tal compreensão da separação de Poderes encontra-se em ‘crise profunda’ na Europa continental”

Logo, a cada vez mais dispersa observância do equilíbrio institucional – Poder Legislativo e Poder Executivo operantes – como estável concretude dos ideais pregados pelo Poder Constituinte Originário e modelado pelos Poderes Constituintes Derivados Reformadores impõe uma lógica autocontenção judicial – “passivismo judicial”, mera aplicação do Direito posto – sob pena de inegável afronta ao princípio da separação de Poderes ⁷².

⁷⁰ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 371.

⁷¹ *Idem*, p. 366.

⁷² Conforme dispõe o teor do art. 2º da Lei Maior: “Art. 2º. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”.

Nos Estados Unidos da América, o ativismo judicial descortinou-se progressista – *v.g.*, no julgado *Brown vs. Board of education* de 1954, pelo o qual a Suprema Corte considerou ilegítima a segregação racial no âmbito escolar, decidindo pela inconstitucionalidade da doutrina *separate but equal* – ou retrógrado – *e.g.*, no julgado *Dred Scott vs. Sandford* de 1857, pelo o qual a Suprema Corte decidiu pela inconstitucionalidade de lei que suprimia o estado de coisa ao escravo que adentrasse em território onde já abolida a escravidão, posto ferido o direito de propriedade.

Entretanto, como bem pontua BARROSO, “o ativismo judicial precedeu a criação do termo e, nas suas origens, era essencialmente conservador”⁷³.

Pincelada a origem e definição do termo em estudo, salutar investigar acerca das construtivas e oportunas críticas ao ativismo judicial: a judicialização da política e a supremacia judicial. Observe:

A judicialização da política define-se como o direcionamento de questões intrínsecas aos agentes públicos eleitos pelo voto ao crivo do Poder Judiciário como salvaguarda à reeleição – tal como a pesquisa com células-tronco embrionárias (*vide* ADI nº 3.510/DF), o aborto de fetos anencéfalos (*vide* ADPF nº 54/DF), a união estável homoafetiva (*vide* ADPF nº 132/RJ), a legitimidade das quotas raciais (*vide* ADI nº 3.330/DF) e o direito de greve do servidor público (*vide* MI nº 712/PA).

Como salienta BARROSO, o “Legislativo e [o] Executivo são o espaço por excelência do processo político majoritário, feito de campanhas eleitorais, debate público e escolhas”⁷⁴, razão pela a qual preciso torna-se o fortalecimento do Poder Judiciário perante os Poderes restantes, “com direta usurpação das funções da legislatura ou da autoridade administrativa”⁷⁵.

Evidentemente, imperiosa a aferição da capacidade institucional dos respectivos Poderes, isto é, “a determinação de qual poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão em certa matéria”⁷⁶, a fim de se evitar indesejáveis efeitos sistêmicos – uma análise econômica do Direito (AED) – exorbitantes à microjustiça realizada caso a caso.

Em particular, pondera-se a aplicabilidade econômico-jurídica do princípio da reserva do possível costumeiramente evocada pela Fazenda Pública quando

⁷³ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 371.

⁷⁴ *Idem*, p. 380.

⁷⁵ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 800.

⁷⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, p. 374.

judicializada a saúde: o Estado obriga-se a fornecer caríssimo medicamento a 01 (um) paciente quando tal dotação orçamentária – acaso não desviada e mal administrada – poderia favorecer, *e.g.*, outros 30 (trinta) pacientes em situação clínica diversa.

BARROSO⁷⁷ sintetiza o exposto na seguinte construção. *In litteris*:

“Nesse contexto, a judicialização constitui um *fato* inelutável, uma circunstância decorrente do desenho institucional vigente, e não uma opção política do Judiciário. Juízes e tribunais, uma vez provocados pela via processual adequada, não têm a alternativa de se pronunciarem ou não sobre a questão”

A supremacia judicial, ao seu turno, define-se como mera consequência da crise de representatividade vivenciada não só no Brasil como no mundo contemporâneo – paradoxal desilusão onde a maioria eleita não representa a maioria representada – entre a nulidade parlamentar e a liquidez político-jurídica.

Desse modo, inevitável a dificuldade contramajoritária emanada das decisões do Supremo Tribunal Federal perante volições de agentes públicos eleitos democraticamente: o teor do acórdão que declara inconstitucional determinada lei, *e.g.*, federal sucede a vontade majoritária popular, refletida no Presidente da República e nos parlamentares votados.

Logo, o vácuo normativo originado da inconstitucionalidade – legislador negativo – deve ser reajustado implicitamente – *in casu*, superlegislador positivo, imune ao controle de constitucionalidade (*judicial self-restraint*).

Pontual BARROSO⁷⁸ ao observar os riscos implicitamente irradiados à sociedade pelas judicialização dos fatos mais corriqueiros aos mais labirínticos, *verbis*:

“O uso de argumentos jurídicos para resolver problemas sociais complexos pode dar a impressão de que a solução para muitos problemas políticos não exige engajamento democrático, mas em vez disso juízes e agentes públicos providenciais”

Deveras: flui do princípio da inafastabilidade da jurisdição (*vide* art. 5º, inciso XXXV, da Lei Maior) a posição de supremacia do Poder Judiciário “na determinação do sentido e do alcance da Constituição e das leis”⁷⁹, em que pese a

⁷⁷ BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 369.

⁷⁸ *Idem*, p. 375/376.

⁷⁹ *Idem*, p. 385.

basilar necessidade de atuação harmônica⁸⁰ dos Poderes do Estado em conformidade com a Lei Maior – agir revolucionário, hodiernamente.

Em suma: fundamental o ativismo judicial – restrito à ampliação do alcance de normas fundamentais – em tempos de crise jurídica, de modo a concretizar a força das cláusulas constitucionais, e, assim, rearmonizar os Poderes do Estado (*checks and balances*).

3.1 Ativismo judicial e terceira velocidade nos crimes hediondos

Como já repisado (*vide* item 2.1), a terceira velocidade do ordenamento jurídico-penal caracteriza-se pela aplicação de penas privativas de liberdade – característica da primeira velocidade – através de flexibilizações no que concerne às garantias processuais do acusado – característica da segunda velocidade jurídica.

Definido o ativismo judicial como a atitude proativa do Poder Judiciário – evidentemente, limitada ao princípio da inércia – que culmina em interpretações que extrapolam a moldura normativa, seja como legislador negativo, seja como legislador positivo, indaga-se se o ativismo judicial é manifestação da terceira velocidade do ordenamento jurídico penal.

Para atingir a resposta de modo harmônico com os capítulos desenvolvidos, relaciona-se o indagado com a lei nº 8.072/90 – ou a lei dos crimes hediondos –, que pode ser considerada germinal resquício do Direito Penal do Inimigo: fragmenta-se, *in casu*, o presente tópico na hipótese legal do cumprimento integral da pena privativa de liberdade em regime fechado – com as podas nas garantias processuais penais ao acusado, tais quais princípio da proporcionalidade e individualização das penas –, avançando ao cumprimento inicial no referido regime.

Quanto à possibilidade jurídica do cumprimento integral da pena privativa de liberdade aos apenados hediondos, a Suprema Corte, através do HC 82.959 / SP entendeu – em 23/02/2006 – como inconstitucional o teor do art. 2º, § 1º, da lei nº 8.072/90, o qual dispunha que a pena relativa aos crimes hediondos ou equiparados deve ser “cumprida integralmente em regime fechado”.

Assim dispõe a ementa do referido acórdão. *In verbis*:

⁸⁰ Conforme dispõe o teor do art. 102, *caput*, da Lei Maior: “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...]”.

