



SOCIEDADE DOS ADVOGADOS
CRIMINAIS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

BOLETIM DA SACERJ

OUTUBRO/JUNHO- 2023

N14 ISSN 2965-3649



CONTEÚDO

Apresentação	1
Editorial	2
RETRATOS DE UM GOLPE À DEMOCRACIA	2
Palavra do Presidente	4
SACERJ se despede de 2022 com festa e confere prêmio HELENO CLAUDIO FRAGOSO ao vencedor do I Concurso Jurídico	4
FERNANDO FRAGOSO PRESENTE!	5
Miscelânea	7
ADVOGADO HOMENAGEADO	7
ESCRITÓRIO-MODELO DA SACERJ ESTÁ EM PLENA ATIVIDADE... ..	9
Dois Dedos de Prosa	10
JEAN-BATISTE DEBRET E A PENA DE MORTE	10
Artigos	20
PUBLICIDADE OPRESSIVA E O CRIMINOSO DESEQUILÍBRIO PRO- CESSUAL.....	20
FOUCAULT: PODER POLÍTICO, BIOPODER E GUERRA.....	23
Pareceres	28
PARECER DAS COMISSÕES PERMANENTES DE DIREITO PENAL E CRIMINOLOGIA - INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS .	28
Crônica	42
MEU PAI ME CONTOU: EVANDRO LINS E SILVA.....	42
EPISÓDIO INUSITADO NA VIDA DE UM ADVOGADO CRIMINALISTA....	43

APRESENTAÇÃO

Kátia Tavares
Diretora Cultural

O Boletim é uma publicação da Sociedade dos Advogados Criminais do Estado do Rio de Janeiro – SACERJ –, que foi fundada no dia 9 de setembro do ano de 1991.

A publicação do Boletim inaugura um novo espaço de reflexão, com lançamentos de pareceres, artigos jurídicos, entrevistas, resenhas, crônicas e textos literários de seus associados, sobre temas que vão do clássico ao contemporâneo, de relevância não somente para o debate acadêmico, mas, sobretudo, para compreensão das demandas da advocacia criminal brasileira, pois, em tempos de punitivismo, o pensamento crítico se torna fundamental.

Nesta edição, regozijamo-nos com duas homenagens há muito devidas a ele que, além de fundador, foi também o primeiro presidente da SACERJ: Evandro Lins e Silva. Assim, na sessão de miscelânea o leitor encontrará um singelo artigo dedicado à trajetória de Evandro e lembrando alguns de seus casos mais marcantes; e, na sessão de crônicas, mais um texto da acalentadora e já clássica série “Meu

DIRETORIA

João Carlos Castellar
Presidente

Marcia Dinis
Vice-Presidente

João Bernardo Kappen
Diretor Executivo

June Cirino dos Santos
Secretária Executiva

Maria Clara Batista
Diretora Financeira

Carlos Bruce Batista
Secretário Financeira

Kátia Tavares
Diretora Cultural

Luciano Saldanha
Secretário Cultural

CONSELHO CONSULTIVO

Alexandre Moura Dumas
André Nascimento

Arthur Lavigne

Carlos Eduardo Machado

Carmen da Costa Barros

Dea Rita Matosinhos

Fernando Fragoso

João Mestieri

José Carlos Tórtima

Juarez Cirino dos Santos

Juarez Tavares

Luís Guilherme Vieira

Marcio Barandier

Nilo Batista

Renato Tonini

EDIÇÃO DO BOLETIM

Kátia Tavares
Editora Responsável

* * *

Projeto Gráfico
PoD Editora

Capa
Emanuel Soledade

Diagramação
Luiz Claudio Furtado

Impressão
PoD Editora

Contato

Av. Almirante Barroso, 91, Salas 1209/1216 -
Centro | Rio de Janeiro - RJ • <http://sacerj.com.br>
T. +55 21 2004-5160

pai me contou”. Em ambos os textos, mais do que a memória, o leitor certamente encontrará um pouco da inspiração que Evandro proporcionou em vida.

Na Palavra do Presidente, ainda em uma nota saudosa, é homenageada a memória de Fernando Fragoço (presente!), sócio fundador e membro querido de nossa associação, cuja trajetória igualmente inspira a todos os colegas de profissão.

Além das homenagens, selecionamos dois artigos com relevantíssimas reflexões: o primeiro, sobre a publicidade opressiva de julgamentos criminais, da pena de Luís Guilherme Vieira e Jacinto Coutinho; e o segundo, sobre o conceito foucaultiano de poder, de Juarez Cirino dos Santos. Já na sessão de pareceres, destacamos o brilhante trabalho de Claudio Bidino sobre o Projeto de Lei que pretende extinguir o direito às saídas temporárias dos presos, entre outros agravamentos de pena.

Também merecem destaques o artigo de nosso presidente, João Carlos Castellar - “Debret e a pena de morte” -, cujo texto nos convida a um instigante passeio pela história do Rio de Janeiro e do nosso direito, e as novidades do escritório modelo da SACERJ.

Fechando o boletim com a leveza do riso, a crônica de Marcelo de Carvalho sobre um “episódio” de sua carreira profissional. Mais do que cômico, o pequeno caso mostra a perspicácia que atravessa o atuar do bom criminalista, mesmo quando de improviso.

Brindamos a todos com estas obras instigantes e desejamos uma boa leitura!



RETRATOS DE UM GOLPE À DEMOCRACIA

Kátia Rubinstein Tavares
Diretora Cultural da SACERJ

Após as eleições de 2018, o governo bolsonarista tinha a maioria nas Casas Legislativas do Brasil. No entanto, o total desdém do ex-presidente com a pandemia do COVID-19, aliado ao negacionismo, o seu apoio político passou a ficar fragilizado. Assim, observa-se que inversamente proporcional cresceu a ramificação de sua nefasta atuação política que se manteve no âmbito social, criando uma verdadeira rede de apoio ao, então, presidente. É nesse contexto que podemos constatar o nascimento de um fanatismo messiânico em que, diante da ausência de apoiadores no meio político, Jair Bolsonaro encontrou a base perfeita para perpetuar o seu suporte, principalmente dentro dos meios de atuação entre os evangélicos e milicianos.

Ao estudarmos o fenômeno do bolsonarismo, podemos entendê-lo como um fator de identificação social: aqueles que dizem pertencer à essa classe por serem “contra o comunismo e por quererem preservar a família e os dogmas religiosos.” Na verdade, sabemos que a identificação imaginária bolsonarista vai muito além. Os bolsonaristas distorcem os fatos, disseminam *fake news* de modo a favorecer seu candidato, e acreditam que ele, Jair Bolsonaro, o “mito”, é o único capaz de exercer o cargo de presidente da República.

Vejamos como esta reflexão se relaciona com o fatídico 8 de janeiro de 2023.

Como todo ato golpista, o planejamento dos crimes ocorridos em Brasília começou meses antes. No dia da Independência do Brasil, 7 de setembro de 2022, o então presidente, Jair Bolsonaro, começou através de suas redes sociais, a instigar a ida de seus apoiadores para as ruas do Brasil de forma a demonstrar apoio a seu governo. Nesse passo, Bolsonaro saiu da cerimônia cívica

de Brasília com destino ao Rio de Janeiro, onde estaria ocorrendo uma enorme passeata idealizada por seus apoiadores para garantir que ele permaneceria com a faixa presidencial.

No mês seguinte, após o segundo turno das eleições brasileiras, que culminou com a vitória do candidato de oposição, o ex-presidente da República, Bolsonaro, não reconheceu publicamente o resultado das eleições. Tentou articular um movimento, sem obter apoio político, para dar um golpe contra a democracia. Os apoiadores de Jair Bolsonaro, decepcionados com a derrota nas urnas, tentaram obstaculizar as rodovias; ainda, foram para frente dos quartéis, proclamando que as forças militares intervissem naquele cenário, por meio de um golpe de Estado. Durante mais de sessenta dias, o ex-presidente inflamou em suas redes sociais, a continuidade dos atos promovidos sob a falsa esperança de que ocorreria a tomada do poder do governo eleito democraticamente.

Com a premissa de uma simples manifestação política, extremistas de todas as partes do Brasil instauraram acampamentos no Quartel-General – QG – do Exército em Brasília, coordenando como seriam os passos a serem dados nos próximos dias. No início da manhã de domingo do dia 8 de janeiro, coloca-se em prática o plano que fora arquitetado durante mais de dois meses subsequentes ao resultado das eleições. Caminhando no sentido da Praça dos Três Poderes em Brasília, os arrua-ceiros clamavam pela volta de Bolsonaro e pela tomada do poder, na tentativa de concretizar um golpe a fim de destituir o atual presidente eleito. É nesse contexto que se iniciam os atos premeditados de completo vandalismo e depredação do patrimônio público no início da tarde de domingo, uma semana da posse do Presidente Lula, 1º de janeiro de 2023.

Imagens chocantes das mídias mostraram o Congresso Nacional, o Supremo Tribunal Federal e o Palácio do Planalto invadidos por vândalos-criminosos, enrolados na bandeira do Brasil, aos gritos de: “quebramos tudo!”, “não sobrou nada!”. Com essa enorme depredação, a nossa memória histórica e cultural foi duramente atingida. Difícil não se horrorizar com as cenas grotescas que mais pareciam um filme de ficção, em que vemos imagens de obras de arte, cujos valores são inestimáveis, destruídas como: *Mulatas*, de Di Cavalcanti, *O Flautista*, de Bruno Jorge, e *Galhos e Sombras*, de Frans Krajcberg (no terceiro andar do Planalto); ainda a cópia do exem-

plar da Constituição Federal de 1988, o busto de Rui Barbosa, dentre outros quadros originais e documentos de suma importância sendo destruídos. Um dos principais prejuízos acarretados, de difícil reparação: o relógio *Balthazar Martinot*, obra de arte do XVII, que chegou ao Brasil pelas mãos de Dom João VI, em 1808.

O governador do Distrito Federal, Ibaneis Rocha, anunciou a exoneração do Secretário de Segurança Pública, Anderson Torres, ex-ministro da Justiça do governo Bolsonaro que, dias antes, viajou para os Estados Unidos. O presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva comunicou que havia assinado um decreto autorizando intervenção da segurança pública no Distrito Federal, com vigência até o dia 31 de janeiro. Nesse cenário, qualquer ato de maior proporção, especialmente a decretação de Garantia da Lei e da Ordem (GLO), levaria a participação das FFAA, concretizando os anseios dos golpistas.

À noite, o ministro da Justiça, Flávio Dino, declarou em coletiva de imprensa que várias pessoas tinham sido presas em flagrante, e que novas prisões ainda estavam sendo realizadas. Segundo Dino, vários ônibus que se dirigiam à Brasília, bem como seus financiadores, já haviam sido identificados. No dia seguinte, cerca de 1.200 pessoas que estavam acampadas em frente ao QG do Exército também foram detidas e levadas de ônibus para a sede da Polícia Federal de Brasília.

O ministro Alexandre de Moraes Moraes, do STF, ordenou no dia 10 de janeiro a prisão do ex-ministro da Justiça e ex-secretário de Segurança Pública do Distrito Federal Anderson Torres. Neste mesmo dia, a Polícia Federal encontrou na casa de Torres uma minuta de um decreto para instaurar estado de defesa no Tribunal Superior Eleitoral e mudar o resultado das eleições de 2022. A tentativa de golpe restou plenamente comprovada.

No dia 2 de fevereiro, na abertura das atividades do Supremo Tribunal Federal, a ministra Rosa Weber criticou duramente a violência e os ataques à democracia cometidos em 8 de janeiro, prometendo que os atos de vandalismo não ficariam impunes, “os que a conceberam, os que a praticaram, os que a insuflaram e os que a financiaram serão responsabilizados com o rigor da lei”.

A Corte decidiu manter as marcas das violências dos acervos do patrimônio cultural em sua sede. Uma dessas atrocidades é o busto de Rui Barbosa, o patrono dos advogados brasileiros. Depois de sofrer as depredações,

ele permanecerá, como ponto de memória, danificado e exposto no prédio. Citando o poema “Mãos dadas”, de Carlos Drummond de Andrade, a ministra Rosa Weber também reafirmou o compromisso com as lutas futuras. “O presente é tão grande, não nos afastemos, não nos afastemos muito, vamos de mãos dadas”!

A Procuradoria-Geral da República enviou ao Supremo Tribunal Federal, terça-feira, dia 4 de abril, as últimas denúncias contra pessoas envolvidas nos atos antidemocráticos de 8 de janeiro. Ao todo, já são 1.390 denunciados no âmbito dos inquéritos que tratam dos ataques aos prédios do Supremo Tribunal Federal, Congresso Nacional e Palácio do Planalto, sendo 239 no núcleo dos executores, 1.150 no núcleo dos incitadores e 1 pessoa no núcleo que investiga suposta omissão de agentes públicos. Segundo o STF, a prioridade é analisar as denúncias apresentadas contra a pessoas que continuam presas - 86 mulheres e 208 homens encarcerados no Distrito Federal -.

Destaca-se que a trama engendrada pelos golpistas ampara-se na proteção constitucional da nefasta sustentação do artigo 142 da Constituição Federal sustentada pelos apoiadores de que a intervenção das Forças Armadas seria legítima. Portanto, merecem a apuração e a responsabilização criminal tanto dos patrocinadores e demais instigadores como aqueles que se dispuseram a pegar em armas.

É importante destacar o papel que o STF desempenhou durante o último governo, pois, em defesa da Constituição, a Corte atuou junto à justiça eleitoral para garantir o processo eletrônico de votação e a própria realização das eleições em 2022; enfrentou a indústria de mentiras no submundo das redes sociais e para coibir os mais notórios propagadores do ódio político; ainda, vem atuando para responsabilizar aqueles que atentaram contra a vontade das urnas.

O dia 8 de janeiro de 2023 ficará marcado na memória do povo brasileiro e a história há de reconhecer esta página fúnebre de tentativa de golpe contra as instituições brasileiras, que embora tenham tido parte das instalações depredadas, por atos de selvagerias, suas estruturas democráticas não se abalaram; ao contrário, saíram ainda mais fortalecidas.

Salve a jovem Democracia brasileira!

PALAVRA DO PRESIDENTE

SACERJ se despede de 2022 com festa e confere prêmio HELENO CLAUDIO FRAGOSO ao vencedor do I Concurso Jurídico

A tradicional festa anual de conagração da SACERJ foi um sucesso! Desta feita, o simpático e concorrido evento se deu num amplo terraço do Iate Clube, Urca, bairro em que Estácio de Sá fundou há 567 anos a “mui leal e heroica cidade de São Sebastião do Rio de Janeiro”. A noite estava agradabilíssima: soprava leve e fresca brisa de final primavera, suave o bastante para despir a Lua, de início escondida e rubicunda, mas que logo se fez cheia, luminosa e, sem pudores, se exibiu no céu estrelado.

Verdadeiro deleite para os cerca de 80 convivas, que renovaram entre si a harmonia característica da agremiação, com conversa solta e clima de confraternização. Apesar de confirmarem presença, as ausências de Gkay, Hanna Montana e Wandinha Addams não foram sentidas.



Música de boa qualidade, drinques e quitutes diversos foram os ingredientes laterais que compuseram o ambiente alegre e descontraído. Ponto alto do encontro foi a entrega do prêmio Heleno Cláudio Fragoso ao vencedor do I Concurso Jurídico da SACERJ, o talentoso advogado Antonio Pedro Melchior. As emocionadas palavras de Christiano Fragoso soffream o desalento que ainda nos tocava devido à súbita perda de Fernando Fragoso, seu pai, sócio fundador e participativo integrante do Conselho Consultivo da entidade. Na ocasião também foi lembrado José Carlos Fragoso, o saudoso Zeca, igualmente sócio fundador da Sociedade e idealizador deste Boletim, que muito cedo nos deixou.



Alexandre Dumans, Katia Tavares, Marcia Dinis, Antônio Pedro Melchior, Christiano Fragoso e João Castellar



Todo mundo!

Como se diz na Terrinha, quem quer festa, sua-lhe a testa! Por isso, é preciso destacar os que contribuíram para sua realização, agradecendo à diretora Maria Clara Batista e à conselheira Carmem da Costa Barros pela insistência colocar “som na caixa”. O DJ Gagau Dieckmann, que elas indicaram, caprichou na seleção musical e manteve o volume em “modo bate-papo”. Muito civilizado. Também merece especial gratidão da SACERJ o conselheiro Marcio Donnici, que acomodou o grupo confortavelmente num dos sítios mais bonitos do Rio de Janeiro. Que venha 2023!

Fernando Fragoso Presente!



★ 03.01.1950

† 08.10.2022

Sócio fundador da SACERJ, onde ingressou juntamente com seu irmão José Carlos Fragoso em 1991, Fernando integrava o Conselho Consultivo da SACERJ, sendo assíduo nas reuniões e eventos que a sociedade promovia.

Profissionalmente, consagrou-se como um dos mais valorosos advogados criminais da sua geração, seja pela aguerrida atuação nos tribunais, seja participando ativamente da vida associativa da classe. Carismático, gentilíssimo, tanto quanto firme nas posições que adotava, exerceu liderança em entidades de classe, sempre defendendo os anseios atinentes ao exercício profissional dos seus colegas criminalistas, atividade que reúne características não raro desconhecidas do público em geral, que delas só toma conhecimento quando se fazem necessários serviços de um deles.

Fernando teve o privilégio de preservar o valoroso legado deixado pelo pai, o jurista Heleno Cláudio Fragoso, conduzindo com reconhecido sucesso a banca de advocacia por ele fundada em 1952.

Aluno do colégio Santo Inácio, Fernando concluiu o curso secundário no agitado ano de 1968, passando no vestibular para a não menos fervilhante Faculdade de Direito da Universidade do Estado da Guanabara, hoje UERJ, em 1969, concluindo o curso em 1973, no auge da ditadura militar.

Já formando, além de auxiliar o pai no atendimento aos incontáveis clientes processados por infração à Lei de Segurança Nacional, Fernando se dedicou à vida acadêmica, cursando mestrado na prestigiosa Universidade Federal do Rio de Janeiro (1982-1983), logo ingressando como professor de Direito Penal na hoje Universidade Cândido Mendes, instituição em que lecionou por muitos anos, chegando à titularidade da disciplina.

Com o falecimento precoce de Heleno Fragoso, em 1985, aos 59 anos de idade, Fernando associou-se ao irmão José Carlos, que, infelizmente, também faleceu muito jovem, em 2003, com 49 anos.

À frente do escritório, Fernando encarregou-se da tarefa de atualizar duas edições da obra de Heleno, as magistras Lições de Direito Penal, publicando, em apêndice a estas, pioneiro estudo sobre os recém-tipificados crimes contra o sistema financeiro nacional.

Foi também conselheiro da OAB/RJ por várias gestões, chegando se eleger como secretário-geral e, depois, vice-presidente da entidade (1995-1997). No âmbito internacional, presidiu a Inter-American Bar Association, com sede de Nova York, da qual já fazia parte há muitos anos, falecendo no exercício do mandato, e foi membro do Barreau Pénal, ligado ao International Criminal Bar, sediado na Haia, desde sua fundação.

Presidente por dois mandatos do Instituto dos Advogados Brasileiros (2010-2014) realizou profunda modernização na tradicional entidade, reformando a Biblioteca Aarão Reis, contribuindo para a edição de diversas publicações e se empenhando para a renovação do quadro de associados, obtendo formidável êxito em todos esses intentos.

Aqui, entre parêntesis, uma inconfidência: em torno de Fernando formou-se uma roda de amigos que, às quartas-feiras, ao final das sessões semanais do Instituto, se reunia para jantar num restaurante chamado Alcaparras, localizado no Flamengo. O “núcleo duro” desse grupo era composto por Ludmila Schargel, Leilah Borges, Teresa Cristina Pantoja, Fernando Drummond e Victoria Sulocki, Carlos Schlesinger e João Carlos Castellar, mas havia sempre outros comensais orbitando: autoprocla-

mavam-se “IABêbados”. Conversa alegre, inteligente, saudável e que faz muita falta...

Seus filhos, os professores Christiano e Rodrigo Fragoso, e seu sobrinho, João Pedro Fragoso (filho de José Carlos), seguem a sina familiar de excelência profissional e dedicação ao magistério, mantendo viva a obra de Heleno. Com afiada equipe, conduzem o Fragoso Advogados, para orgulho dos saudosos pais e avô.

A SACERJ, por ocasião do passamento de seu dileto associado, emitiu a nota de pesar abaixo reproduzida.

A SOCIEDADE DOS ADVOGADOS CRIMINAIS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO (SACERJ) lamenta profundamente o falecimento do sócio fundador FERNANDO FRAGOSO.

Combativo advogado, professor admirado por seus alunos e colegas de magistério, liderança respeitada na vida associativa brasileira e internacional, FERNANDO FRAGOSO, além desses predicados, dedicava caloroso carinho aos seus incontáveis amigos.

Sem a altivez e a elegância de FERNANDO FRAGOSO a advocacia criminal sofrera insuperável déficit.

O mundo jurídico chora a falta de um dos seus melhores quadros.

A sensação de vazio é dolorosa e infinita.

A SACERJ, enlutada, se solidariza com CRISTIANO e RODRIGO, filhos queridos de FERNANDO, com CRISTINA, afetuosa esposa, demais familiares e amigos.

Rio de Janeiro, 08 de outubro de 2022.

JOÃO CARLOS CASTELLAR

Presidente da SACERJ



MISCELÂNIA

ADVOGADO HOMENAGEADO

EVANDRO LINS E SILVA –
(18 de JANEIRO de 1912 – 17 de DEZEMBRO de 2002)

Kátia Tavares
Diretora Cultural

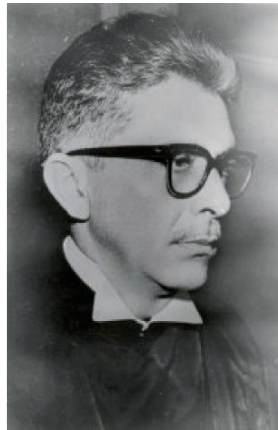
“Eu tenho o vício da defesa da liberdade. Não escolho causas para defender alguém.”

Nesta edição, a SACERJ homenageia o seu patrono, Evandro Lins e Silva, que se vivo estivesse completaria 111 anos de vida. Nascido em Parnaíba (18 de janeiro de 1912), norte do Piauí, foi jurista, jornalista, escritor, procurador-geral da República, ministro-chefe da Casa Civil ministro das relações exteriores e ministro do Supremo Tribunal Federal. Autor de obras marcantes, em 1988, tornou-se membro da Academia Brasileira de Letras, além de ter sido agraciado com diversas medalhas e honrarias ao longo da vida.

Na advocacia criminal, no entanto, é que o homenageado encontrou sua maior paixão e notoriedade, chegando a declarar que sua maior glória seria morrer ali, no Tribunal do Júri, logo após absolver um homem inocente. Dado tamanho sentimento, não haveria homenagem mais apropriada para este boletim que não fosse lembrar alguns de seus casos e defesas mais emblemáticos.

Um dos mais antigos e marcantes certamente foi o de Zulmira Galvão Bueno, acusada de ter matado o marido, Stélio Galvão Bueno – um conhecido advogado da época. Constituído para defendê-la, Evandro focou em demonstrar para os jurados como Zulmira passara os últimos anos de seu casamento submetida a desgostos, humilhações e maus tratos por parte do seu companheiro, vindo a perder o controle após descobrir que o marido estava traindo-a com uma amante.

Evandro inaugurava, em 1950, a tese de legítima defesa da honra em favor de uma mulher. Tese atualmente polêmica pelo seu uso em favor de homens em uma sociedade



A Sra. Zulmira Galvão Bueno, quando falava ao redator d'O GLOBO, que está de pé, vendendo-se, à esquerda, sentado, o advogado Evandro Lins e Silva

“DEIXE-ME QUE SOU MUITO INFELIZ!”

Dona Zulmira Galvão Bueno acareada hoje com Antonio dos Santos — Confirmou que o marido fora ameaçado de morte — Poucas palavras à reportagem

patriarcal. Ao final do julgamento, os jornais noticiaram ter prevalecido: “o ponto de vista da defesa”, com a imediata soltura de Zulmira, após anos de prisão; por ter sido concedido o sursis sobre sua pena de apenas dois anos.



Já em 1979, Evandro voltaria a utilizar a tese de legítima defesa da honra em um caso que até hoje provoca rumores e polêmicas. Tratava-se do primeiro julgamento de Raul Fernando do Amaral Street, o “Doca Street”, que matou sua namorada, Ângela Diniz, em Cabo Frio. Nele o advogado pediu ao júri, formado por cinco homens e duas mulheres, que refletisse “até que ponto a participação da vítima contribuiu, mais ou menos fortemente, para a deflagração da tragédia”. Comentando

o caso, Evandro chegou a proclamar que este seria seu “canto do cisne” e, embora não tenha conquistado a absolvição de Doca, conseguiu que o conselho de sentença aceitasse o excesso culposo da legítima defesa, levando o juiz a fixar a pena em dois anos de detenção e conceder o sursis ao réu.

