

SÉRIE DIREITO E DESENVOLVIMENTO

**VOLUME 3 –
JUSTIÇA CRIMINAL
ENTRE PODERES**

A SÉRIE PESQUISA DIREITO GV TEM COMO OBJETIVO PUBLICAR PESQUISAS E TEXTOS DEBATIDOS NA ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO DA FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS. A SELEÇÃO DOS TEXTOS É DE RESPONSABILIDADE DA COORDENADORIA DE PUBLICAÇÕES.

SÉRIE DIREITO E DESENVOLVIMENTO

VOLUME 3 – JUSTIÇA CRIMINAL ENTRE PODERES

Maíra Rocha Machado

Organização

ESTA OBRA ESTÁ LICENCIADA SOB A LICENÇA CREATIVE COMMONS ATRIBUIÇÃO NÃO COMERCIAL 4.0 INTERNACIONAL (CC BY-NC 4.0), EXCETO ONDE ESTIVER EXPRESSO DE OUTRO MODO, PERMITINDO-SE CÓPIAS E REPRODUÇÕES, NO TODO OU EM PARTE, DESDE QUE PARA FINS NÃO COMERCIAIS E COM IDENTIFICAÇÃO DA FONTE.



EDITORA-CHEFE
CATARINA HELENA CORTADA BARBIERI

EDIÇÃO
LYVIA FELIX

PREPARAÇÃO
MONALISA NEVES

REVISÃO
MKX EDITORIAL

PROJETO GRÁFICO
ULTRAVIOLETA DESIGN

EDITORIAÇÃO
MKX EDITORIAL

CAPA
RITA M. DA COSTA AGUIAR

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

Justiça criminal entre poderes [recurso eletrônico] / Máira Rocha Machado (organização) – São Paulo : FGV Direito SP, 2020.

134 p. – (Coleção pesquisa Direito GV. Série direito e desenvolvimento, v. 3)

ISBN 978-65-87355-14-6

1. Organização judiciária penal – Brasil. 2. Poder legislativo – Brasil. 3. Poder executivo – Brasil. 4. Poder judiciário – Brasil. 5. Corrupção. 6. Violência policial. 7. Prisões. I. Machado, Máira Rocha. II. Fundação Getulio Vargas.

CDU 343(81)

Ficha catalográfica elaborada por: Cristiane de Oliveira CRB SP-008061/O
Biblioteca Karl A. Boedecker da Fundação Getulio Vargas – SP

FGV DIREITO SP

COORDENADORIA DE PUBLICAÇÕES

RUA ROCHA, 233, 11º ANDAR

BELA VISTA – SÃO PAULO – SP

CEP: 01330-000

TEL.: (11) 3799-2172

E-MAIL: PUBLICACOES.DIREITOSP@FGV.BR

DIREITOSP.FGV.BR

APRESENTAÇÃO

Esta coletânea reúne pessoas profundamente indignadas com a justiça criminal brasileira. Pessoas que escolheram, entre outros caminhos, a atividade acadêmica como estratégia biográfica para mergulhar no cotidiano da violência e das injustiças, na brutalidade do descaso, na perversidade das engrenagens normativas e institucionais. E que, com este pulso, embarcaram no Programa de Mestrado em Direito e Desenvolvimento da FGV DIREITO SP para fazer dele conhecimento, pressuposto para uma radical alteração desse estado de coisas.

Realizadas com o apoio da Fapesp, da Capes e da Bolsa Mario Henrique Simonsen, as pesquisas apresentadas aqui percorrem temáticas à primeira vista variadas – violência policial, corrupção, regime disciplinar, indulto, superpopulação prisional –, mas que coincidem por dissecar o funcionamento da justiça criminal por intermédio de pesquisas empíricas que colocam em primeiro plano as múltiplas formas de interação entre os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Pesquisas que, diante da narrativa-normativa da harmonia e da independência, se dispuseram a percorrer documentos, decisões e depoimentos que revelaram coesões, conflitos, delegações, omissões, sabotagens e isenções.

O primeiro capítulo, “Entre os quatro poderes: quadros normativos, conflitos institucionais e outros obstáculos à responsabilização da polícia que mata”, de autoria de Poliana Ferreira, problematiza as escolhas institucionais realizadas no Estado brasileiro para tratar as abordagens policiais com resultado em morte, notadamente, aquelas desenhadas em matéria criminal. A partir de um estudo de caso que visava compreender como o Estado brasileiro observa e reage à polícia que mata, a autora identifica os arranjos normativos e os conflitos institucionais que funcionam como obstáculos à imputação de responsabilidade. Ao descrevê-los, oferece ferramentas para repensar as estratégias de enfrentamento ao problema, sem perder de vista a distribuição de tarefas entre os poderes.

Em seguida, Arthur Prado, em “Entre a justiça criminal e os particulares: novas perspectivas analíticas de ilícitos contra a administração pública”, debruça-se sobre o funcionamento da justiça criminal em casos de corrupção. Focaliza, em especial, o significado e os efeitos da colaboração dos particulares na fase de investigação. Ao adotar o estudo de caso, método de pesquisa pouco comum no campo de estudos sobre multiplicidade institucional, o autor elucidou o modo como diferentes arranjos institucionais

podem contribuir para mudanças nos comportamentos dos investigados/ acusados e de seus defensores.

Os dois primeiros capítulos, portanto, por intermédio de estudos de caso, voltaram-se à porta de entrada da justiça criminal, explicitando arranjos singulares que emperram (no caso da violência policial) ou deslancham (no caso da corrupção) o processo de imputação de responsabilidade. Diferentemente, os três capítulos seguintes debruçam-se sobre interações institucionais que se localizam no processo sancionatório, em particular no cumprimento da pena, na extinção da pena e na gestão das instituições prisionais.

No Capítulo 3, “Entre a administração prisional e a magistratura: o controle judicial do regime disciplinar”, Patrícia Pinto questiona a qualidade e o alcance da atuação do Judiciário em relação aos processos disciplinares levados a cabo pela administração prisional. Para tanto, a autora apresenta o quadro normativo, previsto na Lei de Execução Penal, que regula o processamento das faltas e a atribuição de sanções às pessoas em privação de liberdade. E, em seguida, discute a jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) em agravos de execução penal que versam sobre faltas disciplinares registradas em penitenciárias femininas. A partir desse material, o capítulo revela como as decisões no âmbito do regime disciplinar prisional são profundamente marcadas pela departamentalização do Direito, operando uma seletividade entre as esferas administrativa-prisional e penal que tem impactos significativos – e, na maioria dos casos, prejudiciais às mulheres sancionadas – na operacionalização do programa jurídico sancionatório, no reconhecimento de direitos, na fundamentação das decisões e nas sanções aplicadas.

No quarto capítulo, “Entre a presidência e a magistratura: bases institucionais para o exercício do poder de indultar”, Otávio Constantino percorre diversos autores e momentos históricos para elucidar os aspectos institucionais do poder de perdoar e, a partir disso, discute as vantagens e desvantagens do seu uso pela presidência da República. O autor revela, ainda, a partir da leitura sistemática dos decretos dos últimos anos, o modo como se tem desenhado uma competência compartilhada com o poder Judiciário. Ao se voltar para o momento da concretização do poder de perdoar, o autor evidencia não se tratar de uma prerrogativa ilimitada do chefe do Executivo federal, mas sim de uma atribuição mediada por várias outras instituições.

O capítulo final, “Entre a administração prisional, a magistratura e a promotoria: o problema da superlotação carcerária”, de autoria de Priscila

Coelho, debruça-se sobre o modo como diferentes atores observam e se posicionam diante de duas estratégias de contenção da superpopulação carcerária. A partir de entrevistas e documentos coletados no contexto de ações judiciais de interdição de unidades prisionais e de um projeto que vincula a expedição de uma ordem de prisão à existência de vagas, a autora contribui com a identificação das formas de observar o problema da superpopulação, bem como de assumir e de atribuir responsabilidade por seu enfrentamento.

Esta coletânea insere-se, portanto, em um esforço amplo e coletivo de produção de conhecimento sobre a justiça criminal brasileira. Nos limites dela, o foco no “entre” convida à apropriação de estratégias metodológicas variadas – estudos de caso, entrevistas, sistematização normativa e jurisprudencial –, favorecendo, assim, uma descrição sofisticada das múltiplas formas de interação. Trata-se, enfim, de restituir à pesquisa em Direito a complexidade do funcionamento da justiça criminal. Sem arrefecer a indignação

Maíra Rocha Machado

Professora da Escola de Direito de São Paulo
da Fundação Getúlio Vargas (FGV DIREITO SP).

SOBRE A ORGANIZADORA

MAÍRA ROCHA MACHADO

PROFESSORA DA ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO DA FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS (FGV DIREITO SP).

SOBRE OS AUTORES

POLIANA DA SILVA FERREIRA

MESTRA (COM BOLSA FAPESP) E DOUTORANDA EM DIREITO PELA ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO DA FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS – FGV DIREITO SP. INTEGRA O CORPO DOCENTE DO DEPARTAMENTO DE ESTUDOS JURÍDICOS FUNDAMENTAIS DA UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA – UFBA. PESQUISADORA DO GRUPO DE PESQUISA EM CRIMINOLOGIA – GPCRM/UNEB E INTEGRANTE DO NÚCLEO DE ESTUDOS SOBRE O CRIME E A PENA DA FGV DIREITO SP.

ARTHUR SODRÉ PRADO

O AUTOR É ADVOGADO, MESTRE EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO PELA ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO DA FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS – FGV DIREITO SP, ESPECIALISTA EM DIREITO PENAL ECONÔMICO PELA MESMA INSTITUIÇÃO E PELA FACULDADE DE DIREITO DE COIMBRA E O INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS.

PRISCILA COELHO

MESTRA EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO PELA ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO DA FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. DISSERTAÇÃO DISPONÍVEL EM: [HTTPS://BIBLIOTECADIGITAL.FGV.BR/DSPACE/HANDLE/10438/29277](https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/29277). ACESSO EM 26 NOV. 2020.

OTÁVIO FANTONI CONSTANTINO

BACHAREL EM DIREITO E EM CIÊNCIAS SOCIAIS PELA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO E MESTRE EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO PELA ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO DA FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS – FGV DIREITO SP.

PATRÍCIA BOCARDO BATISTA PINTO

MESTRA EM DIREITO E DESENVOLVIMENTO PELA ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO DA FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS – FGV DIREITO SP.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	5
<i>MAÍRA ROCHA MACHADO</i>	
1. ENTRE OS QUATRO PODERES: QUADROS NORMATIVOS, CONFLITOS INSTITUCIONAIS E OUTROS OBSTÁCULOS À RESPONSABILIZAÇÃO DA POLÍCIA QUE MATA	11
<i>POLIANA DA SILVA FERREIRA</i>	
2. ENTRE A JUSTIÇA CRIMINAL E OS PARTICULARES: NOVAS PERSPECTIVAS ANALÍTICAS DE ILÍCITOS CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	45
<i>ARTHUR SODRÉ PRADO</i>	
3. ENTRE A ADMINISTRAÇÃO PRISIONAL, A MAGISTRATURA E A PROMOTORIA: O PROBLEMA DA SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA	65
<i>PRISCILA COELHO</i>	
4. ENTRE A PRESIDÊNCIA E A MAGISTRATURA: BASES INSTITUCIONAIS PARA O EXERCÍCIO DO PODER DE INDULTAR	89
<i>OTÁVIO FANTONI CONSTANTINO</i>	
5. ENTRE A ADMINISTRAÇÃO PRISIONAL E A MAGISTRATURA: O CONTROLE JUDICIAL DO REGIME DISCIPLINAR	113
<i>PATRÍCIA BOCARDI BATISTA PINTO</i>	

CAPÍTULO 1

ENTRE OS QUATRO PODERES: QUADROS NORMATIVOS, CONFLITOS INSTITUCIONAIS E OUTROS OBSTÁCULOS À RESPONSABILIZAÇÃO DA POLÍCIA QUE MATA

Poliana da Silva Ferreira

INTRODUÇÃO

Este texto¹ tem por objetivo apresentar o conjunto de normas e instituições que organizam o tratamento de mortes provocadas pela polícia no Brasil, ao mesmo tempo em que reflete sobre os diferentes sentidos que emergem desse arranjo normativo. De acordo com os dados do Fórum Brasileiro de Segurança Pública (2017), foram 21.892 abordagens policiais com resultado morte² entre os anos de 2009 e 2016, número que traduz apenas uma parte dos inúmeros prejuízos para familiares de civis e de policiais, para a comunidade local e para o estado democrático de direito. A recorrência com a qual essas mortes são provocadas tem mobilizado diferentes leituras e respostas, muitas das quais desconhecem as escolhas institucionais para tratar o problema. O presente texto busca compreender quais são as atribuições legais e os caminhos jurídico-formais adotados no Estado brasileiro, em

- 1 Este artigo é baseado em minha dissertação de mestrado “A responsabilização da polícia que mata: um estudo de caso sobre o tratamento jurídico das abordagens policiais com resultado morte”, disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/27441>, e que contou com o financiamento da CAPES e da FAPESP, às quais agradeço o apoio. Processo n. 2017/00239-4, Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP). “As opiniões, hipóteses e conclusões ou recomendações expressas neste material são de responsabilidade do(s) autor(es) e não necessariamente refletem a visão da FAPESP e da CAPES”.
- 2 Formulação que faz referência aos antigos “autos de resistência”, atualmente nomeados oficialmente de “mortes oriundas de oposição à intervenção policial” ou “morte decorrente de intervenção policial”, nomenclatura conforme a Resolução Conjunta n. 2, de 13 de outubro de 2015, do Departamento de Polícia, que dispõe sobre os procedimentos internos a serem adotados pelas polícias judiciárias em face de ocorrências em que o resultado sejam lesão corporal ou morte decorrentes de oposição à intervenção policial. Adota-se uma definição própria justificada na necessidade de preservação do caráter de disputa política que essas ocorrências impõem.

matéria criminal, quando o assunto é o tratamento das abordagens policiais com resultado morte, também conhecidas por comporem o fenômeno da “letalidade policial”.

A expressão “letalidade policial” aparece na literatura brasileira e em documentos oficiais para fazer referência ao emprego excessivo – e letal – da força pela polícia e coloca no centro do debate público os limites e desafios para medir e controlar essa força no cumprimento de seu mandato legal.³ Sobre esse tema, dois pontos importantes aparecem como centrais nos estudos brasileiros.

O primeiro corresponde à identificação racial das vítimas e ao respectivo perfil socioeconômico. Pesquisas recentes demonstram numericamente a vitimização dos “jovens-homens-negros” (REIS, 2005), os quais constituem a maioria das vítimas fatais, diagnóstico encontrado em Ignácio Cano (1999), Jacqueline Sinhoretto *et al.* (2014), Samira Bueno (2014a, 2014b, 2018) e Poliana Ferreira (2017). Compondo esse panorama, outras narrativas têm valorizado a dimensão de escuta de vítimas não letais e de familiares de vítimas fatais, que dão conta de uma lógica de continuidade que opera de maneira cotidiana, intergeracional e silenciosa. Essas outras perspectivas sinalizam a existência de um “genocídio da população negra”, narrativa encontrada em Abdias Nascimento (1978), Ana Flauzina (2006, 2014), João Vargas (2010, 2017), Felipe Freitas (2014), Luciano Pinheiro (2019), entre outros.

O segundo é a ausência de responsabilização dos agentes policiais. A pesquisa liderada por Michel Misse (2011) identificou baixa qualidade dos inquéritos instaurados para a apuração dos “autos de resistência”,⁴ o que causa, segundo os autores, falta de elementos probatórios, seja para confirmar, seja para refutar a versão de legítima defesa dos policiais nos casos que

3 Embora Egon Bittner (2003) tenha sinalizado que não existe uma única maneira de aferir o excesso no uso da força pela polícia, segundo Samira Bueno, Daniel Cerqueira e Renato Sérgio de Lima (2013, p. 118), existem padrões internacionais que servem como parâmetro: “a relação entre civis mortos e policiais mortos; a razão entre civis feridos e civis mortos pela polícia; a proporção de civis mortos pelas polícias em relação ao total de homicídios dolosos”. Sobre os limites raciais deste mandato legal no Brasil, ver Felipe Freitas (2020).

4 O termo “auto de resistência” era utilizado para se referir às mortes decorrentes de intervenção policial e derivaria da referência feita pelos arts. 284 e 292 do Código de Processo Penal à lavratura do auto circunstanciado que tinha por fim explicitar a resistência e a morte (SOUZA, 2010; ZACCONE D’ÉLIA FILHO, 2015).

chegaram a ingressar na esfera judicial. No mesmo sentido, Taiguara Líbano Soares e Souza (2010) apontou que “em regra os policiais envolvidos em homicídios classificados como autos de resistência não são penalmente responsabilizados” (SOUZA, 2010, p. 192).

Entre as mais variadas formas possíveis de explorar esse tema, como já indicado antes, essa proposta busca, de maneira complementar, oferecer um olhar dedicado às normas que tratam direta ou indiretamente da questão, conferindo especial atenção à divisão de tarefas institucionais em matéria criminal. Essa estratégia nos permite indagar: quais são as regras e instituições jurídicas que tratam do tema, como o fazem e quais os seus limites? Há efetivamente uma estrutura jurídica voltada à recepção do problema da letalidade policial? Existe um desenho institucional cuja mobilização pode ser feita de maneira harmônica, independente e coerente por diferentes atores?

Essas questões podem nos ajudar a compreender como as prescrições e suas respectivas interpretações legitimam a prática de policiais, promotores, defensores e juízes em processos de responsabilização criminal quando a polícia mata. Diante disso, o texto está dividido em duas partes. Na primeira, apresentamos a pesquisa que dá subsídios ao artigo, outrora desenvolvida no âmbito de um Programa de Pós-Graduação em Direito e Desenvolvimento, em nível de mestrado, o que inclui o método adotado.

Na segunda parte, exploramos linhas de compreensão dogmáticas, consistentes na condução da interpretação de institutos e instituições jurídicas por intermédio das análises oriundas da pesquisa apresentada na seção que a precede. Nesse ponto, mergulharemos nas escolhas em matéria constitucional, o que implica um olhar refinado sobre separação de poderes e garantia de direitos. Dessa forma, voltamo-nos para a atuação dos seguintes atores: o Poder Legislativo, com destaque para a produção de instrumentos jurídicos que autorizam ou viabilizam uma estrutura normativa mínima para responsabilizar policiais envolvidos em abordagens com resultado morte; o Poder Judiciário e seus respectivos limites para operacionalizar a responsabilização criminal; o Poder Executivo, com seu papel decisivo, quando esse constrói, dentro dos seus limites de atuação, mecanismos que apontam caminhos destinados a regulamentar a responsabilização de agentes de segurança pública ou que, em definitiva, buscam ou resultam na isenção de responsabilização destes, e, por fim, o Ministério Público, responsável pela promoção da ação penal pública e pelo controle externo da polícia.