PENA - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - RAZÃO DE SER. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. PENA - CRIMES HEDIONDOS - REGIME DE CUMPRIMENTO - PROGRESSÃO - ÓBICE - ARTIGO 2º, § 1º, DA LEI Nº 8.072/90 - INCONSTITUCIONALIDADE - EVOLUÇÃO JURISPRUDENCIAL. Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90 (STF, HC 82.959 / SP, Rel.: Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, publicado no DJ em 01/09/2006)

Referida forma de ativismo judicial – ainda que restrita *inter partes*, pelo controle difuso de constitucionalidade – engendrou reações no Poder Legislativo, resultando na edição da lei nº 11.464/07, cuja redação no art. 2º, § 2º, da lei nº 8.072/90 resultou na possibilidade jurídica de progressão ao condenado pelos crimes taxados na referida lei: na razão de 2/5 ao primário, e de 3/5 ao reincidente.

Salutar o teor da Súmula Vinculante nº 26 da Suprema Corte. *In litteris*:

Súmula Vinculante nº 26 / STF: “Para efeito de progressão de regime no cumprimento de pena por crime hediondo, ou equiparado, o juízo da execução observará a inconstitucionalidade do art. 2º da Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, sem prejuízo de avaliar se o condenado preenche, ou não, os requisitos objetivos e subjetivos do benefício, podendo determinar, para tal fim, de modo fundamentado, a realização de exame criminológico”

Frisa-se que apesar do ilustre avanço legislativo sucedido na lei dos crimes hediondos em 2007, a Suprema Corte reconheceu novamente *incidenter tantum* no HC 111.840 / ES – em 27/06/2012 – a possibilidade jurídica de o condenado por crime hediondo – ou equiparado – iniciar o cumprimento de pena em regime semiaberto ou em regime aberto, em conformidade com o princípio constitucional da individualização da pena – ao contrário do que dispõe o vigente art. 2º, § 1º, da lei nº 8.072/90.

Assim dispõe a ementa do ativista acórdão, *verbis*:

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CRIME PRATICADO DURANTE A VIGÊNCIA DA LEI Nº 11.464/07. PENA INFERIOR A 8 ANOS DE RECLUSÃO. OBRIGATORIEDADE DE IMPOSIÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ART. 2º DA LEI Nº 8.072/90. OFENSA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA (INCISO XLVI DO ART. 5º DA CF/88). FUNDAMENTAÇÃO NECESSÁRIA (CP, ART. 33, § 3º, C/C O ART. 59). POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO, NO CASO EM EXAME, DO REGIME SEMIABERTO PARA O INÍCIO DE CUMPRIMENTO DA

PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. ORDEM CONCEDIDA. 1. Verifica-se que o delito foi praticado em 10/10/09, já na vigência da Lei nº 11.464/07, a qual instituiu a obrigatoriedade da imposição do regime inicialmente fechado aos crimes hediondos e assemelhados. 2. Se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado. 3. Na situação em análise, em que o paciente, condenado a cumprir pena de seis (6) anos de reclusão, ostenta circunstâncias subjetivas favoráveis, o regime prisional, à luz do art. 33, § 2º, alínea b, deve ser o semiaberto. 4. Tais circunstâncias não elidem a possibilidade de o magistrado, em eventual apreciação das condições subjetivas desfavoráveis, vir a estabelecer regime prisional mais severo, desde que o faça em razão de elementos concretos e individualizados, aptos a demonstrar a necessidade de maior rigor da medida privativa de liberdade do indivíduo, nos termos do § 3º do art. 33, c/c o art. 59, do Código Penal. 5. Ordem concedida tão somente para remover o óbice constante do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07, o qual determina que “[a] pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado”. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado (STF, HC 111.840 / ES, Rel.: Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, publicado no DJe em 17/12/2013)

Dessa forma, conclui-se, quanto aos crimes hediondos – cujos delinquentes são tidos como inimigos – o importante papel contramajoritário da Suprema Corte em conter os excessos do Direito Penal do Inimigo, com cristalina preocupação, não se compatibilizando, pois, o ativismo judicial com a terceira velocidade do ordenamento jurídico penal: não se pode oportunizar fendas na lei para maior punibilidade estatal.

3.2 Ativismo Judicial Estrutural

Ao contrário do ativismo judicial *lato sensu* – dimensão metodológica ou interpretativa, concernente ao legislar pelo Poder Judiciário através de interpretações que extrapolam a moldura normativa –, o ativismo judicial estrutural diz respeito à coordenação do Poder Judiciário tanto do controle orçamentário quanto da implementação de políticas públicas dos demais Poderes, ante a persistente incompetência do Poder Executivo e do Poder Legislativo em corresponderem de modo satisfatório às atribuições constitucionais e ao anseio dos respectivos eleitores – crise de representatividade.

Condensado o seguinte excerto da obra de AZEVEDO CAMPOS⁸¹, *verbis*:

“Não se trata exatamente da perspectiva de como o Supremo interpreta e aplica a ordem constitucional e infraconstitucional (*dimensão metodológica*), ou de como utiliza os instrumentos de decisão (*dimensão processual*), mas sim, de como ele se comporta diante das decisões prévias dos outros poderes, ou melhor, do quanto ele interfere nessas decisões e de como ele vem atuando livremente em áreas tradicionalmente reservadas aos demais atores políticos”

Como será observado no tópico seguinte, evidente o referido modo de ativismo quando a jurisprudência da Suprema Corte legitima o Poder Judiciário, “em face do princípio da supremacia da Constituição, adotar, em sede jurisdicional, medidas destinadas a tornar efetiva a implementação de políticas públicas”⁸².

Em suma: o Poder Judiciário se agiganta diante dos outros Poderes, assim como um pai que deve cuidar dos filhos que se encontram em crise profunda, incapazes de assumirem compromissos perante a sociedade.

Assombroso o descaso do Poder Executivo Federal ante o insensível contingenciamento do orçamento do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN), ao se ter em vista que “é vedado o contingenciamento de recursos do FUNPEN” (art. 3º, § 6º, da Lei Complementar nº 79/94), para o custeio obrigatório de todo o Sistema Penitenciário Nacional⁸³.

Construtivo o relatado no voto do ministro Marco Aurélio⁸⁴ na ocasião do julgamento em Plenário dos pedidos cautelares da ADPF 347 / DF. Observe:

“Narra-se que esses valores têm sido, desde a criação do Fundo [FUNPEN], muito mal aplicados. Relatórios do próprio Departamento dão conta de que a maior parte é contingenciada ou, simplesmente, não utilizada. Para o ano de 2013, por exemplo, a dotação foi de R\$ 384,2 milhões, tendo sido empenhados R\$ 333,4 milhões. Todavia, apenas R\$ 73,6 milhões foram usados: R\$ 40,7 milhões do orçamento do ano e R\$ 32,8 milhões de restos a pagar. Isso significa que mais de 80% dos valores deixaram de ser utilizados. De acordo com a organização Contas Abertas, o saldo contábil do Fundo, no ano de 2013, chegou a R\$ 1,8 bilhão. Segundo o requerente, ao fim de 2014, o saldo já era de R\$ 2,2 bilhões”

⁸¹ CAMPOS, Carlos Alexandre Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 315.

⁸² Voto do Decano Celso de Mello na ADPF 347 / DF, p. 151. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em 31/07/2017.

⁸³ A assertiva sustenta-se ainda que a redação do art. 3º, § 6º, da LC 79/94 tenha se originado da Medida Provisória 781/2017. Aliás, só reforça o descaso do Poder Executivo Federal, a não subsunção contínua da realidade fática ao teor legal.

⁸⁴ Voto do Relator Marco Aurélio na ADPF 347 / DF, p. 39. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em 31/07/2017.

Ressalta-se que mesmo com a indevida retenção de verbas para o cumprimento de metas distantes do impopular sistema carcerário, o governo como um todo revela-se inoperante: o que legitima como derradeiro estímulo a expansão da Suprema Corte a expensas dos outros Poderes.