Em 2000, em outro julgamento emblemático, Evandro defendeu José Rainha Júnior, líder do MST acusado de matar o fazendeiro José Machado Neto e o policial militar Sérgio Narciso por ter sido condenado a 26 anos de prisão pelo Tribunal do Júri. Em seu segundo julgamento, ele conquistou o empenho por ver na causa “o julgamento de um homem que está lutando pela melhoria das condições de vida de uma minoria”. Embora o movimento contrariasse mais a opinião pública na época, José Rainha Júnior foi absolvido, graças ao brilhantismo de Evandro Lins e Silva, então com 88 anos.

O julgamento capturou o olhar público, por se tratar de um caso de confronto entre fazendeiros e ocupantes de terras ociosas, em uma época em que o Movimento dos Sem Terra pressionava cada vez mais por reforma agrária. A propriedade de José Machado no Espírito Santo, além de improdutiva, era questionada por ser fruto de grilagem de terras públicas, o que causou a ocupação. Para enfrentar o movimento, o fazendeiro e o policial militar se armaram e foram ao ataque contra os militantes, que reagiram. Na ocasião, o líder José Rainha sequer se encontrava na fazenda – estava no Ceará –, de modo que seu indiciamento e primeira condenação se deram sem que houvesse “um parágrafo específico sobre a participação de Rainha no Crime”, como denunciou o então senador Eduardo Suplicy. Segundo o inquérito, o militante merecia o indiciamento por ter ajudado “na organização de bando predisposto ao crime”.

Com isso, a defesa manejada por Evandro exigia não apenas um bom domínio técnico, como também uma forte consciência política e social daqueles tempos. Sua defesa costurou a dogmática e o pensamento crítico, registrando perante o júri que “Não adianta abolir a escravidão sem fazer uma reforma agrária”. Ao fim do julgamento, ele reconheceu: “Minha maior glória seria morrer aqui no tribunal do júri”; e, lamentavelmente, esta seria realmente sua última atuação.

Estes três grandiosos casos delineados em momentos históricos diferentes dão um pequeno vislumbre sobre a



extraordinária trajetória dele na advocacia criminal e nos embates dos Tribunais, sendo reconhecidamente um dos mais notáveis defensores de todos os tempos.

Como reconheceu em entrevista para o documentário produzido por sua neta, Flávia Lins e Silva, seu vício era a liberdade – o que levou ao título da sua magistral obra, *O vício da liberdade*. Quanto a arrependimentos, no exercício da advocacia, Evandro assinalou apenas um: “uma situação, em especial, me atormenta até hoje: um médico teria matado um rapaz que fazia barulho na rua. Acusei, o júri popular condenou e ele se matou na prisão. Eu estava convencido de que ele era culpado, mas e se não fosse? E me arrependo de ter o acusado. E se a decisão tivesse sido mais resultado de minha eloquência que dos indícios concretos? Penso nisso até hoje, 40 anos depois. Se um pecado eu cometi na profissão, foram as poucas vezes em que acusei. Das defesas não me arrependo de nenhuma”.

A SACERJ registra, nesta edição, esta singela homenagem prestada ao nosso baluarte da advocacia criminal - que foi também o primeiro presidente da SACERJ - e quem certamente tem inspirado e seguirá inspirando futuras gerações de advogadas e advogados aguerridos, incuravelmente apaixonados pela causa da liberdade.

ESCRITÓRIO-MODELO DA SACERJ ESTÁ EM PLENA ATIVIDADE



Tomaz Moreira, Alexandre Dumans, Luiz Flavio Biolchini, João Castellar, Fellipe Penteado, Lucas Ferraresso, Bianca Macário, Felipe Braga, Saulo Carvalho e William de Oliveira

O Escritório-Modelo da SACERJ, inaugurado experimentalmente em julho de 2022, segue em plena atividade. O objetivo de sua criação, devidamente aprovada pela Diretoria e Conselho Consultivo em 19/05/2022, foi possibilitar a advogados interessados pela matéria criminal a praticarem a especialidade de modo supervisionado. Proporciona-se, desse modo, a articulação entre teoria e prática e concretiza-se essa aproximação através da prestação de assistência profissional gratuita para pessoas necessitadas.

Como noticiado no Boletim nº 13, a coordenação geral do escritório está a cargo dos advogados Alexandre Dumans, Felipe Mendes Fernandes de Oliveira Braga, Luciano Saldanha Coelho e Paulo Fernando de Castro, contando ainda com coordenadorias de admissão de causas, integrada por Daniel Schwartz Costa Lima, Fellipe Souza Penteado e Tomaz Vicente Nascimento Moreira; estratégia jurídica, formada por Ana Carolina Barbieri, Ana Paula Lomba, Lucas Borges de Barros Ferraresso e Saulo Carvalho; acadêmica, composta por Luciano Saldanha Coelho e Luis Flavio Souza Biolchini, e; administrativa, esta a cargo de Marcela de Almeida Leal Amaral.

Com uma dezena de causas em andamento, os quadros do escritório se reúnem mensalmente para, coletivamente, debaterem qual tese jurídica melhor se adequa a cada caso sob seus cuidados. A ideia substancial é encontrar a solução técnica mais favorável ao assistido, seja para livrá-lo das agruras prisão, cautelar ou por condenação ou, ainda, para viabilizar a obtenção de direitos previstos na Lei de Execuções Penais.

Para o ano em curso, além das suas atividades ordinárias, está prevista a realização de seminários e seleção de arrazoados processuais (alegações, recursos etc.) para publicação neste periódico.

Mas não só de trabalho se ocupa o escritório. O líder comunitário Willian da Rocinha, que foi vítima de crasso erro judiciário, convidou seus integrantes para assistirem ao jogo entre Brasil e Camarões na residência dele, onde foi servida saborosíssima feijoada. A derrota do time reserva da Seleção não tirou a alegria do animado grupo, que, ademais, teve a chance de conhecer, em seu âmago e sem filtros, a maior favela do Brasil. Fica aqui o agradecimento ao Willian e sua à gentil família.



JEAN-BATISTE DEBRET E A PENA DE MORTE

Por João Carlos Castellar^{1*}

Nascido em Paris no dia 18 de abril de 1768 e falecido na mesma cidade em 28 de junho de 1848, Jean-Batiste Debret veio ao Brasil em 1816, a convite da Corte portuguesa, como integrante da Missão Artística Francesa chefiada por Joachim Lebreton. Dela fizeram parte artistas de refinada formação acadêmica, entre os quais Nicolas Antoine Taunay, Auguste Marie Taunay, Marc e Zéphérin Ferrez e ainda o arquiteto e urbanista August-Henri-Victor Grandjan de Montigny. Aqui aportaram com o escopo de ensinar aos brasileiros as artes e a arquitetura, permanecendo até 1831.

Foi um rico período da História brasileira. A vinda de D. João VI para a cá em janeiro de 1808 e a conseguinte abertura dos portos trouxe significativas mudanças na conjuntura socioeconômica da colônia, seja em razão da liberdade advinda para os comerciantes brasileiros, que passaram a lidar diretamente com estrangeiros, em especial os ingleses, ou sob a ótica científico-cultural, em virtude da súbita presença nesses trópicos de uma elite aristocrata carente de entretenimento e de ilustração. Além disso, havia uma latente curiosidade dos naturalistas europeus, fascinados com as excentricidades do povo e com as riquezas naturais do Novo Mundo, que lhes chegavam aos ouvidos por notícias e relatos de viajantes. O fim das guerras napoleônicas e a nova ordem internacional negociada no Congresso de Viena em 1815 era o que faltava para que diversos exploradores, naturalistas ou simples sequiosos em conhecer as novidades do lado ocidental do Atlântico Sul viessem para o Brasil.

Dessa sequência de expedições resultaram publicações relevantíssimas, destacando-se as obras de Johann Baptist von Spix, Karl Philip von Martius e Thomas Endler, todos integrantes da Missão Austríaca (1817 à 1820), cujo relato foi registrado pelos dois primeiros em *Viagem pelo Brasil* e nas centenas de obras de Endler. Outro que emoldurou o cotidiano das cidades brasileiras, sua

gente e a exuberante paisagem divisada na primeira metade do século XIX foi Johann Moritz Rugendas, que visitou o Brasil com a Expedição Langsdorff, em 1821, editando a formidável *Viagem pitoresca através do Brasil*. E mesmo Charles Darwin deu com os costados aqui, aportando no Rio de Janeiro em 1831, a bordo do *HMS Beagle*, numa escala de viagem exploratória ao redor do mundo, no curso da qual obteve os elementos informativos de que precisava para completar sua *A Origem das Espécies*, editado em 1859. Sem contar, é claro, a magnífica contribuição de Debret, publicada em sua *Viagem Pitoresca e Histórica ao Brasil* (1835)².



Jean-Batiste Debret



Capa da Primeira Edição da "Viagem pitoresca e histórica ao Brasil"

¹ O autor é Doutor em Direito e Presidente da Sociedade dos Advogados Criminais do Estado do Rio de Janeiro (SACERJ)

² A edição consultada para elaboração deste texto foi a seguinte: DEBRET, Jean-Batiste. *Viagem pitoresca e histórica ao Brasil*. Tradução de Sérgio Millet. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2016, 2ª reimpressão, 2019. Organização e prefácio de Jacques Leenhart.

O país deixaria sua condição de colônia portuguesa em 1822 e rápidos avanços se verificaram para a conformação de um ordenamento jurídico genuinamente brasileiro, destacando-se a promulgação, já em 1824, da Constituição Política do Império do Brasil e, não muito tempo após, a edição do Código Penal do Império, de 1831. Este estatuto revogou as disposições criminais do Livro V das Ordenações Filipinas, avoenga codificação inspirada nas Ordenações Manuelinas, compilada ainda no Reinado de Don Filipe I e decretada no de seu filho, Don Filipe II, no ano de 1603³. Deste modo, os trabalhos de Debret se realizaram ao tempo em que vigia o chamado “Código Philipino”.

Sendo bicentenária, as necessárias e reiteradas alterações às Ordenações nesse longo período se davam por meio das mais distintas normativas, como leis, alvarás, provisões, cartas régias, decretos, portarias e avisos, formando-se “massa legislativa imensa”⁴⁻⁵. Como essa coletânea extravagava das Ordenações “recebeu a natural desig-

³ **Philippe I de Portugal, II de Espanha:** “nasceu em 21 de maio de 1527, filho de Carlos I de Espanha e de Isabel de Portugal, era neto de D. Manuel I. Culto, estudou humanidades, religião e belas-artes, falava latim e português e compreendia francês e italiano. Desde os 12 anos foi preparado para os assuntos de governo e aos 16 foi encarregado da regência dos reinos de Espanha, enquanto seu pai administrava o alquebrado Santo Império Romano-Germânico com o título de Carlos V. Assumiu a coroa espanhola em 1556, depois da abdicação do seu pai, herdando o vasto império colonial espanhol. (...). Atento aos detalhes da política portuguesa desde o final do reinado de D. Sebastião, Filipe II não teve dificuldades em aliciar boa parte da nobreza portuguesa em favor do seu projeto de anexação. Em 1581, foi aclamado rei de Portugal. Morreu em 13/09/1598. **Seu filho, Philippe II de Portugal, III de Espanha,** nascido em 1578, foi o segundo Habsburgo a governar os portugueses depois da União Ibérica (1580). Tronou-se rei aos 20 anos de idade, mas jamais mostrou aptidão para a política. No seu reinado ocorreu a decretação da Ordenações Filipinas, em 1603. In: VANIFAS, Ronaldo (direção). *Dicionário do Brasil Colonial (1500 – 1808)*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2000, p. 225-227.

⁴ CARMIGNANI, Maria Cristina da Silva. *A Justiça no Brasil Colônia*. Revista da Faculdade de Direito da USP v. 113 p. 45 - 75 jan./dez. 2018. Disponível em <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/156547> Consulta em 03/02/2023

⁵ Essa terminologia foi usada se forma muito pouco sistemática. Além disso, muitas das normas produzidas pela Coroa não tinham um caráter geral, dirigindo-se apenas a uma parcela do território ou a um segmento específico da população sob a égide portuguesa. (CARDIN, Pedro & BALTAZAR, Miguel. A difusão da legislação régia (1621 – 1808). In: FRAGOSO, João & MONTEIRO, Nuno Gonçalo (orgs.). *Um reino e suas repúblicas no Atlântico – comunicações políticas entre Portugal, Brasil e Angola nos séculos XVII e XVIII*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017, p. 163).

nação de legislação extravagante”⁶, expressão até hoje utilizada para designar leis que alteram ou acrescentam disposições codificadas ou instituem legislação especial para regular certas matérias.

Esse gigantesco conjunto normativo ainda sofria interpretação pelas Cortes de Justiça sediadas na sede do reino de Portugal, a “Caza de Supplicação de Lisboa” e a “Caza do Cível”, comumente chamada “Caza do Porto”. Tais tribunais emitiam “assentos” que estavam revestidos de conteúdo normativo, além dos “estyls” e “arestos”⁷, equivalentes, *modus in rebus*, aos nossos atuais “precedentes judiciais”⁸

Não será demasia anotar que as Ordenações Filipinas só restariam totalmente revogadas em 1917, com a edição do Código Civil. Antes disso, para melhor sistematizar a enorme profusão de disposições normativas e da exegese realizada pelas Cortes revisionais, seja no cível ou no crime, o advogado Cândido Mendes de Almeida, em 1860, realizou pormenorizada compilação desse enorme acervo, obra a que denominou “Auxiliar Jurídico”, trabalho exaustivo que durante décadas serviu como um guia não apenas para os que à época lidavam com as coisas da Justiça, mas de grande valia para os estudiosos do futuro.

É nesse cenário, enfim, que sobressai das pranchas de Debret, entre tantos outros retratos em que reproduz a

⁶ MARCOS, Rui de Figueiredo; MATHIAS, Carlos Fernando; NORONHA, Ibsen. *História do Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014, p. 75.

⁷ Segundo Cândido Mendes de Almeida, os *Assentos* da ‘Caza da Supplicação’, como os *Estyls*, tinham por fim “fixar a verdadeira intelligencia da Lei; e tomados da Meza Grande daquella Caza ou Relação tinham, e ainda tem, força de Lei. Assim se acha consignado na Ord. Do livro 1 tit. 5 § 5, e na Lei de 18 de agosto de 1769 § 4”. Reproduzindo-se anotação de José Justino, “os Estyls das Relações da Casa de Supplicação e do Porto fazem incontestavelmente, parte da nossa Legislação Pátria, por isso que diversos diplomas legislativos os mandaram observar, taes são: O Regimento de 7 de junho de 1605 § 8, as Cartas Régias de 16 de junho de 1609 e de 9 de agosto de 1649 e ultimamente a LEI DE 18 de agosto de 1769, salvas as restrições ali estabelecidas. E qualquer que seja a força de obrigar que hoje tenham, é certo que deviam ser incorporadas nesta collecção” (In: MENDES DE ALMEIDA, Cândido. *Auxiliar Jurídico – apêndice às ordenações Filipinas*. Lisboa: Fundação Calouste Guibenkian, 1985, vol. I, p. vi. (MENDES DE ALMEIDA, *op. cit.* p. 79). Veja-se, a propósito, o Livro V das Ordenações Filipinas, Título CXXXIII e seus parágrafos, reproduzidos por PIERANGELLI, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil – evolução histórica*. São Paulo: Jalovi, 1990, p.132-133.

⁸ Veja-se, a propósito, o artigo 927 do Código de Processo Civil em vigor, que se refere aos enunciados de súmulas, a jurisprudência dominante, os acórdãos etc.

vida do país e do Rio de Janeiro em especial, a imagem intitulada *Desembargadores, arrivant en costume ou Palais de Justice*⁹. Em comentário a este debuxo, fixado no tempo como um instantâneo fotográfico dada sua perfeição pictórica, o autor reporta, com as lentes e com as tintas de observador atento e sensível, a execução de um condenado à pena capital. Essa tela e as anotações de Debret serão o objeto destes comentários.



*Como o uniforme dos desembargadores, que constitui o assunto deste desenho, se prende ao pré-citado artigo da ordem judiciária, descrevemos especialmente a organização da 'Corte Suprema', com sede no Rio de Janeiro, tribunal composto de um presidente, regedor da justiça, um chanceler e 18 magistrados com título de desembargadores, oito dos quais 'agravistas' e os demais extravagantes; a esses magistrados é confiado o andamento dos processos*¹⁰.

Debret inicia seu texto reproduzindo a organização e a composição do que chamou de *Corte Suprema*. Trata-se, em realidade, da “Caza de Supplicação do Brazil”, criada por Alvará do Príncipe Regente, datado de 10 de maio de 1808 e “considerada como Superior Tribunal de Justiça”. Investida de “predicados iguaes à de Lisbôa”, foi instituída para “findarem ali todos os pleitos em última Instância, por maior que seja o seu valor” e para que “a

⁹ Em tradução livre: Desembargadores chegando uniformizados ao Palácio de Justiça.

¹⁰ De acordo com o inciso IV do Alvará de criação da Corte, sua composição era a seguinte: “A Caza da Supplicação do Brazil se comporá além do Regedor, que se houver por bem nomear, do Chanceler da Caza, de oito Desembargadores dos Aggravos, de hum Corregedor do Crime da Côte e Caza, de um Juiz dos Feitos da Corôa e Fazenda, de um Procurador dos Feitos da Corôa, e Fazenda, de um Corregedor do Cível da Côte, de um Juiz da Chancellaria, de hum Ouvidor do Crime, de hum Promotor da Justiça, e das mais leis Extravagantes”.

Administração da Justiça não tenha embaraços que a retardem, e estorvem, e se faça com a promptidão, e exactidão, que convém, e que afiança a segurança pessoal, e dos sagrados direitos de propriedade, que muito desejo manter como a mais segura base da Sociedade Civil”.

O monarca, ainda em suas considerações iniciais, consignou que a criação da Corte de Justiça seria exigência das “actuaes circunstancias, (...) não só por estar interrompida a comunicação com Portugal, e ser por isso impraticável seguirem-se os Aggravos Ordinarios, e Appellações, que atéqui se interpunhão para a Caza de Supplicação de Lisbôa, (...) como também por me achar residindo nesta Cidade, que deve por isso ser considerada a minha Côte actual”¹¹.

Fiel, portanto, à descrição da conformação da mais alta Corte de Justiça da ex-colônia, agora alçada à sede do Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarves, segue a narrativa de Debret:

Vemo-os aqui descerem da carruagem à porta do Palácio da Justiça, na rua do Lavradio. Um criado os espera com um saco de veludo destinado à guarda dos processos, a fim de acompanhá-los às salas. Alguns clientes, à entrada da porta, procuram atrair humildemente a atenção benévola dos juizes.

¹¹ Passados 20 anos da instalação da *Caza da Supplicação do Brazil*, por lei datada de 28 de setembro de 1828, “D. Pedro, por Graça de Deus, e unanime aclamação dos povos, Imperador Constitucional e Defensor Perpetuo do Brazil” (...), “Crêa o Supremo Tribunal de Justiça e declara suas atribuições”. Previsto na Constituição de 1824, o Supremo Tribunal de Justiça foi instituído por lei de 18/09/1828, substituindo o Tribunal da Mesa do Desembargo do Paço e a Mesa da Consciência e Ordens. Possuía as seguintes competências: conceder ou denegar revistas nas causas; conhecer dos delitos e erros de ofício que cometessem os ministros das Relações, os empregados no corpo diplomático e os presidentes de províncias; conhecer e decidir sobre os conflitos de jurisdição e competência das Relações das províncias. Não funcionava em nível de última instância e sim como tribunal de revista. O decreto de 31/08/1829 dispôs que as causas eclesiásticas fossem julgadas em segunda e última instância na Relação competente. Este dispositivo foi modificado pelo decreto de 20/12/1830 que dispôs que cabia a revista para o Supremo Tribunal de Justiça de todas as sentenças proferidas em última instância nos tribunais eclesiásticos, salvo se as matérias julgadas fossem meramente espirituais. Posteriormente, a lei n. 609, de 18/08/1851, delegou ao Supremo Tribunal de Justiça uma nova atribuição: a de processar e julgar arcebispos e bispos do Império nas causas que não fossem espirituais. Foi extinto com o advento da República, quando foi criado o Supremo Tribunal Federal, em 1891 <https://dibrarq.arquivonacional.gov.br/index.php/supremo-tribunal-de-justica-brasil-1828-1891#:~:text=Previsto%20na%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20de%201824,Mesa%20da%20Consci%C3%Aancia%20e%20Ordens>

Comentou-se linhas acima acerca dos “Estylos” editados pelo Tribunaís. Já no segundo parágrafo do texto de Debret há menção a um deles, quando o autor faz referência a “um criado [que] espera [os desembargadores] com um saco de veludo destinado à guarda dos processos”. Alude-se aqui ao Estylo IV, item 28, elencado entre os “Estylos da Casa da Supplicação e do Porto”, repertório sistematizado pelo jurista Manoel Borges Carneiro e que vai assim redigido: “Quando algum Desembargador entra na Relação, póde seguir-se-lhe hum pagem conduzindo os Feitos”¹². Deveras, como identificou Debret, lá estava, à porta do Tribunal, o pajem acompanhando Suas Excelências, portando um saco que continha os feitos a serem apreciados naquele dia.

Interrompa-se aqui, um instante, para comentarem-se similitudes bicentenárias entre as práticas vigentes à época do desenho de Debret e as que ainda hoje permeiam a rotina forense. Fotografias recentes sacadas no Supremo Tribunal Federal, cúpula do Poder Judiciário assim nomeada desde a Constituição de 1891¹³, demonstram isso com impressionante verossimilhança.

Se nos dias que correm não há pajens carregando sacos com autos de processos, mesmo porque de uns tempos para cá os feitos passaram a tramitar eletronicamente, pululam na Corte os indefectíveis “Capinhas”. É como são conhecidos os assessores de plenário que se mantêm sentados às costas dos ministros, sempre de prontidão para atendê-los durante as sessões. “São eles que organizam os livros dos magistrados em pequenas estantes no plenário, carregam documentos e votos, arquivam memoriais entregues pelas defesas e providenciam cópias de pareceres e petições”¹⁴. Saem os pajens, entram os “Capinhas”:

Outro aspecto a se observar, e que traduz notável permanência, é a similitude entre a indumentária enverga-

da pelos magistrados que na tela descem da carruagem, com as vestes talares dos atuais Ministros do Supremo Tribunal Federal ingressando na Corte. Passados mais de duzentos anos entre um registro e outro, e as alterações na vestimenta são mínimas¹⁵.



Ministros com suas togas ingressando na Corte – Revista IstoÉ



“Capinhas” perfilados no Plenário – Imprensa STF

Quanto aos “clientes” procurando “atrair humildemente a atenção benévola dos juízes” referidos por Debret, pode-se dizer que também, *per saecula, saeculorum*, esse costume, de duvidosa moralidade, jamais deixou de ser seguido. Aliás, a prática se consolidou e floresceu, não sendo poucos aqueles vivem exclusivamente de encaminhar pedidos de atenção aos Ministros. Até uma denominação se confere a essa atividade nos dias atuais: o *lobby*, vocábulo do idioma inglês que significa saguão ou antecâmara, mas que se verte ao vernáculo como méto-

¹⁵ Sobre as “vestes talares”, consulte-se o Boletim SACERJ nº 4, out/dez 2019, p. 3, disponível em http://sacerj.com.br/images/boletins_sacerj_006.pdf.

¹² MENDES DE ALMEIDA. *Op. Cit.* vol. 1, p.86.

¹³ Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891, artigo 55: O Poder Judiciário, da União terá por órgãos um Supremo Tribunal Federal, com sede na Capital da República e tantos Juízes e Tribunaís Federais, distribuídos pelo País, quantos o Congresso criar.

¹⁴ Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/mensalao/noticia/2012/08/saiba-quem-sao-os-capinhas-anjos-da-guarda-dos-ministros-do-stf.html> Consulta em 31-01-2023.

do para exercer influência a favor ou contra uma ação que esteja em curso na Corte¹⁶⁻¹⁷.

Feitas estas anotações, prossiga-se com Debret:

As duas foices colocadas na calçada ao lado da porta principal advertem ao público de que se está procedendo ao julgamento de um criminoso. Essa arma é com efeito carregada por dois oficiais de justiça do tribunal, que escoltam a vítima a caminho do suplício. Este é o do enforcamento, o único admitido no Brasil. Quando se trata, porém, de um assassinato, o carrasco corta a cabeça e as mãos do cadáver para enfiá-las na ponta das lanças existentes nas forcas patibulares; aí servem elas de alimento às aves de rapina.

A partir desse ponto, Debret inicia a descrição dos momentos que antecedem a execução do condenado. Cabe previamente anotar, porém, que nas Ordenações Filipinas a aplicação da pena de morte pela força obedecia a variações quanto à intensidade do suplício a ser infligido ao réu antes e até depois do enforcamento, o que dependia do delito cometido e da maior ou menor severidade dos julgadores.