1. ESTRATÉGIA METODOLÓGICA PARA OBSERVAR O DESENHO INSTITUCIONAL E NORMATIVO DA POLÍCIA QUE MATA

Para contribuir com uma nova perspectiva de investigação sobre as abordagens policiais com resultado morte, já densamente tratadas em outros trabalhos de natureza diversa, a pesquisa da qual o presente artigo explora os resultados buscou observar o tratamento jurídico daquelas ocorrências nas esferas administrativa, penal e civil, assim como as relações que se tecem entre essas esferas, tanto na própria tramitação processual como no desfecho dos procedimentos em tela. Para tanto, partiu-se da seguinte questão: como o Estado intervém juridicamente frente à letalidade policial? Mais especificamente, procurou-se observar as questões que emergem e se tornam cruciais ao longo do *fluxo do sistema de justiça, dos procedimentos e das respostas estatais nos três registros de responsabilização e no tratamento das abordagens policiais com resultado morte.*

Metodologicamente, a pesquisa se valeu de um estudo de caso, método qualitativo que permite compreender, com alto grau de profundidade, realidades individuais, organizacionais, sociais e políticas. Por meio dele, é possível desenvolver investigações empíricas de um fenômeno contemporâneo dentro de um determinado contexto (YIN, 2001).

No campo do Direito, o estudo de caso se torna valioso, pois “convida os pesquisadores em direito a observar o sistema de justiça sem as barreiras impostas pelas áreas jurídicas, a atentar às interações processuais e às suas implicações no desfecho do caso” (MACHADO, 2014, p. 14). Isto é, o estudo de caso permite observar os trâmites e as prováveis interligações, diretas ou indiretas, explícitas ou implícitas, entre os casos, transpondo as barreiras impostas pela observação segmentada das diversas esferas do direito (FERREIRA, 2017).

Na nossa pesquisa, o estudo de caso contou com cinco etapas para sua operacionalização: revisão da literatura, aproximação do campo por meio de observação de práticas forenses e administrativas e entrevistas exploratórias, aprofundamento teórico e fixação da pergunta, definição da modalidade estudo de caso único e a respectiva escolha do caso e, por fim, a análise.

A escolha de um único caso após uma etapa de trabalho que selecionou quatro casos trouxe não só a possibilidade de estabelecer correlações entre os casos, mas também uma variabilidade de formas de abordar, exemplificar e de comparar com outras situações-problema similares, isto é, tem-se a oportunidade de observar como em determinada fase do processo judicial alguns fatos

importantes para o desfecho do caso foram valorizados, ignorados, valorados e/ou comunicados interna e externamente pelas instituições envolvidas.⁵

No decorrer do desenvolvimento dessas etapas, especificamente naquela correspondente à aproximação do campo, realizamos um levantamento do conjunto de instrumentos normativos concernentes às maneiras de responsabilizar policiais militares em casos de abordagens que resultaram em morte de civis, em diferentes esferas. A coleta desses dados, especificamente, deu-se por meio dos mecanismos de busca dos portais oficiais de instituições públicas dos três poderes, a saber, Congresso Nacional,⁶ Palácio do Planalto⁷ e Supremo Tribunal Federal,⁸ em função dos desdobramentos dos casos com que tivemos contato.

Diante disso, foi possível identificar um arranjo normativo e institucional do qual os estados brasileiros podem fazer uso para responsabilizar, ou não, a polícia que mata, com escolhas institucionais que demarcam a distribuição de tarefas constitucionalmente previstas, o qual, direta ou indiretamente, tem produzido impactos na maneira atual de tratar o problema, importante resultado da pesquisa, que dialoga com o tema central dessa coletânea.

2. O ARRANJO NORMATIVO E INSTITUCIONAL PARA RESPONSABILIZAR A POLÍCIA QUE MATA

Nesta seção apresentaremos o conjunto de normas e instituições identificado e suas consequências para o tratamento da letalidade policial, em matéria criminal. Assim, no primeiro item exploraremos a organização do Estado no que concerne ao tema; nos itens subsequentes, observaremos os resultados das prescrições relativas à atuação dos poderes Legislativo, Judiciário e Executivo. Por fim, explicitaremos o papel do Ministério Público nesse contexto.

5 A descrição completa das etapas e escolhas referentes à metodologia empregada pode ser encontrada em: FERREIRA, Poliana da Silva. *A responsabilização da polícia que mata: um estudo de caso sobre o tratamento jurídico das abordagens policiais com resultado morte*. 2019. Dissertação (mestrado). Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 206f.

6 Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/>. Acesso em: 2 mar. 2020.

7 Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/>. Acesso em: 2 mar. 2020.

8 Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 2 mar. 2020.

2.1. AS ESCOLHAS CONSTITUCIONAIS E A SEPARAÇÃO DE PODERES

Por entender que escolhas institucionais em âmbito criminal pressupõem, necessariamente, escolhas no âmbito do direito constitucional, apresentaremos de forma breve questões relativas ao contexto político de criação da Constituição de 1988, notadamente, à Assembleia Nacional Constituinte, consideradas fundamentais para a compreensão das regras previstas no texto final da Constituição vigente. Esta seção também se atém aos dispositivos que sugerem uma separação de poderes e à consequente divisão de tarefas institucionais, as quais, como se verá ao longo do texto, podem trazer dúvidas sobre a operacionalização de uma separação “harmônica” e “independente” do Legislativo, do Executivo e do Judiciário, quando o assunto é a responsabilização da polícia que mata.

De antemão, é importante registrar que as *abordagens policiais com resultado morte* não apareceram como objeto autônomo de apreciação da Assembleia Nacional Constituinte (ANC) de 1987 e tampouco das Propostas de Emenda à Constituição que foram incorporadas após a promulgação do texto constitucional, conforme trabalhos consultados.⁹ Apesar disso, em diferentes ocasiões, temas correlatos foram debatidos naquele contexto, a exemplo da “segurança pública”¹⁰ e da “violência policial”,¹¹ por diferentes proponentes.

9 As buscas referentes ao tema foram realizadas entre janeiro e fevereiro de 2019, na plataforma de pesquisa disponível em <https://scholar.google.com>, com as palavras-chave “abordagens policiais com resultado morte e Assembleia Nacional Constituinte”, “violência policial e Assembleia Nacional constituinte”, “segurança pública e Assembleia Nacional Constituinte”, “letalidade policial e Assembleia Nacional Constituinte”, “homicídios praticados por policiais e Assembleia Nacional Constituinte”.

10 O tema mais amplo, da “segurança pública”, não constituiu uma novidade no texto constitucional. Sua existência havia ficado a cargo da Subcomissão de “Defesa do Estado, da Sociedade e de sua Segurança (Subcomissão IVb), ligada à Comissão da Organização Eleitoral, Partidária e Garantia das Instituições (IV)” a qual, segundo Fontoura, Rivero e Rodrigues (2009), constituíra a primeira vitória das Forças Armadas no processo constituinte, já que em princípio o tema da segurança pública deveria caber à Comissão de Organização dos Poderes e Sistema de Governo. Sobre a dimensão de continuidade, Zaverucha (1998) e Nóbrega Júnior (2010) nos lembram que, na Constituição Federal de 1988, as cláusulas relacionadas às polícias militares estaduais e à segurança pública, em geral, permaneceram praticamente idênticas à Constituição autoritária de 1967-1969.

11 O tema mais restrito da violência policial apareceu com bastante ênfase nas

Como resultado, a Constituição Federal de 1988 não trata diretamente do tema, isto é, não há um título, um capítulo ou uma seção que se reporte às *abordagens policiais com resultado morte*, mas alguns elementos presentes no texto constitucional norteiam a elaboração e a interpretação de normas infraconstitucionais e organizam – ainda que em parte – algumas das instituições que se mostraram fundamentais no tratamento da letalidade policial.

A relevância de olharmos para o aparato constitucional está na presumida formatação das relações entre os atores políticos e institucionais inscrita no texto da Constituição, por meio da almejada “separação de poderes”, pressuposto que dá conta da existência de uma divisão de tarefas entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário para o regular funcionamento da República Federativa do Brasil.

Para a discussão que propomos no presente texto, interessa-nos mais o pressuposto segundo o qual “as instituições políticas exercem efeitos sobre o resultado dos conflitos nos quais atores e agentes da sociedade, politicamente organizados, colocam-se como protagonistas” (GROHMANN, 2001, p. 75), que anima importantes debates no âmbito da Ciência Política e do Direito Constitucional, e menos os três grandes temas retomados nos estudos sobre instituições políticas, em perspectiva abstrata, a saber, o sistema eleitoral, o sistema partidário e o sistema de governo, no final do século XX.

Nesse contexto, interessa saber: quais foram as principais diretrizes, perspectivas, escolhas, caminhos adotados pela República Federativa do Brasil e previstos pela Constituição Federal para tratar as abordagens policiais com resultado morte? Como veremos, ainda que de forma não explícita, o presidencialismo, o federalismo e a separação de poderes são fundamentais para a compreensão de algumas das principais escolhas institucionais feitas pelo Brasil. Só a título de lembrança, a forma federativa de Estado e a separação de poderes figuram entre as “cláusulas pétreas”¹² da Constituição Federal de 1988.

propostas oferecidas por pessoas e organizações (institucionalizadas ou não) do Movimento Negro Unificado (MNU), importante ator do processo de elaboração da Constituição de 1988. A participação do MNU na defesa de direitos de civis, econômicos e culturais da população negra durante os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte se traduziu em inúmeras propostas, conforme evidenciado na pesquisa de Natália Santos (2015).

12 Cláusula Pétrea é um mecanismo que limita o poder de reforma material e formal da Constituição (DIMOULIS e LUNARDI, 2013).

Na esteira institucional de “separação”, “harmonia” e “independência” de poderes, a Constituição determina que a segurança pública é dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, sendo exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, por meio das polícias federal, rodoviária federal, ferroviária federal, civis e das polícias militares e corpos de bombeiros militares, determinando explicitamente a subordinação das duas últimas aos governadores dos Estados e do Distrito Federal, conforme art. 144 da Constituição Federal.

No art. 144, §4º e §5º, a Constituição determina as atribuições das polícias estaduais como segue: às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais,¹³ com exceção das infrações de natureza militar – as quais são de competência da Justiça Militar, à qual compete processar e julgar os crimes militares definidos no Código Penal Militar. E às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública.

Dessa forma, as polícias civis têm autonomia para apurar as mortes decorrentes de intervenção policial¹⁴ porque, além dessa disposição constitucional, outras normas foram criadas para regulamentar esse dever institucional – conforme veremos na próxima seção.

Tal arquitetura institucional decorre da forma como foram desenhadas as principais instituições do Estado brasileiro nos processos de responsabilização. Mas, segundo Arthur Trindade Costa e Renato Sérgio de Lima (2014), esse desenho não consegue encarar os principais problemas no que concerne à segurança pública em geral e às polícias, especificamente.

Para os autores, “os ruídos no pacto federativo e no modelo bipartido de organização policial (civil e militar), herdados de períodos anteriores, não

13 Com a promulgação da Lei n. 9.299/1996, os crimes dolosos contra a vida cometidos contra civil, quando praticados por policiais militares, são da competência da justiça comum, julgados pelo tribunal do júri, diferentemente dos crimes dolosos contra a vida praticados por militares das forças armadas, que são julgados pela Justiça Militar da União, em condições específicas, conforme a recém-promulgada Lei n. 13.491, de 13 de outubro de 2017, a qual alterou o Decreto-Lei n. 1.001, de 21 de outubro de 1969 – Código Penal Militar, e abriu novos campos de disputa institucionais. Um exemplo pode ser visto no link indicado a seguir: <https://www.gazetaonline.com.br/noticias/brasil/2018/05/o-novo-foro-dos-militares-ja-tirou-mil-aco-es-da-justica-comum-1014130132.html>. Acesso em: 2 mar. 2020.

14 Nomenclatura administrativa atribuída aos antigos “autos de resistência” pela Resolução Conjunta 02, do Conselho Superior de Polícia e do Conselho Nacional dos Chefes de Polícia Civil, em outubro de 2015.

foram enfrentados pela Constituição Federal de 1988 e, ao contrário, novas situações de fricção foram criadas (...)” (COSTA e LIMA, 2014, p. 398). Tendo em vista os objetivos do presente texto, interessa observar como esse desenho, ao lado de outros elementos, contribui para o atual tratamento das abordagens policiais com resultado morte.

Ao longo do texto constitucional, algumas atribuições e princípios permitem uma organização normativo-institucional mínima, como, por exemplo, a já citada atribuição das polícias, além do direito de acesso a informações relativas à administração pública,¹⁵ o direito de defesa dos réus, inclusive em processos administrativos,¹⁶ para que possam se defender ao longo do processo civil, criminal e administrativo – inclusive em suas especificidades: processo disciplinar, processo administrativo disciplinar, sindicância, inquéritos. Vale lembrar, ainda, que a organização e as atribuições das instituições que compõem o sistema de justiça,¹⁷ além da garantia do devido processo legal¹⁸ e do reconhecimento da instituição do júri¹⁹ como um tribunal especial para julgamento de crimes dolosos contra a vida, também estão previstos na Constituição.

Portanto, apesar de não haver na Constituição Federal uma menção direta às mortes decorrentes de ações policiais – ou a outras nomenclaturas correlatas –, é possível afirmar que existe a previsão de uma estrutura jurídica desenhada para organizar a polícia, que prevê processos de responsabilização, de instâncias de julgamento, com princípios e mecanismos de defesa de réus no desenvolvimento de processos criminais, denotando, assim, o cumprimento de tarefas por diferentes atores políticos e institucionais, nos três poderes.

Mas que tipo de questões surgem na dimensão operacional? Quais são as disputas que se colocam? Quais os nós institucionais que têm dificultado o tratamento das abordagens policiais com resultado morte? Nas próximas seções, propomos um olhar sobre os resultados da atuação do Executivo, do Legislativo e, mais especificamente, do Judiciário, em matéria criminal, em São Paulo, precisamente no que diz respeito às abordagens policiais com resultado morte.

15 Art. 5º, XIV e art. 37, da Constituição Federal.

16 Art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal.

17 Art. 92 e seguintes da Constituição Federal.

18 Art. 5º, LIV e LVII da Constituição Federal.

19 Art. 5º, XXXVIII, da Constituição Federal.

2.2. AS DISPUTAS EM TORNO DA CRIMINALIZAÇÃO DAS ABORDAGENS POLICIAIS COM RESULTADO MORTE NAS DISPOSIÇÕES LEGAIS: OS RESULTADOS DA ATUAÇÃO DO LEGISLATIVO

Uma morte oriunda de abordagem policial pode, ou não, ser considerada um crime. Segundo Marta Machado e Máira Machado (2013), o crime é uma categoria construída mediante processos específicos e regulados no âmbito de uma série de instituições pelo Direito penal, o qual define as consequências jurídicas que serão atreladas a determinadas condutas. Nessa seção, apresentaremos os dispositivos legais que disciplinam a matéria. Vale ressaltar que as previsões estabelecidas nos textos de leis resultam sempre de uma série de disputas e de acordos, realizados dentro e fora do Congresso Nacional.

As mortes decorrentes de intervenção policial não constituem um tipo penal específico, elas são uma categoria jurídica criada em âmbito administrativo para nomear mortes, resultantes de ações policiais, de pessoas que estariam em confronto com a polícia. Quando ingressam na esfera criminal, elas podem ser consideradas homicídio doloso ou culposos, os quais poderão ter como consequência uma sanção correspondente. A atribuição de um desses tipos penais dependerá de uma série de instâncias decisórias a respeito da natureza, das circunstâncias e do diploma legal adotado. Afinal, a cada tipo penal corresponde um procedimento judicial específico de responsabilização.

Assim, em regra, se uma morte decorrente de intervenção policial for considerada um homicídio doloso praticado por policial militar, o diploma legal que deverá ser adotado é o Código Penal, em seu art. 121, e os ritos de responsabilização deverão ser realizados conforme o art. 406 e seguintes do Código de Processo Penal, isto é, perante o Tribunal do Júri. Se for considerada homicídio culposo praticado por policial militar, deverá ser observado o art. 205 do Código Penal Militar e, conseqüentemente, seguir os procedimentos previstos no Código de Processo Penal Militar. Por último, sendo considerada homicídio doloso que ocorreu em circunstâncias de excludente de ilicitude,²⁰ como a legítima defesa, por exemplo, é mobilizado o art. 292²¹ do Código de Processo Penal, que autoriza policiais e autori-

²⁰ Conforme o art. 23, do Código Penal: “Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato: I - em estado de necessidade; II - em legítima defesa; III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito”.

²¹ Art. 292 do Código de Processo Penal: “Se houver, ainda que por parte de terceiros, resistência à prisão em flagrante ou à determinada por autoridade competente, o

dades competentes a se valerem do uso da força necessária para se defenderem ou para vencer a resistência²² à prisão ou à ordem de determinada autoridade competente, bem como os arts. 23 e 25 do Código Penal, que tratam da possibilidade da legítima defesa como excludente de ilicitude no Direito brasileiro.²³

Recentemente, o Congresso Nacional promoveu uma alteração significativa em relação à excludente de ilicitude da legítima defesa. Através da Lei n. 13.964/2019, além de ampliar as hipóteses de reconhecimento desta causa de exclusão de antijuridicidade, a referida norma inovou no sistema jurídico e alterou o procedimento investigativo do uso da força letal em abordagens policiais,²⁴ de modo a criar um sistema de privilégio defensivo quando policiais encontram-se na posição de investigados.²⁵

executor e as pessoas que o auxiliarem poderão usar dos meios necessários para defender-se ou para vencer a resistência, do que tudo se lavrará auto subscripto também por duas testemunhas”.

- 22** Cabe salientar que quem resiste à prisão em flagrante pratica crime contra a administração pública, cuja previsão legal encontra-se no art. 329, que diz: “Opor-se à execução de ato legal, mediante violência ou ameaça a funcionário competente para executá-lo ou a quem lhe esteja prestando auxílio”.
- 23** Conforme o Código Penal: “Art. 25 - Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem. Parágrafo único. Observados os requisitos previstos no *caput* deste artigo, considera-se também em legítima defesa o agente de segurança pública que repele agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém durante a prática de crimes”.
- 24** Por meio da inserção do parágrafo único do art. 25, tal qual explicitado na nota anterior.
- 25** Refiro-me à criação do art. 14-A, cujos efeitos já são aferidos pelas defensorias públicas estaduais, do ponto de vista processual. Preceitua o art. 14-A: “Nos casos em que servidores vinculados às instituições dispostas no art. 144 da Constituição Federal figurarem como investigados em inquéritos policiais, inquéritos policiais militares e demais procedimentos extrajudiciais, cujo objeto for a investigação de fatos relacionados ao uso da força letal praticados no exercício profissional, de forma consumada ou tentada, incluindo as situações dispostas no art. 23 do Decreto-Lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), o indiciado poderá constituir defensor. § 1° Para os casos previstos no *caput* deste artigo, o investigado deverá ser citado da instauração do procedimento investigatório, podendo constituir defensor no prazo de até 48 (quarenta e oito) horas a contar do recebimento da citação. § 2° Esgotado o prazo disposto no § 1° deste artigo com ausência de nomeação de defensor pelo investigado, a autoridade responsável pela investigação deverá intimar a instituição a que estava vinculado o investigado à época da ocorrência dos fatos, para

Ainda em âmbito criminal, as sanções estão previstas no Código Penal, art. 121, e variam desde a pena de reclusão de seis a vinte anos, se considerado homicídio simples, à reclusão de doze a trinta anos, se julgado homicídio qualificado. Os réus podem ainda ser condenados a perder a função, cargo ou atividade pública, tendo em vista dois grupos de dispositivos: art. 43 e seguintes do Código Penal, a respeito da autonomia das penas restritivas de direito, ou art. 92, do mesmo diploma legal, acerca dos efeitos da condenação criminal.