Salutar o magistério de AZEVEDO CAMPOS⁸⁵. Observe:

“É raro o Supremo concluir existirem espaços de decisão, ou questões relevantes, imunes à sua interferência, seja por tratar-se de questões políticas, seja porque ele assumiu não possuir a capacidade cognitiva específica. A verdade é que, de acordo com o avanço jurisprudencial do Supremo, todas as decisões relevantes dos outros poderes estão sujeitas ao controle de legitimidade constitucional pela Corte, e as razões políticas ou empíricas dessas decisões relevantes estão todas inteiramente sujeitas a esse controle sem gozar de qualquer precedência normativa”

Tamanho o desinteresse do Poder Executivo com os direitos fundamentais, que a Suprema Corte já se manifestou no sentido de ser lícito ao Poder Judiciário impor àquele a obrigação de efetivar até mesmo normas programáticas, conforme se observa da seguinte ementa de sua paulatina jurisprudência. *In verbis*:

REPERCUSSÃO GERAL. RECURSO DO MPE CONTRA ACÓRDÃO DO TJRS. REFORMA DE SENTENÇA QUE DETERMINAVA A EXECUÇÃO DE OBRAS NA CASA DO ALBERGADO DE URUGUAIANA. ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DESBORDAMENTO DOS LIMITES DA RESERVA DO POSSÍVEL. INOCORRÊNCIA. DECISÃO QUE CONSIDEROU DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE PRESOS MERAS NORMAS PROGRAMÁTICAS. INADMISSIBILIDADE. PRECEITOS QUE TÊM EFICÁCIA PLENA E APLICABILIDADE IMEDIATA. INTERVENÇÃO JUDICIAL QUE SE MOSTRA NECESSÁRIA E ADEQUADA PARA PRESERVAR O VALOR FUNDAMENTAL DA PESSOA HUMANA. OBSERVÂNCIA, ADEMAIS, DO POSTULADO DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARA MANTER A SENTENÇA CASSADA PELO TRIBUNAL. I - É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais. II - Supremacia da dignidade da pessoa humana que legitima a intervenção judicial. III - Sentença reformada que, de forma correta, buscava assegurar o respeito à integridade física e moral dos detentos, em observância ao art. 5º, XLIX, da Constituição Federal. IV - Impossibilidade de opor-se à sentença de primeiro grau o argumento da reserva do possível ou princípio da separação dos poderes. V - Recurso conhecido e provido (STF, RE 592.581 / RS, Rel.: Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, publicado no DJe em 01/02/2016)

⁸⁵ CAMPOS, Carlos Alexandre Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 314/315.

Delimitado o alcance do ativismo judicial estrutural, avança-se ao núcleo e deslinde do presente estudo: o julgado que reconheceu o Estado de Coisas Inconstitucional.

3.2.1 Estado de Coisas Inconstitucional na ADPF 347 MC / DF

Basilar ao estudo tal como se apresenta é o teor da Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347 / Distrito Federal ⁸⁶, requerida pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) e de relatoria do Marco Aurélio.

Do total de oito pedidos cautelares, a Suprema Corte, por maioria, deferiu dois pedidos: a aplicabilidade imediata da realização de audiências de custódias – apresentação imediata do preso ao juiz – em até 24 (vinte e quatro) horas da prisão em flagrante, conforme o disposto no art. 9.3 do Pacto dos Direitos Cívicos e Políticos⁸⁷ e no art. 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos⁸⁸ e o descontingenciamento das verbas acumuladas do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN) pela União, conforme a destinação específica para o qual fora criada, vedando-se novos contingenciamentos até a superação do Estado de Coisas Inconstitucional que assombra o sistema carcerário nacional.

Em relação à obrigatoriedade da realização de audiências de custódia, ressalta-se a observação do Ministro Gilmar Mendes ⁸⁹. *In litteris*:

“Em outras palavras, ao postular a realização de audiências de apresentação de flagrados ou a especial consideração da situação carcerária na avaliação da necessidade das prisões processuais ou cabimento da aplicação das penas alternativas, não se está buscando melhorar a situação de um preso em particular, mas reduzir a população prisional e, com isso, melhorar o respeito à coletividade dos presos”

⁸⁶ Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em 31/07/2017.

⁸⁷ Assim dispõe o teor do art. 9.3 do referido Pacto, promulgado no âmbito interno pelo Decreto 592/1992, *verbis*: “Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença”.

⁸⁸ Assim dispõe o teor do art. 7.5 do referido Pacto, promulgado no âmbito interno pelo Decreto 678/1992, *verbis*: “Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo”.

⁸⁹ Voto do Ministro Gilmar Mendes na ADPF 347 / DF, p. 138. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em 22/08/2017.

Frisa-se que não é a lei que foi declarada inconstitucional, e sim o sistema nacional penitenciário como um todo – superlotação, muros, escassos investimentos *etc.* – que foi reconhecido e declarado inconstitucional pela Suprema Corte.

O Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) originou-se da Corte Constitucional Colombiana⁹⁰ em 1997 (*Sentencia* SU-559, de 06 de novembro de 1997), persistindo até o ano de 2004 (*Sentencia* T-025, de 22 de janeiro de 2004) e é definida pela cumulação das seguintes características: a) graves violações generalizadas de direitos fundamentais insculpidos na Lei Maior; b) omissões persistentes e inconstitucionais do Poder Público em cumprir com as suas obrigações constitucionais; c) mudança exequível apenas mediante uma atuação conjunta dos Três Poderes da República, possuindo o Poder Judiciário relevante papel na coordenação das cíclicas incapacidades do Poder Executivo e do Poder Legislativo.

Sintetiza o exposto o seguinte trecho do voto inaugural⁹¹. Observe:

“Segundo as decisões desse Tribunal [Corte Constitucional Colombiana], há três pressupostos principais: situação de violação generalizada de direitos fundamentais; inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a situação; a superação das transgressões exigir a atuação não apenas de um órgão, e sim de uma pluralidade de autoridades”

Admissível, desse modo, em situações excepcionais, a intervenção do Poder Judiciário, inclusive, “na formulação e implementação de políticas públicas e em alocações de recursos orçamentários”⁹², revelando-se o Ativismo Judicial Estrutural (*vide* item 3.2) como consequência jurídica do Estado de Coisas Inconstitucional.

Descortina-se, pois, o referido estado inconstitucional no Poder Executivo ao contingenciar recursos do FUNPEN e em construir novos presídios – encontra a solução nas consequências e não na causa –, no Poder Legislativo em efetivar um Direito Penal cada vez mais populista – como se maiores punições evitassem maiores custos com os presos e menor reincidência – e no Poder Judiciário nas cotidianas fundamentações genéricas em aplicar as medidas cautelares como regra, evidenciando nítida cultura encarceradora, como antecipação da pena.

Magnitude recai na cultura do encarceramento que circunda a formação de muitos magistrados que saem de uma sociedade odiosa com relação ao criminoso, posto

⁹⁰ Conforme o voto do Relator Marco Aurélio na referida ação de controle concentrado, p. 29.

⁹¹ Voto do Ministro Marco Aurélio na ADPF 347 / DF, p. 29. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em 22/08/2017.

⁹² Conforme o voto da Ministra Rosa Weber, p. 114.

que 41% (quarenta e um por cento) do total dos presos encontram-se sob prisão preventiva, e, julgados, “a maioria alcança a absolvição ou a condenação a penas alternativas”⁹³, em nítida desproporcionalidade com a confirmação da presunção de inocência prevista no art. 5º, inciso LVII, da Lei Maior.

Ademais, transparece incoerente a aversão da sociedade ao preso: sem dúvida alguma, a grande parte dos crimes violentos – roubo e homicídio⁹⁴ – que, em tese, ratificaria o ódio do cidadão ao apenado, revela-se diminuta em relação a outros crimes com efeitos sociais bem mais perversos e causadores daqueles – tal como o tráfico de entorpecentes e a corrupção⁹⁵ – pelo inegável sucateamento do Estado e agravamento da desigualdade social.