Aos “feiticeiros”, por exemplo, estava prevista a pena de “morte natural”¹⁸. Para o crime de “lesa majestade”¹⁹, gravíssimo segudo os padrões da época, estabelecia-se que o condenado tivesse “morte natural *cruelmente*”, ou seja, “com todo o cortejo das antigas execuções, o que dependia da ferocidade do executor e capricho dos juízes que neste ou em outro caso tinham arbítrio”²⁰. A prática

¹⁶ ALLEN, Robert (*consultant editor*). *The new PENGUIN dictionary*. Londres: Penguin Books, 2000, p. 818 (tradução livre).

¹⁷ A Câmara dos Deputados aprovou em 29/11/2022 proposta que regulamenta a prática do *lobby* junto a agentes públicos dos três Poderes, determinando práticas de transparência e regulando o pagamento de hospitalidades. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/923489-CAMARA-APROVA-PROJETO-QUE-REGULAMENTA-O-LOBBY>. Acesso em 07/02/2023. Vejam-se: Projeto de Lei nº 1202/2007 (Dep. Ricardo Zaratini-PT/SP) e Projeto de Lei 4391/21 (Poder Executivo) Fonte: Agência Câmara de Notícias.

¹⁸ Ord. Fil. Livro V, T. III

¹⁹ Ord. Fil. Livro V, T. IV

²⁰ Veja-se a propósito edição do Código Filipino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal, recopiladas por mandado D’El-Rei D. Filipe I, Quinto Livro, Décima Quarta Edição, segundo a primeira, de 1603, e a nona, de Coimbra de 1821, adicionada com diversas notas filológicas, históricas e exegéticas, em que se indicam as diferenças entre aquelas edições e a vicentina de 1747, a origem, desenvolvimento e extinção de cada instituição, sobretudo sua fonte, conforme os trabalhos de Monsenhor Joaquim José Ferreira Gordo e dos Desembargadores Gabriel Pereira de Castro e João Pedro Ribeiro, e em aditamento a cada livro a respectiva legislação brasilei-

de “moeda falsa”²¹, também considerado crime muito grave, era punida com a morte natural “por *fogo*”, implicando na “queima do réu vivo”. Eram igualmente postos na fogueira os condenados por “cometerem o pecado de sodomia e com alimárias”²². Nessas hipóteses de vive-combustão, o réu deveria ser “queimado, e feito por fogo em pó, para que nunca de seu corpo e sepultura possa haver memória”²³.

Adverte Cândido Mendes que, em regra, somente era efetivamente aplicada a morte por fogo em réus vivos “aos crimes de heresia e apostasia quando se dava a pertinácia”²⁴. Lembra esse autor, porém, que, em verdade, ao atear-se o fogo ao corpo o réu, este, invariavelmente, já era cadáver, eis que “por costume e prática antiga primeiramente se dava garrote aos Réos, antes de serem lançados às chamas”. Lembra Nilo Batista, no mesmo sentido, “que à ferocidade dos textos [do Livro V das Ordenações] não correspondia uma implacável aplicação judicial massiva, que em todo caso será maior no século XVIII do que nos antecedentes”²⁵.

ra concernente às matérias codificadas em cada um, sendo de quotidiana consulta, além da bibliografia dos juriconsultos que têm escrito sobre as mesmas ordenações desde 1603, até o presente, por Cândido Mendes de Almeida. In: [Ordenações Filipinas] Código Filipino, ou, Ordenações e leis do reino de Portugal: recopiladas por mandado de d’el-Rey D. Filipe/por Cândido Mendes de Almeida. Ed. fac-simile: Senado Federal, Conselho Editorial, 2012.

²¹ Ord. Fil. Livro V, T. XII

²² Ord. Fil. Livro V, T. XIII

²³ Veja-se o seguinte *Estylo*: “Accordão em Relação, etc., vista a sentença dos Inquisidores Apostólicos, Ordinário e Deputados do Santo Officio, Provisão do dito Senhor, por que há por bem e manda, que pelo caso abaixo declarado se julgue e determine pelas sentenças dos ditos Inquisidores; e como se mostra e declara o Réo preso, haver cometido o peccado nefando da sodomia, e como tal ser relaxado á Justiça Secular, vista a disposição de Direito, em tal caso, condemnão ao Réo, que pelas ruas públicas e costumadas desta Cidade, seja levado a tal parte, aonde morrerá por morte natural, afogado, e será seu corpo feito por fogo em pó, para que dele não haja memoria; seus bens sejam confiscados para a Corôa e Camara Real; e seus descendentes fiquem infames, na forma de Direito, e pague as custas” (MENDES DE ALMEIDA, Candido. *Auxiliar Juridico*. Vol I, p. 82).

²⁴ Veja-se o seguinte *Estylo*: “Accordão, etc, e por tal relaxado á Justiça Secular, e persistir em seu erro, e assim declarar neste Senado, declarando, sendo perguntado que não cria na nossa Santa Fé, senão na de Moyses; o que assim visto, e a disposição de Direito, em tal caso, condemnão o Réo F. que com barão e pregão, pelas ruas públicas e costumadas, seja levado a tal parte, e ahi seja levantado em um posto alto, e queimado vivo, feito por fogo em pó, etc”. (MENDES DE ALMEIDA, Candido. *Auxiliar Juridico*. Vol I, p. 82)

²⁵ BATISTA, Nilo, ZAFFARONI, E. R.; ALAGIA, A.; STOKAR, A. *Direito Penal Brasileiro* – vol. I. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 419.

Também se aplicou o fogo, desta feita em caráter excepcional dada a qualidade de fidalgos dos condenados²⁶, “por arbítrio do Marques de Pombal no caso dos Réos de Lesa Magestade de 3 de setembro de 1758”. Tratava-se, nessa hipótese, da tentativa de regicídio praticada contra D. José I de que foram acusados integrantes de família nobre, entre os quais o Marques de Távora, Francisco de Assis, fato de grande repercussão à época²⁷.

Vale lembrar que à Justiça Secular competia aplicar as penas impostas pela Eclesiástica quando as condenações implicassem em derramamento de sangue, pois, afinal, *ecclesia abhorret sanguinem*. Assim, os condenados pelo Santo Ofício deveriam ter suas sentenças remetidas para a Justiça Secular, “para nossos Desembargadores as verem, punindo os hereges condenados, como por Direito devem”²⁸.

Chamando atenção para outro detalhe, Debret menciona no trecho acima destacado que nas hipóteses de “assassinato” o corpo do enforcado deveria ser esquartejado e os pedaços espetados em pontas de lanças para servirem de “alimento às aves de rapina”. Mais uma vez é fidelíssima a informação do cronista. Nos Comentários ao Título CXXXVII das Ordenações Filipinas compilados por Cândido Mendes encontra-se o seguinte registro: “por alvará que tem a Misericórdia de Lisboa os condenados a morte natural *para sempre*”²⁹, vão à forca do

Campo de Santa Bárbara, e estes não se podem logo sepultar, e vai a Misericórdia busca-los uma vez cada ano. E os que na Lei não tem esta declaração *para sempre*, os pode a Misericórdia sepultar no mesmo dia do suplicio, e nestes se faz a execução na forca da Ribeira”³⁰.

Por essa regra, como se vê, os condenados à morte *para sempre* permaneciam insepultos por pelo menos um ano. Interessante observar, a propósito, o Assento CCLX emitido pela Relação do Porto em 11 de agosto de 1714, onde se lê que, atendendo à pedido da Mesa da Misericórdia, estabeleceu-se que a “forca que está no sítio de *Mija-velhas* se mudasse para a *Ribeira*, em razão dos muitos inconvenientes, que havia a irem os padecentes ao dito sítio de *Mija-velhas*, pela grande distância, que ia da Cadêa ao dito sítio; deixando por esta causa de os acompanhar os irmãos, e ficando na Forca os cadáveres por muito tempo expostos aos comerem os cães, sem se lhes dar sepultura, pela mesma distancia e inclemência do tempo”³¹.

Fechado o parêntese, continue-se com o texto de Debret:

Quanto ao condenado, é ele submetido durante os três dias anteriores à execução da sentença ao ritual do culto católico que o cerca e acompanha até o último suspiro. Essa formalidade, conservada em toda a sua integridade primitiva, faz parte das atribuições da irmandade da Misericórdia.

Durante esses três dias de retiro, passados em um oratório anexo à prisão, a vítima é assistida dia e noite por um dos três confessores franciscanos da Santa Casa da Misericórdia, que se revezam. Partilham eles com o prisioneiro a comida leve, enviada pela Santa Casa até o momento (10 horas da manhã) em que o carrasco entre para vestir o condenado de acordo com os usos, o que é feito entre orações ditas em voz alta pelos confessores reunidos.

Muito bem informado relativamente ao trâmite legal da execução da pena capital no Brasil, Debret refere-se

nos sítios de maiores povoações, ate que o tempo também os consuma, declaram o réu infame, e seus filhos e netos tendo-os, e os seus bens aplicam para o Fisco e a Câmara Real, e a casa em que vivia em Vila Rica será arrasada e salgada, para que nunca mais no chão se edifique, e não sendo própria será avaliada e paga a seu dono pelos bens confiscado, e no mesmo chão se levantará um padrão pelo qual se conserve em memória a infâmia deste abominável réu; (...).”

³⁰ MENDES DE ALMEIDA, Cândido. *Fac-simile* do Código Phillipino. Título CXXXVII. Ed. Senado Federal. Vol. 1, p. 1314, nota 1.

³¹ MENDES DE ALMEIDA, Cândido. *Auxiliar Jurídico*. Cit. vol. I, p. 209

²⁶ Como disposto nas Ord. Fil. Livro V, Titulo CXXXVIII, várias pessoas eram investidas de privilégios: “Scudeiros dos Prelados e dos Fidalgos, moços da estrebaria da corte, aí considerada a Rainha, Príncipe, Infantes, Duques, Mestres, Marqueses, Prelados, Condes, Conselheiros, Juizes, Vereadores, Procuradores, Pilotos de Navios, Desembargadores” etc.

²⁷ “Embora a prática de execuções públicas não fosse estranha ao Antigo Regime, a execução dos Távora causou espanto pelo rigor de julgamento e punição que a família foi alvo. Diversas descrições das mortes foram escritas e circularam pela Corte”. GASPARD, Gabriel. Nobreza no Cadafalso. *Revista Impressões Rebeldes/UFF*. Ano 4, n. 1 (jan-jun), 2016. Disponível em: <https://www.historia.uff.br/impressoesrebeldes/edicao/ano-4-n-1-jan-jun-2016/>. Consulta em 03/02/2023

²⁸ Ord. Fil. L. V, Titulo I.

²⁹ Esta foi a pena imposta ao nosso “Herói da Independência”: Veja-se o trecho final da sentença, prolatada em 18/04/1792: “Portanto, condenam o réu Joaquim José da Silva Xavier; por alcunha o Tiradentes, alferes que foi da tropa paga da Capitania de Minas, a que, com barão e pregão, seja levado pelas ruas públicas desta cidade ao lugar da forca, e nela morra morte natural *para sempre*, e que depois de morto lhe seja cortada a cabeça e levada a Vila Rica, onde no lugar mais público será pregada em um poste alto, até que o tempo a consuma, e o seu corpo será dividido em quatro quartos, e pregados em postes, pelo caminho de Minas, no sítio da Varginha e das Cebolas, onde o réu teve as suas infames práticas, e os mais

ao chamamento da “irmandade da Misericórdia” para ministrar assistência religiosa ao condenado, prática legal que efetivamente se obedecia, tal qual estabelece o parágrafo segundo do Título CXXXVII das Ordenações Filipinas: “E se no lugar houver Confraria da Misericórdia, seja-lhe notificado, para irem com elle, e o consolarem”. Nos termos da lei, deveriam os “irmãos” colherem a confissão do condenado, acompanhando-o até o local da execução, confortando-o com palavras, de modo a “que morrão bons Christãos e recebão a morte com paciência”.

É Igualmente mencionado no escrito o tríduo a se guardar após cientificar-se o condenado quanto à data da execução, período em que deveria haver tempo bastante para sua confissão. Estabelecia o seguinte o Título CXXXVII, § 2º, das Ordenações: “E ás pessoas, que per Justiça houverem de padecer, se notificará a sentença hum dia á tarde, a horas que lhe fique tempo para se confessarem, e pedirem a Nosso Senhor perdão de seus pecados”. Mais uma vez acerta Debret, ao afirmar que a assistência religiosa prossegue ininterrupta durante as 72 horas antecedentes à execução:

“E depois que forem confessados starão com elles algumas pessoas Religiosas, para os consolarem, e animarem a bem morrer, e assi mais outras pessoas que os guardem”.

“E ao outro dia seguinte pela manhã lhes darão o Santíssimo Sacramento, e se continuará em starem com elles as pessoas Religiosas, e os que os guardão”.

“E ao terceiro dia pela manhã se fará ao condenado a execução de morte com effeito, segundo em a sentença fôr conteúdo”.

Em sequência, Debret inicia a narrativa do trajeto a ser seguido pelo condenado desde a cadeia até o patíbulo. Em que pese não se referia expressamente ao “baraço e pregão”, expressão a que fazem alusão diversas disposições das Ordenações Filipinas, Debret relata o emprego do “baraço”, que segundo o léxico, é a corda com que se açoitavam réus e o “pregão”, que é a leitura da sentença durante o cortejo, informando o público quanto à culpa e a pena imposta ao condenado: Diz o texto: [um dos oficiais de justiça] “faz uma parada mais ou menos de duzentos metros em duzentos metros a fim de ler em voz alta a sentença que vai ser executada”.

Às 10 horas e três quartos sai o cortejo do pátio da prisão em que se acha o oratório. A marcha é aberta por um

destacamento de cavalaria da policia precedendo os officiais de justiça do tribunal, um dos quais faz uma parada mais ou menos de duzentos em duzentos metros a fim de ler em voz alta a sentença que vai ser executada;

A publicidade que se dava à execução à morte era tremenda, certamente ocorrendo grande multidão para assistir ao ato, como se se tratasse de um espetáculo, o que não deixava de ser. Foucault, em sua clássica obra, consigna que essa prática também era adotada em França em período aproximado em que se dá a narrativa de Debret³², fazendo com que, talvez, esse tipo de cerimonial estivesse fixado na memória do pintor, visto que nascera em meados do século XVIII.

Anota Foucault:

Nas cerimônias do suplício, o personagem principal é o povo, cuja presença real e imediata é requerida para sua realização. Um suplício que tivesse sido conhecido, mas cujo desenrolar houvesse sido secreto não teria sentido. Procurava-se dar o exemplo não só de punição; mas provocando um efeito de terror pelo espetáculo do poder tripudiando sobre o culpado.

Não por outras razões, que já se embasariam na teoria de prevenção geral da criminalidade desenvolvida por Feuerbach³³, centrada na ideia de que a sanção penal servirá de exemplo aos demais membros do corpo social, aos 14 de junho de 1725, assentou a Mesa Grande da Relação do Porto que o acompanhamento ao patíbulo deveria se dar “por novas ruas, actualmente das mais publicas da Cidade, para promover hum dos fins da pena última, o exemplo público”. Na forma desse Assento, os réus deveriam ser “levados da Cadêa Publica pela rua da Ferraria de cima abaixo, como sempre se usou, e d’ahí á Ponte de S. Domingos, donde tomarão pelas Cangostas da Alfandega à Ribeira, ao lugar do patíbulo”³⁴. Como se vê, o caminho a ser percorrido entre a prisão e a força deveria ser de grande movimento, causando, logicamente, significativa comoção pública.

Note-se, também, que a participação de oficiais de justiça no cortejo era determinada pelas Ordenações, con-

³² FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir – história da violência nas prisões*. Trad. Lígia M. P. Vassallo. Petrópolis: Vozes, 1977, p. 53.

³³ FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter v. *Tratado de Derecho Penal* (trad. de Eugenio Zaffaroni y Irma Hagemeyer). Buenos Aires: Editorial Hammurabi S. R. L., 1989.

³⁴ MENDES DE ALMEIDA, Cândido. *Auxiliar Juridico*. Cit. vol. I, p. 209.

forme § 3º, do Título CXXXVII: “E fazendo-se a execução em algum preso da Cadêa da Corte, o Meirinho das Cadêas mandará todos os seus homens com o Meirinho das Execuções, que o acompanhem até o lugar, onde se houver de fazer, até de todo ser feita, e o dito Meirinho irá em sua guarda”.

Além da presença imprescindível do Meirinho na *entourage* de que se compunha a diligência judicial para execução da pena capital, por Assento da Casa de Supplicação e do Porto, datado de 29 de novembro de 1710, restou decidido que deveria assisti-la “pessoalmente o Escrivão dos autos, para lavrar termo, e participar ao Ministro assistente, que se acha finda a execução”. Vale transcrever, na linguagem então utilizada³⁵:

“E sendo proposta a dita petição, e votando-se sobre ella pelos Ministros abaixo assignados, se venceu por mais votos, que o Escrivão dos autos, em que se escreveu a sentença, fosse pessoalmente assistir á final execução no lugar do suplicio para estender a fé, de como estava finda a execução; e que fizesse presente ao juiz, ou Ministro dela de como estava feita, para se poder recolher; porque além de estar assim em Estylo, devia o Escrivão usar desta urbanidade com os ditos Ministros; e para este saber a forma, em que mandavam fazer ditas execuções, e se não omitir circumstancia alguma, devia o dito escrivão mostrar o pregão assignado pelo Juiz da causa, antes de dar principio á dita execução; e por não isto mais em duvida, se fez esse Assento que todos assignão”.

Continua Debret com a precisa descrição da pompa e circunstância que caracterizava o medonho desfile:

Segue a cavallo o relator, com manto de seda preta e chapéu de penas à Henrique IV; depois desse corpo da justiça vem a bandeira da irmandade, escoltada por dois grandes candelabros e acompanhada por uma dezena de irmãos à testa de seu clero; um destes eclesiásticos carrega um grande crucifixo de madeira cor de carne e precede imediatamente a vítima, que marcha descalça, com um pequeno crucifixo entre as mãos juntas e amarradas; o condenado é sustentado por dois de seus confessores; veste um dominó branco cujo capuz virado para traz mostra o laço das duas cordas passadas em torno do pescoço, uma das quais muito grossa e a outra da grossura do dedo mínimo mais ou menos. Acompanham-no dois carrascos negros emparelhados por uma pesada corrente presa ao pescoço e às pernas. Um deles, bem atrás da vítima, segura a longa cauda do dominó e a ponta das duas cordas

enroladas. O segundo carrega ao ombro um grande sacco onde leva dois enormes facões, para cortar as cordas no fim da execução. Os carrascos são escoltados pelos dois oficiais de justiça, negros do tribunal, carregando suas foices, e cuja indumentária consiste em uma casaca com calça de lã roxa (cor do luto), colete, galões e jarreteiras amarelas; vão descalços e com a cabeça descoberta. São acompanhados por dois outros negros, mais simplesmente vestidos, um dos quais carrega um banquinho de madeira e o outro um enorme cesto cheio de comestíveis, aves assadas, doces, compotas, vinhos, licores etc. Este último grupo do cortejo é protegido contra a afluência dos curiosos por uma retaguarda composta de infantaria, caçadores e guarda da polícia.

Veja-se que o caminho trilhado pela clamorosa caravana punitiva seguia por ruas e praças da cidade, com paradas aqui e ali para que fosse apregoada a sentença. O alvoroço que causava devia ser gigantesco, eis que, como assinalou Debret, se fazia necessária a proteção do séquito por uma guarda armada. A transcrição de mais um pequeno trecho do texto e das imagens seguintes, revela que o circuito por onde passava o grupo serpenteava pela área central da cidade, a Zona Portuária, muito populosa na ocasião, tal como ainda hoje o é.

Saindo da cadeia, o cortejo dirige-se para a praça de ‘Santa Rita’, onde o condenado se ajoelha à porta da igreja do mesmo nome, a fim de assistir ao início da missa consagrada ao repouso de sua alma, sendo obrigado entretanto a retirar-se antes da elevação da hóstia para continuar seu caminho até o local da execução (isso se explica pelo fato de em Portugal a simples presença da hóstia ou do soberano bastar para que o condenado seja agraciado; por isso, evitam fazê-lo passar diante da igreja ou do palácio do monarca). Ai fazem-no sentar no banquinho de madeira, colocando-se a bandeira diante dele para lhe esconder a força enquanto lhe repetem a leitura da sentença. Logo em seguida os irmãos que o cercam oferecem alimentos confortadores

Muito provavelmente o infausto réu que Debret viu desfilar para a morte estava preso na Cadeia do Aljube, situada na que hoje é a Rua do Acre, aos pés do Morro da Conceição. É nesta via, aliás, que hoje tem sede o Tribunal Regional Federal da Segunda Região (TRF-2 – Rio de Janeiro/Espírito Santo), erguido poucos metros adiante de onde se localizava a prisão.

Dito estabelecimento prisional foi instituído pelo bispo D. Antônio de Guadalupe, em 1735, destinando-se a abrigar eclesiásticos que tivessem cometido delitos, de

³⁵ MENDES DE ALMEIDA, Candido. *Auxiliar Jurídico*. Cit. vol. I, p. 203.

modo a separa-los dos criminosos comuns. Em consequência da crise habitacional verificada após a chegada da Corte, a partir de 1808, portanto, por iniciativa do Intendente de polícia Paulo Fernandes Viana, o Aljube passou a abrigar presos comuns em geral, inclusive os que estavam custodiados na “Cadeia Velha”, já que esta se transformara, então, em alojamento para a criadagem da Corte recém-chegada.

A partir de 1823, o Aljube passou a denominar-se, “Cadeia da Relação”, sendo desativado como instituição prisional em 1856, face às péssimas condições de higiene e salubridade que apresentava. Teria, ainda, se readaptado como casa de cômodos, sendo definitivamente demolido em 1906³⁶.

Segundo Cotrin Neto, naquelas “enxovias do Aljube estiveram reclusos alguns dos implicados na Inconfidência Mineira, inclusive o próprio Joaquim José da Silva Xavier, o Tiradentes, nos primeiros dias de sua prisão, antes de ser removido, a 22 de maio de 1789, para a Ilha das Cobras”. Referindo-se a relatório elaborado por comissão instituída na Câmara Municipal, esse autor dá notícia de que nos “esconderijos desse edifício, construído para 19 a 20 pessoas, continham 390 presos”³⁷. O número se assemelha ao referido por Daniel Parrish Kiddle, outro daqueles viajantes que passaram pelo Brasil na primeira metade do século XVIII, este um missionário metodista norte-americano. Em suas *Reminiscências de Viagens e Permanência no Brasil (Rio de Janeiro e Província de São Paulo)*³⁸, escritas e publicadas inicialmente em 1845, portanto, quando já em vigor o Código Penal de 1831, registrou o seguinte:

“As principais prisões do Rio são a do Aljube, na cidade, e a de Santa Bárbara, numa ilha a pequena distância da Ponta da Saúde, na parte norte da urbs. De acordo com as últimas informações de que dispomos, existiam nessas duas cadeias trezentos e sessenta e seis prisioneiros sentenciados pelos seguintes crimes: 62 por homicídios, 4 por tentativa de morte, 50 por latrocínio, 9 por conto do vigário, 3 por perjúrio, 79 por furto, 27 por assalto e espancamento, 11 por tentativa de roubo, 6 por porte de armas, 3 por calúnia, 2 pela prática de jogos proibidos, 23 por falsificação, 39

³⁶ Disponível em: <http://www.historiacolonial.arquivonacional.gov.br/>. Consulta em 10/02/2023.

³⁷ COTRIN NETO, A. B. As primeiras prisões do Rio: a Cadeia Velha e o Aljube. *Cadernos Execução da Pena na Guanabara nº 29*. Rio de Janeiro: Secretaria de Estado da Justiça do Rio de Janeiro, 1971, p. 29-33

³⁸ Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/518711>. Acesso em 12/02/2023.

condenados no estrangeiro por crimes ignorados, 3 por escravizarem pessoas livres, 2 por terem auxiliado a fuga de outros prisioneiros, 6 por desacato às autoridades, 3 suspeitos de serem escravos fugitivos, 2 por crime de rapto, 2 por sonegação de impostos e 21 sentenciados para correção. Apenas cento e cinquenta e nove desses indivíduos foram submetidos a julgamento. Cinco deveriam sofrer a pena capital. Onze dos sentenciados foram transferidos para o Calabouço. Trata-se de masmorra construída numa ponta de terra que se projeta para a baía, mesmo em frente à cidade, onde os escravos fugitivos são encarcerados até que sejam procurados pelos respectivos donos”.

Bem nas proximidades da prisão do Aljube estava a Igreja Matriz de Santa Rita, erguida graças à iniciativa de Manuel Nascentes Pinto e sua esposa, originários do Porto. A pedra fundamental foi lançada pelo bispo D. Francisco de São Jerônimo, por volta de 1720. Em frente à igreja havia um largo com chafariz, nas cercanias do qual se localizava o Cemitério dos Pretos Novos, destinado “ao sepultamento dos escravos que morriam após a entrada dos navios na Baía de Guanabara ou imediatamente depois do desembarque, antes de serem vendidos”. Posteriormente, “diante dos enormes inconvenientes da localização inicial”, o Marques do Lavradio, Vice-Rei, ordenou que o cemitério fosse transferido para o Valongo, área então localizada fora dos limites da cidade³⁹.