A sanção correspondente será aplicada após a apuração realizada pelas polícias civil e militar e do processo penal disciplinado pelo Código de Processo Penal, se for considerado pelo Ministério Público, desde o início da apuração, homicídio doloso praticado por policial militar.

O processo penal tem início com o recebimento da denúncia formulada pelo Ministério Público²⁶ junto a um(a) juiz(a) presidente do

que essa, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas, indique defensor para a representação do investigado. (...) § 6º As disposições constantes deste artigo se aplicam aos servidores militares vinculados às instituições dispostas no art. 142 da Constituição Federal, desde que os fatos investigados digam respeito a missões para a Garantia da Lei e da Ordem”. Além de estimular conflitos interinstitucionais entre Defensorias Públicas e Polícias Militares, como ecoou na mídia (sobre isso, ver reportagem publicada no Portal UOL: <https://noticias.uol.com.br/reportagens-especiais/as-travas-da-lei/#cover> – As travas de Lei, em 14 jul. 2020). A norma burocratizou ainda mais os primeiros movimentos institucionais de apuração de mortes praticadas por policiais. Em julho de 2020, o Ministério Público de São Paulo emitiu (http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/notas_tecnicas/nota%20tecnica%20%20n%209.pdf) nota técnica com orientações a respeito da potencial inconstitucionalidade do dispositivo, por este ferir os princípios constitucionais da isonomia, da eficiência, além de ensejar desvio de finalidade no campo da assistência judiciária gratuita e afrontar a cláusula constitucional de prévia dotação orçamentária.

- 26** Cabe registrar que se o membro do Ministério Público entender que é caso de arquivamento do inquérito em vez de denúncia e o(a) juiz(a) discordar, poderá mobilizar o art. 28 do CPP, o qual preceitua que “Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender”. Recentemente, o art. 28 do CPP ganhou nova redação oriunda da Lei 13.964/2019, mas esta encontra-se sem efeitos, dada a suspensão de sua eficácia após o julgamento de medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.305, em 22 de janeiro de 2020, ajuizada pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP, sob relatoria do Ministro Luiz Fux.

Tribunal do Júri, quem, posteriormente, decidirá se os réus serão pronunciados (quando os réus serão julgados pelo Conselho de Sentença); impronunciados (hipótese em que o(a) juiz(a), após a instrução, não considera demonstrada a existência de elementos indicativos do fato alegado na denúncia, ou quando não ficar demonstrada a existência de elementos indicativos da autoria do aludido fato); absolvidos sumariamente; ou encaminhados a outro juízo (hipótese de desclassificação, quando for alterada a classificação do fato). Tudo conforme o Código de Processo Penal e o Código de Processo Penal Militar.

2.3. CONFLITOS INSTITUCIONAIS ENTRE POLÍCIA CIVIL E MILITAR NA APURAÇÃO DAS ABORDAGENS POLICIAIS COM RESULTADO MORTE

A forma como as atribuições constitucionais e legais foram dispostas em seus respectivos textos oficiais tem produzido choque entre a atuação da polícia civil e da polícia militar, um ponto relevante quando falamos em separação de poderes porque essas instituições, em regra, iniciam os processos de apuração que podem desencadear processos criminais ou administrativo-disciplinares de responsabilização, ou ambos. Do ponto de vista prático, a atuação dessas instituições pode implicar na mobilização dos poderes Executivo e Judiciário.

A disputa entre as instituições aparece formulada pela doutrina e no Judiciário.

Ao menos um doutrinador foi identificado no decorrer da pesquisa,²⁷ que entende ser possível a atuação da polícia militar nos casos de morte decorrentes de intervenção policial para apurar homicídios dolosos contra civis praticados por policial militar. A sua compreensão é que, apesar de a Lei n. 9.299/1996²⁸ determinar novo rito para julgamento de crimes dolosos contra a vida praticados por policiais militares, os quais até então eram realizados pela Justiça Militar estadual e passaram a ser de competência do Tribunal do Júri, esta determinação não teria mudado “a natureza” do homicídio doloso praticado por policial militar,

²⁷ Trata-se de Jorge Cesar de Assis (2012), autor que expõe argumentos dessa natureza em diversas obras sobre o tema, entre as quais a intitulada *Direito militar: aspectos penais, processuais penais e administrativos*.

²⁸ A Lei Bicudo alterou os dispositivos dos Decretos-lei n. 1.001 e n. 1.002, de 21 de outubro de 1969, Códigos Penal Militar e de Processo Penal Militar.

que “permaneceria sendo” crime militar e, por consequência, deveria ser investigado pela polícia militar, conforme o disposto no art. 124²⁹ da Constituição Federal e no art. 8º³⁰ do Código de Processo Penal Militar (ASSIS, 2011, p. 11).

Além da controvérsia doutrinária, há também uma controvérsia judicial, esta última decorrente da “janela” interpretativa instaurada com a promulgação da própria Lei n. 9.299/1996, que não excluiu de forma taxativa a participação, ainda que residual, da Justiça Militar na apuração de condutas que envolvem homicídios dolosos contra civis praticados por policial militar. Dito de forma mais direta, a atribuição legal para a investigação de todo e qualquer crime militar permaneceria sendo de exclusividade da Polícia Judiciária Militar, por meio dos Inquéritos Policiais Militares, e, como consequência direta, caberia à Justiça Militar encaminhar a investigação à justiça comum (júri), caso se verifique, ao final, a presença de elementos indicativos da prática, por policial militar, de crime doloso contra a vida de civis, nos termos do que dispõe o art. 82, §2º do Código de Processo Penal Militar (Decreto-lei n. 1.002/1969).

O ponto central aqui é o poder conferido à Justiça Militar para arquivar aqueles procedimentos quando for entendido que não houve crime algum, notadamente em virtude da possível identificação da presença de excludente de ilicitude já nos autos do Inquérito Policial Militar (IPM). Apesar dos firmes posicionamentos do STF e do STJ, são recorrentes as demandas que envolvem o tema nos referidos tribunais.³¹

Portanto, o debate judicial não se restringe à atribuição de investigar, porque esta, nesse caso, relaciona-se à atividade de julgar. A refe-

29 Art. 124, da CF-88: à Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei.

30 Art. 8º, do CPPM: Compete à Polícia judiciária militar: a) apurar os crimes militares, bem como os que, por lei especial, estão sujeitos à jurisdição militar, e sua autoria.

31 Para citar um exemplo da formulação dessa questão perante o STJ, ver o “Conflito de Competência n. 155.175 - SP (2017/0279236-1)”, publicado em 19 de março de 2018, em que a relatora assim se pronuncia: “equivocou-se o Juízo Castrense ao determinar o arquivamento do feito por concluir pela ausência de justa causa e legítima defesa dos policiais. Deveria, na verdade, ter encaminhado o feito à Justiça Comum, conforme previsto no art. 82, §2º, do Código de Processo Penal Militar (‘nos crimes dolosos contra a vida, praticados contra civil, a Justiça Militar encaminhará os autos do inquérito policial militar à justiça comum’)”.

rida controvérsia será discutida, do ponto de vista abstrato, no Supremo Tribunal Federal, onde tramita³² a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 5.804, proposta pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (Adepol), em outubro de 2017, em que a autora questiona a norma que determina à Justiça Militar o encaminhamento à Justiça Comum de inquérito policial militar nos crimes dolosos contra a vida praticados contra civis.

A base das controvérsias judicial e doutrinária, portanto, está na ausência de uma lei que determine a distribuição e a competência para investigar e processar especificamente o homicídio doloso praticado por policial militar contra civil, e que esclareça, portanto, se é um crime militar ou um crime comum, ainda que praticado por um policial militar. Tal indefinição tem impacto direto na atuação das instituições que operam na apuração e investigação das mortes decorrentes de intervenção policial.

No caso específico do estado de São Paulo, outros instrumentos normativos corroboram a existência desses conflitos, como, por exemplo, a Resolução n. 054/2017, da Presidência do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo, que dispõe sobre a apreensão de instrumentos ou objetos em inquéritos policiais militares. Ela se baseia no §2º do art. 82 do Código de Processo Penal Militar, que dispõe que, nos casos de homicídios dolosos praticados por policial militar, a Justiça Militar deverá encaminhar os autos do inquérito policial militar à Justiça Comum, e nos Títulos II e III do Livro I do Código de Processo Penal Militar, que tratam do exercício da polícia judiciária militar e da elaboração do inquérito policial militar, para afirmar que a autoridade policial militar deverá apreender os instrumentos e todos os objetos que tenham relação com a apuração dos crimes militares definidos em lei, quando dolosos contra a vida de civil.

A interferência da polícia militar na atuação da polícia civil em investigações de homicídios dolosos praticados por policiais militares é fortale-

32 Outras duas ações dessa natureza já tramitaram perante o STF a respeito desse específico conflito de competência. A primeira foi em 1997, Adin n. 1494-3, ajuizada pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil – Adepol, com o objetivo de impugnar o §2º do art. 82 do Código de Processo Penal Militar, com a redação dada pela Lei federal n. 9.299, de 07 de agosto de 1996, questionando a possibilidade de a polícia militar continuar investigando homicídios dolosos praticados por policiais militares contra civis mediante inquérito policial militar. A outra é a Adin n. 4164, impetrada pela mesma autora, em 2010, questionando a constitucionalidade dos arts. 1º e 2º da Lei n. 9.299/1996.

cida pela Portaria n. 01, de 30 de agosto de 2017, do Conselho Nacional de Comandantes Gerais das Polícias Militares e dos Corpos de Bombeiros Militares, que dispõe a respeito do exercício das atribuições de polícia judiciária militar nos termos do Código de Processo Penal Militar.

Essa portaria, em seu art. 2º, determina que “a competência da jurisdição militar inclui a apuração de crime doloso contra a vida de civil” (CONSELHO NACIONAL DE COMANDANTES GERAIS DAS POLÍCIAS MILITARES E DOS CORPOS DE BOMBEIROS MILITARES, 2017, p. 1). A portaria determina, ainda, sob pena de responsabilização, que policiais envolvidos em crime militar contra a vida de civil sob investigação da polícia civil não sejam encaminhados à polícia civil, o que acirra ainda mais os confrontos institucionais entre as polícias civis e militares dos estados, como explicita o trecho a seguir:

Art. 3º O procedimento investigatório legal para a apuração de crime militar contra a vida de civil é o competente inquérito policial militar.

Art. 4º Em situação de militar no exercício da função ou em razão dela, não deve ocorrer o encaminhamento à polícia judiciária civil, nos casos a que se refere o art. 2º desta Portaria, e o seu descumprimento deve gerar responsabilização.

Art. 5º Não deve ser permitida a realização de flagrante ou outras diligências da polícia civil em unidade militar ou sujeita à administração militar e, caso ocorra, deve o policial civil e quem autorizou ser responsabilizado (PORTARIA 01/2017).

Como se pode notar no trecho, as ações dirigidas aos policiais militares e aos seus respectivos comandantes dificultam a cooperação entre as duas instituições na investigação de mortes decorrentes de intervenções policiais. De acordo com uma nota explicativa³³ do Conselho sobre a Portaria 01/2017, “7- A Portaria deste Presidente do CNCG é uma orientação aos demais Comandantes Gerais, e não uma ordem, ou qualquer outra forma de legislação sobre a matéria penal e processual penal (...)” (CONSELHO NACIONAL DE COMANDANTES GERAIS DAS POLÍCIAS MILITARES E DOS CORPOS DE BOMBEIROS MILITARES, 2017), não obstante o fato de os referidos instrumentos terem forças normativas distintas.

33 Disponível em: <http://cncg.org.br/nota-portaria-01-de-30-de-agosto-de-2017/>. Acesso em 20 jan. 2018.

A escolha institucional de não explicitar essa atribuição em texto de lei contribui para a produção de incertezas na divisão de tarefas institucionais em matéria criminal em relação à polícia que mata, além de produzir re-trabalho, insegurança jurídica e proliferação de normas administrativas que não dialogam entre si.

2.4. JULGAMENTO DE POLICIAIS MILITARES NA ESFERA CRIMINAL POR UM TRIBUNAL LEIGO: OS LIMITES IMPOSTOS AO PODER JUDICIÁRIO

Até a década de 1990, o julgamento de policiais militares em casos de homicídios dolosos era feito pela Justiça Militar. Em 1996, a população brasileira exigiu a alteração dessa competência, o que se instituiu com a promulgação da Lei Bicudo, cuja existência se justificava pela necessidade da produção de julgamentos imparciais.³⁴ A competência do Tribunal do Júri para o julgamento de homicídios dolosos praticados por policiais militares significou uma vitória para a consolidação do estado democrático de direito.

No entanto, mais de vinte anos depois, a observação de julgamentos de policiais militares faz notar os problemas dessa escolha institucional. A inaptidão técnica do corpo de jurados torna-se o cerne do problema: a tese da legítima defesa é a principal estratégia de defesa dos réus e constitui tecnicamente um dos elementos capazes de excluir a existência de um crime. A aferição de sua existência na teoria geral do delito é eminentemente técnica. Assim, no caso de homicídios dolosos praticados por policiais militares, tipicamente pautados na ideia de confronto, essa avaliação é, na maioria das vezes, realizada por alguém alheio à matéria, os jurados do Conselho de Sentença.

Os jurados não precisam ter nenhuma formação no campo do Direito – “até atrapalharia se tivesse”³⁵ e não precisam justificar suas escolhas.

³⁴ O PL n. 2.801, de 1992, de autoria da CPI do Extermínio de Crianças e Adolescentes, que antecedeu a referida Lei, afirmava, em meio à necessidade de apresentar uma justificativa para sua existência: “o julgamento de policiais militares envolvidos com o extermínio é muitas vezes permeado pelo corporativismo, que gera verdadeiro sentimento de impunidade nos criminosos fardados” (CPI DO EXTERMÍNIO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES, 1992, p. 11.574).

³⁵ Fala de advogado durante sessão de júri etnografada no dia 4 de abril de 2017, das 13h50 às 19h44, no Fórum Min. Mário Guimarães, São Paulo – SP.

Por óbvio, uma graduação em Direito não constitui indicativo de que os julgamentos teriam desfechos diferentes; porém, uma formação técnica prévia auxiliaria a avaliação realizada por alguém que não tem noções básicas de Direito Constitucional, Direito Penal e Direitos Humanos. O modelo atual funciona como uma válvula de escape: o policial militar réu que chega até o júri já percorreu todas as etapas autorizativas do processo, sendo a mais importante a sentença de pronúncia, que indica que um juiz togado afirmou a existência de prova da materialidade e dos indícios de autoria. No entanto, é um júri não qualificado que efetivamente julga os réus.

O resultado dessa escolha tem aparecido em várias pesquisas que apontam para a reiterada absolvição dos policiais réus em casos de homicídios praticados por policiais militares em circunstância de abordagem, a exemplo das pesquisas de Ignácio Cano e José Carlos Fragoço (2000), Juliana Farias (2007), Pedro Lagatta (2017) e Poliana Ferreira (2019).

Outro efeito decorrente dessa escolha institucional é a legitimação de estereótipos e de narrativas jurídicas discriminatórias, amparadas em interpretações equivocadas do princípio da plenitude de defesa, tal como apontado em Ferreira (2019, 2020) e na possibilidade dos desfechos dos julgamentos não considerarem as provas produzidas ao longo do processo penal, notadamente, no que concerne aos julgamentos de apelação em que se reconhece que a absolvição se deu manifestamente contrária à prova dos autos (FERREIRA, 2019; MACHADO *et al.*, 2020; COELHO, 2020).

2.5. AS DISPUTAS INSTITUCIONAIS NO EXECUTIVO: AVANÇOS E RETROCESSOS

De maneira geral, a atuação do Poder Executivo em matéria criminal encontra limites constitucionais, já que não é seu papel legislar sobre o tema, do que decorre a impossibilidade de criação de um tipo penal específico, por exemplo; tampouco lhe cabe aplicar uma sanção criminal aos agentes envolvidos. Em geral, a atuação do Poder Executivo em matéria criminal está limitada às esferas estadual e federal, cabendo-lhe a administração da coisa pública por meio de atos de “chefia de governo e de administração” (MORAES, 2014, p. 488) nas respectivas esferas, o que inclui, por exemplo, a administração penitenciária e a resolução de contenciosos administrativos envolvendo seus servidores.

No que diz respeito à produção normativa, cabe ao chefe do Poder Executivo, de acordo com a Constituição Federal de 1988,³⁶ iniciar processos legislativos em temas específicos, sancionar e promulgar leis, expedir decretos e regulamentos para o cumprimento das leis, e vetar projetos de lei, no todo ou em parte. Especificamente quanto às matérias criminais, as medidas provisórias,³⁷ cuja edição é de atribuição exclusiva do presidente da República, não podem versar sobre Direito Penal e Direito Processual Penal.

Apesar dessas limitações, no caso das abordagens policiais com resultado morte, um olhar atento nos ajuda a observar o papel crucial desempenhado pelas agências vinculadas ao referido poder. Um balanço a respeito das ações do Poder Executivo em matéria criminal aponta duas grandes chaves de atuação: a primeira, na produção normativa, e a segunda, na implementação de normas jurídicas desenhadas no Legislativo e no próprio Executivo.

No primeiro caso, notamos que a ausência de previsão constitucional de uma lei que trate das abordagens policiais com resultado morte não inviabilizou a criação de uma série de instrumentos normativos voltados ao tratamento desse tipo de ocorrência. Vale citar como exemplo o Decreto n. 7.037, da Presidência da República, promulgado em 21 de dezembro de 2009, que aprovou o Programa Nacional de Direitos Humanos – PNDH-3, que almejava a elaboração de projeto de lei para aperfeiçoamento da legislação processual penal, tendo em vista a padronização dos procedimentos da investigação de ações policiais com resultado letal; a elaboração de diretrizes nacionais sobre uso da força pelas instituições policiais, além do fortalecimento de ações de combate às execuções extrajudiciais realizadas por agentes do Estado, assegurando a investigação dessas violações (BRASIL, 2009), entre outras ações.