Ocorre, entretanto, que traficantes são facilmente presos, ao passo que os agentes públicos ou particulares que minam o aparelhamento público são agraciados com prisões domiciliares, internações em clínicas de luxo e outras benesses processuais descortinadas apenas a estes e aos seus advogados por serem “amigos do rei”.

Ademais, totalmente hipócrita revela-se a opinião pública que condenada os crimes de colarinho branco, mas entende que “achado não é roubado”, “malandro é malandro, mané é mané”, furar fila é ser esperto, estacionar em vaga de deficiente por alguns minutinhos não é errado, pagar meia entrada não tendo direito a tanto é um direito aceitável, dedurar blitz em aplicativos para beneficiar motoristas embriagados ao volante é melhor que pagar motorista, inscrever-se como sendo negro apenas para passar em concursos públicos, enfim, o “jeitinho brasileiro” sintetizado na infeliz “lei de Gérson” que engrandece o Brasil com os políticos que nascem nesse meio social.

Ultrapassado os parênteses abertos, agrega-se ao exposto com o seguinte excerto do voto⁹⁶ do Ministro Roberto Barroso quanto ao perfil carcerário. Observe:

“E, por fim, Presidente, uma outra observação (também em diálogo com a sociedade): a sociedade brasileira, com justa razão, é atormentada por duas linhas de criminalidade: a criminalidade que importa violência e a

⁹³ Conforme o voto de lavra do Ministro Marco Aurélio, p. 27/28.

⁹⁴ Responsáveis, respectivamente, pela quantidade de 21% e 14% das prisões decretadas, conforme demonstrado no Capítulo 1, com base nos dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN, 2014. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/relatorio-depen-versao-web.pdf>. Acesso em 23/08/2017.

⁹⁵ Responsáveis, respectivamente, pela quantidade de 27% e abaixo de 1% das prisões decretadas, conforme demonstrado no Capítulo 1, com base nos dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN, 2014. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/relatorio-depen-versao-web.pdf>. Acesso em 23/08/2017.

⁹⁶ Conforme voto de lavra do Ministro Roberto Barroso, p. 70/71. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em 23/08/2017.

criminalidade que ela associa à corrupção - corrupção lato sensu, desde corrupção ativa, passiva até fraudes em licitações. Pois, interessantemente, a clientela preferencial do sistema penitenciário não é uma nem outra. A maior parte das pessoas que está presa no Brasil não está presa nem por crime violento, nem por criminalidade de colarinho branco. Mais da metade da população carcerária brasileira é de pessoas presas por drogas ou presas por furto. E o índice de pessoas presas por colarinho branco - é até estranho dizer - é abaixo de 1%, nessas estatísticas globais. Estou fazendo esse argumento um pouco pra demonstrar que prendemos muito - para usar um lugar-comum -, mas prendemos mal. Para não ficar apenas na retórica da frase, estou procurando demonstrar que não prendemos aqueles que a sociedade brasileira considera os seus grandes vilões. O índice de apuração de homicídios no Brasil - esta, sim, uma criminalidade violenta e grave - é de menos de 10%. É uma ínfima quantidade de pessoas que é efetivamente condenada por crimes violentos.”

Cristalino o fenômeno teorizado como erosão da consciência constitucional: a Lei Maior passa a ser vista como mera “carta de intenções”, sem força normativa, legitimando o seu menosprezo para resoluções, códigos e portarias no dia a dia forense.

O que existe é não é um problema de ineficácia, e sim um problema de inefetividade: as leis são válidas e vigentes, porém vazias de força coativa, isto é, os presos não têm direitos, assim como nenhuma dignidade, pois princípios como a reserva do possível, autoriza, em sentido diametralmente oposto ao abordado pelo Constituinte, a sobreposição de princípios constitucionais como a dignidade da pessoa humana – o preso persiste pessoa –, a vedação ao retrocesso social, a proporcionalidade, a vedação à tortura, a integridade física e moral do condenado; esses e outros princípios constitucionais colocados debaixo do tapete pela aplicação do princípio da reserva do possível – ou princípio da horrenda gestão-administrativa estatal.

Edificante o voto⁹⁷ do Ministro Celso de Mello. Observe:

“O fato inquestionável é um só: a inércia estatal em tornar efetivas as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela Constituição e configura comportamento que revela um incompreensível sentimento de desprezo pela autoridade, pelo valor e pelo alto significado de que se reveste a Constituição da República”

A dignidade da pessoa humana deve ser encarada como intrínseca ao delinquente, e não subordinada à moralidade ou à licitude de suas condutas. Logo, falsa a proposição popular de que perdida a dignidade quando ultrapassada a fronteira da não criminalidade. Pelo contrário, o delinquente continua ser humano, e, portanto, com

⁹⁷ Conforme voto de lavra do Decano Celso de Mello na ADPF 347 / DF, p. 153. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em 23/08/2017.

direitos fundamentais a serem respeitados pelo Estado que se encarrega do *ius puniendi* e da tutela do apenado para a sua efetiva ressocialização.

Complementa o exposto o voto⁹⁸ do Ministro Edson Fachin, *verbis*:

“Os estabelecimentos prisionais funcionam como instituições segregacionistas de grupos em situação de vulnerabilidade social. Encontram-se separados da sociedade os negros, as pessoas com deficiência, os analfabetos. E não há mostras de que essa segregação objetiva - um dia - reintegrá-los à sociedade, mas sim, mantê-los indefinidamente apartados, a partir da contribuição que a precariedade dos estabelecimentos oferece à reincidência”

Evidente que todo crime ofende determinado bem jurídico relevante e deixa sequelas na vítima, ou no espectro de sua personalidade que é o patrimônio, porém o delinquente não deve ter sua existência ignorada nas masmorras medievais que definem, infelizmente, as prisões pátrias: uma vez vedada constitucionalmente a pena de caráter perpétuo e a pena de morte – esta em tempos de paz –, fundamental a reinserção do apenado na sociedade extramuros. Essencial, pois, reinseri-lo com oportunidade real de sair do ciclo de violência que o perpetuará até ser morto nas ruas ou nas prisões. Deveras: não basta ter dignidade, deve-se existir com dignidade, conforme pontuou a Ministra Carmen Lúcia em seu voto⁹⁹.

Desse modo, torna-se essencial o papel ativista a ser exercido, *in casu*, pelo Supremo Tribunal Federal, posto que preso não dá voto. Resta, pois, ao Poder Judiciário como órgão contramajoritário garantir e dar voz às minorias paradoxalmente excluídas do Estado Democrático de Direito, em tutela da dignidade desses grupos vulneráveis.

Construtivo o seguinte excerto do voto do Ministro Luiz Fux¹⁰⁰. *In litteris*:

“O Supremo Tribunal Federal agora ocupa um papel de destaque até mesmo na garantia da governabilidade sob vários aspectos, porque, em várias ocasiões, essas políticas públicas não são enfrentadas. E enfrentá-las politicamente pode gerar um preço social muito grande para aqueles a quem compete decidir sobre essas matérias. Então, empurra-se para o Poder Judiciário - cujos juízes não são eleitos, são indicados, mas são concursados, e o próprio Poder Judiciário de primeiro grau -, porque ali evidentemente não há compromisso com um eleitorado e ele resolve as questões”

Em particular e como acréscimo ao todo exposto, intrigante a correlação da omissão que resulta no Estado de Coisas Inconstitucional – objeto próprio da Arguição

⁹⁸ Voto exposto na referida ação de controle concentrado, p. 56.

⁹⁹ Voto da Ministra Cármen Lúcia na ADPF 347 / DF, p. 121/122. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em 23/08/2017.