Fachada da Igreja Matriz de Santa Rita em 1844, por Edouard Hildebrandt

³⁹ Disponível em: <https://pretosnovos.com.br/museu-memorial/cemite-rio-dos-pretos-novos/>. Consulta em 10/02/2023.



A Igreja, após restauração realizada em 1994, com o apoio do Instituto do Patrimônio Histórico, Cultural e Artístico Nacional (foto Waldemir de A. Oliveira)

Por esse largo, o atual Largo de Santa Rita (ou praça no dizer de Debret), o réu, de joelhos, assistia ao início da missa rezada em sua alma. E o fazia rapidamente, vez que “obrigado a retirar-se antes da elevação da hóstia para continuar seu caminho até o local da execução”.

Os mapas a seguir reproduzidos indicam claramente o caminho seguido pela comitiva. Na figura 1, vê-se o mapa em francês do Rio de Janeiro em 1820, traçado por Jaques Arago, destacando-se a região onde se situam a Igreja de Santa Rita e seu Largo, a Prisão do Aljube e a Praça das Execuções⁴⁰.



Figura 1

No detalhe, representado pela figura 2, destaca-se na parte de baixo, indicada pela letra ‘L’, a *Parroisse de S. Rita* (a igreja e o largo situado em frente); na letra ‘i’, logo à esquerda, a *Prison de Ville* (Aljube) e, no topo, a *Place des Executions*.

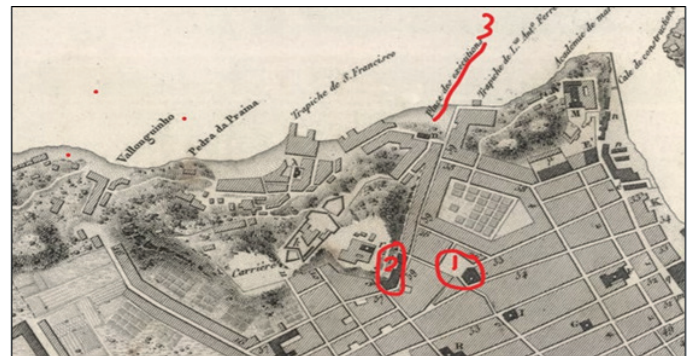


Figura 2: 1. Igreja de Santa Rita; 2. Prisão do Aljube; 3. Praça das Execuções

Na figura 3, que reproduz os dias que correm, pode-se ver a Matriz de Santa Rita, tendo à frente o largo de mesmo nome e, à esquerda, na Rua do Acre, o Azul Estacionamento, construído no terreno que outrora abrigou a terrível prisão do Aljube.



Figura 3

Na figura 4, vê-se a Praça Mauá na atualidade. Seu recorte foi bastante modificado nos dois últimos séculos pelos sucessivos aterros e reformas urbanísticas que sofreu. Mas a Rua do Acre, ladeando as franjas do Morro da Conceição, antes chamada Rua Nova de São Bento, onde então se erguia a Prisão do Aljube e em cujo leito caminhavam pela última vez os condenados à força, permanece desembocando de frente para mar. O provável local em que se armava o patíbulo foi soterrado pelo primeiro arranha-céu da cidade, o portentoso Edifício A Noite. A Igreja de Santa Rita com seu Largo, ora desprovido do chafariz, lá permanece, intacta, para contar a História.

⁴⁰ Planta da cidade do Rio de Janeiro em 1820, por Jacques Arago (1790-1855). Disponível em https://pt.m.wikipedia.org/wiki/Ficheiro:Mapa_da_cidade_do_Rio_de_Janeiro.jpg. Consulta em 13/02/2023



Figura 4

E assim Debret finaliza seu terrificante reporte:

Terminando este ato de caridade, os dois confessores conduzem o condenado ao pé da escada da forca, onde lhe dão a beijar as chagas do Cristo no grande crucifixo de madeira. Em seguida retira-se o cortejo religioso, colocando-se ao pé dos pilares, enquanto um dos confessores e dois carrascos ajudam a vítima a subir de costas a escada até o penúltimo degrau, sobre o qual repousa. Um dos carrascos, subindo então a uma das travessas, amarra as cordas solidamente, enquanto seu companheiro, embaixo na escada, faz o mesmo com os pés do paciente. Durante estes preparativos, que duram cerca de dois minutos, não cessa o confessor de exortar o condenado, até o momento em que abaixam o capuz sobre o seu rosto; então, voltando-se para o povo, exclama o eclesiástico: ‘meus irmãos, unamo-nos e clamemos misericórdia pela alma de nosso irmão padecente que vais se apresentar diante do Padre Eterno’. Durante essa invocação, o carrasco que amarra as cordas põe-se a cavalo sobre os ombros do condenado; enquanto isso o outro ergue-lhe as pernas e o precipita da escada fazendo-o girar. O confessor reúne-se à irmandade; por seu lado, o carrasco, sempre a cavalo sobre os ombros do enforcado, assim permanece até que a elasticidade dos ombros da vítima mostra que sucumbiu. Os dois carrascos, subindo então à travessa, cortam com os seus facões as cordas e o cadáver cai. Imediatamente irmãos gritam ‘Misericórdia’ e se apressam em verificar se o justicado morreu, pois em caso contrário tem o direito de salvar-lhe a vida (circunstância muito rara).

Terminada a execução, retira-se o relator, escoltado pelos bedéis do tribunal, juntamente com o cortejo religioso. O corpo é colocado em um leito portátil coberto por uma mortalha e levado sem escolta para o cemitério do hospital da Misericórdia, a fim de ser enterrado, enquanto oficiais de justiça e um destacamento da cavalaria de polícia reconduzem à cadeia os dois carrascos acorrentados. O dobre fúnebre das igrejas e a coleta para a missa, iniciadas de madrugada, cessam ao mesmo tempo.

Essas execuções são tão raras no Rio de Janeiro, que só pude ver duas durante uma estada de 15 anos: uma por assassinio cometido por dois operários negros na pessoa de seu senhor, sapateiro mulato; outra por conspiração contra o governo imperial.



ARTIGOS

PUBLICIDADE OPRESSIVA E O CRIMINOSO DESEQUILÍBRIO PROCESSUAL

Luís Guilherme Vieira e
Jacinto Nelson de Miranda Coutinho¹

A grande mídia tem viés punitivista. Afinal, o que gera audiência e publicidade: a narrativa acusatória ou a defensiva? É uma pergunta retórica; porém reveladora. De qualquer forma, para efetivar o direito de defesa — e a própria democracia — há de se debater acerca das consequências legais, não só dos que vazam informações e documentos sigilosos — dos quais são guardiões — objetivando alimentar noticiários, mas, talqualmente, jornalistas que, sabedores, de antemão, da origem criminosa da informação ou documentação, utilizam-nas para alcançar seu intento, seja ele qual for. Deste debate não escapa o veículo que proporciona a publicação da matéria ou seus dirigentes etc., estes se cômicos do fato.

Por evidente que se não pretende coatar direitos e garantias constitucionais petreamente assegurados às liberdades de imprensa e de expressão. Estes estão nas bases fundantes da democracia.

Entretanto, não existem garantias e direitos sem limites. Quanto mais limite houver, mais garantias e direitos ha-

¹ Luís Guilherme Vieira é advogado criminal, cofundador e conselheiro dos Conselhos Deliberativos do Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD) e da Sociedade dos Advogados Criminais do Rio de Janeiro (Sacerj), membro da Comissão Especial de Defesa da Liberdade de Expressão do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, ex-membro titular do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária do Ministério da Justiça e ex-secretário-geral do Instituto dos Advogados Brasileiros, onde presidiu — como também na OAB-RJ — a Comissão Permanente de Defesa do Estado Democrático de Direito.

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho é professor titular de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná (aposentado), professor do programa de pós-graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUC-RS), professor do programa de pós-graduação em Direito da Faculdade Damas (Recife), professor do programa de pós-graduação em Direito da Univel (Cascavel), especialista em Filosofia do Direito (PUC-PR), mestre (UFPR), doutor (Università degli Studi di Roma “La Sapienza”), presidente de honra do Observatório da Mentalidade Inquisitória, advogado e membro da Comissão de Juristas do Senado Federal que elaborou o Anteprojeto de Reforma Global do CPP, hoje Projeto 156/2009-PLS.

verá. Os meios de comunicação [1] são livres para noticiar e se expressar, no entanto, sabedores, por vezes até mesmo acumpliciados com agentes públicos ou privados, de que a procedência do que lhes é repassado advém de fonte criminosa, não podem, de jeito algum, dela se abeberar para divulgar suas matérias em nome daquelas garantias e direitos. Não existem inocentes nesta seara. Até as pedras das calçadas sabem como, por que, e por quem informações e documentos sigilosos vão ter às redações dos veículos.

Quando o noticiário sobre uma investigação ou processo fica tão massacrante que a situação do acusado resta prejudicada, quando não inviabilizada, está-se frente à publicidade opressiva, que *“corresponde ao que o direito norte-americano denomina pretrial ou trial by media, significando, em última análise, o julgamento antecipado da causa, realizado pela imprensa, em regra com veredicto condenatório, seguido da tentativa de impingir-lo ao Judiciário. E sob esse rolo compressor, quase sempre procuram esmagar com o opróbrio, ao lado do réu, e à semelhança do que ocorria durante as trevas da ditadura militar, a pessoa de seu advogado, pelo crime de haver assumido o patrocínio de uma causa [dita] indigna”* [2].

“Na atualidade, a imprensa, em vez do que fazia outrora, quando em cima do fato delituoso conjeturava sobre as provas e a ação dos advogados, trata de se colocar como operadora de todo o processo judicial (da investigação à decisão)” [3], ensejando a maior seqüela da obsessão punitiva: a transferência do julgamento para outro “Poder”: a imprensa [4], *“estabelecendo o que Mazzuca intitula conflito di poteri”, com a maciça «penetrazione, nel mondo dellibbia giustizia, della stampa e degli altri mezzi d’informazione”* [5].

Sucedem, consoante anota Zuenir Ventura, o *“poder da imprensa é arbitrário e seus danos irreparáveis. O desmentido nunca tem a força do mentido. Na Justiça, há pelo menos um código para dizer o que é crime; na imprensa não há norma nem para estabelecer o que é notícia, quanto mais ética. Mas a diferença é que no julgamento da imprensa as pessoas são culpadas até a prova em contrário”* [6].

O conceito sobre a publicidade opressiva foi trazido para o Brasil — da Inglaterra —, em 1965, por Nelson Hungria, que o incorporou ao seu anteprojeto de Código Penal. Naquele país, entretanto — assim como em França e nos Estados Unidos —, há bem mais restrições ao uso abusivo de informações processuais pela imprensa.

Em França, jornalistas publicizam o acontecimento, todavia lhes é proibido citar os nomes dos envolvidos ou publicarem suas fotos e as do julgamento. Isto também vale para os EUA. As sessões da Suprema Corte são ilustradas por desenhos.

Já no Brasil, os julgamentos do Supremo Tribunal Federal desde há muito são televisionados, pela TV Justiça, ao vivo e em cores, o que insufla os egos, tornam as decisões jurídicas mais políticas [7] e “quilométricas” [8]. De mais a mais, diante da pandemia da Covid-19, o Judiciário brasileiro passou a também transmitir, igualmente ao vivo e em cores, salvo honrosas exceções, suas sessões por intermédio do canal do YouTube, ou seja, a Justiça no Brasil, hoje, é um “programa televisivo”.

O tempo mostrou, porém, que os resultados dessa prática não têm a eficácia que se esperava e se voltaram, por outro lado, contra o próprio STF, a ponto de ministros não poderem caminhar em paz pelo país e pelo mundo sem serem admoestados por cidadãos que se sentem vilipendiados por decisões que eles intuem ser contra a Constituição da República e as leis, ainda que não sejam profissionais do Direito.

A publicidade opressiva é, por evidente, maior no Brasil, diversamente do que nas nações com a democracia mais oxigenada. Em nossa terra, a imprensa não se preocupa muito com os impactos que pode causar e pratica *“arbitrariedades e danos de difícil e até mesmo impossível reparação, a título de salvaguardar pseudo-interesses sociais”* [9].

Não há ética nesse *não-jornalismo* porque ele, instrumentalizado por razões não republicanas, em certas ocasiões com reportagens montadas, em conformidade com suas conveniências [10] (ou por «conveniências» de outrem), intoxicam o noticiário para, prejudgando a pessoa humana cujos atos estão em julgamento, adube terreno capaz de levá-lo à condenação, sem que o Judiciário tenha proferido sentença transitada em julgado.

Há 20 anos, por exemplo, repórteres de jornal de larga circulação no Rio de Janeiro, na suposição de estarem investidos do poder da polícia, *“foram desmascarados por colegas de profissão: haviam publicado matéria forjada em que mostravam um casal, dito evangélico e confessadamente miserável, simulando o consumo de cocaína em cima de uma bíblia e na presença do filho de oito anos. Segundo testemunhas, o pó seria ‘maisená’ e o casal teria sido pago para aquele fim”* [11].

Outro fato antigo e que entrou para a história do mau jornalismo foi o da Escola Base, em São Paulo. Depois de duas mães acusarem os professores proprietários da instituição de abusarem sexualmente de seus filhos, crianças de quatro anos de idade, foi aberto inquérito policial e a imprensa passou a divulgar as imputações com manchetes sensacionalistas, o que incitou a revolta da população. Houve saques ao colégio, depredação das instalações, ameaças de morte contra os investigados. No entanto, o inquérito foi arquivado por falta de provas, e a escola fechou as portas [12]. *“O tempo se passou, a justiça cível condenou, ainda que tardiamente, o estado de São Paulo a pagar indenização aos vitimados. Seja como for, ao que se noticia, a vida dos donos do extinto colégio passou a ser, parafraseando Vargas Llosa, uma expiação”* [13].

Com o correr dos anos, atores da persecução penal perceberam como poderiam usar esta espúria influência a seu favor. A grande virada ocorreu nas investigações sobre as fraudes cometidas no extinto Banco Nacional [14]. Quando o Ministério Público Federal ofereceu a denúncia, entregou um *press release* aos jornalistas — só aos jornalistas. Sucede que, somente no momento em que a notícia era transmitida pelo Jornal Nacional, da Rede Globo, os advogados, que se encontravam desde cedo nos corredores da Justiça Federal-RJ, tiveram acesso à petição acusatória. Precisa falar mais?

Pois bem, esse método foi elevado à enésima potência na chamada operação “lava jato”; antes dela, timidamente no processo do dizimado Banestado (PR), ambos conduzidos pela “República de Curitiba”. Em toda nova operação judicial-ministerial-policial ostensiva — geralmente, numa sexta-feira, para inviabilizar o trabalho da defesa no fim de semana —, as equipes de jornalistas já estavam às 6h nos locais de cumprimento dos mandados, em alguns episódios até antes dos policiais chegarem.

Os danos e as vítimas são incontáveis. Por causa de uma prisão indevida e explorada na imprensa, Luiz Carlos Cancellier, então reitor da Universidade Federal de Santa Catarina, suicidou-se. O jornalista Mario Rosa acordou, em certa manhã de 2016, com a Polícia Federal e câmeras à sua porta. As cautelares alcançaram mais de dez empresas com as quais Rosa tinha negócios, mas não deram em nada. *“Meu casamento acabou e perdi muitos dos meus contratos, tudo sem sequer ter sido julgado”* [15]. A vida de ex-diretor de uma empreiteira foi arruinada por erro da “força-tarefa da lava jato” e do ex-juiz Sergio Moro. Seu encarceramento indevido fez com que perdesse o

emprego, sua mulher o abandonasse e ele fosse privado de conviver com sua filha pequena por quase seis meses. Findo o processo, ele foi absolvido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região [16]. Em situações em que tais, bem como naquelas outros idênticos e não descritos por falta de espaço, as marcas n’alma nunca mais serão cicatrizada nas pessoas, seus familiares e amigos. A animalidade não se esvai com o passar dos anos.

Em 1999, em anteprojeto do Código Penal “apresentado ao Congresso, e posteriormente retirado pelo ministro da Justiça José Carlos Dias [governo Fernando Henrique Cardoso], constava tipo penal idêntico [publicidade opressiva], tendo sucedido que, antes de seu envio, o ministro da Justiça Renan Calheiros [governo Fernando Henrique Cardoso] vetou o referido artigo de lei, sob a pífia fundamentação de que se poderia, como de fato não se pode, censurar os órgãos de imprensa, amordaçando-os” [17].

Referido projeto previa pena de prisão de um a três anos para quem tentasse constranger autoridades, testemunhas ou alguma das partes de ação judicial antes que a decisão tivesse transitado em julgado [18]. Entretanto, a tipificação foi retirada da proposta — que não chegou a ser colocada em votação [19]. Mas este não representou a última tentativa de se criminalizar tal conduta; outros projetos legislativos, com final fecho, ou já tramitaram ou tramitam pelo Congresso.

Lamenta-se a falta da devida atenção que lhes são dadas pelos parlamentares ao longo das décadas. Apesar de se reconhecer que o Direito Penal só deva ser usado em *ultima ratio*, o crime de publicidade opressiva [20], diante dos nefastos malefícios que causam à sociedade civil, por certo fosse uma daquelas raríssimas tipificações que já deveriam estar encartadas em nosso ordenamento jurídico. A imprensa, enfim, tem de retomar a discussão sobre o conceito de ética, garantindo-se, por óbvio, a sua liberdade.

Em suma, a publicidade opressiva, principalmente quando arquitetada pela polícia, pelo Ministério Público e pelo Judiciário, com ou sem a colaboração de agentes públicos e pessoas da sociedade civil, põe os acusados em covarde e criminoso desequilíbrio processual penal. Para nivelá-lo, tem de se considerar nulas as provas derivadas de informações vazadas ilegalmente aos veículos de imprensa.

[1] Doravante será utilizado tão somente o termo «imprensa» para referir todos os «meios de comunicação», inclusive os produzidos por meio de plataformas digitais, como as comunitárias, por exemplo, conforme tem sido a praxe.

[2] MORAES FILHO, Antonio Evaristo de. Prefácio. In: BARANDIER, Antonio Carlos. *As Garantias Fundamentais e a Prova (e outros temas)*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 1997, p. 3.

[3] VIEIRA, Luís Guilherme. *Casos Penais*. O fenômeno opressivo da mídia: uma abordagem acerca das provas ilícitas. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 48.

[4] VIEIRA, Luís Guilherme. *Casos Penais...*, cit., p. 48.

[5] TITTA, Mazzuca. *Anatomia dell'Errore Giudiziario*. Latina: Bucalo, 1978, p. 212.

[6] Ventura, Zuenir. *Apud*: BARANDIER, Antonio Carlos. *As Garantias Fundamentais...*, cit., p. 3.

[7] LOPES, Felipe de Mendonça. Television and Judicial Behavior: Lessons from the Brazilian Supreme Court. *Economic Analysis of Law Review*, v. 9, nº 1, pp. 41-71, Jan-Abr, 2018.

[8] BEZARRA, Elton. Acórdãos do STF aumentam de tamanho após TV Justiça. *Consultor Jurídico*, 20/5/2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-mai-20/acordaos-stf-adis-aumentam-producao-cai-tv-justica>. Acesso em: 6/10/2022.

[9] VIEIRA, Luís Guilherme. *Casos Penais...*, cit., p. 48.

[10] VIEIRA, Luís Guilherme. *Casos Penais...*, cit., p. 47.

[11] VIEIRA, Luís Guilherme. *Casos Penais...*, p. 49.

[12] CRUZ, Maria Teresa. Livro-reportagem esmiúça o «Caso Escola Base», um dos maiores erros da imprensa no Brasil. *Ponte*, 5/4/2017. Disponível em: <https://ponte.org/livro-reportagem-esmiuca-o-caso-escola-base-um-dos-maiores-erros-da-imprensa-no-brasil/>. Acesso em: 6/10/2022.

[13] VIEIRA, Luís Guilherme. A lei não amordaça. *Migalhas*, informativo nº 583, 16/12/2002. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/amanhencidas/850/migalhas-n--583>. Acesso em: 12/10/2022.

[14] Entenda o caso Nacional. *O Globo*, 3/7/2013. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/entenda-caso-nacional-9809140>. Acesso em: 6/10/2022.

[15] MARTINES, Fernando. Suicídio de reitor da UFSC mostra face da cruzada cega «contra a corrupção». *Consultor Jurídico*, *Trial by media*, 2/10/2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-out-02/morte-reitor-ufsc-mostra-face-cruzada-corrupcao>. Acesso em: 6/10/2022.

[16] Prisão indevida na «lava jato» custa casamento, emprego e reputação. *Consultor Jurídico*, 27/11/2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-nov-27/prisao-indevida-lava-jato-custa-casamento-emprego-reputacao>. Acesso em: 6/10/2022.

[17] VIEIRA, Luís Guilherme. A lei não amordaça. *Migalhas*, cit.

[18] Projeto cria crime de «publicidade opressiva». *Folha de São Paulo*, 9/4/1999. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff09049924.htm>. Acesso em: 6/10/2022.

[19] FHC recebe anteprojeto do Código sem «publicidade opressiva». *Diário do Grande ABC*, 24/5/1999. Disponível em: <https://www.dgabc.com.br/Noticia/313611/fhc-recebe-anteprojeto-do-codigo-sem-publicidade-opressiva->. Acesso em: 6/10/2022.

[20] Em algumas hipóteses é possível pensar inclusive em *Lawfare*.

FOUCAULT: PODER POLÍTICO, BIOPODER E GUERRA

Juarez Cirino dos Santos¹

Foucault é conhecido pelo conceito de disciplina, definido em *Surveiller et punir* (1975)² e pelo conceito de biopolítica, desenvolvido em *Il faut défendre la société* (1976) e outros trabalhos. O conceito de *disciplina* apresenta a tecnologia do poder para produção de corpos *dóceis* e úteis, capazes de fazer *o que* queremos e de operar *como* queremos, mediante recursos de adestramento (vigilância hierárquica, sanção normalizadora e exame), cujo modelo exaustivo é a prisão³. Em *Il faut défendre la société* Foucault define poder como *relação de força*, estuda o poder político como *guerra*, mostra que a guerra é o *princípio de análise* do poder político, define o direito como *dominação brutal*, fala da *fabricação de sujeitos* por relações de assujeitamento, mostra que o *sujeito da fala* é partidário, discute a verdade como *arma* da relação de força, apresenta a biopolítica como nova *tecnologia do poder*, conceitos revolucionários que precisam ser conhecidos e trabalhados por intelectuais e agentes políticos da sociedade brasileira⁴.

1. O CONCEITO DE PODER (POLÍTICO)

A pesquisa de Foucault tem por objeto os mecanismos, os efeitos, as relações e os dispositivos do poder, começando com a pergunta: o poder político é uma dedução do econômico? Verificando as diferenças/identidades entre poder e economia estuda a concepção jurídica e a concepção marxista de poder: a) na concepção jurídica, poder é direito: posse ou alienação de um bem como ato jurídico de contrato - portanto, analogia do poder com riqueza; b) na concepção marxista, o poder tem função econômica, no papel de manter as relações de produção, ou reconduzir a dominação de classe, conforme o desen-

¹ Professor de Direito Penal da UFPR, Presidente do ICPC – Instituto de Criminologia e Política Criminal, Advogado Criminal e autor de vários livros nas áreas de Direito Penal e de Criminologia.

² CIRINO DOS SANTOS, Juarez. 30 anos de vigiar e punir (Foucault). In: Revista Brasileira de Ciências Criminas. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 14, n. 58 (Jan./Fev. 2006), p. 289-298.

³ FOUCAULT. *Surveiller et Punir*. Hautes Etudes. Gallimard/Seuil 1975, p. 26-27 e 228 s.

⁴ FOUCAULT. *Il faut défendre la société*. Paris: Gallimard/Seuil, 1997, *Cours de 07.01.1976*.

volvimento das forças produtivas - logo, o econômico é a razão de ser do poder político⁵. A partir dessa noção, novas perguntas: a) o poder é secundário em face do econômico? b) o poder existe para assegurar ou reproduzir as relações econômicas? b) o poder é modelado pela mercadoria, como algo que se possui, adquire ou aliena pelo contrato? E conclui: o poder tem vinculação profunda com as relações econômicas, porque economia e política são indissociáveis, mas tem natureza diferente. Uma análise não econômica mostra que o poder se exerce como ato e, primariamente, existe como relação de força. E complementa: o poder é, essencialmente, o que reprime - a natureza, os instintos, uma classe, indivíduos⁶.

2. PODER COMO RELAÇÃO DE FORÇA

A definição do poder como *relação de força* exclui as hipóteses (i) do poder como direito e (ii) do poder como simples reprodução da economia, para mostrá-lo na dimensão de combate, de confronto, de guerra. Mais: entre as hipóteses do poder como *repressão* e do poder como *guerra*, agora prevalece a hipótese da guerra: o poder político é a continuação da guerra por outros meios - invertendo o aforismo de Clausewitz, da guerra como continuação da política por outros meios⁷. Nessa perspectiva, destaca três coisas: a) as relações de poder são relações de força determinadas *na e pela* guerra: a paz social seria a reinscrição das relações de força nas instituições, nas desigualdades econômicas, na linguagem e nos corpos, consolidando a política como guerra por outros meios; b) a paz interior da sociedade civil é apenas a continuação das lutas, dos confrontos, da guerra *no* poder, *pelo* poder e *com* o poder - e não a suspensão dos efeitos da guerra; c) enfim, a decisão final é a guerra, como prova de força das armas: segundo Foucault, a última batalha é o fim da política⁸.