Outro exemplo foi a criação da Portaria Interministerial n. 4.226, de 31 de dezembro de 2010, editada pelos ministros de Estado da Justiça e de Estado Chefe da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, que estabelecia diretrizes sobre o uso da força pelos agentes de segurança pública, o que materializou um dos mais importantes instrumentos jurídicos a tratar do uso da força letal pela polícia no Brasil até então.

³⁶ Art. 84, III, IV, V, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

³⁷ Art. 62, §1º, I, b, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

A referida portaria levou em consideração a necessidade de orientação e padronização dos procedimentos da atuação dos agentes de segurança pública segundo os princípios internacionais sobre o uso da força e tinha por objetivo reduzir gradual e paulatinamente os índices de letalidade oriundos de ações envolvendo policiais militares e outros agentes de segurança pública (BRASIL, 2010). Para isso, ela se baseou em alguns instrumentos legais elaborados na esfera internacional,³⁸ conforme previsto na primeira diretriz do anexo que compõe a referida portaria interministerial.

Outro exemplo importante foi a Resolução n. 8, promulgada em 2012 pela Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, como uma das respostas ao Decreto n. 7.037, da Presidência da República. A referida resolução dispõe sobre o banimento de designações genéricas, por exemplo, “autos de resistência” e “resistência seguida de morte”, em documentos produzidos ao longo de inquéritos, como registros policiais, boletins de ocorrência, notícias de crime e os próprios inquéritos policiais.

A Resolução n. 8 também se voltou ao Ministério Público. Em seu art. 3º, além de determinar à referida instituição o asseguramento de investigações isentas e imparciais de homicídios decorrentes de ação policial, mediante atribuição constitucional de controle externo da atividade policial – sem prejuízo de sua própria iniciativa investigatória, quando necessária, para instruir a eventual propositura de ação penal –, determina também o zelo pela tramitação prioritária dos respectivos processos administrativos disciplinares instaurados no âmbito das Corregedorias de Polícia.

Apesar de apresentar apenas recomendações a alguns órgãos do sistema de justiça, a Resolução n. 8 tem sido uma importante ferramenta no de-

38 1. Código de Conduta para os Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei, adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas na sua Resolução 34/169, de 17 de dezembro de 1979; 2. os Princípios orientadores para a Aplicação Efetiva do Código de Conduta para os Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei, adotados pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas na sua Resolução n. 1.989/61, de 24 de maio de 1989; 3. os Princípios Básicos sobre o Uso da Força e Armas de Fogo pelos Funcionários Responsáveis pela Aplicação da Lei, adotados pelo Oitavo Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes, realizado em Havana, Cuba, de 27 de agosto a 7 de setembro de 1999; 4. a Convenção Contra a Tortura e outros Tratamentos ou penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em sua XL Sessão, realizada em Nova York em 10 de dezembro de 1984 e promulgada pelo Decreto n. 40, de 15 de fevereiro de 1991.

envolvimento de mecanismos de apuração das mortes decorrentes de intervenções policial, o que se pode observar no conteúdo de outros atos normativos que fazem menções diretas a ela, pois, para além de ser um documento oficial que reconhece o problema da letalidade policial, ela pontua ações que devem ser executadas pelas polícias, pelo Ministério Público e pelas corregedorias de polícia, conforme descrevemos. Ela também foi importante³⁹ para a criação e a promulgação da Resolução Conjunta n. 2, do Conselho Superior de Polícia e do Conselho Nacional dos Chefes de Polícia Civil, em outubro de 2015, que “dispõe sobre os procedimentos internos a serem adotados pelas polícias judiciárias em face de ocorrências em que haja resultado lesão corporal ou morte decorrente de oposição à intervenção policial” (BRASIL, 2015, p. 1).

A mudança de orientação política no Poder Executivo, decorrente do *impeachment*⁴⁰ da presidenta Dilma Rousseff, em 2016, resultou numa outra maneira de tratar as abordagens policiais com resultado morte. Agora, em vez de uma produção normativa pautada no aperfeiçoamento da responsabilização de policiais envolvidos em abordagens com resultado morte, o Poder Executivo passou a movimentar-se institucionalmente de modo a produzir mecanismos de imunização das forças públicas (FERREIRA, 2018, 2020).

Os exemplos mais marcantes dessa virada de orientação institucional são a sanção da Lei n. 13.491, de 13 de outubro de 2017, que alterou o Código Penal Militar, pelo então presidente da República Michel Temer,⁴¹ legislação que tem colocado em dúvida a competência do júri

39 A menção feita pela Resolução n. 2 à Resolução n. 8 da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República é textual: “considerando a Resolução n. 08, de 21 de dezembro de 2012, da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, que dispõe sobre a abolição de designações genéricas, como ‘autos de resistência’ e ‘resistência seguida de morte’, em registros policiais, boletins de ocorrência, inquéritos policiais e notícias de crime” (BRASIL, 2015, p. 1).

40 Há forte disputa política em torno desse termo para fazer referência à destituição da presidenta eleita democraticamente nas eleições de 2014, assim, o *impeachment* de 2016 é sinônimo das expressões “golpe”, “golpe institucional”, “golpe parlamentar” e ainda “golpe parlamentar, jurídico e midiático”.

41 As razões do veto do então presidente da República ao art. 2º da Lei n. 13.491/2017, na Mensagem 402, dirigida ao presidente do Senado Federal são: “As hipóteses que justificam a competência da Justiça Militar da União, incluídas as estabelecidas pelo projeto sob sanção, não devem ser de caráter transitório, sob pena de comprometer a segurança jurídica. Ademais, o emprego recorrente

para julgar policiais militares que praticarem mortes de civis, e a autoria do Projeto de Lei n. 882/2019, pelo próprio Poder Executivo, sob a chefia de Jair Bolsonaro. O referido PL, conhecido popularmente como “Pacote Anticrime”, buscava ampliar os sentidos da expressão “legítima defesa” para beneficiar policiais militares em circunstância de suposto conflito, almejando dar, ao agente público, “a condição de achar-se em legítima defesa em conflito armado ou risco desta situação, [que] previne injusta e iminente agressão a direito seu ou de outrem, inclusive vítima mantida refém” (BRASIL, 2019), o que ampliaria as hipóteses de incidência da legítima defesa quando o sujeito ativo for agente de segurança pública.

No primeiro caso, a Lei n. 13.491/2017, oriunda do Projeto de Lei n. 44, de 2016 (n. 5.768/2016, na Câmara dos Deputados), foi sancionada com veto do art. 2º⁴² pelo presidente da República, o qual fazia referência a uma vigência provisória da referida lei que inovava na matéria. Ao final, esta alterou a competência para julgamento de crimes “dolosos contra a vida e cometidos por militares das Forças Armadas contra civil”, os quais passariam a ser da competência da Justiça Militar da União, “quando praticados no contexto [...] de operação de paz, de garantia da lei e da ordem ou de atribuição subsidiária” (BRASIL, 2017), como é o caso do uso das forças armadas em operações no Rio de Janeiro. Com o veto de Michel Temer, a alteração legislativa passou a ser permanente.

No segundo caso, o “Pacote Anticrime” ampliava as hipóteses de legítima defesa para abranger dois novos casos: quando o agente de segurança pública prevenisse agressão ou risco de agressão à vítima mantida refém durante a prática de crimes, ou quando prevenisse injusta e iminente agressão a direito seu ou de outrem, em conflito armado ou em risco iminente deste. Além disso, trazia em sua formulação a possibilidade de isenção de pena para policiais que cometessem excessos em casos de suposta legítima defesa, em função

das Forças Armadas como último recurso estatal em ações de segurança pública justifica a existência de uma norma permanente a regular a questão. Por fim, não se configura adequado estabelecer-se competência de tribunal com limitação temporal, sob pena de se poder interpretar a medida como o estabelecimento de um tribunal de exceção, vedado pelo artigo 5º, inciso XXXVII da Constituição”.

42 Art. 2º Esta lei terá vigência até o dia 31 de dezembro de 2016 e, ao final dessa vigência, retornará a ter eficácia a legislação anterior por ela modificada, da Lei n. 13.491, de 13 de outubro de 2017.

de “escusável medo, surpresa ou violenta emoção”,⁴³ proposta problemática, já que a principal tese de defesa de policiais em casos de abordagens com resultado morte é a legítima defesa, que, em geral, se ampara exclusivamente na versão dos policiais envolvidos no fato (FERREIRA, 2019). Apesar de não ter prosperado em sua plenitude, tendo em vista que a sua aprovação deu-se mediante vários vetos, o “Pacote Anticrime” explicitou a posição do Poder Executivo em relação à responsabilização de policiais em casos de abordagens com resultado morte, materializada na busca de mecanismos de imunização das forças públicas⁴⁴ e de individualização ou isolamento do problema.

Nos dois exemplos, aparecem perspectivas de atuação do Executivo que se distanciam daquelas encontradas em instrumentos normativos promulgados nas eras Lula e Dilma. Quando se reconhecem os limites de atuação do Poder Executivo diante das atribuições dos poderes Legislativo e Judiciário, mas atentas às peculiaridades atribuídas ao referido poder pela Constituição Federal, vê-se o papel crucial exercido pelo Executivo no tratamento das abordagens policiais com resultado morte em matéria criminal.

A segunda chave de atuação do Poder Executivo sobre as abordagens policiais com resultado morte diz respeito à implementação de normas jurídicas promulgadas pelo Legislativo e pelo próprio Executivo. Nesse contexto, nossa observação se volta para a maneira segundo a qual as agências vinculadas ao Executivo operacionalizam as normas abstratamente consideradas, tendo sempre por foco as escolhas em matéria criminal.

Os resultados da pesquisa apontaram que, quando há uma abordagem policial com resultado morte, os protagonistas e responsáveis pelos primeiros movimentos institucionais de apuração e responsabilização criminal são a Polícia Militar e a Polícia Civil, instituições integrantes do Poder Executivo estadual.

As investigações a cargo da Polícia Civil e da Polícia Militar, documentadas nos respectivos “Inquérito Policial” (IP) e “Inquérito Policial Militar”

⁴³ Art. 2º do Projeto de Lei n. 882/2019: “Art. 2º O Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940, Código Penal, passa a vigorar com as seguintes alterações: Art. 23. (...). §2º O juiz poderá reduzir a pena até a metade ou deixar de aplicá-la se o excesso decorrer de escusável medo, surpresa ou violenta emoção”.

⁴⁴ Outras medidas do governo Bolsonaro expressaram essa posição, a exemplo do Decreto n. 10.189, de dezembro de 2019, que concedeu indulto natalino aos agentes de segurança pública que, até 25 de dezembro de 2019, haviam sido condenados por crime na hipótese de excesso culposo ou por crimes culposos e tenham cumprido um sexto da pena (no exercício da sua função ou em decorrência dela), conforme art. 2º do referido diploma legal.

(IPM), além de formalizar oficialmente uma resposta do sistema de justiça criminal, também nos informam a respeito da maneira como a abordagem com resultado morte é reconstruída por meio daquelas agências, podendo, ou não, dar suporte à atuação de outras agências. Dessa maneira, torna-se importante a observação do cumprimento de aspectos formais previstos em lei bem como do valor que é dado às diferentes versões sobre a ocorrência.

A pesquisa aponta que a versão dos policiais militares sobre os fatos emerge ao longo de todo o processo de responsabilização como uma entidade autônoma, que é capaz de gerar, por si mesma, elementos informativos e “gatilho processual”. Ao mesmo tempo em que se configura como um guia e/ou impulso para as primeiras ações institucionais de registro dos fatos, sem necessariamente haver movimentos de apuração, ela também se mostra viva no conteúdo dos pilares de sustentação dos primeiros movimentos institucionais de apuração e de responsabilização.

2.6. MINISTÉRIO PÚBLICO: QUARTO PODER QUANDO A POLÍCIA MATA?

O Ministério Público tem um papel fundamental nos processos de responsabilização da polícia que mata, pois, na divisão de tarefas institucionais, lhe coube não apenas a defesa do regime democrático, conforme o caput do art. 127 da Constituição Federal, como também, e especificamente ao que nos interessa, a promoção da ação penal pública e o controle externo da polícia.⁴⁵

Quanto à primeira tarefa, o inquérito policial, após concluído, deverá ser remetido ao Ministério Público para que este, cumprindo a função de titular da ação penal, decida (i) pela promoção do arquivamento, em três situações possíveis: caso entenda que a ocorrência não é crime, isto é, tenha ocorrido uma das hipóteses de excludentes de ilicitude ou de culpabilidade elencadas no Código Penal, ou entenda que não houve crime “pela ausência de quaisquer dos demais elementos que constituem a habitual conceituação analítica do crime” (PACELLI, 2012, p. 65) ou por considerar insuficientes as provas disponíveis até aquele momento acerca da autoria e da materialidade da ocorrência em análise (PACELLI, 2012);

⁴⁵ Conforme o art. 129 da Constituição Federal de 1988, “São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei (...) VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior (...)”.

(ii) pelo oferecimento da denúncia e deflagração da ação penal, perante o Tribunal do Júri, caso conclua que há indícios de prática de homicídio doloso praticado por policial militar; (iii) pela devolução do inquérito à autoridade policial para novas diligências, consideradas por este imprescindíveis ao oferecimento da denúncia.

Quanto à segunda tarefa, o Conselho Nacional do Ministério Público editou em 2015 a Resolução n. 129, que estabelece regras mínimas de atuação do Ministério Público no controle externo da investigação de “morte decorrente de intervenção policial”.

A referida Resolução, após considerar o crescente número de mortes em operações policiais e a necessidade de investigação imediata, imparcial, com especificidades e o mais rápido possível na elucidação de casos que contribuem para o fenômeno da letalidade policial, determina que compete ao Ministério Público, no âmbito institucional e interinstitucional, adotar algumas medidas para garantir que a autoridade policial compareça pessoalmente ao local dos fatos assim que seja comunicada a ocorrência, devendo providenciar imediatamente o isolamento do local, a requisição da respectiva perícia e o exame necroscópico, além da realização de perícia do local do suposto confronto, ainda que seja sem a presença física do cadáver, tudo conforme o art. 1º, incisos I ao IV.

A referida resolução constituiu um importante avanço na construção de mecanismos de controle da atividade policial. No entanto, parte do diagnóstico apresentado por Daniel Cerqueira (BUENO, CERQUEIRA e LIMA, 2013) ainda persiste. Segundo os referidos autores, a letalidade policial não é adequadamente tratada pelo Ministério Público (MP), nem mesmo no que diz respeito ao controle externo da atividade policial. Para os autores, no caso do Ministério Público:

“... a preocupação fica excessivamente focada no formalismo processual dos inquéritos policiais e pouca atenção é dada à qualidade da investigação. O tema da letalidade é visto como um assunto afeito à esfera operacional (e por isso de competência exclusiva das polícias) e não se transforma em eixo político ou estratégico das instituições e dos Governos.” (BUENO, CERQUEIRA e LIMA, 2013, p. 121)

Mesmo cenário aparece em Orlando Zaccone (2015), autor que sinaliza também para o elevado número de arquivamentos promovidos pelo Ministério Público.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O balanço das normas jurídicas relativas ao tratamento das mortes provocadas pela polícia desenvolvido no presente artigo mostrou que não há um desenho institucional ordenado e específico voltado às abordagens policiais com resultado morte, em matéria criminal. O que se vê são regras esparsas, fragmentadas, traçadas sem coordenação e concebidas sem uma lógica intencional, articulada e coerente – ou ainda grandes estratégias anônimas, conforme a expressão de Mireille Delmas-Marty (1992).

Contudo, nesse conjunto de normas jurídicas foi possível identificar a existência de um arranjo institucional que emergiu da observação do emaranhado de regras, muitas das quais não dialogam entre si e, por vezes, desconsideram os dados que apontam em sentido contrário. Esse arranjo, em definitivo, opera no sentido de permitir que policiais militares façam uso da força letal sem que haja necessariamente responsabilização dos agentes envolvidos.

A análise da legislação concernente apontou para uma estratégia institucional que tende a incentivar ou, no mínimo, favorecer a vitimização cotidiana de uma população específica, ignorando pactos e acúmulos institucionais de décadas anteriores e, mais recentemente, induz à paralisação daqueles mecanismos de responsabilização existentes, criando novos meios de inviabilização de respostas efetivamente responsabilizadoras.

Conforme exploramos nas seções anteriores, há um imbricamento específico na atuação dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário no tratamento de mortes provocadas por policiais em serviço que pode contribuir para a persistência dessas ocorrências.

Constatamos que o silêncio do texto da Constituição Federal de 1988 sobre o tema ao longo do tempo foi paulatinamente se alastrando no debate público e na vida cotidiana das pessoas – acompanhando a inquestionada matança rotineira que atingiu preferencialmente jovens, homens, negros, moradores de periferias. Ademais, esse silêncio é revelador do fracasso das estratégias encampadas por diferentes ativistas e parlamentares para tornar a letalidade das ações policiais uma pauta prioritária nas mais diversas esferas de atuação estatal.

Apesar da ausência de menção ao tema na Constituição Federal, esse fato não inviabilizou o tratamento jurídico da questão, para a qual a própria

Carta Magna desenhou instituições e atribuiu papéis – como era de se esperar, conforme a teoria constitucional –, postulando no plano abstrato uma separação, harmonia e independência de poderes.

Do ponto de vista operacional, o arranjo institucional não conta com uma legislação própria que organize, regule e uniformize as práticas de diferentes atores que atuam em processos de responsabilização de policiais envolvidos em abordagens com resultado morte, nas esferas administrativa, civil e criminal, bem como os seus respectivos mecanismos de comunicação. Esse fato contribui para a proliferação de normas produzidas por instâncias administrativas tanto na Polícia Civil quanto na Polícia Militar, no Tribunal de Justiça Militar do Estado e no Ministério Público estadual, muitas das quais conflitam entre si, conforme vimos, o que sinaliza pontos de incongruência no arranjo institucional que dificultam a definição precisa de limites de atuação da Polícia Civil e da Polícia Militar nos processos de apuração e responsabilização de policiais militares envolvidos em abordagens policiais com resultado morte.

Consoante ao que foi apresentado, o Poder Executivo Federal também desempenha um papel crucial nos processos de (não) responsabilização quando a polícia mata. O balanço dos instrumentos normativos produzidos na última década evidenciou uma mudança na maneira de ver e tratar o problema da letalidade das ações policiais, que passou de uma perspectiva mais centrada na responsabilização dos agentes de segurança pública envolvidos em abordagens com resultado morte para uma visão que faz o movimento contrário, ao almejar a isenção ou a afirmação da “irresponsabilidade” de agentes e instituições envolvidas nos processos de responsabilização da polícia que mata, segundo a ideia de que a produção da morte constitui um desfecho possível e “normal” da atuação da polícia.