¹⁰⁰ Conforme o voto de lavra do Ministro Luiz Fux, p. 117.

de Descumprimento de Preceito Fundamental pelo princípio da subsidiariedade ¹⁰¹ – com as respectivas omissões que possibilitam impetrar o Mandado de Injunção e ajuizar a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, no que concerne, *in casu*, às distinções meramente materiais: enquanto a omissão que legitima o Estado de Coisas Inconstitucional demanda um *non facere* e solução dos Três Poderes, as omissões do Mandado de Injunção e da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão não alcançam referida magnitude de descaso – alcançando o Poder Legislativo ou o Poder Executivo.

3.2.2 Indenização e degradação do apenado no RE 580.252 / MS

Em caráter complementar à arguição de descumprimento acima esmiuçada é o julgamento do Recurso Extraordinário nº 580.252 / MS pelo Plenário da Suprema Corte, o qual reconheceu e deu provimento ¹⁰² ao recurso interposto por Anderson Nunes da Silva, no sentido de responsabilizar o Estado do Mato Grosso do Sul a pagar-lhe a soma de R\$ 2.000,00 (dois mil) reais a título de danos morais, posto não ter o recorrido zelado pela integridade física e psíquica do recorrente enquanto sob sua custódia.

Salutar o teor da Tese nº 365 de Repercussão Geral firmada pelo Plenário quando do julgamento do mérito recursal ¹⁰³. *In litteris*:

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

Notória a correspondência da responsabilidade objetiva do Estado para com a integridade física e psíquica do condenado – causadas pela superlotação prisional e pelo encarceramento em condições degradantes – sob sua custódia e do reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional do sistema penitenciário nacional como um todo, cuja desconstrução do referido estado inconstitucional pode ser alcançada, ao menos inicialmente, com o estímulo de novas políticas públicas através de indenizações.

¹⁰¹ Vide art. 4º, § 1º, da lei nº 9.882/99.

¹⁰² Recurso Extraordinário nº 580.252 / MS, de relatoria do falecido Ministro Teori Zavascki. Vide em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2600961>. Acesso em 24/08/2017.

¹⁰³ Consultável em simples pesquisa no site <<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>, no campo “Repercussão Geral”. Acesso em 07/08/2017.

Como muito bem enxergou o falecido Ministro Teori Zavascki, negar a responsabilidade objetivo do Estado com relação ao respeito dos presos como seres humanos com base no mero sucateamento dos recursos públicos e no famigerado princípio da reserva do possível, significa, em última análise, negar o próprio alicerce do Estado Democrático de Direito: exercer com legitimidade a jurisdição quando provocado por qualquer cidadão, excluído ou “priorizável”¹⁰⁴. Observe:

“Convém enfatizar que a invocação seletiva de razões de estado para negar, especificamente a determinada categoria de sujeitos, o direito à integridade física e moral, não é compatível com o sentido e o alcance do princípio da jurisdição, já que, acolhidas essas razões, estar-se-ia recusando aos detentos os mecanismos de reparação judicial dos danos sofridos, deixando-os a descoberto de qualquer proteção estatal, numa condição de vulnerabilidade juridicamente desastrosa. Trata-se de uma dupla negativa, do direito e da jurisdição. Não pode a decisão judicial, que é o subproduto mais decantado da experiência jurídica, desfavorecer sistematicamente a um determinado grupo de sujeitos, sob pena de comprometer a sua própria legitimidade”

Ante o exposto, conclui-se pela imperiosa caracterização do Estado como garantidor da guarda e da segurança dos apenados em decorrência do seu *ius puniendi*, devendo, pois, ser vedado o tratamento degradante no território brasileiro (art. 5º, inciso III, da Lei Maior) e garantido o respeito à intimidade da pessoa humana (art. 5º, inciso X, da Lei Maior) e à integridade física e moral (art. 5º, inciso XLIX, da Lei Maior), cujo descumprimento resultará na responsabilidade objetiva da pessoa jurídica de direito público ou de direito privado prestadora de serviço público (art. 37, § 6º, da Lei Maior).

3.3 Custo estatal do preso e Súmula Vinculante nº 56

Conforme exposto pela Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministra Cármen Lúcia, “um preso no Brasil custa R\$ 2,4 mil por mês e um estudante do ensino médio custa R\$ 2,2 mil por ano. Alguma coisa está errada na nossa Pátria amada”¹⁰⁵.

Pois bem, como repisado no decorrer do estudo, a manutenção persistente do sistema penitenciário em fragmentos contribui para a inevitável concessão de prisões domiciliares aos apenados em regime aberto e, porventura, no regime semiaberto, posto que a péssima gestão administrativa do Estado não pode recair sobre o condenado.

¹⁰⁴ Voto do relator Teori Zavascki. Em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/12/art20141204-03.pdf>>, fls. 09/10. Acesso em 24/08/2017.

¹⁰⁵ Exposição ocorrida na 64ª Reunião do Colégio Nacional de Secretário de Segurança Pública (CONSESP), realizada em novembro/2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83819-carmen-lucia-diz-que-presos-custam-13-vezes-mais-do-que-um-estudante-no-brasil>. Acesso em 07/08/2017.

Desse modo, elucidativo o teor do julgamento do Recurso Extraordinário nº 641.320 / RS pelo Plenário da Suprema Corte, o qual reconheceu e deu parcial provimento¹⁰⁶ ao recurso interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, fixando a possibilidade jurídica de o apenado cumprir a pena em regime aberto ou em prisão domiciliar quando constatada a falta de estabelecimento penal compatível com a parte dispositiva da sentença condenatória – pena privativa de liberdade a ser cumprida em regime semiaberto ou em regime aberto.

Corrosiva a crítica do ilustríssimo Ministro Celso de Mello direcionada ao Poder Executivo quanto à solidificada ausência de implementação de políticas públicas tendentes à concretude da Lei de Execução Penal, o que legitima o Poder Judiciário a impor obras emergenciais nos estabelecimentos penitenciários, assegurando a efetivação do macroprincípio da dignidade da pessoa humana, sem especular-se em afronta à Tripartição dos Poderes¹⁰⁷. Observe:

“A razão desse meu posicionamento apóia-se no fato de que o Poder Executivo, a quem compete construir estabelecimentos penitenciários, viabilizar a existência de colônias penais (agrícolas e industriais) e de casas do albergado, além de propiciar a formação de patronatos públicos e de prover os recursos necessários ao fiel e integral cumprimento da própria Lei de Execução Penal, forjando condições que permitam a consecução dos fins precípuos da pena, em ordem a possibilitar “a harmônica integração social do condenado e do internado” (LEP, art. 1º, “in fine”), não tem adotado as medidas essenciais ao adimplemento de suas obrigações legais, muito embora a Lei de Execução Penal (que é de 1984) preveja, em seu art. 203, decorridos, portanto, quase 32 anos do início de sua vigência (!!!), mecanismos destinados a compelir as unidades federadas a projetarem a adaptação e a construção de estabelecimentos e serviços penais previstos em referido diploma legislativo, inclusive com expressa determinação para que forneçam os equipamentos necessários ao regular funcionamento do sistema penitenciário”

Salutar observar que o teor da Tese nº 423 de Repercussão Geral firmada quando do julgamento do mérito recursal, em 11/05/2016, culminou na edição da Súmula Vinculante 56, aprovada pelo Plenário em 29/06/2016. *In litteris*:

Súmula Vinculante 56: “A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nessa hipótese, os parâmetros fixados no RE 641.320/RS”

¹⁰⁶ Recurso Extraordinário nº 641.320 / RS, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes. Vide em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11436372>. Acesso em 24/08/2017.

¹⁰⁷ Voto do Decano Celso de Mello no RE 641.320 / RS, fl. 85.