⁵ FOUCAULT. *Il faut défendre la société*. Paris: Gallimard/Seuil, 1997, *Cours de 07.01.1976*, p. 14.

⁶ FOUCAULT. *Il faut défendre la société*. Paris: Gallimard/Seuil, 1997, *Cours de 07.01.1976*, p. 15.

⁷ FOUCAULT. *Il faut défendre la société*. Paris: Gallimard/Seuil, 1997, *Cours de 07.01.1976*, p. 16.

⁸ FOUCAULT. *Il faut défendre la société*. Paris: Gallimard/Seuil, 1997, *Cours de 07.01.1976*, p. 16-17.

3. PODER POLÍTICO COMO GUERRA

A análise não econômica do poder passa pelo poder como *repressão* (Wilhelm Reich) e pelo poder como *confronto de forças* (Nietzsche). Para Foucault, essas concepções seriam integráveis: a *repressão* como consequência política da guerra; a *opressão* como abuso da soberania política⁹. Mas Foucault descarta a ideia do poder como *repressão*, para conceber o poder como *guerra*, o novo fundamento da sociedade civil, ou o princípio motor do exercício do poder político. O poder político como guerra por outros meios introduz os conceitos de *tática* e de *estratégia* nas relações de força sociais. O esquema de guerra nas relações de força do poder político é o princípio do funcionamento do poder, que explica a luta de raças, subsumida na luta de classes - e agora Machiavel e Hobbes não são mais os teóricos da guerra na sociedade civil¹⁰.

4. A GUERRA, PRINCÍPIO DE ANÁLISE DO PODER POLÍTICO

Foucault pergunta se a guerra é o princípio de análise do poder político, ou se a guerra é o critério de inteligibilidade do poder político - em suma, se o poder político seria compreensível como guerra, luta, enfrentamento? A resposta retoma o conceito de *disciplina* para explicar o *como* do poder, definindo as regras do Direito como delimitação formal do poder. Mas continuam as perguntas: a) o poder produz efeitos de verdade nas relações sociais? b) os efeitos de verdade reproduzem o poder político? c) como pensar a relação entre poder, Direito e verdade?¹¹ A sociedade constituída ou atravessada por relações de poder, representadas por um *discurso de verdade*, é outra novidade de Foucault. O exercício do poder é um processo de produção de verdade, em que poder, Direito e verdade estão em relação intrínseca: a) o **poder** exige a produção da verdade (somos constrangidos a invocar a verdade), a pesquisa da verdade institucionalizada, ou profissionalizada - breve, a produção da verdade como produção da riqueza; b) a **verdade** existe como submissão (a verdade em face da lei) e como discurso verdadei-

⁹ FOUCAULT. *Il faut défendre la société*. Paris: Gallimard/Seuil, 1997, *Cours de 07.01.1976*, p. 17.

¹⁰ FOUCAULT. *Il faut défendre la société*. Paris: Gallimard/Seuil, 1997, *Cours de 07.01.1976*, p. 18.

¹¹ FOUCAULT. *Il faut défendre la société*. Paris: Gallimard/Seuil, 1997, *Cours de 14.01.1976*, p. 21.

ro, com efeitos de poder: somos julgados, condenados, classificados pelo discurso verdadeiro; c) **as regras do Direito** funcionam como mecanismos de poder, efeitos de verdade e formas do discurso verdadeiro¹².

5. O DIREITO COMO DOMINAÇÃO BRUTAL

Nas sociedades medievais o poder real é o direito fundamental, a armadura jurídica do rei é o corpo vivo da soberania. Nesse contexto, a teoria jurídica transforma o Direito no discurso de dominação do poder: os direitos legítimos da soberania, por um lado, e as obrigações legais de obediência dos súditos, por outro lado¹³. O projeto de Foucault não é o discurso jurídico, mas o Direito como dominação brutal: o Direito como instrumento de dominação, por seus aparelhos, instituições e regras - ou o Direito como operador de relações de dominação, mediante *técnicas de assujeitamento* em procedimentos de dominação, com práticas efetivas de assujeitamento que dominam corpos, dirigem gestos, regem comportamentos. A grande pesquisa de Foucault: como os sujeitos são constituídos - ou a constituição progressiva dos sujeitos por uma multiplicidade de forças, de energias, desejos e pensamentos¹⁴. Ainda mais: compreender o poder não como dominação de um indivíduo por outro, de um grupo por outro, de uma classe por outra, mas como algo que circula, funciona em cadeia, é exercido em rede e, assim, produz o indivíduo como principal efeito do poder. Logo, os corpos, gestos, discursos e sujeitos são constituídos como indivíduos pelo poder - um poder que transita pelo indivíduo na função de um *relais* no processo de constituição do sujeito¹⁵. Segundo Foucault, o poder se exerce, circula, forma rede, não de forma descendente, no sentido centro/periferia, mas de forma ascendente, no sentido periferia/centro: na loucura, por exemplo, não se trata de excluir um corpo humano incapaz de força de trabalho, mas da capacidade de aprendizagem do corpo humano como força de trabalho melhor. Afinal, o interesse da burguesia não seria excluir, mas descobrir técnicas, procedimentos ou mecanismos

¹² FOUCAULT. *Il faut défendre la société*. Paris: Gallimard/Seuil, 1997, *Cours de 14.01.1976*, p. 21-23.

¹³ FOUCAULT. *Il faut défendre la société*. Paris: Gallimard/Seuil, 1997, *Cours de 14.01.1976*, p. 24-25.

¹⁴ FOUCAULT. *Il faut défendre la société*. Paris: Gallimard/Seuil, 1997, *Cours de 14.01.1976*, p. 25-26.

¹⁵ FOUCAULT. *Il faut défendre la société*. Paris: Gallimard/Seuil, 1997, *Cours de 14.01.1976*, p. 26-27.

de controle, de medicalização da loucura, da sexualidade infantil e da delinquência¹⁶. A formação/ampliação do saber por métodos de observação, técnicas de registro e procedimentos de pesquisa - o poder como exercício de saber em sistemas de assujeitamento concretos: as técnicas e táticas de dominação do poder psiquiátrico, da sexualidade infantil e do sistema punitivo. Os novos mecanismos de poder têm por objeto os corpos humanos: o que fazer dos corpos, como extrair tempo e trabalho dos corpos. O poder disciplinar do capitalismo industrial existe como exercício de vigilância capaz de ampliar as forças assujeitadas e a força do poder assujeitador¹⁷.

6. OS DISCURSOS JURÍDICO E DISCIPLINAR NAS SOCIEDADES MODERNAS

A simultaneidade dos discursos jurídico e disciplinar marca as sociedades modernas: a) a legislação, o discurso e as práticas do direito público, princípio da soberania do corpo social; b) o discurso disciplinar próprio dos aparelhos de saber, sintetizados em campos de conhecimento: a regra da norma, no sentido de código de normalização, ou de saber clínico. Nesse contexto, o esforço de compreender a conduta humana se constrói como confronto de dois discursos: o discurso da soberania, organizado pelo Direito, e o discurso disciplinar, constituído por mecanismos de coerção. Os processos de exercício do poder configuram o direito do soberano, mas as técnicas disciplinares invadem o Direito, instituindo a *sociedade da normalização*: a normalização disciplinar conforma a neutralidade científica do poder/saber da medicina, com a medicalização geral do comportamento, dos discursos, dos desejos do indivíduo, no encontro dos sistemas da disciplina e da soberania. Na perspectiva de Foucault, a luta contra o poder disciplinar ocorreria pelo manejo do poder não disciplinar de um novo direito, fundado na repressão, como um conceito jurídico-disciplinar¹⁸.

7. PODER, DOMINAÇÃO E FABRICAÇÃO DE SUJEITOS

Foucault comunica o abandono do conceito de *repressão*, com base em Freud e Marx, para introduzir um projeto geral de poder como relação de dominação, ou dos ope-

¹⁶ FOUCAULT. *Il faut défendre la société*. Paris: Gallimard/Seuil, 1997, *Cours de 14.01.1976*, p. 28.

¹⁷ FOUCAULT. *Il faut défendre la société*. Paris: Gallimard/Seuil, 1997, *Cours de 14.01.1976*, p. 32-33.

¹⁸ FOUCAULT. *Il faut défendre la société*. Paris: Gallimard/Seuil, 1997, *Cours de 14.01.1976*, p. 34 s.

radores de dominação. O objetivo é a extração histórico/empírica de uma teoria da dominação, que não se funda no sujeito, com perguntas *como* ou *por que* são assujeitados, mas uma teoria da dominação fundada nas relações de poder factual e efetivo, para mostrar como as *relações de assujeitamento* determinam ou fabricam o sujeito¹⁹. A valoração do poder passa pela multiplicidade dos *operadores de dominação*, na relação recíproca de apoio, reforço e convergência dos grandes aparelhos de poder, nas estratégias globais e táticas locais de dominação, conforme aparecem no jogo de estratégias de dominação e de assujeitamento da criança aos adultos, dos filhos aos pais, do ignorante ao sábio, do aprendiz ao mestre etc.²⁰. Portanto, trata-se de descobrir as relações de dominação nos processos e tramas das relações de poder, como instrumentos técnicos para determinar efeitos de assujeitamento. O tema geral é a *fabricação de sujeitos* por relações de dominação, somente explicáveis pela análise dessas relações. O trabalho de Foucault prossegue com novas hipóteses: se devemos compreender os operadores de dominação, então precisamos saber (i) como as relações de dominação constituem relações de força e (ii) como as relações de força existem como relações de guerra²¹. A partir da noção de guerra surgem outras perguntas: a) a relação de poder pode ser valorada como matriz de técnicas de dominação? b) as relações de poder configuram relações de guerra? c) a guerra primitiva teria produzido a ordem, a riqueza, a autoridade, a subordinação, o Estado, os aparelhos de Estado, a lei? d) a guerra é a origem, ou a determinação primária, das desigualdades e assimetrias sociais, da divisão e da exploração do trabalho - ou seja, dos antagonismos, das rivalidades, dos afrontamentos e das lutas entre indivíduos, grupos sociais e classes? d) a arte da guerra é suficiente para analisar as relações de poder das instituições militares, núcleo nodal das relações políticas (de poder)? e) como, quando e por que a guerra funciona sobre as relações de poder? f) afinal, a ordem civil é uma ordem de batalha - e a paz social é uma situação de combate interrompido? E conclui: quem teria percebido que o fragor da batalha é o princípio da ordem, do Estado, das instituições e da história?²².

¹⁹ FOUCAULT. *Il faut défendre la société*. Paris: Gallimard/Seuil, 1997, *Cours de 21.01.1976*, p. 37-38

²⁰ FOUCAULT. *Il faut défendre la société*. Paris: Gallimard/Seuil, 1997, *Cours de 21.01.1976*, p. 39.

²¹ FOUCAULT. *Il faut défendre la société*. Paris: Gallimard/Seuil, 1997, *Cours de 21.01.1976*, p. 40.

²² FOUCAULT. *Il faut défendre la société*. Paris: Gallimard/Seuil, 1997, *Cours de 21.01.1976*, p. 41.

8. A POLÍTICA COMO GUERRA POR OUTROS MEIOS

O desenvolvimento do poder do Estado, por transformação das instituições em práticas de guerra, aparece no fenômeno definido por *estatização*: a guerra como instrumento de poder do Estado, nas práticas de guerra nas fronteiras, como violência real ou potencial entre os Estados. A estatização é a tendência profissional/técnica do aparelho militar controlado como força do Estado: a hipótese histórica é o surgimento do Estado pela multiplicação de práticas guerreiras internas na Idade Média. Na linguagem de Foucault, o novo discurso social não é filosófico/jurídico, mas histórico/político, da guerra como relação social permanente, desde as guerras civis/religiosas da Inglaterra (a revolução burguesa do Século 17) e na França (as lutas contra a monarquia absolutista do Século 17). O poder político não começa com a cessação da guerra; ao contrário, a guerra determina a organização e a estrutura jurídica do poder do Estado, que nasce no fragor das batalhas, no sangue dos massacres, das conquistas, das políticas de terra arrasada. O significado do Estado não é o armistício, mas a guerra, como motor das instituições e da ordem, a paz como continuação da guerra, ou a guerra como o código da paz, a sociedade como um campo de batalha permanente, em que não há neutralidade possível, nem podem existir sujeitos neutros, porque todos precisam tomar posição no campo de batalha. A sociedade não é uma pirâmide social, mas um modelo binário de dois grupos armados: o corpo social não é determinado por necessidades naturais ou exigências funcionais, mas pela guerra permanente, sem término, a batalha decisiva está sempre à frente - porque não há reconciliação possível com o inimigo: a pacificação, somente se vencermos, quando vencermos²³.

9. O SUJEITO DA FALA É PARTIDÁRIO

O sujeito da fala, no discurso histórico/político de guerra, não é neutro, mas partidário, na perspectiva da guerra até a vitória, porque a relação de força do poder exige tomar partido. O sujeito da fala usa a verdade como arma da relação de força do poder, porque o desequilíbrio ou a assimetria da relação de força determina a vitória. O papel do sujeito da fala não é o papel do legislador/filósofo do armistício/ reconciliação, mas o papel do guerreiro, na imposição de um Direito assimétrico, com a verdade como princípio maior da relação de força. O objetivo do estudo de Foucault não é ordenar a

²³ FOUCAULT. *Il faut défendre la société*. Paris: Gallimard/Seuil, 1997, *Cours de 21.01.1976*, p. 43-44.

história conforme princípios fundamentais, nem julgar a violência ou o abuso dos governos conforme esquemas ideais (a natureza, os princípios ou Deus), mas descobrir o passado nas suas lutas reais, com vitórias e derrotas, a origem do “justo institucional”, o sangue das batalhas secado nos códigos. O campo histórico é relativístico, dissolvendo-se em mecanismos e eventos de força, poder e guerra²⁴. A dialética é o discurso do movimento universal da contradição, é o discurso da guerra: a lógica da contradição é a codificação das lutas e guerras, na constituição histórica do sujeito universal, colonizado pelo discurso histórico/político da guerra social. A guerra, essa trama não interrompida da história, elemento fundamental de manutenção e desenvolvimento das desigualdades étnicas: a força, o vigor, a energia, a violência, a barbárie na escravidão de uma raça por outra raça. A teoria da guerra de raças é a transcrição biológica do discurso materialista da guerra social, que apagou os traços de conflito de raças, para ser redefinida como luta de classes. A retomada da análise dialética da luta de raças, no racismo biológico social, da raça superior contra a raça inferior, mas não do simples combate entre raças, e sim da luta da raça verdadeira, que está no poder, que é titular da norma, contra a raça como perigo biológico: é o discurso biológico, racista, contra o perigo de degeneração. O aparelho de Estado como defesa da sociedade, contra os perigos biológicos da raça inferior: o racismo de Estado como racismo social contra a sociedade²⁵.

10. A BIOPOLÍTICA COMO NOVA TECNOLOGIA DO PODER

Na teoria de Foucault, a guerra é o critério de inteligibilidade dos processos históricos, concebidos como guerra de raças: o racismo de Estado é o maior fenômeno do Século 19, com o aprisionamento da vontade pelo poder do Estado e a consequente standardização biológica do homem vivente. A teoria da soberania se funda no direito de vida e morte, segundo a fórmula *fazer morrer e deixar viver*, do sujeito nem vivo, nem morto, mas neutro, na relação com o poder. A nova tecnologia do poder não tem por objeto a *disciplina* do corpo humano, pela vigilância, o treinamento, a utilização e a punição, mas a *biopolítica* da espécie humana, como conjunto de processos de nascimento, mortalidade, longevidade e doenças, na determinação de efeitos de redução da produção e de custos sociais. Nesse aspecto, a medicina é a

²⁴ FOUCAULT. *Il faut défendre la société*. Paris: Gallimard/Seuil, 1997, Cours de 21.01.1976, p. 48.

²⁵ FOUCAULT. *Il faut défendre la société*. Paris: Gallimard/Seuil, 1997, Cours de 21.01.1976, p. 52-53.

primeira área de intervenção do saber/poder, responsável pela coordenação dos conteúdos, pela centralização de informações e pela normalização do saber. As formas de intervenção nos mecanismos de regularização dos processos biológicos do homem-espécie abrangem a redução das taxas de morbidade, o prolongamento da vida, o estímulo da natalidade, os mecanismos de seguridade etc.²⁶. A biopolítica, como nova tecnologia do poder, tem por objeto a população, do ponto de vista da regularização dos processos biopolíticos, segundo a fórmula *fazer viver e deixar morrer* - ao contrário da fórmula *fazer morrer e deixar viver*, própria da disciplina. Em avaliação comparativa, as tecnologias do poder são assim definidas: a) a disciplina tem por objeto a vigilância e o adestramento do corpo, para produzir efeitos individuais de utilidade e de docilidade, na escola, nos ateliês, na caserna, nos hospitais, instituições disciplinares; b) a biopolítica tem por objeto fenômenos globais da população, incidindo na regularização de processos biosociológicos das massas humanas, com o controle de eventos aleatórios da massa vivente e a segurança contra perigos externos. Não obstante, a disciplina e a biopolítica não estão em oposição absoluta, mas podem atuar de forma articulada: na Polícia, aparelho disciplinar e estatal, e nas instituições supra estatais, como instituições médicas e caixas de seguros. Exemplos: a) na cidade obreira, atuam (i) mecanismos disciplinares de controle do corpo (a conduta, por exemplo) e (ii) mecanismos de regularização da população (poupança, sistema de seguros, regras de higiene, proteção da sexualidade, escolarização da criança etc.); b) na sexualidade, o controle disciplinar pela vigilância da masturbação (evitar doenças), e o controle biológico pela procriação (evitar descendência degenerada), em que a medicina é o saber/poder nos dois casos. A sociedade de normalização contém elementos comuns do corpo e da população, com o entrecruzamento de normas disciplinares e biopolíticas²⁷.

11. O RACISMO COMO GUERRA DE RAÇAS

Se o poder regularizador da biopolítica protege a vida, então por que expõe a vida do inimigo e do cidadão? A resposta de Foucault: pelo racismo, como mecânica do poder no Estado moderno. O racismo é um *continuum* biológico de raças diferentes, importante para determinar quem vive e quem morre. Primeiro, a divisão da po-

²⁶ FOUCAULT. *Il faut défendre la société*. Paris: Gallimard/Seuil, 1997, Cours de 21.01.1976, p. 213-17.

²⁷ FOUCAULT. *Il faut défendre la société*. Paris: Gallimard/Seuil, 1997, Cours de 21.01.1976, p. 222-25.

pulação como mistura de raças; segundo, uma relação guerreira: se você quer viver, então precisa matar o inimigo. A relação *eu vivo, eles morrem* não é guerreira, mas uma relação biológica de biopoder: eliminar o inimigo, não como adversário político, mas como perigo para a população. A morte não é a vitória sobre o adversário político, mas a eliminação do perigo biológico da raça: o racismo, como acessibilidade da morte na sociedade de normalização, a sociedade do biopoder - em suma, a indispensável função de matar do Estado, existente como racismo. As várias formas de morte do biopoder: a morte direta e a morte indireta, esta como (i) exposição à morte (prisões), (ii) a multiplicação do risco de morte (a disputa do mercado ilegal da droga), e (iii) a morte política pela expulsão ou pela rejeição²⁸ (o caso Lula?). O racismo, como guerra para destruir a raça adversa, perigo biológico: reforçar a nossa raça pela regeneração. O Estado nazista, o Estado racista mais mortífero, armado com o poder disciplinar e o biopoder máximos: controle biológico da procriação, da hereditariedade e das doenças; poder de vida e morte do Estado sobre o cidadão, através das SS e das SA (a denúncia do vizinho). No nazismo, a guerra não só contra outras raças, mas a guerra contra a própria raça (alemã), pelo risco de morte (a) do cidadão, pelo dever de obediência ao Estado racista mortífero, suicida (a ordem de Hitler de destruição das condições de vida do povo, pelo Telegrama 71, de 1945), ou (b) da raça superior, protegida pela regeneração, ou da raça considerada inferior, na solução final de extermínio, ou de subordinação²⁹. A pergunta inquietante: o racismo atinge todos os Estados modernos? A resposta é sim, para o Estado capitalista. Em relação ao Estado socialista, Foucault fala da dificuldade de avaliar: não há problematização da economia e do Direito - por exemplo, as relações de propriedade, o modo de produção, áreas afetadas pelos mecanismos de poder do Estado. Por último, a pergunta: como fazer funcionar o biopoder de guerra? E a resposta: pelo racismo³⁰.

²⁸ FOUCAULT. *Il faut défendre la société*. Paris: Gallimard/Seuil, 1997, *Cours de 21.01.1976*, p. 227-229.

²⁹ FOUCAULT. *Il faut défendre la société*. Paris: Gallimard/Seuil, 1997, *Cours de 21.01.1976*, p. 230-232.

³⁰ FOUCAULT. *Il faut défendre la société*. Paris: Gallimard/Seuil, 1997, *Cours de 21.01.1976*, p. 233-234.



PARECERES

PARECER DAS COMISSÕES
PERMANENTES DE DIREITO PENAL E
CRIMINOLOGIA
INSTITUTO DOS ADVOGADOS
BRASILEIROS

Indicação nº 049/2022

Relator: Claudio Bidino

Objeto: O parecer versa sobre o PL 583/11, aprovado pela Câmara dos Deputados, em trâmite atualmente no Senado Federal na forma de PL 2.253/22, que pretende alterar a LEP para extinguir o direito dos presos às saídas temporárias, para possibilitar o monitoramento eletrônico de condenados em liberdade condicional, em regime aberto ou semiaberto, ou mesmo que estejam submetidos a penas restritivas de direitos que limitem a frequência a lugares específicos, bem assim para condicionar a progressão de regime à prévia realização de exame criminológico.

EMENTA: PL 2.253/22. Propostas que visam eliminar o direito dos presos às saídas temporárias, ampliar as possibilidades legais de monitoramento eletrônico de condenados e condicionar a progressão de regime à realização de exame criminológico.

1. O direito a saídas temporárias é essencial para reintegração social dos presos e para a prevenção delitiva, não se vislumbrando a necessidade, a conveniência e a eficácia da proposta voltada a eliminá-lo do ordenamento jurídico brasileiro.
2. A ampliação das possibilidades de monitoramento eletrônico é uma proposta que, para além contrariar as finalidades da pena, tem o potencial de agravar as repugnantes condições dos presídios brasileiros, pois acarretará um significativo aumento de custos, sem contribuir para remediar uma das suas principais mazelas: a superpopulação carcerária.
3. A proposta de se condicionar a progressão de regime à prévia realização de exame criminológico “*não se sustenta em premissas científicas válidas*” e ainda “*apresenta significativos déficits constitucionais*”, tal como concluído em parecer aprovado pelo Plenário do IAB na sessão de 15 de junho de 2022.

4. Propostas que servem apenas a agravar o estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário brasileiro, o que resulta na sua inconstitucionalidade.

5. Parecer pela rejeição integral do PL 2.253/22, do Senado Federal.

1. RELATÓRIO

Trata-se de projeto de lei aprovado pelo Plenário da Câmara dos Deputados em sessão realizada no último dia 03 de agosto, nos moldes do texto substitutivo que foi então proposto pelo Deputado Federal Capitão Derrite (PL-SP).

Na ocasião, o Deputado Federal Capitão Derrite apresentou parecer, de sua relatoria, emitido no âmbito da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados, sobre o Projeto de Lei nº 6.579/13 e sobre outros 47 (quarenta e sete) projetos legislativos que tramitavam apensados¹.

O Projeto de Lei nº 6.579/13, oriundo do Senado Federal, visava modificar os artigos 123 e 124 da Lei de Execução Penal, para restringir o direito a saídas temporárias, limitando-se o seu exercício apenas para os presos primários e tão-somente por uma única vez ao ano, preenchidas as demais condições legais.

Já os outros 47 (quarenta e sete) projetos legislativos que tramitavam apensados ao PL 6.579/2013 versavam igualmente sobre o direito dos presos às saídas temporárias e, por vezes, também sobre outros direitos penitenciários, tais como os direitos à progressão de regime e ao livramento condicional.

Convém notar que, salvo algumas pontuais exceções, praticamente todos esses projetos legislativos apensados procuravam limitar, de alguma forma, o exercício do direito a saídas temporárias, com propostas voltadas, por exemplo, para: (i) exigir o monitoramento eletrônico dos presos; (ii) impor o recolhimento domiciliar em

tempo integral; (iii) estabelecer a necessidade de prévia realização de parecer criminológico; (iv) ampliar o período mínimo legalmente exigido de cumprimento de pena; (v) vedar a concessão em datas incompatíveis com a natureza do delito praticado; (vi) proibir a concessão para presos condenados pela prática de determinados crimes tidos como especialmente graves (crimes hediondos, crimes contra a dignidade sexual, tráfico de drogas, corrupção, lavagem de dinheiro, crimes com resultado morte praticados contra ascendentes, descendentes, cônjuges, irmãos, crianças, idosos, dentre outros); e (vii) suprimir do ordenamento jurídico brasileiro o direito a saídas temporárias.