Entre 2009 e 2016 os movimentos institucionais do Poder Executivo apontavam para a responsabilização de agentes de segurança pública, perspectiva materializada na promulgação de Portarias e Resoluções que visavam o aperfeiçoamento dos mecanismos de apuração independente e responsabilização. Mais tarde, de 2017 a 2019, essa perspectiva é revertida. Basta observar a promulgação da Lei n.13.491 pelo então presidente Michel Temer, que trouxe ainda mais incerteza sobre o julgamento de policiais militares pelo Tribunal do Júri e, dois anos depois, o empenho direto do presidente Bolsonaro na propositura de projetos de lei que isentem militares e policiais de responsabilização criminal quando houver suposta legítima defesa destes.

Essa mudança de perspectiva na atuação do Poder Executivo parece desconsiderar o aumento da letalidade policial nos últimos anos – ou deixar de considerá-la como um problema –, conforme apontaram dados do Fórum Brasileiro de Segurança Pública (2018). Também desdenha a reiterada ausência de responsabilização criminal operada no âmbito do Poder Judiciário, sinalizada nas pesquisas de Michel Misse (2011), Marta Machado e Maíra Machado (2015) e Poliana Ferreira (2019), havendo importantes contribuições do Ministério Público para isso. Este último tem o poder de pedir o arquivamento de inquéritos que investigam mortes provocadas por policiais militares em serviço, denunciar caso esteja convencido da existência de um homicídio doloso praticado por policial militar contra civil e requerer a absolvição criminal de policiais envolvidos nesse tipo de ocorrência. A isso acrescenta-se o papel do Tribunal do Júri, instância decisória formada por pessoas leigas que deliberam a respeito da condenação ou absolvição dos réus.

Portanto, não nos restam dúvidas de que há um arranjo institucional adotado no Brasil para tratar abordagens policiais com resultado morte, o qual tem-se firmado a partir da ausência de clareza e de consistência da legislação vigente, com a proliferação de normas infralegais por vezes conflitantes, além da atuação decisiva do Poder Executivo (pouco constante na última década) e, em parte, alheio aos diagnósticos que sinalizavam aumento da letalidade policial, reiterados arquivamentos das investigações ou absolvições de policiais militares envolvidos em abordagens policiais com resultado morte.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Jorge César de. *Direito Militar: homicídio: aspectos penais e processuais em face das recentes alterações na legislação constitucional e infraconstitucional*. Disponível em https://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/direito_militar_homicidio_aspectos_penais_e_processuais_em_face.pdf. Acesso em 13 ago. 2018.

ASSIS, Jorge César de. *Direito militar – aspectos penais, processuais penais e administrativos*. Curitiba: Editora Juruá, 2012.

BRASIL. Conselho Superior de Polícia; Conselho Nacional dos Chefes de Polícia Civil. *Resolução conjunta n° 2, de 13 de outubro de 2015*. Dispõe sobre os procedimentos internos a serem adotados pelas polícias judiciárias em face de ocorrências em que haja resultado lesão corporal ou morte decorrentes de oposição à intervenção policial. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 14 de outubro de 2015. Disponível em: http://www.lex.com.br/legis_27046240_RESOLUCAO_CONJUNTA_N_2_DE_13_DE_OUTUBRO_DE_2015.aspx. Acesso em: 30 out. 2017.

BRASIL. *Decreto n° 7.037, de 21 de dezembro de 2009*. Aprova o Programa Nacional de Direitos Humanos - PNDH-3 e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 22 de dezembro de 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7037.htm. Acesso em: 22 dez. 2017.

BRASIL. *Lei n. 13.491, de 13 de outubro de 2017*. Altera o Decreto-Lei n° 1.001, de 21 de outubro de 1969 - Código Penal Militar. Diário Oficial da União. Brasília, 13 out. 2017.

BRASIL. Ministério da Justiça; Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. *Portaria interministerial n° 4.226, de 31 de dezembro de 2010*. Estabelece diretrizes sobre o uso da força pelos agentes de segurança pública. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 01 de janeiro de 2011. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/integra-portaria-ministerial.pdf>. Acesso em: 10 out. 2017.

BRASIL. *Projeto de Lei n. 882, de 19 de fevereiro de 2019*. Altera o Decreto-Lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, o Decreto-Lei n° 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, a Lei n° 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, a Lei n° 8.072, de 25 de julho de 1990, a Lei n° 8.429, de 2 de junho de 1992, a Lei n° 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei n° 9.613, de 3 de março de 1998, a Lei n° 10.826, de 22 de dezembro de 2003, a Lei n° 11.343, de 23 de agosto de 2006, a Lei n° 11.671, de 8 de maio de 2008, a Lei n° 12.037, de 1° de outubro de 2009, a Lei n° 12.850, de 2 de agosto de 2013, e a Lei n° 13.608, de 10 de janeiro de 2018, para estabelecer medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência a pessoa. Congresso Nacional. Brasília, 2019.

BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. *Resolução n° 08, de 21 de dezembro de 2012*. Dispõe sobre a abolição de designações genéricas, como “autos de resistência”, “resistência seguida de morte”, em registros policiais, boletins de ocorrência, inquéritos policiais e notícias de crime. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 22 de dezembro de 2012. Disponível em: <http://www.sdh.gov.br/sobre/participacao-social/cndh/resolucoes/2012/resolucao-08-auto-de-resistencia>. Acesso em: 30 out. 2017.

BITTNER, Egon. *Aspectos do Trabalho Policial*. São Paulo: Edusp, 2003.

BUENO, Samira. *Trabalho sujo ou missão de vida?: persistência, reprodução e legitimidade da letalidade na ação da PMESP*. 2018. Tese (Doutorado em Administração Pública e Governo) – Fundação Getúlio Vargas, Escola de Administração de Empresas de São Paulo, 2018.

BUENO, Samira. *Bandido bom é bandido morto: a opção ideológico-institucional da política de segurança pública na manutenção de padrões de atuação violentos da polícia militar paulista*. 146 f. Dissertação (Mestrado) – Fundação Getúlio Vargas, Escola de Administração de Empresas de São Paulo, 2014.

BUENO, Samira. Letalidade policial. In: LIMA, Renato Sérgio de; RATTON, José Luiz; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de (orgs.). *Crime, polícia e justiça no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2014.

BUENO, Samira; CERQUEIRA, Daniel; LIMA, Renato Sérgio de. Sob fogo cruzado II: letalidade da ação policial. In: FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, *Anuário do Fórum Brasileiro de Segurança Pública*. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2013. p. 118-128.

BUENO, Samira; DE LIMA, Renato Sérgio. A opaca estética da indiferença: letalidade policial e políticas públicas de segurança. *5º Relatório Nacional sobre os Direitos Humanos no Brasil*, 2012.

CANO, Ignacio. *Letalidade da ação policial no Rio de Janeiro: a atuação da Justiça Militar*. Rio de Janeiro: ISER, 1999.

CANO, Ignacio. *Letalidade da ação policial no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: ISER. Mimeo, 1997.

CANO, Ignacio; FRAGOSO, José Carlos. Letalidade da ação policial no Rio de Janeiro: a atuação da Justiça Militar. *Revista IBCCRIM*, n. 30, ano 2000, São Paulo.

COELHO, Giuliana Aversari. *A relativização da soberania dos veredictos no âmbito do tribunal do júri: uma análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca do artigo 593, inciso III, alínea d do Código de Processo Penal à luz da Constituição Federal*. Trabalho de conclusão de curso. 171 f. Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2020.

COSTA, Arthur Trindade; LIMA, Renato Sérgio de. Segurança Pública. In: LIMA, Renato Sérgio de; RATTON, José Luiz; AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de (orgs.). *Crime, polícia e justiça no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2014.

CPI DO EXTERMÍNIO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES. *Projeto de Lei 2.801, de 1992*. Altera o código penal militar e o código de processo penal militar, remetendo a justiça comum o julgamento, em tempo de paz, de crimes cometidos contra civil. In: REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Diário do Congresso Nacional (Seção I), Junho, 1992, p. 11.574.

DELMAS-MARTY, Mireille. *Les grands systèmes de politique criminelle*. Paris: PUF, 1992. p. 242.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. Do ativismo judicial à estabilidade interpretativa. In: VIEIRA, Oscar et al. *Resiliência constitucional: compromisso maximizador, consensualismo político e desenvolvimento gradual*. São Paulo: Direito GV, 2013.

FARIAS, Juliana. Quando a exceção vira regra: os favelados como população “matável” e sua luta por sobrevivência. *Teoria & sociedade*, 2007, n. 15.2. p. 138-171.

- FERREIRA, Poliana da Silva. *Justiça e letalidade policial: responsabilização jurídica e imunização da polícia que mata*. Editora Jandaíra, no prelo.
- FERREIRA, Poliana da Silva. *A responsabilização da polícia que mata: um estudo de caso sobre o tratamento jurídico das abordagens policiais com resultado morte*. 2019. Dissertação (mestrado). Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 206f.
- FERREIRA, Poliana da Silva. Direitos fundamentais e letalidade policial: sentidos opostos numa mesma trilha. *Revista Eletrônica Direito e Sociedade-REDES*, Canoas, v. 7, n. 2, p. 111-126, ago. 2019.
- FERREIRA, Poliana da Silva. *A imunização dos agentes de segurança Pública em casos de “autos de resistência”*. Exposição oral. Palestra. In: SESSÃO ESPECIAL DO FILME AUTO DE RESISTÊNCIA, CINE DEBATE. Saladearte Cinema da Ufba. Salvador: PDRR, 2018.
- FERREIRA, Poliana da Silva. Processos de policiais militares em casos de homicídios dolosos e racismo institucional: uma relação possível. *Anais do I Congresso de Pesquisas em Ciências Criminais*, de 30 de agosto a 1 de setembro de 2017, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, SP [recurso eletrônico]. São Paulo: IBCCRIM, 2017. p. 1554-1576.
- FERREIRA, Poliana da Silva. Uma leitura da produção de estatísticas de homicídios em Salvador. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, v. 4, n. 1, fev. 2017, p. 94-113.
- FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. As fronteiras raciais do genocídio. *Revista de Direito da Universidade de Brasília*, v. 1, n. 1, 1 jan. 2014, p. 119-146.
- FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. *Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro*. 2006. 145 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2006.
- FORUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Anuário de Segurança Pública*. Ano 11. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2017.
- FREITAS, Felipe da Silva. *Polícia e racismo: uma discussão sobre mandato policial*. 2020. 264 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2020.
- FREITAS, Felipe da Silva. Juventude negra: entre direitos e violências. *MPMG Jurídico*, 2014.
- GROHMANN, Luís Gustavo Mello. A separação de poderes em países presidencialistas: a América Latina em perspectiva comparada. *Revista de Sociologia e Política*, [S.l.], n. 17, nov. 2001.
- LAGATTA, Pedro. *Uma experiência de escuta de familiares vítimas da letalidade policial na cidade de São Paulo*. 2017. 154 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia Escolar e do Desenvolvimento Humano) – Instituto de Psicologia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.
- LIMA, Renato Sérgio de; BUENO, Samira; MINGARDI, Guaracy. Estado, polícias e segurança pública no Brasil *Revista Direito GV*, v. 12, n. 1, São Paulo, jan./abr. 2016.
- MACHADO, Máira Rocha. O estudo de caso na pesquisa em direito. In: MACHADO, Máira Rocha (org.). *Pesquisar empiricamente o direito*. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017. p. 357-390.
- MACHADO, Máira Rocha. Introdução. In: MACHADO, Máira Rocha; FERREIRA, Luisa Abreu (org.). *Estudos sobre o Caso TRT*. São Paulo: Direito GV, 2014.
- MACHADO, Máira Rocha. Contra a departamentalização do saber jurídico: a contribuição dos estudos de caso para o campo direito e desenvolvimento. In: SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; SANCHES, Samyra Naspolini; COUTO, Monica Benetti. *Direito e Desenvolvimento no Século XXI*. Brasília: Ipea, CONPEDI, 2013. p. 177-200.

- MACHADO, Máira Rocha; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis (orgs.). *Carandiru (não) é coisa do passado: um balanço sobre os processos, as instituições e as narrativas 23 anos após o massacre*. São Paulo: FGV (*on-line*), 2015.
- MACHADO, Máira Rocha; MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. O Direito Penal é capaz de conter a violência? In: RODRIGUEZ, José Rodrigo; SILVA, Felipe Gonçalves. *Manual de Sociologia Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 327-349.
- MACHADO, Máira Rocha et al. As provas, os jurados e o tribunal: a anulação dos veredictos diante da soberania do júri. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 2020, n. 164, p. 93-133, 2020.
- MISSE, Michel (coord.). *Relatório final de pesquisa “autos de resistência”*: uma análise dos homicídios cometidos por policiais na cidade do Rio de Janeiro (2001-2011). Núcleo de Estudos da Cidadania, Conflito e Violência Urbana da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Edital MCT/CNPq N. 14/2009 – Universal. Rio de Janeiro, 2011.
- MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2014.
- NASCIMENTO, Abdias. *O genocídio do negro brasileiro: processo de um racismo mascarado*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978.
- NÓBREGA JÚNIOR, José Maria Pereira da. A militarização da segurança pública: um entrave para a democracia brasileira. *Revista de Sociologia e Política*, v.18, n. 35, p. 119-130, 2010.
- PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- PINHEIRO, Luciano Santana. “A gente formiga e eles elefante”: o direito nas narrativas de familiares de vítimas da letalidade policial em Feira de Santana/BA. Relatório final do Programa de Iniciação Científica da FGV DIREITO SP. São Paulo, 2019.
- REIS, Vilma. *Atuados pelo Estado: as políticas de segurança pública implementadas nos bairros populares de Salvador e suas representações. 1991-2001*. 247f. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) – Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, UFBA, 2005.
- SANTOS, Natália Neris da Silva. *A voz e a palavra do movimento negro na Assembleia Nacional Constituinte (1987/1988): um estudo das demandas por direitos*. 2015. 205f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2015.
- SINHORETTO, Jacqueline; SILVESTRE, Giane; SCHLITTLER, Maria Carolina. *Desigualdade racial e segurança pública em São Paulo: letalidade policial e prisões em flagrante*. São Paulo: UFSCAR, 2014.
- SOUZA, Taiguara Líbano Soares. *Constituição, Segurança Pública e Estado de Exceção Permanente: a biopolítica dos autos de resistência*. Rio de Janeiro, 2010. 222f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Departamento de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2010.
- VARGAS, João Costa. Por uma mudança de paradigma: antinegritude e antagonismo estrutural. *Revista de Ciências Sociais*, Fortaleza, v. 48, n. 2, p. 83-105, jul./dez. 2017.
- VARGAS, João Costa. A diáspora negra como genocídio: Brasil, Estados Unidos ou uma geografia supranacional da morte e suas alternativas. *Revista da Associação Brasileira de Pesquisadores/as Negros/as*, v. 1, n. 2, p. 31-66, 2010.
- YIN, Robert K. *Estudo de caso: planejamento e métodos*. 2. ed. Porto Alegre: Bookman, 2001.

ZACCONE D'ÉLIA FILHO, Orlando. *Indignos de vida: A forma jurídica da política de extermínio de inimigos na cidade do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

ZAVERUCHA, Jorge. A Constituição brasileira de 1988 e seu legado autoritário: formalizando a democracia, mas retirando sua essência. In: ZAVERUCHA, Jorge (org.). *Democracia e Instituições Políticas Brasileiras no Final do Século XX*. Recife: Bagaço, 1998. p. 113-147.

CAPÍTULO 2

ENTRE A JUSTIÇA CRIMINAL E OS PARTICULARES: NOVAS PERSPECTIVAS ANALÍTICAS DE ILÍCITOS CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Arthur Sodré Prado

INTRODUÇÃO

Neste artigo, procuro apresentar alguns dos resultados de pesquisa feita no âmbito do curso de mestrado acadêmico em Direito e Desenvolvimento da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (PRADO, 2017),¹ esperando contribuir para a definição de componentes do critério de *performance* do sistema de justiça.² Nela, realizei um estudo sobre o que chamei de “caso dos fiscais do ISS” para descrever o funcionamento das instituições, à luz de processos recentes, em trâmite na Justiça Estadual de São Paulo.

O objeto do estudo de caso foi um conjunto de ações penais propostas contra funcionários públicos municipais da capital de São Paulo, acusados do pagamento de propinas para a concessão do certificado de quitação do Imposto Sobre Serviços (ISS).³ A pesquisa consistiu no exame documen-

1 O autor é advogado, mestre em Direito e Desenvolvimento pela Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas – FGV DIREITO SP, especialista em Direito Penal Econômico pela mesma instituição e pela Faculdade de Direito de Coimbra e o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. A dissertação, fruto de pesquisa financiada pela CAPES, está disponível para consulta em <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/18207/disserta%C3%A7%C3%A3o.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 6 mar. 2020.

2 Utilizo a expressão “sistema de justiça” para que o leitor compreenda que não estou falando apenas dos integrantes do Poder Judiciário ou da área civil, criminal ou administrativa, mas de todos os atores que participam de um processo desde a sua concepção (v.g., a Polícia, a Controladoria). A palavra “sistema” está mantida neste trabalho para dialogar com autores que a utilizam, sobretudo a professora Maíra Rocha Machado, e pela minha limitação em cunhar um outro termo, mas não acredito possível nomear como “sistema” algo que funciona de forma *ad hoc* e contingente.

3 Tal documento é emitido pela Secretaria de Finanças após a checagem do

tal e na realização de entrevistas com os atores envolvidos, desde a fase de monitoramento até o início da fase de sanção, quando ocorreu o exame judicial sobre as denúncias.

O foco inicial do mencionado trabalho (PRADO, 2017) era a ação dos entes públicos, particularmente a interação entre a Controladoria-Geral do Município, a Procuradoria do Município, o Ministério Público e a Polícia.

Ao adotar uma nova estratégia de coleta de dados, que não se limitou a captar a visão das agências estatais e incluiu na observação o comportamento dos envolvidos, pude perceber que o arranjo entre esses órgãos foi concebido para incentivar particulares a reportar ilícitos ocorridos no âmbito da Prefeitura de São Paulo.

Durante a pesquisa, notei que, em decorrência de um procedimento no qual se investigava o relacionamento entre alguns funcionários públicos e poucas construtoras, foram descobertos fatos referentes a muitas empresas do ramo, bem como indícios e informações sobre outras áreas da Prefeitura em que há suspeitas da cobrança de propinas. Também se estima que o caso dos fiscais do ISS tenha acarretado um aumento substancial na arrecadação municipal (FECOMERCIO, 2014).⁴ Será que esses resultados indicam má ou boa *performance*?

Uma das inferências a partir do caso foi a possibilidade de o Ministério Público conceber diferentes tipos de enquadramento penal dos fatos com base em um plano prévio às investigações, no intuito de privilegiar a colheita de provas. Por meio de uma ação coordenada, foi adotado o critério de que os representantes de empresas que admitissem o pagamento de propinas, apresentassem documentos comprobatórios desses fatos e

recolhimento do tributo municipal em construções. Ele é calculado a partir de uma pauta fiscal, com decréscimo dos valores comprovadamente pagos a terceiros durante as obras. A importância da obtenção desse certificado em tempo curto é exigência da quitação do ISS como um dos requisitos para que a Prefeitura emita a licença de ocupação de imóveis (o “habite-se”). Assim, sem que portem tal certificado, as construtoras não podem entregar as chaves de imóveis prontos.