Cristalino, pois, como medida de crise ao Estado de Coisas Inconstitucional em que submersa a realidade jurídico-social a adoção da tornozeleira eletrônica, cujo custo alcança cerca de R\$ 300,00 (trezentos) reais¹⁰⁸ à sociedade – em contraposição aos R\$ 2.400,00 (dois mil e quatrocentos) reais mensais intramuros –, cuja efetivação, à evidência, desonerará o Estado de custear a alimentação, a vigilância por agentes penitenciários, a locomoção, a energia elétrica e o zelo pela integridade física e moral do apenado – ainda mais tendo em vista o risco de condenação judicial quanto ao pagamento de indenização aos encarcerados, conforme já exposta fixação da tese de repercussão geral reconhecida no RE 580.252 / MS.

Referida sugestão coaduna-se melhor com o decidido no RE 641.320 / RS, como se observa no seguinte excerto¹⁰⁹ do que restou decidido – item (ii). *In verbis*:

“O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, deu parcial provimento ao recurso extraordinário, apenas para determinar que, havendo viabilidade, ao invés da prisão domiciliar, observe-se: (i) a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas; (ii) a liberdade eletronicamente monitorada do recorrido, enquanto em regime semiaberto; (iii) o cumprimento de penas restritivas de direito e/ou estudo ao recorrido após progressão ao regime aberto, vencido o Ministro Marco Aurélio, que desprovia o recurso”

Assim, as questões levantadas no decorrer do estudo indicam como medida descarcerizadora o uso da tornozeleira nos presos provisórios que compõem cerca de 41% da população carcerária¹¹⁰, deixando na prisão apenas os condenados efetivos, de modo a evitar a cultura do encarceramento em detrimento da presunção da inocência – na concretude da antecipação da pena privativa de liberdade.

Nesse sentido dispõe MARIANA MICHELOTTO¹¹¹, *verbis*:

“Segundo dados do Departamento Penitenciário Nacional (Depen) divulgados em 2015, estima-se que 25,91% dos monitorados por tornozeleira eletrônica estão cumprindo regime aberto em prisão domiciliar; 21,87% estão cumprindo regime semiaberto em prisão domiciliar; 19,89% estão cumprindo regime semiaberto em trabalho externo; 16,57% estão em saída temporária; 1,77% em regime fechado em prisão domiciliar e 0,17% em livramento condicional. Ou seja: 86% das pessoas monitoradas encontram-se em execução penal.

¹⁰⁸ Matéria jornalística disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/uso-de-tornozeleiras-eletronicas-dispara-mercado-cresce-quase-300-19637514>. Acesso em 24/08/2017.

¹⁰⁹ Recurso Extraordinário nº 641.320 / RS, fl. 03.

¹¹⁰ Relatório do voto do Ministro Marco Aurélio, no julgamento da ADPF 347 MC / DF, fl. 11.

¹¹¹ MICHELOTTO, Mariana. *Decisão do STF deve consolidar o uso das tornozeleiras eletrônicas no Brasil*. Artigo extraído do site JOTA. Publicado em 16/07/2016. Em: <https://jota.info/artigos/decisao-stf-deve-consolidar-o-uso-das-tornozeleiras-eletronicas-no-brasil-16072016>. Acesso em 25/08/2017.

Evidente, portanto, que a monitoração eletrônica não vem sendo aplicada com frequência como medida cautelar diversa da prisão preventiva (anterior à condenação definitiva), vez que representa apenas 8,42% das pessoas monitoradas, o que infelizmente, implica em pouca redução do número de presos provisórios no país”

O próprio uso da analogia *in bonam partem* pode estender a redação do art. 146-B da Lei de Execução Penal: o que decorre inclusive da consequência lógico-jurídica do disposto na Súmula Vinculante nº 56 já pincelada.

Assim dispõe a redação do art. 146-B da Lei de Execução Penal. *In litteris*:

Art. 146-B. O juiz poderá definir a fiscalização por meio da monitoração eletrônica quando:

I - (VETADO);

II - autorizar a saída temporária no regime semiaberto;

III - (VETADO);

IV - determinar a prisão domiciliar;

V - (VETADO);

Parágrafo único. (VETADO).

Em suma, descortina-se a seguinte evolução jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal quanto ao falido sistema penitenciário: (i) em 09/05/2015, foi declarado, cautelarmente, o Estado de Coisas Inconstitucional, na ADPF 347 MC / DF, ocasião em que o Plenário, por maioria, deu provimento parcial e reconheceu a aplicabilidade imediata da realização de audiências de custódia em todo o território nacional e o descontingenciamento das verbas acumuladas do Fundo Penitenciário Nacional (FUNPEN) pela União, conforme a destinação específica para o qual fora criada; (ii) em 11/05/2016, foi reconhecida, por maioria, a necessidade de o condenado cumprir pena em prisão domiciliar quando inexistentes os regimes semiaberto e aberto, no RE 641.320 / RS; (iii) em 29/06/2016, foi aprovada a redação da Súmula Vinculante nº 56, decorrente da Tese nº 423 de Repercussão Geral fixada no julgamento do referido recurso extraordinário; (iv) em 16/02/2017, foi provido o mérito do RE 580.252 / MS pelo Plenário, no sentido de responsabilizar o Estado do Mato Grosso do Sul a pagar ao recorrente Anderson Nunes da Silva a soma de R\$ 2.000,00 (dois mil) reais a título de danos morais, posto não ter o recorrido zelado pela integridade física e psíquica do recorrente enquanto sob sua custódia, o que, aliás, solidificou-se na fixação da Tese nº 365 de Repercussão Geral, extensível a qualquer caso concreto relacionado ao Estado de Coisas Inconstitucional.

CONCLUSÃO

Ante todo o estudo pormenorizado, as esperançosas propostas – não se pretende esgotar alguma solução definitiva à complexa situação fático-jurídica vivenciada no Sistema Carcerário Nacional – espelham duas esferas: a primeira como transitória medida e caminho-meio, e a segunda como contínua medida e caminho-fim.

A primeira esfera pode ser iniciada pelo investimento no uso da tornozeleira eletrônica – em que pese o Governo do Distrito Federal não utilizá-la – exclusivamente aos presos provisórios que se encontrem encarcerados como autêntica antecipação da pena, o que manifesta-se, em grande parte, pela certeza dos sujeitos do processo criminal da não punição devida, proporcional àqueles e pela inabalável crença na efetividade da “cultura do encarceramento”, muito bem desagasalhada pelo Ministro Marco Aurélio quando julgado os pedidos cautelares da investigada Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Inconteste que a dispersão da referida medida descarcerizadora tanto aos presos provisórios como aos apenados que cumprem a pena em regime aberto ou, até mesmo, em regime semiaberto pulverizará de viabilidade o referido instrumento eletrônico. Explica-se. Acondicionando enjaulados os presos provisórios apenas quando estritamente necessário “como garantia da ordem pública” (art. 312 do CPP) e, assim, tornando efetivo o princípio constitucional da não culpabilidade ante a liberdade do réu enquanto ainda não condenado, reduzir-se-á notadamente o custo do preso ao Estado.

A título de simplória exemplificação (*vide* tabela abaixo), considerando o sistema penal em que cada preso custe – como demonstrado no Capítulo 3, item 3.3 – aproximadamente R\$ 2.400,00 reais (dois mil e quatrocentos) reais mensais enquanto enclausurado e cerca de R\$ 300,00 (trezentos) reais mensais se com tornozeleira eletrônica – quando ausentes os motivos sócio-jurídicos fundamentadores, por exemplo, de uma prisão preventiva – em um conjunto de cem presos, o gasto será de R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil) reais mensais ao Estado. Sendo quarenta e um destes o percentual de presos provisórios no cenário brasileiro, em notável “cultura do encarceramento”, e, ainda, considerando-se como aceitável o percentual de quinze por cento como imperiosas prisões cautelares – o que resulta em seis presos provisórios do total de quarenta e um que devem ser segregados cautelarmente do convívio social –, tem-se o cenário em que, do total inicial de cem presos, trinta e cinco sejam postos em

liberdade durante o trâmite processual – com o uso da tornozeleira eletrônica – e sessenta e cinco em segregação. Assim, revela-se um gasto de R\$ 10.500,00 (dez mil e quinhentos) reais mensais aos réus com tornozeleiras eletrônicas e um gasto de R\$ 156.000,00 (cento e cinquenta e seis mil) reais mensais aos indivíduos segregados, ou seja, dos seis indivíduos do grupo de quarenta e um presos cautelarmente mais os cinquenta e nove presos definitivos, o que resulta em R\$ 166.500,00 (cento e sessenta e seis mil e quinhentos) reais mensais ao Estado fictício.