No seu parecer, ao se manifestar pela aprovação de parte desses projetos de lei, o Deputado Federal Capitão Derrite propôs então a adoção de um texto substitutivo, que pretende alterar, incluir e revogar alguns dispositivos na Lei de Execução Penal, com a finalidade de: (1) eliminar totalmente do ordenamento jurídico brasileiro o direito dos presos às saídas temporárias; (2) estabelecer a possibilidade de monitoramento eletrônico de condenados que estejam em liberdade condicional, em regime aberto ou semiaberto, ou mesmo que estejam sendo submetidos a penas restritivas de direitos que limitem a frequência a lugares específicos; e ainda (3) condicionar a progressão de regime à prévia realização de exame criminológico.

Tem-se, assim, que, nos termos do texto substitutivo que veio a ser aprovado pela Câmara dos Deputados, o direito dos presos às saídas temporárias seria extirpado do ordenamento jurídico brasileiro com a revogação dos seguintes dispositivos previstos na Lei de Execução Penal: “I – inciso III do caput do art. 23; II – inciso IV do caput do art. 66; III – alínea i do inciso I do caput do art. 81-B; IV – art. 122; V – art. 123; VI – art. 124; VII – art. 125; VIII – inciso II do caput do art. 146-B; e IX – inciso II do parágrafo único do art. 146 – C” (artigo 3º do PL 583/11).

Por seu turno, o monitoramento eletrônico de condenados em liberdade condicional, em regime aberto ou semiaberto, ou mesmo que estejam submetidos a penas restritivas de direitos que limitem a frequência a lugares específicos, passaria a ser possível com a realização de algumas adequações nos artigos 66, 115, 132, 146-B e 146-C da Lei de Execução Penal. O artigo 146-B, por

¹ PL 583/11, PL 6.028/13, PL 3.938/15, PL 3.939/15, PL 4.428/16, PL 4.938/16, PL 5.091/16, PL 5.369/16, PL 6.133/16, PL 6.300/16, PL 6.356/16, PL 6.843/17, PL 6.994/17, PL 7.165/17, PL 7.767/17, PL 8.124/17, PL 8.683/17, PL 8.872/17, PL 8.908/17, PL nº 9.009/17, PL 10.348/18, PL 9.651/18, PL 9.679/18, PL 1.316/19, PL 1.319/19, PL 1.438/19, PL 2.214/19, PL 2.254/19, PL 4.296/19, PL 4.383/19, PL 4.557/19, PL 5.855/19, PL 731/19, PL 840/19, PL 3.317/20, PL 409/20, PL 454/20, PL 116/21, PL 2.115/21, PL 2.213/21, PL 2.568/21, PL 360/21, PL 4.337/21, PL 407/22, PL 689/22, PL 789/22 e PL 909/22.

exemplo, ganharia três novos incisos, de modo a dispor que “*O juiz poderá definir a fiscalização por meio de monitoração eletrônica quando: [...] VI – aplicar pena privativa de liberdade a ser cumprida nos regimes aberto ou semiaberto, ou conceder progressão para tais regimes; VII – aplicar pena restritiva de direitos que estabeleça limitação de frequência a lugares específicos; VIII – conceder o livramento condicional*” (artigo 2º do PL 583/11).

Finalmente, ainda nos termos do texto substitutivo que acabou por ser aprovado pela Câmara dos Deputados, a progressão de regime passaria a ficar condicionada à prévia realização de exame criminológico a partir da implementação de alguns ajustes nos enunciados normativos previstos nos artigos 112 e 114 da Lei de Execução Penal. A redação do § 1º, do artigo 112, por exemplo, seria alterada para estabelecer que: “*Em todos os casos, o apenado somente terá direito à progressão de regime se ostentar boa conduta carcerária, comprovada pelo diretor do estabelecimento, e pelos resultados do exame criminológico, respeitadas as normas que vedam a progressão*” (artigo 2º do PL 583/11).

Insta salientar, por oportuno, que, no parecer aprovado no âmbito da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, o Deputado Federal Capitão Derrite apresentou justificativas para cada uma dessas proposições legislativas, seguindo sempre a mesma lógica militar de “*combate ao crime*”.

Destarte, para justificar a proposta de extinção das saídas temporárias, o parlamentar partiu inicialmente da comoção nacional gerada por casos de detentos famosos, para sustentar, na sequência, que esse “benefício” seria prejudicial à sociedade por ensejar a prática de mais crimes e por promover a fuga de um grande número de pessoas, além de burlar a finalidade da lei penal ao “*frustrar o cumprimento do disposto no artigo 112 da LEP, que disciplina exatamente a proporcionalidade no cumprimento da pena privativa de liberdade*”.

No mesmo contexto, o Deputado Federal Capitão Derrite procurou justificar a proposta de ampliação das possibilidades de monitoramento eletrônico afirmando simplesmente que ela permitiria um maior controle e, assim, impediria a prática de crimes por condenados em liberdade condicional, em regime aberto ou semiaberto, ou mesmo que estejam submetidos a pena restritiva de direitos que estabeleça limitação de frequência a lugares específicos.

Por último, o parlamentar procurou justificar a proposta de se condicionar a progressão de regime à prévia realização de exame criminológico argumentando que “*o exame criminológico [...] constitui ferramenta muito mais efetiva para aferir a capacidade do condenado de adaptar-se ou não a regime menos rigoroso do que uma constatação de boa conduta carcerária comprovada apenas pelo diretor do estabelecimento, tal qual é previsto pela legislação vigente*”.

Em consulta realizada ao site do Senado Federal, pôde-se constatar que Projeto de Lei nº 583/2011, da Câmara dos Deputados, já foi recebido pelo Plenário e publicado no Diário do Senado Federal do dia 11 de agosto, tramitando atualmente na forma de Projeto de Lei nº 2.253/2022, do Senado Federal.

É o relatório.

2. OPINIO JURIS

O Projeto de Lei nº 583/11, da Câmara dos Deputados, que tramita atualmente no âmbito do Senado Federal na forma de Projeto de Lei nº 2.253/22, pretende promover alterações na Lei de Execução Penal que têm o potencial de produzir significativos impactos no sistema penitenciário brasileiro.

Daí porque não parece possível analisar as alterações que estão sendo propostas sem a compreensão prévia do trágico estado em que se encontra o sistema penitenciário brasileiro e das importantes discussões que vêm sendo travadas sobre a sua situação em artigos científicos, pareceres jurídicos, relatórios parlamentares, decisões judiciais, resoluções supranacionais e tantos outros documentos publicados por entidades nacionais e estrangeiras.

Afigura-se, assim, indispensável para o exame de cada uma das propostas apresentadas que se entenda preliminarmente o efetivo contexto em que todas elas estão inseridas.

2.0. Contextualização Necessária

O Brasil vem sendo apontado como o país que tem a 3ª maior população carcerária do mundo², caracteriza-

² Brasil aparece em 3º lugar no ranking de países com o maior número de pessoas encarceradas, que foi divulgado pela organização independente “World Population Review” no ano de 2022 (<https://worldpopulationreview.com/country-rankings/incarceration-rates-by-country>). Esse ranking foi elaborado a partir dos dados publicados no estudo “World Prison Popu-

da pela presença maciça e desproporcional de negros e pobres³.

Estima-se que, atualmente, mais de 900.000 pessoas estejam privadas de liberdade no Brasil; número, este, que só não é maior porque existem cerca de 350.000 mandados de prisão pendentes ainda de cumprimento, segundo informações oficiais colhidas no próprio site do Conselho Nacional de Justiça⁴.

O sistema penitenciário brasileiro e, em particular, as diversas unidades prisionais espalhadas pelo país apresentam gravíssimos problemas estruturais crônicos, que vêm sendo negligenciados ano após ano pelo Estado, desde sempre.

Não parece, entretanto, haver mais espaço nos dias de hoje para se ignorar a terrível realidade dos presídios brasileiros, sobretudo porque ela passou enfim a ser diagnosticada não apenas pela comunidade acadêmica⁵, mas, não raramente, pelos próprios Poderes da República e pelos mais diversos órgãos internacionais.

lation List – Thirteen Edition, conduzido por Helen Fair e Roy Walmsely, do *Institute for Crime & Justice Policy Research*, da Faculdade de Direito da *Birbeck University of London*, que apontam que, em 31 de dezembro de 2020, a população carcerária brasileira correspondia a 811.707 presos (https://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/world_prison_population_list_13th_edition.pdf).

³ Segundo dados publicados na edição de 2022 do Anuário Brasileiro de Segurança Pública, exorbitantes 67,5% da população carcerária é negra (<https://www.conjur.com.br/2022-jul-10/populacao-carceraria-volta-aumentar-deficit-vagas-cai>).

⁴ De acordo com as estatísticas armazenadas no Banco Nacional de Mandados de Prisão, do Conselho Nacional de Justiça, o Brasil conta atualmente com 909.373 pessoas presas e 2164 internadas, além de 357.737 mandados de prisão pendentes de cumprimento, sendo que 24.998 referentes a foragidos e 332.739 referentes a procurados. Não consta, porém, a informação de quantas pessoas estão efetivamente presas em estabelecimentos prisionais, e não, por exemplo, em prisão domiciliar. (<https://portalbnmp.cnj.jus.br/#/estatisticas> - acesso em: 25.10.22)

⁵ Dentre os inúmeros artigos científicos que procuram diagnosticar, com seriedade, as mazelas do sistema penitenciário brasileiro, vale citar, a título exemplificativo, os que seguem: (i) MOURA, Maria Thereza Rocha de Assim, DE ASSIS MOURA, “Execução penal e falência do sistema carcerário” in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 29, 2000, 351-363; (ii) BARCELLOS, Ana Paula de, “Violência Urbana, condições das prisões e dignidade humana”, *Revista de Direito Administrativo*, v. 254, 2010, 39-65, (iii) SILVA, Fabio Lobosco, “Gigantes em Ruínas: Um Assombroso Panorama do Sistema Carcerário Nacional” in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 123 2016, 361-380; e (iv) FERRAZ, Thaís Schilling, “O Silêncio dos Presídios Brasileiros: Um mecanismo de Legitimação do Quadro de Violação de Direitos Humanos” in *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, n. 110, v. 19, 2018.

No ano de 2009, por exemplo, a CPI do Sistema Carcerário, instaurada pela Câmara dos Deputados, apresentou um impressionante relatório final discriminando, com riqueza de detalhes e inclusive fotografias tiradas *in loco*, algumas das inúmeras violações cometidas sistematicamente nos presídios brasileiros, sendo certo que uma das suas principais conclusões não poderia ter sido mais contundente: “Apesar da excelente legislação e da monumental estrutura do Estado Nacional, os presos no Brasil, em sua esmagadora maioria, recebem tratamento pior do que o concedido aos animais: como lixo humano”⁶.

Não menos relevante foi a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no dia 09 de setembro de 2015, no julgamento da Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, em que se declarou o sistema penitenciário brasileiro como um estado de coisas inconstitucional, em virtude da “violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas”⁷.

⁶ BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário. Disponível em: <<https://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/2701>>. Pg. 192. Destacou-se, assim, nesse potente relatório, dentre tantas outras violações, que: (i) “a maioria dos estabelecimentos penais não oferece aos presos condições mínimas para que vivam adequadamente”; (ii) “em muitos deles, os presos não têm acesso a água, e, quando o têm, o Estado não lhes disponibiliza água corrente e de boa qualidade”; (iii) “a grande maioria das unidades prisionais é insalubre, com esgoto escorrendo pelos pátios, restos de comida amontoados, lixo por todos os lados, com a proliferação de roedores e insetos, sendo o ambiente envolto por um cheiro insuportável”; (iv) “na grande maioria das unidades federadas, o fornecimento de uniformes aos reclusos é uma exceção” (“em muitos estabelecimentos penais, o principal uniforme dos presos é o próprio couro”) (v) “os colchões são sempre em menor quantidade do que o número de presos” (“em vários Estados, os presos dormem em pedras nuas e frias”); (vi) “em quase todas as unidades prisionais, os presos reclamaram da qualidade da comida”, com denúncias constantes de “cabelos, baratas e objetos estranhos misturados na comida”; (vii) “doença na prisão é facilmente transmitido em face do ambiente insalubre e lotado”; (viii) “as unidades prisionais praticamente não fornecem medicamentos aos internos”; (ix) os estabelecimentos se caracterizam pela “falta de espaço físico destinado às atividades educacionais, falta de material pedagógico, profissionais mal pagos e desestimulados, somando-se, ainda, o fato de que são poucas as escolas existentes”; (x) “em todos os estabelecimentos o Estado explora os presos nos trabalhos de cozinha, limpeza, distribuição de alimentos, serviços de pintura, reforma de prédios e outras atividades, às vezes com carga horária abusiva e ilegal”; (xi) as crianças que nascem no cárcere “ali permanecem sem a assistência devida durante período não fixado na legislação, permanecendo à mercê dos diretores e dos regulamentos locais”, sendo “extremamente raras as unidades prisionais que dispõem de creche e berçário para recém-nascidos”.

⁷ STF, MC na ADPF 347/DF, Pleno, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 09.09.2015. A graves violações sofridas pelos detentos foram muito bem sintetizadas na seguinte passagem do voto proferido pelo ilustre Ministro Marco Aurélio: “[...] no sistema prisional brasileiro, ocorre violação generali-

É digno de registro que, no minudente acórdão relatado pelo ínclito Ministro Marco Aurélio, para além de reconhecer abertamente a realidade atroz do sistema carcerário brasileiro, o Supremo Tribunal Federal se preocupou ainda em elencar as mais diversas normas legais e constitucionais que estão sendo contrariadas pela manutenção dessa repugnante situação, dentre as quais as que estabelecem o princípio da dignidade da pessoa humana (Art. 1º, III, da CF), a proibição da tortura e do tratamento desumano ou degradantes de seres humanos (art. 5º, III, da CF), a vedação da aplicação de penas cruéis (art. 5º, XLVII, “e”, da CF), o direito dos presos de cumprir pena em estabelecimento compatível com a natureza do delito, a sua idade e gênero (art. 5º, XLVIII, da CF), a garantia de respeito à integridade física e moral do detento (art. 5º, XLIX, da CF); o direito à assistência judiciária (art. 5º, LXXIV, da CF), os direitos à saúde, educação, alimentação, trabalho, previdência e assistência social (art. 6º da CF), assim como tantos outros direitos ainda mais concretos consagrados na Lei de Execução Penal.

Já no plano internacional, merecem destaque as recorrentes manifestações da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre as graves violações a direitos humanos detectadas em diversas penitenciárias brasileiras, como, e.g., na Penitenciária Dr. Sebastião Martins Silveira (Araraquara-SP)⁸, no Complexo de Tatuapé (São Paulo-SP)⁹, na Penitenciária Urso Branco (Porto Velho-RO)¹⁰, no Presídio Central de Porto Alegre-RS¹¹, no Centro Penitenciário Professor Aníbal Bruno (Recife-PE)¹², no Complexo de Pedrinhas (São Luiz-MA)¹³ e no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho (Rio de Janeiro-RJ)¹⁴.

Na resolução emitida mais recentemente, no dia 22 de

zada de direitos fundamentais dos presos no tocante à dignidade, higidez física e integridade psíquica. A superlotação carcerária e a precariedade das instalações das delegacias e presídios, mais do que inobservância, pelo Estado, da ordem jurídica correspondente, configuram tratamento degradante, ultrajante e indigno a pessoas que se encontram sob custódia. As penas privativas de liberdade aplicadas em nossos presídios convertem-se em penas cruéis e desumanas. Os presos tornam-se “lixo digno do pior tratamento possível”, sendo-lhes negado todo e qualquer direito à existência minimamente segura e salubre. Daí o acerto do Ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, na comparação com as “masmorras medievais”.

⁸ Resoluções expedidas pela CIDH em 26.07.06 e 30.09.06.

⁹ Resoluções expedidas pela CIDH em 17.11.05, 04.07.06 e 03.07.07.

¹⁰ Resoluções expedidas pela CIDH em 19.06.02, 19.08.02, 22.04.04, 07.07.04, 21.09.05, 02.05.08, 25.11.09.

¹¹ Resolução expedida pela CIDH em 30.12.13.

¹² Medida provisória expedida pela CIDH em 22.05.14.

¹³ Medida provisória expedida pela CIDH em 18.11.14.

¹⁴ Resoluções expedidas pela CIDH em 31.08.17 e 22.11.18.

novembro de 2018, a Corte Interamericana de Direitos Humanos chegou a ponto de determinar ao Estado Brasileiro, dentre outras medidas, que compute em dobro cada dia de privação de liberdade cumprido no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, no Rio de Janeiro (por indivíduos que não tenham sido acusados ou condenados pela prática de crimes contra a vida, a integridade física ou a liberdade sexual), precisamente por entender que esses detentos estão passando por um sofrimento antijurídico muito maior do que o inerente à mera privação de liberdade, fruto de uma superpopulação carcerária com densidade superior a 200%, i.e., duas vezes a capacidade da referida unidade prisional (“*o que importaria que o tempo de pena ou de medida preventiva ilícita realmente sofrida fosse computado à razão de dois dias de pena lícita por dia de efetiva privação de liberdade em condições degradantes*”)¹⁵.

Adotou-se, assim, nessa resolução da CIDH, que, frise-se, já está sendo devidamente cumprida pelo Poder Judiciário Brasileiro¹⁶, um posicionamento em sentido convergente com o que já vinha sendo defendido por juristas brasileiros de renome, como, por exemplo, pelo Professor Juarez Tavares, em parecer apresentado no âmbito da MC na ADPF 347/DF, e pelo Ministro Luis Roberto Barroso, em voto proferido no próprio julgamento da MC na ADPF 347/DF¹⁷.

¹⁵ Quanto aos detentos acusados ou condenados pela prática de crimes contra a vida, a integridade física ou a liberdade sexual, a CIDH determinou ao Estado Brasileiro que organizasse uma equipe de criminólogos voltada a avaliar a conveniência de se computar em dobro o tempo da pena de privação de liberdade – ou de se reduzir a pena em menor medida – também para eles, após a realização de um exame prévio sobre o prognóstico de conduta, a partir de indicadores de agressividade.

¹⁶ No dia 15 de junho de 2021, e.g., a 5ª Turma do STJ, em sede de agravo regimental, por unanimidade, manteve decisão monocrática proferida pelo Min. Reynaldo Soares da Fonseca, que deu provimento ao RHC nº 136.961, justamente, para fazer valer a Resolução da CIDH a fim de que “*se efetue o cômputo em dobro de todo o período em que o paciente cumpriu pena no Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, de 09 de julho de 2017 a 24 de maio de 2019*”. Da mesma forma, no dia 24 de agosto de 2021, ao julgar o HC 660.332, a 6ª Turma do STJ concedeu ordem de *habeas corpus* de ofício também para fazer valer a Resolução da CIDH, para determinar a produção da prova técnica exigida para a análise das situações dos detentos acusados ou condenados por crimes contra a vida, a integridade física ou a liberdade sexual.

¹⁷ No parecer apresentado na MC na ADPF 347, o Professor Juarez Tavares esclarece que é fundamental que se opere não apenas com o conceito de pena ficta, que é aquela prevista idealmente pelos tipos penais, mas principalmente com o conceito de pena real, que é aquela que assimila realisticamente as condições degradantes e as aflições adicionais experimentadas pelos detentos durante a privação da liberdade. Ademais, ele

Cumprir ressaltar que todos esses documentos oficiais e estudos científicos que vêm endereçando, com seriedade, a perturbadora situação do sistema carcerário brasileiro têm chegado à mesma conclusão, no sentido de que qualquer tentativa de solução para os graves problemas prisionais diagnosticados passa necessariamente pela adoção emergencial de uma política de desencarceramento, tanto porque se tem identificado a superpopulação carcerária como uma das principais causas de todas as demais violações a direitos fundamentais dos presos, quanto porque se tem entendido que as profundas mudanças estruturais exigidas para se reverter o deplorável panorama atual jamais conseguirão ser implementadas de uma hora para outra.

Quer dizer, existe atualmente um relativo consenso de que se deve evitar, a todo custo, manter no cárcere quem não precisa, de fato, estar submetido às suas agruras, por exemplo, por não ter praticado um crime grave, mediante violência ou grave ameaça, por não ter sido condenado por sentença transitada em julgado e não oferecer qualquer risco à sociedade, ou mesmo por estar em estágio mais avançado de cumprimento da pena, em vias de reintegração social.

Não se pode perder de vista que todas as medidas que vêm sendo propostas para aliviar os sofrimentos impingidos pelo sistema penitenciário brasileiro almejam não apenas resguardar os direitos das pessoas que fazem parte da população carcerária, mas também proteger os interesses da própria sociedade como um todo.

Isto porque está cada vez mais claro que as lastimáveis condições dos estabelecimentos prisionais brasileiros, para além de inviabilizarem por completo, qualquer possibilidade, ainda que remota, de que a pena consiga atingir as finalidades que lhe são atribuídas, servem de estímulo – elas próprias – à criminalidade¹⁸.

adverte que é necessário um “*redimensionamento do valor nominal da pena, ou seja uma redução proporcional desse valor, de forma a equiparar a aflição ficta à aflição real*”, considerando “*a vivência concreta no cárcere como dado empírico deslegitimante*”. Já o Min. Luis Roberto Barros, ao votar na MC ADPF 347, relembrou o seu posicionamento favorável à remissão de pena quando houver pedido de reparação formulado pelo detento ao Juiz da Execução Penal, em razão do cumprimento de pena em condições mais gravosas do que seria tolerável.

¹⁸ Registre-se que a doutrina pena brasileira vem alertando há décadas para a completa ineficácia da pena de prisão e para a imprescindibilidade de se evitá-la sempre que possível, como ilustram as seguintes palavras do

Ou seja, entende-se que o sistema penitenciário brasileiro, nas repulsivas condições em que se encontra, não apenas não ressocializa, não recupera e não reintegra ninguém, mas, pelo contrário, constitui, ele próprio, um ambiente criminógeno, que promove mais delinquência, para dentro e para fora dos muros prisionais.

A defesa pelos direitos dos presos e pela promoção de medidas desencarceradoras, que retirem dessa atmosfera tóxica quem não precise, de fato, estar nela, vem sendo então concebida também como uma política de segurança pública¹⁹.

Não obstante tudo isso, a tendência que se verifica nos projetos de lei em trâmite no Congresso Nacional é insistentemente pela proposição de medidas simbólicas voltadas exclusivamente a restringir ainda mais os direitos dos presos e a tornar ainda mais demorado e custoso o seu retorno ao convívio social.

Ignora-se, assim, o “*estado de coisas inconstitucional*” do sistema penitenciário brasileiro, bem como todas as medidas que vêm sendo propostas para atenuá-lo por estudos científicos e documentos oficiais sobre o tema, em prol uma política pública perversa e insensível, que já se comprovou fracassada.

É, portanto, nesse contexto que precisa ser analisado o Projeto de Lei nº 583/11, aprovado pela Câmara dos Deputados, e em trâmite atualmente no Senado Federal como Projeto de Lei nº 2.253/22, ou qualquer outro que pretenda recrudescer ainda mais o impregnado sistema penitenciário brasileiro.

saudosos mestre Heleno Claudio Fragoso: “*A prisão constitui realidade violenta, expressão de um sistema de justiça desigual e opressivo, de que funciona como retroalimentador. Serve apenas para reforçar valores negativos, proporcionando proteção ilusória. Quanto mais graves são as penas e as medidas impostas aos delinquentes, maior é a probabilidade de reincidência. O sistema será, portanto, mais eficiente, se evitar, tanto quanto possível, mandar as pessoas para a prisão, nos crimes pouco graves, e se, nos crimes graves, evitar o encarceramento demasiadamente longo*” (FRAGOSO, Heleno Claudio, “Alternativas da Pena Privativa da Liberdade”, *Revista de Direito Penal*, Vol. 29, 1980, 5-17. Pg.7).

¹⁹ Foi com isso em mente, inclusive, que a Organização das Nações Unidas, através da resolução nº 45/110, de 14 de Dezembro de 1990, publicou as “Regras Mínimas das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas Não Privativas de Liberdade”, também chamadas de “Regras de Tóquio”, que visam, dentre outros objetivos, estimular os Estados-Membros a “*desenvolver em seus sistemas jurídicos medidas não privativas de liberdade para proporcionar outras opções e assim reduzir a utilização do encarceramento e racionalizar as políticas de justiça criminal, levando em consideração a observância aos direitos humanos, as exigências da justiça social e as necessidades de reabilitação dos infratores*” (1.5).

Ora, justamente porque os projetos de lei que visam endurecer o sistema penitenciário brasileiro vêm na contramão dos debates científicos e oficiais mais atuais sobre o tema, mister se faz ter especial atenção na análise do atual PL 2.253/22, do Senado Federal, desde logo, para que se averigüe se realmente existem razões e elementos empíricos concretos capazes de demonstrar a necessidade, conveniência e eficácia das alterações que estão sendo propostas.