⁴ Sem apontar como foi feito o cálculo e nem como se poderia relacionar esse incremento com o caso dos fiscais do ISS, reportagem sobre o então controlador-geral do município afirma que “o patrimônio dos quatro servidores demitidos, avaliado em R\$ 130 milhões, está bloqueado pela Justiça. (...). Em relação às construtoras, mais de 900 foram identificadas com algum indício de pagamento de propinas aos fiscais. O efeito na arrecadação foi imediato. Em menos de um ano, as receitas com o tributo subiram 74%” – Disponível em: <http://gq.globo.com/Prazeres/Poder/noticia/2015/01/o-cacador-de-corruptos.html>. Acesso em: 6 mar. 2020.

restituísem os tributos após um recálculo seriam considerados vítimas de concussão,⁵ e não como corruptores ativos.⁶ Além disso, foram firmados acordos de colaboração com boa parte dos funcionários públicos investigados, em troca de informações sobre outros agentes envolvidos e novos focos de corrupção na Prefeitura.

A adoção dessa estratégia revela a importância do comportamento das pessoas envolvidas na colheita de provas em casos de crimes contra a Administração Pública. Ao lado das quebras de sigilo bancário e de outras técnicas de investigação por meio dos rastros financeiros do crime, as vítimas de concussão, *whistleblowers* e os investigados podem fornecer substratos para a comprovação dos fatos investigados, bem como a indicação de outros ilícitos.⁷

- 5 O pagamento de vantagens indevidas a funcionários públicos, relacionado à supressão ou omissão total ou parcial do recolhimento de tributos, poderia ser considerado, também, um crime de sonegação fiscal (por parte do particular, tratar-se-ia do delito previsto no art. 1º da Lei n. 8.137/1990 e, na perspectiva do agente público, naquele disposto no art. 3º da mesma lei). Esse aspecto, não abordado na pesquisa, denota como variações na prática de um mesmo tipo de delito (a corrupção) demandam arranjos institucionais diversos (a ação do órgão fazendário, em situações como essa). Do ponto de vista do particular, há ainda a peculiaridade decorrente da previsão legal de extinção da punibilidade quando há pagamento integral do tributo e de seus acessórios, ou seja, o recolhimento dos tributos pode significar a ausência de sanção criminal. Esse tipo de contexto fático sugere uma diferente abordagem das autoridades para crimes em que o ato de ofício praticado pelo funcionário público seja a obtenção de um contrato público, por exemplo, em que são diferentes os parâmetros para auferir o que seria o montante de vantagem indevida, lucro, com vistas à aplicação das sanções civis, e de como se poderia qualificar os fatos do ponto de vista criminal.
- 6 Considera-se ter ocorrido concussão quando o particular paga vantagens indevidas em razão de uma exigência do funcionário público para a prática de um ato de ofício; e corrupção ativa quando o particular oferece ou promete vantagens indevidas em troca de um ato de ofício. No âmbito de uma investigação, é difícil notar se o pagamento de propinas teria se dado em razão de uma exigência do agente público ou se teria havido um acordo entre as partes, mas essa distinção gera consequências jurídicas muito relevantes, pois na primeira situação apenas o funcionário público é responsabilizado e sancionado criminalmente pelo fato (PRADO, 2017, p. 90-100).
- 7 Ao descrever a “*web of accountability institutions in Brazil*”, Timothy Power e Matthew Taylor (2011, p. 15) mencionam que essa rede seria “*helped along by individual citizens, acting in diverse roles (e.g., as individual voters or as whistleblowers). Private-sector businesses and state and municipal institutions clearly play roles as well, whether in denouncing corruption, creating codes of ethics for their operations, or pressuring federal agencies for resolution of specific issues*”.

Por outro lado, a pesquisa revelou ter sido necessária a criação de um ambiente de segurança para que os empresários admitissem a concessão de vantagens indevidas a funcionários públicos. Como as consequências de tais declarações, para as pessoas físicas e jurídicas envolvidas, são diversas e graves, foi preciso juntar as autoridades envolvidas e conseguir delas um compromisso de unidade na avaliação dos fatos.

Além disso, foi possível perceber a importância do controle judicial na dinâmica do processo. Diante de fatos complexos e de uma pluralidade de acusados, o Ministério Público optou por dividir as imputações em diferentes denúncias. Como o juízo entendeu que as diferentes iniciais versavam sobre fatos diversos (o que justificaria a separação), os processos passaram a ser distribuídos para diferentes varas, o que, na visão dos entrevistados, acarretava atrasos no andamento e riscos de decisões antagônicas versando sobre fatos semelhantes.

A partir dessas observações, pondero no sentido de que a multiplicidade institucional seja vista também sob a ótica dos incentivos para a colaboração dos particulares na colheita de provas. Intuo, do caso dos fiscais do ISS, que um contexto de flexibilidade e casuísmo na ação das autoridades, em que o particular não sabe se será considerado pelo Estado como vítima, testemunha ou acusado; se será processado apenas na esfera criminal, ou também na civil e tributária, pode afetar negativamente esses incentivos, ante a falta de segurança jurídica.⁸

Procuo, dessa forma, dialogar com outros trabalhos realizados a respeito do funcionamento do sistema de justiça criminal brasileiro em casos de corrupção.

Há tempos os pesquisadores têm indagado: se a legislação brasileira estabelece sanções criminais, civis e administrativas para atos de corrupção,⁹ por qual motivo essas leis não estariam sendo aplicadas? Mathew Taylor e Vinicius Burandelli (2007) se propuseram a observar por que os casos

8 Com a expressão “falta de segurança jurídica” quero enfatizar a dificuldade de o indivíduo conhecer previamente as consequências jurídicas, o fluxo procedimental e quais entes estatais serão envolvidos ao reportar às autoridades atos de corrupção de que tenha conhecimento ou dos quais tenha, de qualquer forma, participado.

9 Importante destacar que o termo “corrupção” é utilizado, neste texto, como um sinônimo de recebimento de vantagens pessoais mediante desvio de funções públicas. A dogmática penal é mais restritiva quanto ao alcance dos tipos penais previstos nos arts. 317 e 333 do Código Penal. Sobre o conceito penal de corrupção, ver Gustavo Quandt (2017) e Luis Greco e Adriano Teixeira (2017).

estariam “terminando em pizza”¹⁰ na ótica do processo de responsabilização (*accountability*), mais especificamente estudando a interação entre as instituições.¹¹

A partir de um diagnóstico de que as investigações em casos de corrupção acabariam tendo pouco ou nenhum resultado, os autores notaram ganhos analíticos ao examinar de forma qualitativa os efeitos da sobreposição de competências e a existência de lacunas na execução de três tarefas necessárias para o *accountability*: o monitoramento, para detecção de ilícitos e anomalias; as investigações, dirigidas à descoberta da autoria dos ilícitos e de detalhes sobre como isso ocorreu; e o processo de sanção, em que há judicialização do caso para comprovar ilícitos e aplicar penas (p. 5).

Com base em uma metodologia centrada em entrevistas com agentes públicos, consulta a pesquisas prévias e exame de notícias sobre casos notórios, a pesquisa de Taylor e Buranelli (2007) se propôs a descrever a atuação de diversas instituições, no plano federal, em alguns casos de repercussão. A conclusão foi que existe sobreposição de competências e falta de coordenação entre os agentes. Haveria uma concentração de esforços do Ministério Público, a mais poderosa instituição, na fase investigativa, e pouca atenção na fase de sanção (p. 10).

Com esse enfoque, estudos subsequentes, realizados sobretudo no âmbito da Justiça Federal, descrevem a existência de uma pluralidade de entes públicos encarregados da repressão à corrupção, em áreas diversas (POWER e TAYLOR, 2011; DAVIS, MACHADO e JORGE, 2014; CARSON e PRADO, 2014). Esse arranjo de “muitas instituições com competências concorrentes e complementares lidando com uma mesma situação problemática” (MACHADO e PASCHOAL, 2016, p. 13) passou a ser nomeado como um ambiente de **multiplicidade institucional**.¹²

10 O título do mencionado artigo é “*Ending up in Pizza: accountability as a problem of institutional arrangement in Brazil*”.

11 Ao longo do texto, o termo instituições é utilizado como sinônimo de organizações estatais.

12 Segundo os autores, “existem dezenas de órgãos no Executivo, no Legislativo e no Judiciário, de todos os níveis federativos, que, baseados em diferentes quadros normativos, desempenham as funções de monitorar, investigar, responsabilizar e sancionar — de modo concomitante ou sucessivo — pessoas físicas e, em alguns casos, jurídicas, por atos de corrupção, em suas mais variadas formas. De fato, o modo como a legislação anticorrupção brasileira está construída torna praticamente impossível prever qual seria o percurso de um potencial ato de corrupção pelas instituições que

O tipo de arranjo “modular” supõe que não existem normas disciplinando a interação entre as instituições e foi apontado como um possível novo “paradigma” na repressão à corrupção, que não enfrentaria problemas dos modelos centralizados (DAVIS, MACHADO e JORGE, 2014, p. 4).

Ele teria aspectos positivos decorrentes da flexibilidade com que as instituições poderiam atuar, possibilitando a substituição ou complementação de trabalho e induzindo uma competição saudável. Tal medida seria uma estratégia para lidar com o problema nos desenhos de políticas públicas de combate a esse fenômeno porque a “multiplicidade não demanda o conhecimento do motivo pelo qual as instituições não estão funcionando (problemas com a implementação ou na concepção)”.¹³ Ela também resolveria uma incompreensão dos fatores que levam à corrupção, pois há modelos dominantes na literatura que exigiriam diferentes abordagens.¹⁴ Porém, tal

atuam em procedimentos administrativos, civis e criminais”(…). “Esse cenário de ‘multiplicidade institucional’ — muitas instituições com competências concorrentes e complementares lidando com uma mesma situação problemática — ainda está sendo descrito e suas implicações ainda não foram amplamente identificadas e debatidas. Se, de um lado, a multiplicidade institucional pode levar a decisões inconsistentes e a situações de retrabalho e desperdício de recursos públicos, por outro, ela pode contribuir para minimizar problemas de captura de um ou mais órgãos”.

¹³ Carson e Prado (2014, p. 25).

¹⁴ Um exemplo dessa indefinição pode ser notado a partir da compilação de Shah (2006) sobre os modelos econômicos de causas da corrupção. O autor os classifica em modelos *principal-agent*, a perspectiva da nova gestão pública e a nova economia institucional. Na primeira hipótese, o governo é liderado por um benevolente principal, que objetiva motivar os agentes públicos a agir com integridade no uso de recursos públicos. Seguindo essa perspectiva, o tipo *crime and punishment* (BECKER, 1968) entende que o corrupto faria uma análise de custo-benefício entre os ganhos das propinas e os custos de ser pego e punido. Assim, a corrupção poderia ser mitigada reduzindo-se o número de transações discricionárias, diminuindo o ganho relativo de cada transação, aumentando a possibilidade de detecção e aumentando as penalidades por atividades corruptas. Entretanto, a experiência em países altamente corruptos contradiz esse tipo de modelo porque as regras mais repressivas aumentam o peso da corrupção e a falta de discricionariedade acaba sendo um argumento defensivo do corrupto que, flagrado, afirma que não teria poder para a prática do ato. Uma variante do modelo *principal-agent* inclui altos oficiais do governo que recebem benesses para instituir ou manipular as normas em favor de grupos de interesse, sejam eles empresas do setor privado ou grupos burocráticos. Esses oficiais sopesariam entre os ganhos e as possibilidades de não serem eleitos ou receberem sanções caso fossem pegos. Segundo a perspectiva da nova gestão pública, uma discordância entre a representatividade do setor público, o ambiente, a cultura e a capacidade

arranjo pode acarretar uma duplicação de recursos e esforços. É possível a ocorrência, também, de conflitos, desentendimentos e a adoção de diferentes estratégias em um mesmo caso.

Passando do plano descritivo para o avaliativo, pesquisas sobre as reformas institucionais feitas no país nos últimos anos passaram a apontar a multiplicidade institucional como fator explicativo para uma melhora nos mecanismos de *accountability* (TAYLOR, 2011; CARSON e PRADO, 2014). Lindsey Carson e Mariana Mota Prado afirmam existir indicativos da influência positiva da multiplicidade institucional na “*overall performance of the Brazilian accountability system*” (2014, p. 18).

A partir da literatura sobre a repressão à corrupção no Brasil e, também, com base em notícias sobre casos de repercussão, as autoras sustentam que as tarefas de monitoramento e investigação, desempenhadas por diversos entes simultaneamente, estariam sendo realizadas com forte vitalidade.¹⁵ Entretanto, a falta de multiplicidade institucional na tarefa de punir envol-

operacionais faz com que o governo se comporte como um “trem desgovernado” e os agentes públicos corram atrás de benefícios privados, sem que haja oportunidade para que os cidadãos constringam esse tipo de comportamento. Esse ponto de vista, segundo Shah, pede que o governo seja regulado e cobrado por resultados contratuais (p. 10); aqui não se sugere rotatividade de cargos, mas que o empregado fique em seu cargo desde que cumpra as suas obrigações contratuais. A ideia de privatização de serviços e descentralização reforçaria os mecanismos de *voice and exit*. Entretanto, esse modelo sofre críticas porque a falta de controles verticais poderia gerar novos focos de apropriação privada de recursos públicos. Consoante o modelo da nova economia institucional, países com alta corrupção também se caracterizam por não ter mecanismos adequados de cumprimento dos contratos, um sistema judiciário fraco e uma fraca provisão de segurança pública. Tendo em vista o *path dependence*, fatores culturais, econômicos e históricos podem gerar retaliação às tentativas de barrar a corrupção, razão pela qual a aposta no empoderamento dos cidadãos assumiria “importância crítica no combate à corrupção, porque ele pode ter um impacto significativo nos incentivos enfrentados pelos funcionários públicos para serem responsivos ao interesse público” (SHAH, 2006, p. 12).

15 Segundo as autoras, “our analysis of the Brazilian experience reveals the advantages in pursuing alternative institutional avenues through institutional multiplicity, in developing strategies to reduce corruption across contexts. We emphasize how functional institutional overlaps allow for compensation, collaboration and competition among various governmental entities and have bolstered anti-corruption efforts in Brazil. We argue that the country’s experience suggests that institutional multiplicity provides unique advantages in combatting a complex governance challenge like corruption” (2014, p. 4).

vidos, que seria executada apenas pelo Poder Judiciário, explicaria “*very low rates of corruption convictions*” (CARSON e PRADO, 2014, p. 18).

Embora tais avaliações não apresentem detalhes sobre qual seria o critério adotado para dizer se há boa ou má *performance*,¹⁶ é possível notar o diagnóstico de que o Poder Judiciário estaria desempenhando mal o que seria uma tarefa de condenar, e, portanto, o sistema, de forma geral, perderia em *performance*. Com ressalvas sobre problemas e riscos da multiplicidade institucional, as mencionadas autoras chegam ao nível prescritivo. Propõem a criação de um Judiciário Anticorrupção, atuando em paralelo com o Poder Judiciário nos casos relacionados a esse tipo de ilícito, com base no diagnóstico de que a fase de sanção sofreria com problemas estruturais, como processos excessivamente formais, penosas regras de procedimento e corrupção das autoridades (CARSON e PRADO, 2014, p. 18).¹⁷

Por outro lado, Máira Rocha Machado, autora de um estudo de caso sobre uma pluralidade de processos judiciais tratando de um mesmo contexto fático de corrupção (2012, 2014), aponta dificuldades para medir a *performance* do sistema de justiça brasileiro a partir dos dados disponíveis atualmente (2015). Essas dificuldades decorrem tanto da falta de consenso teórico “sobre o que significa uma *performance* ‘adequada’ ou ‘satisfatória’ do sistema de justiça” (p. 2), quanto em razão da falta de dados disponíveis.

Problematizando a associação de condenações ou prisões como único indicador de boa *performance*¹⁸ (já que as absolvições teriam de ser vistas como

16 Lindsey Carson e Mariana Prado (2014) não explicitam qual seria o critério. Ao apresentar uma coletânea de artigos frequentemente citada, Power e Taylor (2011) mencionam parâmetros amplos: “this collection considers the performance of the Brazilian federal accountability system with an eye to (1) diagnosing the system’s strengths, weaknesses, and areas of potential improvement; (2) taking stock of recent micro- and macro-level reforms; and (3) pointing toward the implications of the various dimensions of the accountability process for Brazil’s young democracy” (p. 21).

17 Em dois textos posteriores, escritos com outras autoras, as pesquisadoras mantiveram o diagnóstico, apontando, inclusive, que a Lei n. 12.846/2013 teria sido um meio de autoridades administrativas conseguirem aplicar sanções sem depender do Poder Judiciário (CARSON e PRADO, 2016; PRADO, CARSON e CORREA, 2015).

18 A autora refuta o critério do número de prisões como parâmetro avaliativo, seja porque ele “ofusca a existência de outros mecanismos de investigação, responsabilização e, inclusive, sanção que não são levados a cabo pelo sistema de justiça criminal e que, portanto, não podem aplicar sanções de privação de liberdade”, como a responsabilidade civil, administrativa e disciplinar (MACHADO, 2015, p. 3),

disfuncionais), a autora reputa o estudo de caso como “uma estratégia de pesquisa muito propícia à observação das interações entre as esferas jurídicas e da multiplicidade de procedimentos” (p. 12), por permitir “a observação de alguns aspectos da atuação do sistema de justiça que não podem ser sistematicamente estudados quando se trabalha com um elevado número de casos” (p. 2).

Na próxima seção, relato os resultados do estudo do caso dos fiscais do ISS, com enfoque na narrativa dos entrevistados sobre como é possível obter informações a respeito de crimes contra a Administração Pública. Abordo como, a partir de um mesmo caso, a resposta estatal sobre um mesmo conjunto de fatos pode ser coordenada e não coordenada, e como isso pode afetar a coleta de provas e o uso de recursos.

Na seção subsequente, retomo o diálogo com autores do campo, sustentando que a ação das autoridades incumbidas da repressão à corrupção não parece considerar a aplicação de pena como único indicativo de boa *performance* e, reagindo ao diagnóstico de que: *i*) o Judiciário atua sozinho na fase de sanção; e *ii*) existiria má *performance* decorrente de formalismo e excesso de regras procedimentais. Por fim, sustento que o ambiente de multiplicidade institucional pode ser um empecilho para o incentivo aos particulares, caso não existam meios de coordenação e segurança.