Sintetiza o parágrafo acima a seguinte tabela. Observe:

1 preso = R\$ 2.400,00 reais p/ mês → 100 presos = R\$ 240.000,00 reais p/ mês		
41% de presos provisórios = 41 presos		59% presos definitivos = 59 presos
06 presos encarcerados (≈ 15%)	35 presos com tornozeleira eletrônica	59 presos encarcerados
6 x R\$ 2.400,00 = R\$ 14.400,00 reais p/ mês	35 x R\$ 300,00 = R\$ 10.500,00 reais p/ mês	59 x R\$ 2.400,00 reais = R\$ 141.600,00 reais p/ mês
R\$ 14.400,00 + R\$ 10.500,00 + R\$ 141.600,00 = R\$ 166.500,00 reais p/ mês		
R\$ 166.500,00 reais p/ mês ≡ <u>economia de 30,62% ao Estado fictício</u>		

Referido importe, em comparação com o solidificado e expressivo gasto de R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil) reais gerados pelos cem indivíduos presos nas “masmorras medievais” – expressão pontuada pelo então Ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, em idos de 2015 – resulta na economia de até trinta por cento e sessenta e dois décimos ao Estado fictício: um valor expressivo diante de um horizonte de crises – acaso não mal utilizado, contingenciado ou desviado – e louvável à sociedade quanto ao efetivo destino dos recursos públicos, o que pode contribuir para uma melhor alocação dos apenados restantes, além de uma diminuição de trinta e cinco por cento do número de presos nas superlotadas masmorras, propiciando alguma aproximação com os ideais do Legislador Constituinte Originário e estimada concretude ao principal vetor da teoria unificadora da pena adotada no ordenamento jurídico que é a ressocialização – ou melhor, a perda do viciado convívio com a sociedade intramuros.

Convém ressaltar que, ao contrário de soluções diversas, a privatização dos estabelecimentos penais muito pouco contribuirá com a mudança necessária ao Sistema Penitenciário Nacional: a limitação no número de vagas apenas colocará a poeira para debaixo dos tapetes, isto é, os presos excedentes serão alocados em presídios públicos, criando verdadeiras ilhas jurídicas no oceano do Estado de Coisas Inconstitucional.

Ademais, tal solução não ataca a causa do problema, repassando o bastão às concessionárias, ou seja, os mesmos problemas cuja solução o Estado – coordenado pelo Poder Judiciário no exercício do Ativismo Judicial Estruturante. A falta de fé do Estado ao repassar os problemas a diversos licitantes, além de não diminuir o fluxo de criminosos pela esperada limitação no número de presos, não condiz com a sua missão constitucional: melhor seria a promulgação de uma nova Lei Maior que simplesmente ignorasse a existência da “população sem dignidade” ao invés de escurecer a vista pela constante percepção à crença de que alguma concessionária tudo resolverá.

Desse modo, cristalino que a superação do desnudado problema requer alta e uníssona atuação dos Três Poderes da República, o que legitima, ao menos enquanto pendente a solução, a sobreposição do Poder Judiciário em relação aos demais Poderes, o que se divisa aos poucos na evolução jurisprudencial da Suprema Corte (tal como na ADPF 347 / DF, no RE 580.252 / MS, no RE 592.581 / RS e no RE 641.320 / RS). O horizonte sonhado quando da promulgação da Lei Maior rascunhava um efetivo diálogo e firme equilíbrio entre os Três Poderes, decorrente, em grande parte, da neonata esperança de união do povo brasileiro que sofrera duramente as chagas de uma ditadura militar, esperança esta sepultada pela efetividade descarada da “lei de Gerson” – o jeitinho malandro de viver o Brasil à la Zeca Carioca – sobre a Lei Maior pela não conveniência no oferecimento de uma educação de qualidade – em especial, educação política e ética – ao Estado Democrático de Direito inaugurado em 1988.

Portanto, compreensível e emergencial a sobreposição do Poder Judiciário em nítido papel ativista – especificamente, Ativismo Judicial Estrutural – até o esperado e imaginado equilíbrio institucional tal como estabelecido pelo Legislador Constituinte Originário – um Poder Executivo eficiente, um Poder Legislativo mais democrático que a bancada “Bíblia, Boi e Bala” e um Poder Judiciário que somente aplique a lei – entre todos os Poderes como última alternativa restante à harmonia constitucional: ainda que indiscutível o risco de a exceção tornar-se a regra e redundar, *ad extremum*, em um governo togado e em um eclipse de todo o aparato burocrático em Estado de Coisas Inconstitucional, tal como, a título de exemplificação, vem ocorrendo com a corriqueira falta de vagas nas creches públicas pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (*vide* os Acórdãos n^{os} 994.978 e 982.910), ou seja, com a calculada omissão do Poder Executivo em executar o direito social à educação básica e infantil como mera facultatividade governamental, corroendo a Lei Maior numa simplória “carta de

intenções”, sem qualquer força normativa – e que mais tarde poderá estender-se ao Sistema da Seguridade Social (tanto na Previdência Social como no Sistema Único de Saúde), no Sistema Eleitoral, nos corriqueiros cortes do Direito Ambiental, na efetividade da lei de improbidade apenas a prefeitos *etc.*.

A segunda esfera, ainda mais fantasiosa, repousa na consciência eleitoral, através na escolha e na ativa busca de informações quando na urna os eleitores. Desse modo, evita-se a conservação da crise de representatividade e tange-se o efetivo diálogo entre os Três Poderes, a partir de retos representantes do Poder Executivo e do Poder Legislativo eleitos pelo voto consciente, evitando, quiçá, uma pejorativa interpretação com os três macacos sábios (Mizaru, Kikazaru e Iwazaru) que muito bem representam o cenário incrustado na história do povo canarinho.

Tão certo quanto a luz no fim do túnel, o voto consciente ofuscará o natural precipício entre os que vivem e deleitam-se da política – leia-se governantes – e os que torcem o nariz quando ouvem política pois nada leem, afastando a seletividade criminal a cada dia mais internalizada: maior punição a crimes de pobres e maior blindagem a crimes de colarinho branco. Frisa-se que os crimes de tráfico de entorpecentes e os crimes de colarinho branco revelam-se os crimes-mães de todo os crimes restantes: aqueles são os estratos da intensa desigualdade social no Brasil; estes, do caráter torto do povo brasileiro que gera políticos desonestos. De uma forma ou de outra resultam em roubos, homicídios, receptações, sonegações fiscais, furtos e intensa violência.

Enfim, como pontuado pelo Ministro Barroso no voto da esmiuçada ADPF: “As pessoas olham o sistema penitenciário e frequentemente fecham os olhos na crença de que jamais passarão por aquilo. Essa é a pior forma de insensibilidade nessa vida, que ocorre quando a gente tem certeza de que não vai passar por aquela situação”¹¹², e, portanto, a sociedade torna-se no que tanto abomina.

Espera-se com as desnudadas propostas restaurar a fé no Direito e, por consequência, a efetividade da “Carta das Recomendações” de modo que triunfe além das salas de aulas das inúmeras faculdades de Direito e questões de múltipla escolha em concursos. O problema, repisa-se, revela-se em certo grau mais cultural que jurídico, cujas respostas não fogem da origem.

¹¹² Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em 27/08/2017, fl. 71.