2.1. Da Proposta de Eliminar o Direito dos Presos às Saídas Temporárias do Ordenamento Jurídico Brasileiro
A primeira proposta a ser analisada é a que pretende extinguir o direito dos presos às saídas temporárias.

A Lei de Execução Penal, precisamente no seu artigo 122, confere aos condenados que cumprem pena em regime semi-aberto o direito a saídas temporárias do estabelecimento prisional, sem vigilância direta, para fins de (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, ou (iii) participação em atividades que concorram para o retorno ao convívio social.

De acordo com o disposto no artigo 123 da Lei de Execução Penal, “a autorização será concedida por ato motivado do Juiz da execução, ouvido o Ministério Público e a administração penitenciária e dependerá da satisfação dos seguintes requisitos: I – comportamento adequado; II – cumprimento mínimo de 1/6 (um sexto) da pena, se o condenado for primário, e 1/4 (um quarto), se reincidente; e III – compatibilidade do benefício com os objetivos da pena”.

Cuida-se de importante instituto da execução penal, previsto não apenas no ordenamento jurídico brasileiro, mas também no de outros países²⁰, que tem o propósito de incutir no condenado um senso mais profundo de responsabilidade e de fomentar o resgate de laços com a sociedade, que são indispensáveis para a sua efetiva

²⁰ Júlio Fabbrini Mirabete, na sua tradicional obra “Execução Penal”, chama a atenção, inclusive, para os resultados promissores que sempre foram alcançados por outros países em termos de reintegração social do condenado, *in verbis*: “Em outros países, as saídas temporárias têm levado a resultados promissores em relação à reintegração do condenado. Entre os anos de 1979 e 1981, na Espanha, de um total de 14.304 beneficiados com a medida apenas 755 não retornaram ao estabelecimento da fuga. Na França, a taxa de fuga tem sido de 1,81%, na Suécia, de 5% e na Itália, de 2%” (Execução Penal, 10ª Ed., 2002. Pg. 468).

reintegração social e para mantê-lo afastado da criminalidade²¹.

Nota-se, assim, que o direito a saídas temporárias é muito mais do que um mero benefício concedido aos detentos, mas é um instrumento de segurança pública a serviço de toda a coletividade, na medida em que procura contribuir para que pessoas condenadas pela prática de crimes não voltem a delinquir no futuro, quando terminarem de cumprir a sua pena e retornarem ao convívio social.

A doutrina penal, de forma uníssona, concebe as saídas temporárias como um instrumento eficaz para se perseguirem as finalidades da pena, destacando, inclusive, que o programa que vem sendo implementado “*tem sido um sucesso e o número de evasões é considerado mínimo, mantendo-se entre 2% e 5%*”²².

Também é esse o posicionamento que vem sendo externado por autoridades públicas que precisam lidar diariamente com a dura realidade do sistema penitenciário brasileiro, como, por exemplo, pelo Juiz Titular da Vara de Execuções Penais do Estado do Rio de Janeiro, Dr. Rafael Estrela, que assim se manifestou em entrevista concedida à Revista Eletrônica Consultor Jurídico:

“Agora, com relação às saídas temporárias, elas são uma progressão na pena do indivíduo. A saída temporária é o primeiro caminho que o torna ressocializável, e eu posso afirmar que o número de evasão em saídas temporárias no estado do Rio de Janeiro é pequeno. De maneira que se está

²¹ Observe-se, inclusive, que, no plano supranacional, a Organização das Nações Unidas, nas chamadas “Regras de Tóquio”, reconhece expressamente “as autorizações de saída” como uma das importantes medidas à disposição dos Estados-Membros com o potencial de “evitar a prisão e ajudar o infrator a reintegrar-se rapidamente na sociedade” (9.2).

²² BRITO, Alexis Couto de. *Execução Penal*, 7ª edição, 2022. Pgs. 424-425. *In verbis*: “Como um instrumento de execução penal, a saída temporária mostra-se como um meio efetivo de atingir as finalidades da execução. Apesar de comportar certas contingências ou riscos de que o condenado possa fugir, ou, mesmo, cometer outro crime durante a saída, enquanto as cifras de sucesso permanecerem altas – como realmente acontece –, tanto a administração penitenciária quanto a sociedade devem assumir esses riscos devido à importância e transcendência para a reintegração social do recluso (TÉBARVICENT. *Aplicación práctica: clasificación, tratamiento, permisos de salida, disciplina. Jornadas en Homenaje al XXV aniversario de la Ley Orgánica General Penitenciaria*, p. 216). As saídas constituem um importante elemento para a consecução das finalidades da execução penal, pois fortalecem os vínculos familiares, reduzem as tensões inerentes ao encarceramento e suas consequências, e o conseguinte distanciamento da realidade cotidiana, e por isso jamais devem ser encarados como um mero benefício ou recompensa (TAMARIT SUMALLA et al. *Curso de derecho penitenciario*, p. 165; no mesmo sentido, CERVELLÓ DONDERIS, *Derecho Penitenciario*, p. 237)”.

começando a conferir àquele apenado a responsabilidade do retorno ao convívio social. Muitos saem para trabalhar e retornam, muitos saem para a visita periódica ao lar e também retornam. É uma forma gradual de reinserção social, e eu considero uma medida positiva”²³.

É importante observar que recentemente a Lei nº 13.964/19 acabou com a possibilidade de concessão do direito a saídas temporárias para detentos que foram condenados pela prática de crimes hediondos com resultado morte, a partir da introdução do seguinte parágrafo 2º, ao artigo 122 da Lei de Execução Penal: “Não terá direito à saída temporária a que se refere o caput deste artigo o condenado que cumpre pena por praticar crime hediondo com resultado morte”.

Assim, muito embora o instituto das saídas temporárias também tenha um papel essencial a ser desempenhado para a reintegração social de condenados pela prática desses crimes mais graves, optou o legislador por se curvar à opinião pública, que, insuflada pela mídia, rotineiramente expressava indignação quando esses detentos deixavam as portas dos presídios durante as chamadas saídas de final de ano ou qualquer outro período festivo.

Ao justificar a proposta de eliminação do direito dos presos às saídas temporárias do ordenamento jurídico brasileiro, para além de fazer menção à comoção nacional gerada por alguns casos de detentos condenados pela prática de graves crimes de homicídio, que, como visto, não podem mais se valer desse direito a partir das alterações promovidas pela Lei nº 13.964/19, o Deputado Federal Capitão Derrite sustentou inicialmente que “a existência do benefício da saída temporária burla a própria lei penal ao frustrar o cumprimento do disposto no art. 112 da LEP, que disciplina exatamente a proporcionalidade no cumprimento da pena privativa de liberdade, consoante consta do disposto no art. 5º, incisos III, XLVI, XLVII e XLIX, da Constituição Federal, uma vez que a finalidade da pena privativa está sendo aviltada e desrespeitada”.

Não há, entretanto, nenhum respaldo dogmático minimamente sólido para essa primeira justificativa apresentada pelo eminente parlamentar. Muito pelo contrário, consoante restou esclarecido um pouco mais acima, o

direito a saídas temporárias vem sendo concebido como um importante instrumento para se perseguirem as finalidades da pena, e não para aviltá-las ou desrespeitá-las.

A propósito, vale reproduzir a seguinte passagem da influente obra “Execução Penal”, de autoria do Dr. Rodrigo Duque Estrada Roig, Pós-Doutor em Direito Penitenciário pela Universidade de Bologna e Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro, que ilustra muito bem o posicionamento doutrinário sobre essa matéria:

“[...] a saída temporária é importante instrumento de eficácia do processo de acolhimento social, considerando que o contato do condenado com seus familiares aprimora o seu convívio social. Logo, a visita periódica à família não pode ser vista como tentativa de burlar a execução da pena ou contrariar o objetivo da lei. Pelo contrário, a solidificação dos laços familiares é essencial para o acolhimento social das pessoas condenadas, cabendo ao Estado fomentar o fortalecimento do vínculo familiar. Aliás, segundo as novas Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos, ‘atenção especial deve ser dada para a manutenção e o aperfeiçoamento das relações entre o preso e sua família, conforme apropriado o melhor interesse de ambos’ (Regra 106) e ‘desde o início o cumprimento da sentença de um preso, deve-se considerar seu futuro após a liberação, e ele deve ser incentivado e auxiliado a manter ou estabelecer relações com indivíduos ou entidades fora da unidade prisional’ (Regra 107)”²⁴.

Além de justificar a proposta de extinção do direito dos presos às saídas temporárias apontando para uma inexistente disfuncionalidade, completamente rechaçada pela doutrina penal, o Deputado Federal Capitão Derrite procurou defender essa drástica medida também com o argumento de que ela promoveria um grande número de evasões, aludindo-se, a título de exemplo, que a Secretaria da Administração Penitenciária de São Paulo teria informado que, na passagem de 2021 para 2022, 1628 presos teriam fugido durante as saídas temporárias de final de ano.

Mais uma vez, no entanto, a justificativa apresentada pelo eminente parlamentar não encontra qualquer amparo nos estudos dogmáticos e empíricos sobre o tema.

É crucial lembrar, antes de mais nada, que o direito a saídas temporárias pode ser concedido tão-somente a condenados que cumprem pena em regime semi-aberto,

²³ <https://www.conjur.com.br/2019-abr-17/entrevista-rafael-estrela-juiz-vara-execucoes-penais-rj>.

²⁴ ROIG, Rodrigo Duque Estrada, *Execução Penal – Teoria Crítica*, 6ª Ed, Thompson Reuters, 2022. P. 312.

e que, por isso, já podem deixar as unidades prisionais para trabalhar ou frequentar cursos supletivos profissionalizantes, de instrução ou de segundo grau ou superior, nos termos do artigo 35, § 2º, do Código Penal²⁵.

Quer dizer, ao contrário das ideias que povoam o imaginário popular, em muito, estimuladas por matérias sensacionalistas veiculadas por determinados segmentos da mídia, o direito a saídas temporárias não abre para os detentos uma janela de oportunidade única e inédita de contato com o mundo exterior, que serviria como um convite praticamente invencível para a fuga, mas apenas amplia as possibilidades existentes para um grupo de detentos que já se encontra em um estágio mais avançado de cumprimento de pena, em uma etapa mais adiantada no processo de reintegração social.

Não se vê, portanto, qualquer razão para se temer um elevado número de evasões durante as saídas temporárias, pois, se os detentos quisessem, de fato, escapar dos estabelecimentos penitenciários, eles poderiam perfeitamente fazer isso quando autorizados para trabalhar ou estudar para além dos muros prisionais.

A grande verdade é que o número de evasões de presos durante os períodos de saídas temporárias vem se mantendo ao longo dos anos em níveis bastante reduzidos, estabilizados e aceitáveis, consoante apontado pela doutrina especializada²⁶.

Uma reportagem do início de 2015, por exemplo, corrobora os resultados que vêm sendo divulgados pelos estudos doutrinários, ao indicar que a média nacional de evasões durante as saídas temporárias de final de ano corresponderia a apenas 4,66%, com o Rio de Ja-

²⁵ A doutrina observa que, em que pese o ideal seja que a atividade laborativa se exerça em colônia agrícola, industrial ou similar, a falta de estrutura acaba forçando o juiz da execução a autorizar o trabalho externo como regra. (NUCCI, Guilherme de Souza, *Código Penal Comentado*, 22ª Ed., Forense, 2022. 325)

²⁶ É digno de registro um interessante estudo sobre as saídas dos temporários de detentos durante os principais feriados no Distrito Federal no período de Janeiro de 2005 a Julho de 2008 (coordenado pela Professora Cristina Zackseski, da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília), que detectou um percentual muito baixo de detentos que não retornam para os estabelecimentos prisionais - “em torno de 2%, com uma leve tendência de queda”. (ZACKSESKI, Cristina; VIEIRA, Carolina Luiza Sarkis; POLACO, Jussara; FERREIRA, Edson; PACHECO, Joselito; MAIA, Plínio; BEDENDO, Luís Carlos; COSTA, Sílvia Maria Brito; PORTO, Renata; JAMAR, Isabela; “O uso da tecnologia na segurança pública: Um estudo sobre monitoramento eletrônico de presos no Distrito Federal” in *Discursos Sediciosos*, 17/18: 91-111).

neiro apresentando uma taxa de 0,78%, e São Paulo de 5,49%²⁷. Em sentido convergente, uma matéria veiculada no ano seguinte noticia que a média nacional de evasões durante as saídas de final de ano caiu para 4,6%, sem que tenha havido qualquer evasão no Rio Grande do Norte, e tendo São Paulo apresentado uma taxa de evasão ainda menor do que a do ano anterior, atingindo 4,63% (i.e., dos 29.232 presos beneficiados em São Paulo, apenas 1.354 não retornaram)²⁸.

Verifica-se, por conseguinte, que a reduzida e controlada taxa nacional de evasão não justifica a eliminação do direito a saídas temporárias do ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo à luz da importante função social que ele desempenha sobre a esmagadora maioria dos detentos favorecidos.

Finalmente, para embasar a sua proposta, o Deputado Federal Capitão Derrite apontou ainda para a alegado aumento da criminalidade durante os períodos das saídas temporárias, que estaria supostamente representado nas estatísticas criminais, fazendo menção, inclusive, em nota de rodapé, a um artigo publicado no site Conteúdo Jurídico por Thaís Agatha Silva Nascimento, estudante de graduação em Direito na Universidade Brasil de Fernandópolis/SP.

Não se tem notícia, porém, de algum estudo científico idôneo que reporte um aumento das taxas de criminalidade durante os períodos das saídas temporárias, e muito menos que estabeleça uma relação de causalidade entre uma coisa e a outra²⁹; sendo certo que o artigo

²⁷ <https://g1.globo.com/politica/noticia/2015/01/466-dos-presos-beneficiados-pela-saida-temporaria-nao-retornam.html>.

²⁸ <https://www.conjur.com.br/2016-jan-12/mil-presos-nao-retornaram-prisao-saida-temporaria>.

²⁹ Na verdade, os estudos sérios sobre o tema apontam justamente para a inexistência de um aumento dos índices de criminalidade durante os períodos de saídas temporárias. É o caso do já mencionado estudo sobre as saídas dos temporários de detentos no Distrito Federal no período de Janeiro de 2005 a Julho de 2008. Nesse trabalho, após confrontarem-se os índices de criminalidade dos dias de semana das saídas temporárias com os índices dos mesmos dias de semana nas três semanas anteriores e posteriores aos feriados, chegou-se à conclusão de que não há diferença significativa entre os registros criminais. Em alguns períodos, inclusive, como no ano de 2006, constatou-se que, “apesar do grande incremento do número de presos beneficiados e de um pequeno aumento dos índices médios de criminalidade, os índices do saído são bem inferiores aos dias comuns”. Não bastasse isso, também se observou nesse estudo que é ínfimo o percentual de detentos beneficiados que se envolvem formalmente em ocorrências criminais – “em média apenas 0,14%, ou seja, praticamente a décima parte de 1% envolvem-

invocado, em nota de rodapé, pelo eminente parlamentar não se presta a tanto, pois padece de graves falhas metodológicas, principalmente porque: (i) estabelece premissas fáticas que são contrariadas pelos dados empíricos apresentados; (ii) infere dessas falsas premissas conclusões precipitadas, temerárias e, portanto, inválidas; e ainda (iii) generaliza as suas conclusões inválidas para muito além do aceitável.

No artigo intitulado “*A Ineficácia da Saída Temporária*”, a estudante de graduação Thais Agatha Silva Nascimento analisa índices de registros de ocorrência fornecidos pela Secretaria de Segurança Pública de São Paulo, referentes à cidade de São José do Rio Preto no ano de 2018, chegando então à conclusão de que “*a saída temporária não trás [sic] benefício algum, já que a criminalidade aumenta no período das ‘saidinhas’, trazendo assim prejuízos à sociedade*”.

Trata-se, no entanto, de conclusão infundada, desde logo, porque os dados apresentados no estudo contrariam a sua asserção de que os índices de ocorrências registradas em São José do Rio Preto no ano de 2018 aumentaram nos meses de maio, agosto, outubro, novembro e dezembro (que, segundo a estudante, seriam os meses em que se verificaria a concessão das saídas temporárias).

O artigo reproduz uma tabela, que supostamente corroboraria essa afirmação, contendo alguns índices de ocorrências criminais registradas na cidade de São José do Rio Preto em 2018 - relativos a doze crimes (homicídio doloso, tentativa de homicídio, lesão corporal seguida de morte, lesão corporal dolosa, latrocínio, estupro, estupro de vulnerável, roubo-outros, roubo de veículos, roubo de carga, furto/outros, furto de veículo), nos meses de janeiro, fevereiro, abril, maio, junho, agosto, setembro, outubro novembro e dezembro³⁰.

Mas não é preciso um grande esforço para se constatar que a soma dos registros de ocorrência efetuados nos cinco meses em que supostamente ocorreria a concessão das saídas temporárias não é maior do que a soma dos registros de ocorrência nos outros cinco meses dis-

-se como suspeitos de ocorrências criminais” (ZACKSESKI, Cristina et al; “O uso da tecnologia na segurança pública: Um estudo sobre monitoramento eletrônico de presos no Distrito Federal” in *Discursos Sediciosos*, 17/18).

³⁰ Não há qualquer explicação no artigo para a escolha desses doze crimes, tampouco para a exclusão dos índices de registros de ocorrência criminal referentes aos meses de março e julho daquele ano.

criminados na tabela. Ao revés, enquanto os registros de ocorrência efetuados nos cinco meses tidos como de concessão de saídas temporárias (maio, agosto, outubro, novembro e dezembro) totalizam 10.853, os registros de ocorrência realizados nos outros cinco meses discriminados na tabela (janeiro, fevereiro, abril, junho e setembro) equivalem à quantidade de 11.301.

Observa-se, então, que os próprios dados empíricos apresentados no estudo contrariam a assertiva de que “*a criminalidade aumenta no período das saidinhas*”.

Contudo, ainda que não fosse assim, não se poderia inferir dessa falsa premissa a conclusão estabelecida no artigo de que o aumento da criminalidade nesses períodos decorreria das saídas temporárias. Afinal, não há qualquer elemento no artigo que permita atribuir aos detentos que deixam as penitenciárias nesses períodos a responsabilidade pela prática de crimes.

Ora, ainda que os dados empíricos apresentados no artigo indicassem um aumento da criminalidade nos períodos das saídas temporárias, o que, como visto, não ocorreu, caberia à estudante apurar qual é a real explicação para esses números – e não concluir, sem mais, que é a concessão de saídas temporárias.

A título de exemplo, um eventual aumento da criminalidade patrimonial nas festas de final de ano poderia ter várias explicações, em tese, possíveis, não necessariamente vinculadas às saídas temporárias. O aumento de circulação de pessoas e de bens de consumo nos centros de comércio, que geram um número maior de oportunidades criminosas, poderia explicar um eventual aumento da criminalidade patrimonial nessas épocas festivas, tal como sugerem as chamadas Teorias Criminológicas das Oportunidades³¹. Da mesma forma, o ambiente cul-

³¹ Uma das Teorias Criminológicas das Oportunidades mais conhecidas é a chamada Teorias das Atividades Rotineiras, que foi introduzida por Marcus Felson e Laurence Cohen no final da década de 1970, início da década de 1980, justamente para tentar explicar porque as taxas da criminalidade continuaram a crescer no pós-guerra, durante um período de prosperidade financeira. Esse fenômeno intrigava bastante os criminólogos da época, pois as teorias predominantes costumavam associar a criminalidade à pobreza. A Teoria das Atividades Rotineiras procurou explicar esse inesperado aumento das taxas de criminalidade apontando para as novas oportunidades para a prática de crimes que foram geradas por uma grande mudança na rotina da sociedade. No período do pós-guerra, segundo identificado por Felson e Cohen, as mulheres passaram a trabalhar e as pessoas em geral passaram a ficar mais tempo na rua, deixando as casas por mais tem-

tural característico das festividades de final de ano, que estimula um consumismo desenfreado, poderia eventualmente levar a um aumento de indivíduos motivados a praticar crimes patrimoniais para se satisfazerem as necessidades de consumo que foram despertadas e que não poderiam ser alcançadas através de meios legítimos³².

Não bastasse tudo isso, o artigo também peca por pretender generalizar a sua conclusão inválida, erigida a partir de premissa fática falsa, para muito além do aceitável.

Isto porque, mesmo se fosse verdadeira a sua conclusão, isto é, ainda que se pudesse afirmar que a concessão do direito a saídas temporárias é a causa de um (inexistente) aumento da criminalidade nos períodos em que os detentos deixaram as unidades prisionais de São José do Rio Preto no ano de 2018, não existiria base científica alguma para generalizá-la a fim de se concluir pela ineficácia do direito a saídas temporárias em todo o território nacional.

po desocupadas e, por tanto, desviadas. Além disso, com o avanço da tecnologia, os objetos de valor se tornaram mais leves e muitos passaram a ser portáteis. Ou seja, em razão de toda essa mudança de rotina, os bens jurídicos ficaram mais expostos, seja nas ruas, seja em casa, e, ao mesmo tempo, reduziu-se o número de pessoas que funcionavam, de certa forma, como guardiãs (as mulheres da própria casa e os vizinhos passaram a ficar mais tempo na rua). Em suma, aumentou-se o número de alvos e reduziu-se o número de vigilantes, gerando assim muito mais oportunidades para a prática de crimes. Essa teoria sustenta essencialmente que um crime vai ser cometido sempre que estiverem presentes 03 (três) circunstâncias: (1) a presença de um potencial infrator - “*a likely offender*”, (2) a presença de um alvo adequado - “*a suitable target*” e (3) a ausência de um guardião capaz - “*the absence of capable guardian*” (COHEN, Lawrence E. e FELSON, Marcus, “Social change and crime rate trends: A routine activity approach” in *American Sociological Review*, Vol. 44, 1979, 203-232)

³² Há vários estudos criminológicos que procuram explicar a criminalidade a partir de fatores culturais. Uma das primeiras teorias criminológicas que ganhou destaque com essa abordagem cultural foi a Teoria da Anomia, introduzida pelo sociólogo-norte-americano Robert Merton em 1938. Essa teoria procurou explicar os altos índices de criminalidade e de outros atos de desordem apresentados pelos Estados Unidos naquela altura apontando justamente para a cultura capitalista norte-americana, que dava muita ênfase às metas sociais de sucesso material e financeiro, que deveriam ser perseguidas pela população em geral, sem dar igual destaque para a necessidade de se adotarem meios legítimos para alcançá-las. Segundo Merton, as sociedades que enfatizavam essas metas capitalistas sem atribuir a devida importância para os meios que levariam a elas, acabavam por se afundar em um estado de anomia, que estimulava os seus cidadãos a se valerem de qualquer expediente na busca pelos símbolos de sucesso capitalista, inclusive de expedientes criminosos (MERTON, Robert K., “Social Structure and Anomie”, *American Sociological Review*, 3 [5], 1938, 672-682).

Naturalmente, um eventual aumento da criminalidade na cidade de São José do Rio Preto nos referidos períodos do ano de 2018 poderia, em tese, decorrer de características específicas daquela região ou daquele ano, como, por exemplo, de equívocos operacionais na concessão do direito a saídas temporárias cometidos naquela conjuntura, e não replicados em outras cidades do Brasil.

Por todo o exposto, não se vislumbrando a necessidade, a conveniência e a eficácia da proposta de eliminação do direito a saídas temporárias, que tanto contribui para a reintegração social dos presos e para a prevenção da criminalidade, manifesta-se pela rejeição do artigo 3º do Projeto de Lei nº 583/2011, atualmente em trâmite no Senado Federal na forma de Projeto de Lei nº 2.253/2022.

2.2. Da Proposta de Ampliar as Possibilidades Legais de Monitoramento Eletrônico de Condenados

A segunda proposta a ser examinada é a que objetiva estabelecer no ordenamento jurídico pátrio a possibilidade de monitoramento eletrônico de condenados em liberdade condicional, em regime aberto ou semiaberto, ou mesmo de condenados que estejam submetidos a pena restritiva de direito que imponha limitação de frequência a lugares específicos.

O monitoramento eletrônico foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei nº 12.258/10, que alterou a Lei de Execução Penal para estabelecer a possibilidade dessa medida nas hipóteses de saída temporária e prisão domiciliar.

Originariamente, tal como aprovada no Congresso Nacional, a Lei nº 12.258/10 era muito mais abrangente do que a que veio a ser, ao final, promulgada pela Presidência da República, pois pretendia possibilitar também o monitoramento eletrônico de condenados em liberdade condicional, em regime aberto ou semiaberto, ou mesmo que estivessem cumprindo pena restritiva de direitos que estabeleça limitação de horários ou de frequência a determinados lugares.