1. COMO OS FATOS FORAM INVESTIGADOS¹⁹

Como afirma um dos entrevistados, “o depoente ‘sai da reunião com a situação dele resolvida, senão em todos, na maioria dos aspectos (...). Olha, você pode falar, porque criminalmente seu tratamento vai ser esse, na Prefeitura o seu tratamento vai ser aquele, entendeu? Então isso está garantido, a segurança. E aí a gente conseguiu, através desse trabalho, convencer as pessoas que haviam sido extorquidas a colocar no papel, poucas pessoas. Até porque, apesar da magnitude que se apresentava, nós não imaginávamos que seria tão grande como foi, tá? Mas no final nós conseguimos plantar aquela semente com aquelas oitavas e pegamos o todo’ (entrevista 2)”. (PRADO, 2017, p. 46)

ou, ainda, porque há outros resultados, como o arquivamento de investigações, as absolvições ou a imposição de penas alternativas, que não necessariamente caracterizam má *performance* (p. 3).

¹⁹ Esse tópico é uma síntese bastante breve sobre o caso. Por conta disso, não foram apresentados nuances e detalhes que constam da dissertação (PRADO, 2017, p. 25-62).

No caso dos fiscais do ISS, os órgãos de repressão à corrupção conceberam as investigações de modo a incentivar o recebimento de dados sobre ilícitos praticados no âmbito da Prefeitura de São Paulo. Ainda que uma auditoria apontando a incompatibilidade patrimonial dos funcionários indicasse a cobrança de vantagens indevidas, era preciso obter informações sobre pagamentos de propinas e, para isso, foi necessário criar um ambiente de segurança, um indutor da celebração de acordos de colaboração, formais e informais.

Pouco tempo após a sua criação, a Controladoria-Geral do Município de São Paulo resolveu auditar o patrimônio dos funcionários públicos. Após cruzar dados sobre as declarações de patrimônio com os rendimentos e dados constantes dos cartórios de registros de imóveis, os técnicos selecionaram funcionários que trabalhavam em ambientes com baixa supervisão, elevada discricção e que tivessem contato com agentes privados.

A partir desse trabalho, foi possível notar que um grupo de fiscais, lotados em uma mesma área da Secretaria de Finanças, possuía bens incompatíveis com a renda que auferiam da Prefeitura. desafeita essa constatação, o controlador-geral procurou membros de uma unidade especializada do Ministério Público do Estado de São Paulo para entregar um dossiê contendo os resultados da auditoria.²⁰

Naquele momento, as autoridades reputavam já ter informações sugerindo que o descasamento entre o patrimônio e a renda dos funcionários públicos era sinal do recebimento de propinas. Contudo, precisariam entender que tipo de irregularidade havia sido praticada no âmbito da administração municipal, para que então tivessem condições de formular em juízo um pedido de quebra de sigilo e, assim, seguir com a observação do destino e da origem do dinheiro.

Um empresário resolveu comparecer perante as autoridades para revelar que teria sido extorquido pelo grupo investigado diversas vezes, explicando como isso teria ocorrido e quem estaria envolvido. Temendo retaliações, requereu fosse protegida sua identidade, e foi com esse depoimento que os

20 Na área do Ministério Público de São Paulo especializada em atuar nesse tipo de caso, as investigações de crimes contra a Administração Pública normalmente ocorrem por meio da compreensão sobre o caminho do dinheiro, como se deram os pagamentos e quem foram os reais remetentes e destinatários, tendo em vista a possível dissimulação desse fluxo. Além disso, busca-se entender como é o padrão de funcionamento de determinada área, para então conseguir localizar casos anômalos e, portanto, suspeitos.

promotores conseguiram autorização judicial para o afastamento do sigilo telefônico e bancário dos investigados.

Com essas informações, foi instaurado um procedimento de investigação interna no âmbito do Ministério Público (PIC n. 3/13) e representantes de construtoras passaram a ser intimados, na qualidade de testemunhas,²¹ para esclarecer como obtiveram certificados de quitação.

Durante esse período, e enquanto monitoravam os funcionários públicos e trocavam informações com a controladoria-geral, os membros do Ministério Público convocaram uma reunião no Sindicato dos Construtores de Imóveis para solicitar informações sobre o que estaria acontecendo, pois havia suspeita de que os funcionários públicos estariam agindo ilícitamente. Entretanto, nos depoimentos e na reunião, representantes das construtoras afirmavam não haver nada de errado no setor de arrecadação em que os funcionários investigados estavam lotados.

Mesmo após ouvir que o Ministério Público os considerava vítimas de concussão, os empresários resistiam a admitir que haviam pago vantagens em troca dos certificados de quitação do ISS.

Uma explicação para isso foi a insegurança sobre as consequências dessa admissão. Para que narrassem as exigências de propinas, os empresários precisariam de um ambiente de segurança para não serem interpretados como corruptores e não fornecer provas que, futuramente, poderiam embasar acusações dirigidas aos próprios depoentes.

De acordo com os entrevistados, os autores das irregularidades teriam ainda menos motivos para admitir os fatos e, se não se enxergassem como vítimas, só revelariam a verdade por medo de ir à prisão, receio de perder seus bens e para proteger suas famílias de envolvimento no caso. Como o Poder Judiciário paulista dificilmente autorizaria ordens de prisão cautelar, na contramão do que ocorreria na Operação Lava Jato, as autoridades tinham poucos recursos para pressionar os envolvidos e, por isso, reputou-se como uma estratégia válida celebrar o que a pesquisa considerou acordos de colaboração premiada informais.²² Por meio dele, as autoridades considerariam, de forma generalizada, como vítimas, todos os particulares que

²¹ Sobre a estratégia de instauração de procedimentos internos e de controle de acesso dos autos, com vistas a assegurar a “espontaneidade” dos depoimentos, ver Prado (2017, p. 41-42).

²² Sobre a comparação entre o ocorrido no caso dos fiscais do ISS e os acordos de colaboração premiada, ver Prado (2017, p. 45-49 e 51-55).

admitissem os pagamentos de propinas, apresentassem documentos e pagassem eventuais tributos devidos.

Como as consequências desse relato não são somente criminais, mas acarretariam uma série de punições em outras esferas, as autoridades resolveram coordenar-se sob a liderança do Ministério Público. Os agentes da Controladoria do Município, da Procuradoria do Município e de diferentes áreas do Ministério Público se organizaram para garantir que os particulares considerados vítimas o fossem por todos os órgãos, em todas as ações. Os processos disciplinares ficariam a cargo da Controladoria, as ações civis públicas seriam propostas em conjunto pela Procuradoria e pelo Ministério Público, e aquele órgão não se habilitaria como assistente de acusação deste nas futuras ações penais.

O arranjo estava pronto.

Após a prisão temporária de parte dos fiscais envolvidos e a formalizada de acordos de colaboração premiada com um deles, o fluxo de informações se inverteu. Se na concepção do caso foi necessária uma ação proativa, um grande esforço para buscar provas e monitorar os suspeitos,²³ a partir dessa etapa as autoridades passaram a receber diversos relatos de pagamentos de propinas, acompanhados de documentos comprobatórios.

Em consequência disso, foram ofertadas denúncias em que os particulares figuram como testemunhas de acusação e, à medida que eram recebidas novas informações, o Ministério Público instaurava novos procedimentos.

23 Como citei na dissertação, “os atores se enxergam em um ‘mundo massificado’ (entrevista 1) com recursos escassos e, por isso, entendem necessário priorizar situações, pois os agentes fiscalizam um número muito grande de funcionários públicos municipais em uma equipe pequena. Devido à demanda, não conseguem ‘dar efetividade, dar sequência a todos os casos’, fazendo com que todos eles ‘caminhem com qualidade ao mesmo tempo’” (entrevista 2). Os casos não prioritários seguem o trâmite normal e ficam aguardando pedidos e respostas para quebras de sigilo e informações (entrevista 2). Nas investigações de corrupção, as instituições adotariam uma postura proativa (entrevista 1), aliando tecnologia com estratégia, diferente da postura reativa que ocorreria em outros casos. A complexidade das investigações é muito maior. Nos casos de crimes contra o patrimônio ou de tóxicos, normalmente há um flagrante e, no máximo, é necessário ouvir testemunhas para concluir o caso, com as discussões girando em torno de teses amplamente debatidas, como concurso de agentes, agravante no uso de armas de brinquedo e desclassificação. Já as investigações sobre corrupção são projetadas, montadas, *construídas* (entrevista 2) e envolvem uma *estratégia* de atuação (entrevista 1). Os agentes planejam antes como será a investigação, e por isso precisam entender como um determinado setor funciona normalmente, quais são as anomalias e, a partir daí, localizar os responsáveis” (2017, p. 32).

Ocorre que uma das provas colhidas durante as investigações foi uma planilha contendo dados sobre mais de quatrocentos imóveis em que os certificados de quitação do ISS teriam sido emitidos mediante o pagamento de propinas. O Ministério Público resolveu, então, manter algumas investigações no âmbito de procedimentos internos e encaminhar a referida planilha para a Polícia, cujo trabalho seria apenas reproduzir as investigações, na forma concebida anteriormente (PRADO, 2017, p. 32).

Em decorrência disso, houve a instauração de um inquérito policial e de um inquérito civil para cada imóvel questionado, que tramitam com a atuação de outros funcionários do Ministério Público.²⁴ Logo, advogados de construtoras passaram a apresentar petições sustentando que os fatos investigados já teriam sido objeto de procedimentos de investigação anteriores e questiona-se se as construtoras poderiam ser vítimas em algumas situações, mas não em outras. Afinal, se havia exigência para umas, não haveria para as demais?

Ao término do estudo de caso, investigações continuavam em andamento, razão pela qual não foi possível prever se como fruto dessas centenas de inquéritos houve ou haverá uniformidade de entendimento, ou se surgirão questionamentos sobre a qualificação dos empresários como vítimas, colocando em perigo o compromisso que havia sido transmitido quando os membros das instituições afirmavam ser possível sair de uma reunião com a “situação (...) resolvida se não em todos, na maioria dos aspectos” (PRADO, 2017, p. 41).

24 “Em consequência, é possível observar nos autos do PIC 3/13 uma inusitada situação de advogados de construtoras, cujos representantes foram considerados vítimas e arrolados, posteriormente, como testemunhas de acusação, comunicando o Ministério Público de que havia um *bis in idem*, uma repetição ilegal de investigações, e pedindo providências, pois seus clientes estavam sendo intimados para esclarecer fatos já elucidados nos depoimentos prévios (fls. 2.007/2.010 e 2.017/2.019). Isso ocorreria porque, ‘depois do oferecimento da denúncia, algumas outras empresas’ teriam se apresentado no Ministério Público ‘com comportamento de vítimas’, e por isso foram ‘*instaurados outros PICs para apurar estas empresas com comportamento de vítimas. As empresas que não chegaram no MP com comportamento de vítimas, elas são investigadas pela Delegacia*’. A instauração seria de um inquérito para cada empreendimento e, na situação em que havia ‘um PIC instaurado no próprio MP, elas peticionam nos autos do inquérito dizendo que já existe uma investigação pelo Ministério Público’, e o inquérito seria arquivado. Ressalvando a impossibilidade de dizer ‘concretamente’, a impressão é de ‘*a diferença para ser investigado na Polícia e ser investigado no próprio MP é se você se comporta como vítima ou não. Esse é o critério*’ (entrevista 6)” (PRADO, 2017, p. 50, destaques do original).

O que se nota, a partir do caso dos fiscais do ISS, é que os órgãos encarregados da repressão à corrupção atuaram para produzir mudanças no comportamento dos envolvidos.

Nas situações de crimes contra a Administração Pública, os depoimentos de vítimas, testemunhas e autores são importantes para a descoberta dos fatos, por vezes bastante complexos.²⁵ Por isso, logo no início das investigações, as autoridades notaram a necessidade de criar um ambiente de segurança para que os particulares soubessem da uniformidade de comportamento das instituições em consequência de seus depoimentos.

O ambiente centralizado contribuiu para a coleta de informações sobre o caso e sobre fatos novos, induzindo o avanço das investigações. No âmbito das ações penais, essa estratégia fez com que o Ministério Público contasse com os empresários na qualidade de testemunhas de acusação, facilitando o trabalho probatório, em comparação com a possibilidade de tê-los como réus, negando as acusações e requerendo a produção de prova contrária à tese acusatória.

Por outro lado, é possível que futuramente os acordos informais celebrados com os empresários sejam ameaçados por entendimentos contrários de outros promotores, civis e criminais, no âmbito dos inquéritos policiais e civis instaurados.

2. O QUE UM NOVO OLHAR REVELA SOBRE A MULTIPLICIDADE INSTITUCIONAL

O enfoque sobre a interação entre as instituições permitiu aos pesquisadores do funcionamento do sistema de justiça brasileiro produzir um diagnóstico de multiplicidade institucional. Além disso, houve a percepção de que, nos últimos anos, aconteceram mudanças na forma com que as instituições atuavam em casos de corrupção. Essa lente de observação também permitiu apontar como as tarefas do processo de *accountability* são interdependentes e, quando executadas por órgãos diferentes, podem beneficiar-se, ou não, da sobreposição de tarefas.

²⁵ Apesar de não ter estudado os recentes casos do Mensalão e da Operação Lava Jato, é possível intuir, a partir de notícias, que o primeiro caso foi redirecionado após a oitiva de Roberto Jefferson, e o segundo, após a celebração de acordos de colaboração premiada com doleiros e funcionários da Petrobrás.

No entanto, as estratégias de pesquisa centradas em entrevistas com agentes públicos, revisão de literatura e exame de notícias sobre casos de repercussão não captaram a forma como as autoridades buscam informações para investigar atos de corrupção.

Uma simplificação grosseira sobre os elementos dos crimes de corrupção, de acordo com a legislação penal brasileira, permite afirmar que as autoridades, em investigações sobre esses delitos, precisam coletar três tipos de informações: i) provas do pagamento/recebimento de vantagens a funcionários públicos ou a outros, em nome destes; ii) elementos de que essas transações decorreram de alguma espécie de oferta ou promessa de um agente privado ou, ainda, de solicitação por parte do funcionário; iii) dados sobre qual seria a contrapartida do funcionário público pelo recebimento de vantagens indevidas.

A pesquisa revelou que as autoridades precisaram inicialmente de informações sobre esses elementos para pleitear, com sucesso, quebras de sigilo e, posteriormente, resolveram celebrar diversos acordos com envolvidos no intuito de receber essas informações. Como resultado, os empresários passaram a colher provas para as entregar ao Ministério Público, com a admissão dos fatos e a indicação de novos ilícitos.

Aqui não há espaço para debater o controle dessas ações, ou como a ideia de devido processo legal pode ser afetada por isso, mas constato que os órgãos de repressão à corrupção têm liberdade para definir quais casos serão investigados, com que velocidade e de que forma (PRADO, 2017, p. 105-112). Em um ambiente que permite a celebração de acordos, o Ministério Público tem liberdade para decidir quem e como punir e a tem utilizado para priorizar a descoberta de novos fatos, com menor uso de recursos, por meio da atenuação de sanções.

Embora também não seja tema deste artigo, é preciso destacar que a legislação brasileira tem, na esteira de diretivas internacionais, agido para fomentar o recebimento de informações por particulares, permitindo a criação de espaços de negociação e leniência, bem como adotando medidas para estimular denúncias, tais como as iniciativas de proteção e, até mesmo, de remuneração de *whistleblowers*.²⁶

Daí a necessidade de observar e medir, a partir de casos concretos, os efeitos desse arcabouço institucional nos incentivos ao recebimento de informações por particulares.

²⁶ A proteção ao informante foi objeto de alterações na Lei n. 13.608/2018, promovidas pela Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019.

Ora, o caso dos fiscais do ISS, realizado no âmbito da justiça estadual de São Paulo e em época recente, contraria o diagnóstico de Carson e Prado (2014) sobre a Justiça Federal. Como anteriormente dito, as autoras, em época mais distante, por meio de outra estratégia de pesquisa, apontaram a multiplicidade institucional como um fator explicativo para que as tarefas de monitoramento e investigação estivessem sendo produtivas, ao contrário da fase de sancionamento, que seria realizada apenas pelo Poder Judiciário.

Os dados colhidos na minha pesquisa sugerem, por outro lado, que a multiplicidade institucional é um fator de insegurança nos envolvidos sobre qual será a consequência de suas ações, se não houver coordenação. Em primeiro lugar, porque a admissão dos fatos pode gerar consequências muito graves em diversas áreas. Em segundo lugar, porque no momento de celebrar acordos com um órgão, não há uma previsão clara de que outras autoridades, com atribuições sobrepostas, questionarão o pactuado. Em terceiro lugar, existe o receio de que as informações prestadas pelo particular a um órgão sejam utilizadas pelas autoridades, desse mesmo órgão ou de outro, para formular uma acusação.²⁷

Cumprir destacar, também, que o caso dos fiscais do ISS permite enxergar que as autoridades encarregadas da repressão à corrupção parecem

27 Não pretendendo misturar conclusões do caso do ISS com outro a cujos detalhes não houve acesso nem pesquisa a respeito, mas sim ilustrar como essa discussão é atual, importa notar trecho de uma ponderação do Ministério Público Federal, no âmbito de julgamento referente ao acordo de leniência firmado por uma grande empresa brasileira: “É sabido que as empresas que aderem a acordos de leniência devem entender que aceitam o erro cometido, aderindo à conclusão de que devem sujeitar-se às sanções correspondentes, sendo certo, também, que sua adesão deve implicar vantagens que permitam estimular essa colaboração. Ninguém supõe celebrar um acordo para que ele não seja cumprido. A premissa da sua celebração é o adimplemento de suas cláusulas (boa-fé e do princípio da confiança). A confiança não se exprime apenas no ato e momento da celebração da leniência, mas, também e sobretudo, no seu cumprimento: um Estado que age de maneira contraditória, buscando minar a efetividade e estabilidade de acordos celebrados pelos seus agentes, viola o dever constitucional de obedecer ao princípio da própria moralidade. (...) A não observância dos exatos termos do acordo de leniência em tela prejudica, portanto, a celebração de novos acordos e, com isto, o incremento das investigações contra a corrupção, já que tal situação cria incentivo contrário à cooperação, na medida em que serve de exemplo negativo para outros agentes privados que desejem colaborar com futuras investigações contra a corrupção” (BRASIL, 2017, p. 3-4).

ter flexibilidade para modificar sensivelmente o processo de sancionamento. Isso foi feito por meio da realização de acordos de colaboração premiada com envolvidos ou, ainda, mediante uma generalização da ocorrência de concussão, tornando possíveis corruptores em testemunhas de acusação.

Nota-se, portanto, que a fase de sancionamento é condicionada pelo comportamento das autoridades que atuam nesta e nas fases anteriores, na linha do que afirmam Power e Taylor (2011, p. 14) e, além disso, digo eu, do comportamento dos indivíduos.