BIBLIOGRAFIA

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro.* São Paulo: Saraiva. 2012. 6ª ed.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – vol. 1.* São Paulo: Saraiva. 2013. 19ª ed.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.* Promulgada pela Assembleia Constituinte Originária em 05 de outubro de 1988.

BRASIL. Código de Processo Penal. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.* Publicado no Diário Oficial da União em 13 de outubro de 1941 e retificado em 24 de outubro de 1941.

BRASIL. Código Penal. *Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.* Publicado no Diário Oficial da União em 31 de dezembro de 1940.

BRASIL. Convenção Americana sobre Direitos Humanos. *Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992.* Publicado no Diário Oficial da União em 09 de novembro de 1992.

BRASIL. Estatuto da Juventude. *Lei nº 12.852, de 5 de agosto de 2013.* Publicado no Diário Oficial da União em 06 de agosto de 2013.

BRASIL. Lei Antiterrorismo. *Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016.* Publicado no Diário Oficial da União em 17 de março de 2016 e retificado em 18 de março de 2016.

BRASIL. Lei da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999.* Publicado no Diário Oficial da União em 06 de dezembro de 1999.

BRASIL. Lei de Combate às Organizações Criminosas. *Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013.* Publicado no Diário Oficial da União em 05 de agosto de 2013.

BRASIL. Lei de Execução Penal. *Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984.* Publicado no Diário Oficial da União em 31 de julho de 1984.

BRASIL. Lei de Segurança Nacional. *Lei nº 7.170, de 14 de dezembro de 1983.* Publicado no Diário Oficial da União em 15 de dezembro de 1983.

BRASIL. Lei do Fundo Penitenciário Nacional. *Lei Complementar nº 79, de 07 de janeiro de 1994.* Publicado no Diário Oficial da União em 10 de janeiro de 1994.

BRASIL. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. *Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992.* Publicado no Diário Oficial da União em 07 de julho de 1992.

BRASIL. ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE EMPRESAS DE PESQUISA. *Critério de Classificação Econômica Brasil – ABEP, 2016.* Disponível em: <www.abep.org/Servicos/Download.aspx?id=12>. Acesso em 16/05/2017.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Relatório da CPI do Sistema Carcerário – Câmara dos Deputados, 2008.* Disponível em: <[http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/cpi_sistema_carcerario%20\(1\).pdf](http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/cpi_sistema_carcerario%20(1).pdf)>. Acesso em 15/05/2017.

_____. **Projeto de Lei nº 4850/2016.** *10 Medidas contra a corrupção.* Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2080604>>. Acesso em: 20/04/2017.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil – CNJ, 2014.* Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/censo-carcerario.pdf>>. Acesso em 15/05/2017.

_____. *Cármem Lúcia diz que preso custa 13 vezes mais do que um estudante no Brasil.* Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83819-carmen-lucia-diz-que-presos-custa-13-vezes-mais-do-que-um-estudante-no-brasil>>. Acesso em 07/08/2017.

_____. *Resolução nº 213/2015.* Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/resoluo-n213-15-12-2015-presidencia.pdf>. Acesso em 09/07/2017.

BRASIL. DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN, 2014.* Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/documentos/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em 14/05/2017.

_____. *Relatório da Situação Atual do Sistema Penitenciário – DEPEN, 2008.* Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/arquivos/plano-diretor/anexos-plano-diretor/meta01_patronatos.pdf>. Acesso em 16/05/2017.

BRASIL. INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Relatório de Pesquisa sobre a Reincidência Criminal no Brasil – IPEA, 2015.* Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/07/572bba385357003379ffeb4c9aa1f0d9.pdf>>. Acesso em 14/05/2017.

BRASIL. O GLOBO. *Uso de tornozeleiras eletrônicas dispara e mercado cresce quase 300%.* Matéria jornalística disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/uso-de-tornozeleiras-eletronicas-dispara-mercado-cresce-quase-300-19637514>>. Acesso em 24/08/2017.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 84.412 / SP. Segunda Turma, Relator: Ministro Celso de Mello. DJ 19/11/2004, p. 37.

_____. ADPF MC 347 / DF. Tribunal Pleno, Relator: Ministro Marco Aurélio. DJe 19/02/2016.

_____. HC 82.959 / SP. Tribunal Pleno, Relator: Ministro Marco Aurélio. DJ 01/09/2006.

_____. HC 111.840 / ES. Tribunal Pleno, Relator: Ministro Dias Toffoli, DJe 17/12/2013.

_____. RE 580.252 / MS. Tribunal Pleno, Relator: Ministro Teori Zavascki. DJe 24/02/2017.

_____. RE 592.581 / RS. Tribunal Pleno, Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. DJe 01/02/2016.

_____. RE 641.320 / RS. Tribunal Pleno, Relator: Ministro Gilmar Mendes. DJe 01/08/2016.

BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. Processo nº 20160020200523RAG, Acórdão nº 966162, 1ª Turma Criminal, Relator: Desembargador George Leite, DJe 20/09/2016, p. 121/133.

_____. Processo nº 20041010005462APR, Acórdão nº 332128, 1ª Turma Criminal, Relator: Desembargador George Leite, DJe 09/12/2008, p. 166.

_____. Processo nº 20150110703037APC, Acórdão nº 994978, 5ª Turma Cível, Relatora: Juíza de Direito Substituta de Segundo Grau Maria Ivatônia. DJe 08/03/2017, p. 320/323.

_____. Processo nº 20150110524437APO. Acórdão nº 982910. 5ª Turma Cível, Relatora: Juíza de Direito Substituta de Segundo Grau Maria Ivatônia. DJe 30/01/2017, p. 425/434.

BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. Processo nº HC 2009.01.00.057598-5 / PA, Terceira Turma, Relator: Juiz Federal Tourinho Neto, e-DJF1 20/11/2009, p. 86.

_____. Processo nº AGEPN 2010.41.00.001769-1 / RO, Quarta Turma, Relator: Desembargador Hilton Queiroz, e-DJF1 22/09/2010, p. 31.

CAMPOS, Carlos Alexandre Azevedo. *Dimensões do Ativismo Judicial do Supremo Tribunal Federal.* Rio de Janeiro: Forense. 2014.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. ALLIANZ. *Economic Research – Allianz Global Wealth Report, 2016.* Disponível em: <https://www.allianz.com/v_1474281539000/media/economic_research/publications/specials/en/AGWR2016e.pdf>. Acesso em 16/05/2017.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. FORTUNE. *America is the richest, and the most unequal, country.* Disponível em: <<http://fortune.com/2015/09/30/america-wealth-inequality/>>. Acesso em 16/05/2017.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. TRANSPARENCY INTERNATIONAL. *Corruption Perceptions Index, 2016.* Disponível em: <http://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2016>. Acesso em 16/05/2017.

HEGEL, G. W. F. *Princípios da Filosofia do Direito.* São Paulo: Martins Fontes. 1997. 1ª ed.

JAKOBS, Günther. *Direito Penal do Inimigo – noções e críticas.* Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2015. 6ª ed.

JESUS, Damásio de. *Direito Penal – Parte Geral.* São Paulo: Saraiva. 2015. 35ª ed.

KANT, Immanuel. *A Metafísica dos Costumes*. São Paulo: Folha de São Paulo. 2010. 1ª ed.

MICHELOTTO, Mariana. *Decisão do STF deve consolidar o uso das tornozeleiras eletrônicas no Brasil*. Artigo extraído do site JOTA. Publicado em 16/07/2016. Disponível em: <<https://jota.info/artigos/decisao-stf-deve-consolidar-o-uso-das-tornozeleiras-eletronicas-no-brasil-16072016>>. Acesso em 25/08/2017.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas. 2015. 31ª ed.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. São Paulo: Forense. 2017. 14ª ed.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. São Paulo: RT. 2002. 3ª ed.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl et PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: RT. 2013. 10ª ed.

ZAFFARONI, Eugênio Raul et BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro – Vol. 1*. Rio de Janeiro: Revan. 2011. 4ª ed.