Todavia, essa parte da Lei nº 12.258/10, praticamente idêntica à proposta ora em exame, foi vetada pelo Poder Executivo, que demonstrou preocupação não apenas com a sua disfuncionalidade, frente à sistemática

do cumprimento de pena prevista no ordenamento jurídico, mas também com os custos que viriam a ser suportados pelos combalidos cofres públicos, destacando ainda a sua imprestabilidade para reduzir a população carcerária. *In verbis*:

“A adoção do monitoramento eletrônico no regime aberto, nas penas restritivas de direito, no livramento condicional e na suspensão condicional da pena contraria a sistemática de cumprimento de pena prevista no ordenamento jurídico brasileiro e, com isso, a necessária individualização, proporcionalidade e suficiência da execução penal. Ademais, o projeto aumenta os custos com a execução penal sem auxiliar no reajuste da população dos presídios, uma vez que não retira do cárcere quem lá não deveria estar e não impede o ingresso de quem não deva ser preso”.

Logo no ano seguinte, a Lei nº 12.403/11 estendeu a possibilidade de monitoramento eletrônico também para a fase processual, prevendo-a como uma das medidas alternativas à prisão preventiva elencadas no artigo 319 do CPP.

Na proposta legislativa ora em análise, aspira-se, então, essencialmente, inserir no ordenamento jurídico brasileiro as mesmas hipóteses de monitoramento eletrônico que foram vetadas pelo Poder Executivo na promulgação da Lei nº 12.285/10³³.

Ao justificar a insistência nessas modificações legislativas, o Deputado Federal Capitão Derrite argumentou que não existiria “razão plausível, ainda que econômica”, para o veto do texto da Lei nº 12.285/10 aprovado pelo Congresso Nacional, até mesmo porque, na sua ótica, seria “indubitável” que o monitoramento eletrônico permitiria exercer um melhor controle sobre os indivíduos por ele atingidos, podendo, assim, inibir a prática de crimes. Confira-se:

“Acreditamos todavia, tal como assinalado pela Comissão de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado, no parecer proferido ao Projeto de Lei nº 583, de 2011, que não subsiste razão plausível, ainda que de natureza econômica, a justificar o afastamento, do texto original aprovado pelo Congresso Nacional, das disposições que autorizariam o emprego da monitoração eletrônica nas hipóteses de livramento condicional, de execução de

³³ A única diferença que existe entre a proposta legislativa ora em exame e aquela vetada no âmbito da Lei 12.285/10 é que, no tocante às penas restritivas, aspira-se aqui possibilitar o monitoramento apenas quando houver “limitação a lugares específicos”, e não também quando houver limitação de horários.

pena nos regimes aberto e semiaberto, e de proibição de frequentar lugares específicos.

Ora, é indubitável ser benéfica a monitoração eletrônica nessas situações e na prisão domiciliar, posto que este instrumento, permitindo melhor controle daqueles por ele atingidos, também pode inibir, em boa medida, a prática de crimes, inclusive delitos patrimoniais graves ou mesmo contra a vida ou a integridade física de outrem, o que sabidamente é comum diante de fatos de tal natureza que são corriqueiramente noticiados pelos grandes meios de comunicação”.

Com todas as vênias devidas ao eminente parlamentar, porém, não convencem as justificativas que foram apresentadas para as alterações legislativas pretendidas, sendo certo que merecem prevalecer as razões que fundamentaram o veto presidencial de parte do texto original do Projeto de Lei nº 12.285/10.

O monitoramento eletrônico de condenados que estão em liberdade condicional, em regime aberto ou semiaberto, ou mesmo que estejam cumprindo penas restritivas de direitos, a toda evidência, contraria frontalmente as finalidades perseguidas pela pena e o processo de reintegração social³⁴, seja porque a utilização de ostensivas tornozeleiras eletrônicas pelos condenados reforça na consciência comunitária o deletério estigma de “*criminosos*”, seja porque a manutenção de um excessivo controle sobre os seus passos impede que esses indivíduos recuperem a sua capacidade de autodeterminação.

Um interessante estudo qualitativo conduzido por Fernanda Prates e Thiago Bottino, Professores da Fundação Getúlio Vargas/RJ, por exemplo, expõe inúmeros obstáculos que o monitoramento eletrônico impõe à reintegração social, por meio de seu efeito simbólico estigmatizante, que limita o acesso do condenado ao mercado formal de trabalho, inibe a sua livre circulação pela sociedade e ainda prejudica a manutenção de suas relações familiares e amiais³⁵.

³⁴ Não é demais lembrar que a LEP, logo no seu artigo 1º, estabelece que um dos principais objetivos da execução penal, tão importante quanto efetivar as disposições da sentença criminal, é “*proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado*”.

³⁵ PRATES, Fernanda Prates e BOTTINO, Thiago. “Eu te perdoo, mas você vai viver com essa marca’ Vivências de controle e liberdade entre monitorados na cidade do Rio de Janeiro.” *Revista de Estudos Criminais*, v. 17, n. 71, 2018, 185-202.

Ademais, em particular, no que diz respeito especificamente à possibilidade de monitoramento eletrônico durante a execução de penas restritivas de direitos, questiona-se ainda na doutrina a própria constitucionalidade da utilização dessa medida contra quem foi condenado por fatos não tão graves, à luz dos princípios da proporcionalidade e da humanidade das penas, tal como muito bem acentuado por Fábio Tofic há quase duas décadas³⁶.

Não se afigura, assim, recomendável a previsão legal de uma medida que se mostra, desde já, disfuncional e inconstitucional, sobretudo sem a apresentação de quaisquer argumentos e estudos empíricos que demonstrem a sua necessidade, conveniência e eficácia³⁷, não sendo naturalmente suficientes alegações genéricas e especulativas, que insinuem que a medida de monitoramento eletrônico porventura “*pode inibir, em boa medida a prática de crime*” porque permitiria um “*melhor controle daqueles por ela atingidos*”³⁸.

³⁶ SIMANTO, Fábio Tofic, “O Monitoramento Eletrônico das Penas e Medidas Alternativas – Efetividade ou Fascismo Penal” in *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, Ano 12, nº 145, 2004, 13-14.

³⁷ Insta destacar que, em um valoroso estudo comparativo da utilização do monitoramento eletrônico no Brasil e na Argentina, a Professora Cristina Zackseski, da Universidade de Brasília, constatou que inexistia qualquer comprovação empírica de que o monitoramento eletrônico seja eficaz na redução da criminalidade, da reincidência ou da impunidade no Brasil. Inclusive, em sua conclusão, a Professora Zackseski fez questão de salientar que a monitoração eletrônica vem sendo defendida a partir de crenças sobre a sua capacidade que, em grande parte, não vêm sendo confirmadas por estudos científicos, *in verbis*: “Ao estudar o tema da monitoração eletrônica percebemos que há uma gama de crenças sobre a capacidade destes dispositivos de controle de entregar resultados, mas quando descemos aos fatos, aos indicadores, aos números e aos discursos dos envolvidos, a maior parte não se confirma, mas segue informando o senso comum e dando força à certos desenhos de política criminal em diversos contextos nacionais” (ZACKSESKI, Cristina, “Política Criminal e Tecnologia: A monitoração eletrônica no Brasil e na Argentina em perspectiva comparada” in *Oñati Socio-Legal Series*, Vol. 11, Nº 6, 2021).

³⁸ É necessário manter a vigilância para que não se naturalize o poder punitivo e para que não se perca o sentido da dignidade da pessoa humana, enquanto elemento balizador de todas e quaisquer políticas penais e penitenciárias, tal como muito bem advertido por Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth e Emanuele Dallabrida Mori em obra recentemente publicada sobre o tema: “Não se deve naturalizar o poder de punir, ainda que esse venha a se realizar por meio de uma liberdade vigiada/monitorada – não obstante o punitivismo proveniente dos consagrados clamores sociais (especialmente pelo populismo punitivo esboçado por diversos políticos), recorde-se que ainda se trata de um ‘cárcere eletrônico’. É necessário, pois, retomar o sentido da dignidade humana, ‘condição de existência da própria ordem jurídica’ (TAVARES, 2020, p. 83), a qual deve se sobrepor aos clamores – despersonalizados por segurança pública. É a dignidade humana que deve balizar todo e qualquer movimento em sede de direito penal e política criminal, em sua qualidade de direito subjetivo ao respeito como pessoa,

Acrescente-se que a ampliação das possibilidades legais de monitoramento eletrônico, a fim de abarcar os condenados em livramento condicional, em regime aberto ou semiaberto, ou mesmo que estejam cumprindo penas restritivas de direitos, tem ainda o potencial de agravar as inaceitáveis condições dos presídios brasileiros, pois acarretará um aumento significativo de custos para um sistema que já está à beira da falência, sem contribuir, em nada, para remediar uma das suas principais mazelas: a superpopulação carcerária.

Por tudo isso, não se verificando a necessidade, a conveniência e a eficácia em se adotar uma medida que contraria as finalidades da pena e o processo de reintegração social do condenado, manifesta-se pela rejeição do artigo 2º do Projeto de Lei nº 583/11, atualmente em trâmite no Senado Federal na forma de Projeto de Lei nº 2.253/22, na parte em que se propõe a fazer algumas adequações nos artigos 66, 115, 132, 146-B e 146-C da Lei de Execução Penal.

2.3. Da Proposta de Condicionar a Progressão de Regime à Realização de Exame Criminológico

Finalmente, a terceira e última proposta a ser aqui analisada é a que almeja condicionar a progressão de regime à prévia realização de exame criminológico.

Ao justificar essa proposição legislativa, o Deputado Federal Capitão Derrite apontou simplesmente para a suposta maior efetividade do exame criminológico para aferir a capacidade do detento de adaptar-se - ou não - ao novo regime de cumprimento de pena, em comparação com a constatação de boa conduta carcerária aprovada apenas pelo diretor do estabelecimento prisional.

Com relação a essa específica proposta, porém, cabe lembrar que o Instituto dos Advogados Brasileiros, em sessão realizada no dia 15 de junho do corrente ano, aprovou, por unanimidade, parecer da relatoria dos Professores Salo de Carvalho e Mariana Weigert em sentido contrário à aprovação do Projeto de Lei nº 2.213/2021, da Câmara dos Deputados, que pretende justamente estabelecer a obrigatoriedade de exames criminológicos não apenas para a progressão de regime, mas também para a concessão de saídas temporárias.

intangível e oponível a todos” (*Monitoração Eletrônica de Pessoas – A Experiência do Rio Grande do Sul*, Tirant lo Blanch, 2022. Pg. 122).

De acordo com o eloquente parecer, aprovado previamente no âmbito das Comissões Permanentes de Direito Penal e de Criminologia do Instituto dos Advogados Brasileiro, o Projeto de Lei nº 2.213/2021 não merece ser aprovado pelo Congresso Nacional tanto porque “*não se sustenta em premissas científicas válidas*”, quanto porque “*apresenta significativos déficits constitucionais*”.

Destacou-se, assim, que o exame criminológico não se presta a realizar prognoses de reincidência por duas razões principais: (1) porque é “*tecnicamente inconsistente, desde o saber psicológico, a predição de comportamento (limitações epistemológicas do saber)*”; e (2) porque “*as condições materiais e de superlotação dos presídios brasileiros impedem que o encontro entre avaliador e avaliado aconteça em condições mínimas para uma avaliação psicológica adequada*”.

Outrossim, apontou-se ainda no parecer que a realização de exames criminológicos é constitucionalmente questionável, dentre outros motivos, porque (i) a irrefutabilidade do laudo pericial produzido, decorrente da inexistência de base empírica que o sustente, não se compatibiliza com os princípios do contraditório e do devido processo legal, (ii) o caráter compulsório de uma perícia que tem o potencial de gerar consequências processuais negativas ao detento não se coaduna com o princípio do *nemo tenetur se detegere*; e (iii) a negativa de direitos penitenciários a partir de laudos periciais que estabelecem prognoses de delinquência, isto é, de antecipação de culpabilidade, não se conforma com o princípio da presunção de inocência.

Todas essas considerações e conclusões, pormenorizadas no minudente parecer elaborado pelos Professores Salo de Carvalho e Mariana Weigert, se aplicam à proposta ora em análise, até mesmo porque, no tocante à pretensão de se condicionar a progressão de regime à prévia realização de exame criminológico, tanto o Projeto de Lei nº 2.213/21, quanto o Lei nº Projeto de Lei nº 583/11, em trâmite no Senado Federal na forma de Projeto de Lei nº 2.253/22, postulam rigorosamente as mesmas alterações legislativas.

Sendo assim, ante a identidade das proposições legislativas, manifesta-se pela rejeição do artigo 2º do Projeto de Lei nº 583/11, atualmente em trâmite no Senado Fe-

deral na forma de Projeto de Lei nº 2.253/22, na parte em que se propõe a fazer algumas adequações nos artigos 112 e 114 da Lei de Execução Penal, por todas as razões muito bem expostas no Parecer sobre o Projeto de Lei nº 2.213/2021, aprovado pelo Instituto dos Advogados Brasileiros, em sessão realizada no dia 15 de junho de 2022, que segue em anexo.

3. CONCLUSÃO

O sistema carcerário brasileiro vive à beira de um colapso, em um “*estado de coisas inconstitucional*”, caracterizado pela “*violação massiva e persistente de direitos fundamentais*”, tal como reconhecido pelo próprio Supremo Tribunal Federal. Os presos no Brasil, via de regra, “*recebem tratamento pior do que o concedido aos animais: como lixo humano*”, como diagnosticado pelo nosso Congresso Nacional, no relatório final da CPI do Sistema Carcerário de 2009.

É preciso dar um basta a essa situação, que é incompatível com qualquer sociedade minimamente civilizada, e ainda mais com um Estado Democrático de Direito, como o brasileiro.

Há um certo consenso entre as mais diversas entidades nacionais e estrangeiras que enfrentam esse tema com propriedade de que o primeiro passo a ser dado para lidar com essa tragédia é evitar manter no cárcere quem não precisa, de fato, estar submetido às suas penúrias. E isto não apenas para que se resguardem os direitos das pessoas que integram a população prisional, mas também para que se protejam os interesses de toda a sociedade.

Entende-se, assim, que a superpopulação carcerária é uma das principais causas de todas as demais violações a direitos fundamentais dos presos e que a manutenção desnecessária de pessoas no cárcere oferece um risco a toda sociedade, tendo em vista que as terríveis condições dos estabelecimentos prisionais brasileiros, para além de inviabilizarem qualquer possibilidade, ainda que reduzida, de que a pena consiga cumprir com as finalidades que lhe são atribuídas, servem – elas próprias – de incentivo à criminalidade.

É nesse contexto então que a defesa vigorosa pelos direitos dos presos e pela promoção de medidas desencar-

ceradoras vem sendo concebida como um importante instrumento de segurança pública, a serviço de toda a coletividade.

Não obstante tudo isso, a tendência que se verifica nos projetos de lei em trâmite no Congresso Nacional lamentavelmente é pela proposição de medidas legislativas desnecessárias, inconvenientes e ineficazes, que se prestam apenas a cercear ainda mais os direitos mais elementares das pessoas encarceradas, tornando ainda mais demorado e custoso o seu retorno ao convívio social.

O Projeto de Lei nº 583/2011, aprovado pela Câmara dos Deputados, em trâmite atualmente no Senado Federal na forma de Projeto de Lei nº 2.253/2022, ora em análise, representa muito bem essa triste tendência, porque propõe graves restrições a direitos dos presos que se afiguram absolutamente contrárias às finalidades da pena e ao processo de reintegração social, reproduzindo-se, assim, a mesma política penitenciária desumana que vem se demonstrando um grande fiasco ao longo de todos esses anos.

Naturalmente, a proposição de alterações legislativas que apenas servem para agravar o “estado de coisas inconstitucional” do sistema carcerário brasileiro não passa por um teste raso de constitucionalidade. É, portanto, inconstitucional.

Ao fio de todo o exposto, o parecer é pela rejeição integral do Projeto de Lei nº 583/2011, que foi aprovado pela Câmara dos Deputados, e que tramita atualmente no Senado Federal na forma de Projeto de Lei nº 2.253/2022.

É o parecer

Rio de Janeiro, 27 de outubro de 2022.



CLAUDIO BIDINO
OAB 145.100



CRÔNICA

MEU PAI ME CONTOU: EVANDRO LINS E SILVA

Marcio Barandier¹

Meu pai me contou que se encantou com a advocacia criminal assistindo, como escrevente do II Tribunal do Júri da capital do Rio de Janeiro, os grandes tribunos da época em ação, entre os quais brilhava Evandro Lins e Silva. Desejou ser um deles e deixou o serviço público em busca do sonho, tendo Evandro como o grande modelo de criminalista.

Décadas depois, o prefácio de Evandro Lins e Silva para o livro “Relatos – um advogado na ditadura” se tornou motivo de orgulho para o meu pai até o fim da vida.

Evandro Lins e Silva, todos sabem, foi Procurador Geral da República, Chefe do Gabinete Civil da Presidência da República, Ministro das Relações Exteriores e Ministro do Supremo Tribunal Federal. Mas, antes de tudo, e mais que tudo, ele foi Advogado. Advogado de defesas antológicas no Tribunal do Júri, no Tribunal de Segurança Nacional do Estado Novo, na Justiça Criminal em geral.

Aprendi com o meu pai que o tratamento de “Ministro” dispensado pelos colegas advogados a Evandro Lins e Silva carregava simbolismo maior do que a mera deferência pelo cargo exercido na mais alta Corte do País. Como Ministro do STF, ele foi vítima do AI-5, cassado pela ditadura militar por sua coragem, independência e inabalável compromisso com a democracia. Não era apenas uma reverência por ter sido Ministro, mas por ter sido o Ministro que ele foi.

Durante toda a minha vida profissional, enquanto foi possível, ouvi do meu pai ensinamentos e conselhos espelhados nos exemplos de Evandro Lins e Silva não só na arte de advogar como também na observância estrita dos mandamentos éticos em todas as suas nuances. Co-

¹ Advogado criminal, Conselheiro da SACERJ, Presidente da Comissão Permanente de Direito Penal do Instituto dos Advogados Brasileiros.

nheci o notável Advogado quando eu ainda era criança, mas foi no início da minha vida acadêmica, ao devorar o livro “A defesa tem a palavra”, que fiquei fascinado por ele. A obra, com lições que costumo sempre reler, me impactou profundamente. Nas minhas primeiras sustentações orais, por exemplo, me ajudava saber que Evandro Lins e Silva, ninguém menos do que ele, dizia que o nervosismo, no início do discurso, “acontece a todos os advogados, moços ou velhos, porque o medo não arrefece com o tempo, talvez se agrave”, ressaltando, porém, que “o medo, a angústia, a ansiedade, esse estado emocional, tudo desaparece com as primeiras palavras”.

Recordo de um episódio singelo, mas muito marcante para mim sobre como encarar o milagre da vida e o passar do tempo com entusiasmo, humor, otimismo, desassombro. Numa tarde no centro do Rio de Janeiro, eu e meu pai voltávamos do fórum para o Escritório pela Rua Sete de Setembro quando avistamos o Ministro Evandro na esquina com a Avenida Rio Branco, conversando com dois senhores também idosos. Ao perceber a nossa aproximação, ele nos cumprimentou como se aquele encontro não fosse casual e sim previamente combinado: “Eu estava esperando por vocês!”. E segurou o braço do meu pai, despediu-se rápido dos outros e saímos andando juntos. Alguns passos adiante, com seus quase 90 anos de idade, comentou: “Ainda bem que vocês chegaram! Detesto papo de velho, é só doença, remédio...Vamos falar sobre o que está acontecendo no país”.

Assisti a uma das suas últimas - talvez a última - defesas no Tribunal Regional Federal, no julgamento de um habeas corpus. Concedida a palavra pelo prazo regimental de 15 minutos, ele falou durante mais de 40! Ninguém fez sequer menção de interrompê-lo, nem quando tocou aquela campainha do relógio que marca o tempo dos advogados. Senti algo de superior naquele momento, como se houvesse entre todos os presentes naquele plenário um pacto silencioso, respeitoso, natural e lindo reconhecendo que Evandro Lins e Silva podia falar quanto tempo quisesse. Quantos desfrutaram dessa prerrogativa quando a defesa teve a palavra?

EPISÓDIO INUSITADO NA VIDA DE UM ADVOGADO CRIMINALISTA

Marcelo de Carvalho²

Ao longo da minha vida de Advogado, não foram poucas as situações inusitadas em que, no exercício da profissão, experimentei, em mais de vinte e cinco anos da atividade forense. Sendo que, uma delas guarda especial lugar de destaque em minha memória, já que foi a primeira e única vez que a minha obesidade interferiu de forma direta e positiva, no provimento de um recurso. Explico a história:

O ano, salvo melhor juízo, era lá pelos idos de 2006, senão 2007. Eu patrocinava a defesa de um jovem estudante de Direito, acusado pelo crime de homicídio qualificado, por ter, ainda no ano de 2001, jogado o seu carro contra um desafeto, após breve desentendimento que teve com o mesmo, naquele instante, na rua em que o carro estava estacionado.

Depois de demorada instrução, o então Magistrado da 01^a. Vara Criminal pronunciou ao meu cliente, nos termos da denúncia, imputando-lhe o crime de homicídio tentado, em sua forma qualificada, pela motivação fútil.

Interpus recurso em sentido estrito, questionando a decisão de pronúncia, pleiteando, entre outros pedidos, pelo menos a desclassificação para o crime de lesões corporais. Sendo que, de antemão, já sabia que a chance de êxito nessa empreitada era absolutamente nenhuma, ou ainda, muito próxima de zero, diante da jurisprudência relacionada ao tema e, sobretudo, do entendimento da Câmara e Relator, em que o caso foi distribuído.

No dia do julgamento, eu já tinha aceitado resignadamente a minha derrota no pleito, sendo certo que, pela manhã, já estava decidido a sequer sustentar o recurso em Tribuna, ao que fui repreendido pela minha então esposa, dizendo que esse tipo de proceder não honrava ao meu histórico.

² Advogado criminalista. Professor Adjunto da cadeira de Direito Penal da Universidade Federal Fluminense – UFF. Mestre e Doutor em Direito Penal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ

Pois muito bem, dando razão à consorte, pus um terno e, segui para o Tribunal para a sustentação.

Registre-se que já estávamos às vésperas do escaldante verão carioca, sendo certo que, o calor já era inclemente naquele dia, ainda mais para um causídico como eu, obeso mórbido, onde o terno e gravata se constituem em verdadeiro instrumento de tortura nesses dias de alta temperatura.

Mas enfim, ainda que completamente em frangalhos, cheguei ensopado de suor na Câmara de julgamento, sendo que, antes que meu recurso fosse chamado, aproveitei do sempre bom ar condicionado do Tribunal para me refazer do calor que sentia. Enquanto isso, assistia aos julgamentos dos demais recursos e tive a atenção despertada pelo clima de descontração absoluta que reinava naquela sessão, praticamente vazia pela proximidade do recesso e férias letivas, onde os Desembargadores riam, brincavam e faziam piadas uns com os outros.

Eis que meu processo é chamado. Perguntaram se havia advogado para sustentar, eis que me levanto da plateia. Senti, naquele momento, que houve um certo ar de desagrado dos ilustres julgadores que imaginavam que aquele seria mais um dos tantos processos julgados do atacado, onde o relator apresentava seu voto e, os demais laconicamente diriam: *“acompanho o relator”*.

Ainda assim, mesmo com olhar de desconfiança e desagrado dos presentes fui ao púlpito. Quando já estava prestes a iniciar a saudação, o Presidente da sessão me alertou que, nos termos regimentais, eu deveria vestir a toga, pendurada ao lado da tribuna.

Nesse instante, segurando com a ponta dos dedos das minhas duas mãos estiquei a referida vestimenta e, não me contive, dizendo que: *“Excelência, peço vênia, mas não poderei cumprir essa determinação. Isso porque, se o fizesse estaria contrariando à lei. Não propriamente a uma lei dos homens, mas sim, a uma lei da física, já que a elasticidade do material em que é feito essa capa não consegue estender o suficiente para caber em mim. Sendo certo que, fosse criminosa a prática de tentar vestir uma toga, nesse caso, teríamos um claro caso de crime impossível, pela absoluta impropriedade do objeto.”*

Confesso, até hoje, ainda não sei o que me deu para

me permitir falar tamanha bobagem naquele momento. Usualmente, sou tímido e sério, nesses momentos. Talvez, tenha sido o calor, talvez, eu tenha me deixado levar pelo clima descontraído que a sessão transcorria. O fato é que os julgadores caíram na gargalhada, à exceção do relator, com cara de poucos amigos que, antes mesmo de eu começar a fazer a minha sustentação, como sói acontecer, já tinha em sua algibeira um voto denegando ao recurso.

No entanto, contrariando todas às minhas expectativas, o revisor votou favoravelmente ao meu pleito e, o vogal pediu vista.

Pronto. Naquele momento, quebrava o clima de descontração, com o relator não escondendo a sua indignação pelo fato dos colegas não aderirem imediatamente ao voto proposto. Iniciou-se um debate mais tenso, onde já não mais me pertinha acompanhar.

Fui para casa, ainda muito desconfiado do que iria acontecer. À noite, quando fui verificar o andamento processual, qual não foi a minha surpresa, ao constatar que o Tribunal à unanimidade deu provimento ao recurso defensivo para desclassificar o crime para lesões corporais de natureza grave, sendo que, alguns anos depois, o cliente foi absolvido pela ocorrência da prescrição da pretensão abstrata.

Definitivamente, a obesidade que tanto me atrapalha, nesse dia, foi providencial em uma demanda criminal.