Com a lente focada apenas nos órgãos estatais, as pesquisas não contemplam a observação de que é na fase de sancionamento que a defesa das pessoas envolvidas tem maior espaço para atuar. Na maior parte das fases de monitoramento e investigações, os procedimentos tramitam sob sigilo, as autoridades de repressão têm maior liberdade para agir, com baixo controle judicial. No entanto, o processo de responsabilização e imposição de pena segue formas pré-definidas, com espaço para que a defesa possa requerer as suas provas (o que, examinado sob o ponto de vista das autoridades, pode ser visto como contrapro-ducente). Talvez, se os advogados fossem consultados, estes pudessem discordar do diagnóstico de que a tarefa de sancionamento é excessivamente formal.

Dáí o equívoco na afirmação de que o processo de sancionamento seria realizado apenas pelo Judiciário, ou de que os juízes não participam das demais tarefas (basta notar que as quebras de sigilo e outras medidas cautelares dependem de apreciação judicial). É preciso enfatizar que o papel dos juízes não se confunde com o das autoridades de repressão à corrupção. A ação do Poder Judiciário não deve ser descrita da mesma forma que a dos demais atores, pois não há espaço para que um juiz possa competir, coordenar ou suprir a ação de *enforcement agencies*, sob pena de o Poder Judiciário ser considerado instância de controle, e não de aplicação do Direito.

É possível notar, a partir desse novo enfoque, que os próprios atores do sistema de justiça parecem não estar adotando como único parâmetro de *performance* as condenações ou aprisionamento. A ação das instituições, no caso do ISS, sugere que o indicativo de boa *performance* não necessariamente envolve a rápida aplicação de penas elevadas a muitas pessoas. Ele parece estar mais vinculado com a descoberta de mais fatos (ou seja, um aumento do controle do Estado) e a restituição de valores, com o menor gasto de recursos.

Se, por um lado, o estudo de caso permitiu enxergar como o desenho institucional de repressão à corrupção no Brasil confere espaços para que as autoridades atuem de formas diversas a partir das suas estratégias e diretrizes sobre o que entendem ser a melhor *performance*, por outro, a metodologia não deu conta de acessar a percepção que a sociedade tem dessas ações. Há uma agenda de pesquisa sobre como a esfera pública é informada, sobre como as pessoas avaliam tais diretrizes e de que forma poderiam controlar as escolhas institucionais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste artigo, procurei descrever um aspecto da interação entre as instituições no caso dos fiscais do ISS, concluindo pela existência de um esforço de coordenação decorrente de uma estratégia para a colheita de informações. Esse ambiente de coordenação convive com um posterior cenário de centenas de procedimentos, em trâmite em locais diversos, com possíveis soluções diferentes para um mesmo contexto fático.

Essa descrição foi realizada sob uma ótica ligeiramente diversa daquela já empregada em outras pesquisas, pois pretendeu enxergar a interação das instituições com os envolvidos.

A partir da narrativa e de uma não exaustiva revisão bibliográfica sobre o assunto, sustento que a flexibilidade e modularidade características da multiplicidade institucional, vista como um novo paradigma e fomentador de boa performance do sistema de justiça, pode ser um empecilho ao que entendi ser a preocupação dominante das autoridades no caso do ISS: o recebimento de informações, com menor gasto de recursos, por meio da atenuação de penas.

Por fim, pondero sobre o diagnóstico de que a performance do sistema de justiça seria baixa porque o Poder Judiciário atuaria sozinho na tarefa de sancionamento, com a conseqüente proposta de criação de um Judiciário Anticorrupção. Sugiro, ainda, que novas estratégias de pesquisa sejam concebidas para observar como a sociedade enxerga a atuação institucional e como poderia influenciar as diretrizes das autoridades encarregadas da repressão à corrupção.

REFERÊNCIAS

- ARANTES, Rogério B. *Ministério Público e política no Brasil*. São Paulo: Sumaré, 2000a.
- ARANTES, Rogério B. The Federal Police and the Ministério Público. In: POWER, Timothy; TAYLOR, Matthew M. (ed.) *Corruption and democracy in Brazil: the struggle for accountability*. Notre Dame: University of Notre Dame, 2000b. p. 184-217.
- BECKER, Gary S. Crime and punishment: economic approach. *Journal of Political Economy*, ano 76, p. 169-217, 1968.
- BRASIL, Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Agravo de Instrumento n. 5023972-66.2017.4.04.0000, Rel. Des. Fed. Vânia Hack de Almeida, DJe 24.8.2017.
- CARSON, Lindsey; PRADO, Mariana Mota. Using Institutional Multiplicity to Address Corruption as a Collective Action Problem: Lessons from the Brazilian Case (2016). *Quarterly Review of Economics and Finance*, v. 62, 2016. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2885949>. Acesso em: 6 mar. 2020.
- CARSON, Lindsey; PRADO, Mariana Mota. Brazilian anti-corruption legislation and its enforcement: potential lessons for institutional design. *IRIBA Working Paper* n° 9, p. 1-36, jul. 2014.
- DAVIS, Kevin; JORGE, Guillermo; MACHADO, Maira. Transnational Anti-Corruption Law in Action: Cases from Argentina and Brazil. IILJ Working Paper 2014/1 (Global Administrative Law Series). Disponível em: http://iilj.org/wp-content/uploads/2016/08/Davis-et-al-Transnational-Anti-Corruption-Law-in-Action-IILJ-WP-2014_1-GAL.pdf, Acesso em: 6 mar. 2020.
- FECOMERCIO, SP. *Mário Spinelli fala sobre o combate à corrupção em SP*: Entrevista (2014). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=2IGXpJmoEUo&feature=youtu.be>. Acesso em: 6 mar. 2020.
- GRECO, Luís; TEIXEIRA, Adriano. Aproximação a uma teoria da corrupção. In: LEITE, Alair; TEIXEIRA, Adriano (org.). *Crime e Política: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017. p. 53-76.
- MACHADO, Máira Rocha. Crime e/ou improbidade? Notas sobre a performance do sistema de justiça em casos de corrupção. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 23, n. 122, p. 189-212, jan./fev. 2015.
- MACHADO, Máira Rocha. Sistema de justiça e corrupção no Brasil: um estudo do caso TRT/SP. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, ano 14, n. 103, p. 273-304, jul./set. 2012.
- MACHADO, Máira Rocha; FERREIRA, Luísa Moraes Abreu (org.). *Estudos sobre o Caso TRT*. São Paulo: Direito GV, 2014. (Pesquisa Acadêmica Livre.)
- MACHADO, Máira Rocha; PASCHOAL, Bruno. Monitorar, investigar, responsabilizar e sancionar: a multiplicidade institucional em casos de corrupção. *Novos Estudos*, ano 104, p. 10-37, 2016.
- POWER, Timothy; TAYLOR, Matthew M. (ed.). Accountability Institutions and Political Corruption in Brazil. In: *Corruption and Democracy in Brazil: the struggle for accountability*. Notre Dame: University of Notre Dame, 2011. p. 162-183.

PRADO, Arthur Sodré. *A construção da denúncia: o caso dos fiscais do ISS em São Paulo e as práticas processuais de repressão à corrupção*. 129f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas. São Paulo, 2017. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/18207/disserta%C3%A7%C3%A3o.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 6 mar. 2020.

PRADO, Mariana Mota; CARSON, Lindsey D.; CORREA, Izabela. The Brazilian Clean Company Act: Using Institutional Multiplicity for Effective Punishment. *Osgoode Legal Studies Research Paper* n. 48/2015. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2673799>. Acesso em: 6 mar. 2020.

QUANDT, Gustavo de Oliveira. O crime de corrupção e a compra de boas relações. In: LEITE, Alaor; TEIXEIRA, Adriano. (org.) *Crime e política: corrupção, financiamento irregular de partidos políticos, caixa dois eleitoral e enriquecimento ilícito*. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2017, p. 53-76.

SHAH, Anwar. Corruption and decentralized public governance. *World Bank Research Working Paper* 3824, jan. 2006.

TAYLOR, Mathew M.; BURANELLI, Vinicius C. The Federal Judiciary and Electoral Courts. In: POWER, Timothy; TAYLOR, Matthew M. (ed.). *Corruption and Democracy in Brazil: the struggle for accountability*. Notre Dame: University of Notre Dame, 2011. p. 162-183.

TAYLOR, Mathew M.; BURANELLI, Vinicius C. Ending up in Pizza: accountability as a problem of institutional arrangement in Brazil. *Latin American Politics and Society*, ano 49, n. 1, p. 59-87, 2007.

CAPÍTULO 3

ENTRE A ADMINISTRAÇÃO PRISIONAL, A MAGISTRATURA E A PROMOTORIA: O PROBLEMA DA SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA¹

Priscila Coelho

INTRODUÇÃO

Não é novidade que as prisões (não só) brasileiras apresentam crescentes índices de superlotação. O Brasil ocupa o posto de terceira maior população carcerária do mundo. O uso excessivo da prisão, considerada uma “resposta evidente” (PIRES, 2004, p. 42) diante da violação de uma norma, tem colocado o problema da superlotação carcerária cada vez mais em destaque.

O déficit de dados referentes ao sistema prisional brasileiro prejudica tanto a identificação da real situação carcerária do país como a elaboração de políticas públicas no campo. O último Levantamento de Informações Penitenciárias (INFOPEN) elaborado pelo Ministério da Justiça refere-se ao mês de junho de 2016 e, portanto, já muito defasado, indica a quantidade de 726.712 pessoas em privação de liberdade no Brasil.² Não bastasse o elevado número de pessoas encarceradas, o déficit de vagas em 2016 era de 358.663 vagas, indicando uma taxa de ocupação de 197%.

Além dessas informações, destacam-se os dados presentes no site do Conselho Nacional de Justiça (CNJ),³ Painel Banco Nacional de

- ¹ Este artigo foi escrito durante o desenvolvimento da dissertação de mestrado intitulada “Um Preso por Vaga: Estratégias Políticas e Judiciais de Contenção da Superlotação Carcerária”. A pesquisa foi desenvolvida com o apoio da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP) (processo 2018/16806-8). O presente texto foi escrito durante o período de Bolsa de Estágio de Pesquisa no Exterior, realizado no Centro di Studio sul Rischio, Università del Salento, Itália (processo n° 2019/13712-5). As opiniões, hipóteses e conclusões ou recomendações expressas neste texto são de responsabilidade da autora e não necessariamente refletem a visão da FAPESP.
- ² *Levantamento nacional de informações penitenciárias*: INFOPEN. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. III. jun. 2016.
- ³ Disponível em: https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_1%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shBNMPIIMAPA. Acesso em: 16 mar. 2020.

Monitoramento de Prisões – BNMP 2.0, que aponta 826.688 pessoas privadas de liberdade, além do espantoso número de 376.894 mandados pendentes de cumprimento. Caso cumpridos, esses mandatos elevariam a população carcerária para acima de um milhão e duzentas mil pessoas. Importante ressaltar que nos dados disponibilizados pelo CNJ consta a informação de que o sistema ainda se encontra em fase de implantação nos estados de São Paulo e Rio Grande do Sul, os quais concentram grande parte da população carcerária do país.

Nas informações disponibilizadas pelo Conselho Nacional de Justiça, chama atenção, particularmente para as intenções deste trabalho, a quantidade de pessoas que se encontram provisoriamente em privação de liberdade, que perfazem um total de 342.219. Ou seja, 41,50% dessas pessoas ainda não têm uma sentença criminal transitada em julgado, e são, de acordo com o ordenamento constitucional,⁴ consideradas inocentes perante a lei.

Diante desse cenário, é possível identificar a elaboração de denúncias de violações de direitos humanos perpetradas no interior de unidades prisionais, acompanhadas de propostas para lidar com a situação.⁵ No campo da prática penal, observa-se, em alguma medida e, em locais distintos, certa movimentação para elaborar estratégias que visam resolver, ou ao menos conter, o exponencial aprisionamento de pessoas em condições que contrariam regramentos constitucionais, convencionais e legais.

A partir deste artigo, elaborado no âmbito de uma dissertação de mestrado em andamento, busco apresentar alguns dos elementos obtidos a partir

4 Art. 5º, inciso LVII: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

5 Nesse sentido, é possível identificar a produção de documentos e relatórios como: “10 Medidas para o Sistema Prisional” apresentado pela ONG Conectas Direitos Humanos em 2017; “Propostas para Reduzir a Superlotação e Melhorar o Sistema Penitenciário”, apresentado pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD) em 2017; “16 Propostas Legislativas contra o Encarceramento em Massa”, formuladas pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais e apresentadas (IBCCRIM) em 2017; pesquisas com recorte de gênero elaboradas pelo Instituto Terra Trabalho e Cidadania (ITTC), além de notícias sobre a superlotação prisional no país. Fontes sobre esses dados estão disponíveis em: <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2019/04/26/superlotacao-aumenta-e-numero-de-presos-provisorios-volta-a-crescer-no-brasil.ghtml> e <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2019/04/26/apostar-no-encarceramento-e-investir-na-violencia-a-acao-do-estado-na-producao-docaos.ghtml>. Acesso em: 16 mar. 2020.

do material empírico, referentes à tentativa de utilização de duas diferentes estratégias com o objetivo de contenção da superlotação carcerária. A observação dos desdobramentos e das implicações que essas estratégias geraram no âmbito do sistema de justiça criminal levanta interessantes questões sobre as interações entre diversos atores do sistema de justiça. Tais interações, por sua vez, expõem a presença de vários argumentos, convergentes e divergentes, dentro de um mesmo quadro institucional.

1. PROBLEMA DE PESQUISA

Buscando compreender como duas diferentes estratégias estão sendo utilizadas no enfrentamento à superlotação carcerária, o *corpus* desta pesquisa abrange: (i) ações de interdição judicial de unidades prisionais destinadas ao recebimento de presos provisórios, em decorrência da extrema superlotação; e (ii) criação de um projeto de contenção da superlotação que propõe à magistratura refletir sobre a efetiva necessidade de utilização da prisão preventiva, devendo observar a capacidade taxativa do estabelecimento prisional antes de expedir uma ordem de prisão.

A pesquisa é de cunho qualitativo, sendo o estudo de caso duplo por contraste a estratégia metodológica utilizada na fase de coleta. O material empírico que se pretende analisar foi obtido por meio da realização de entrevistas, observação direta, visita a unidades prisionais, bem como a análise de processos, ofícios, portarias e outros documentos. Foram também realizadas 12 (doze) entrevistas com diversos profissionais: juízes, promotores, diretores de unidades prisionais, procuradores, representantes do Departamento Penitenciário e do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário. Do total de entrevistas realizadas, oito foram na cidade de Goiânia-GO, uma na Capital Federal, Brasília, e três na cidade de Curitiba-PR. Foi oferecida anonimização para todos os participantes, sendo que alguns concordaram em conceder a entrevista somente com base nesse acordo, e outros informaram não se importar com a identificação. Neste caso, optei por manter sem identificação todas as informações obtidas por meio de entrevistas.

A observação direta foi um importante suporte à realização da pesquisa e à compreensão das dinâmicas e das práticas locais. Busquei aplicá-la tanto no contato presencial como na comunicação prévia para apresentação da

pesquisa, agendamento de entrevistas, pedido de informações etc., buscando atender para o modo como interagiam os atores locais, as exigências feitas, a recepção ao tema da pesquisa, entre outras questões. Como salienta Yin, “a evidência observacional é frequentemente útil para proporcionar informação adicional sobre o tópico sendo estudado” (2010, p. 136). De fato, por meio do uso dessa estratégia metodológica foi possível perceber comportamentos, interações, condições estruturais, símbolos e representações essenciais para identificar e compreender dinâmicas internas, que não poderiam ter sido acessadas apenas por meio das entrevistas e das informações documentais. Nesse sentido, destaco a importância da visita ao Complexo Prisional de Aparecida de Goiânia-GO, que permitiu a percepção da estrutura física e organizacional do local, além da observação e da comparação com outros locais em que foram realizadas entrevistas, como as salas e os gabinetes das autoridades entrevistadas. Contudo, apesar de considerar extremamente relevantes as informações obtidas por meio da observação direta, não tenho a pretensão de apontar “ampla cobertura” das práticas existentes nos locais visitados, nem mesmo descarto a possibilidade de alteração nas dinâmicas locais pela presença de uma pesquisadora externa (YIN, 2010, p. 129). Ressalto, inclusive, que mesmo tendo sido possível a entrada e circulação nas unidades prisionais, tal atividade apenas ocorreu na companhia de um agente prisional, designado especificamente para esta atividade, fortemente armado, permitindo o acesso apenas a locais indicados pela Administração Prisional.

No tocante à análise documental, foram obtidas cópias integrais dos processos de interdição, que são públicos, e verificadas todas as manifestações processuais e decisões presentes dentro do lapso temporal determinado, explicitado a seguir. Inicialmente, procurei identificar todos os argumentos presentes nesses documentos, as datas em que foram elaborados e por quais autoridades foram emitidos, tendo sempre como norte a identificação de como era realizada a abordagem com relação à questão da superlotação carcerária, e como outros temas apontados se conectavam a esse tema macro.

Por outro lado, no caso do Projeto Ocupação Prisional Taxativa, por apresentar uma proposta completamente diferente de enfrentamento da questão, a informação documental é utilizada em menor medida, pautando-se primordialmente na Resolução que instituiu e disciplinou o Projeto. Mesmo com menor quantidade de material documental, o procedimento de análise dos documentos sobre a elaboração e implementação desta estra-

tégia ocorreu do mesmo modo já descrito. Isto é, leitura atenta dos documentos disponíveis, identificação da instituição responsável pela elaboração/publicação do documento e verificação do contexto em que foi produzido, atentando-me aos “elementos intertextuais e semióticos”, tal como indicado por Andréa Reginato (2017, p. 206). Como salienta a autora, “o pesquisador que trabalha com documentos deve constantemente duvidar, como forma de detectar distorções no seu material de pesquisa” (2017, p. 202). Considerando o objeto desta pesquisa, a complementação das informações com as entrevistas realizadas com os atores envolvidos nas estratégias foi não apenas relevante, mas fundamental para a melhor compreensão das disputas locais e das resistências formadas no campo.

Com relação ao caso referente às ações de interdição, que abrangem dois processos verificados na cidade de Goiânia, estado de Goiás, o lapso temporal selecionado inicia-se em 2013, com procedimento administrativo que visa confirmar a interdição já decretada anteriormente no ano de 2011, e se estende até janeiro de 2019, com a suspensão do processo para tentativa de acordo entre o Ministério Público e o Poder Executivo, visando a *ampliação de vagas* no sistema prisional. Considerando o fato de que também foi possível obter informações relevantes sobre a utilização de ações de interdição para conter a superlotação carcerária no estado do Paraná, estas foram incluídas no estudo sobre as ações de interdição. Contudo, como as informações decorreram do compartilhamento das experiências dos atores inseridos no campo, não houve análise documental referente a essas interdições, não sendo possível traçar um lapso temporal específico, como feito nas ações localizadas nas cidades de Goiânia e Aparecida de Goiânia.

Com relação ao Projeto Ocupação Prisional Taxativa, trata-se de estratégia implementada no estado do Paraná com o objetivo de levar os juízes das Varas Criminais e de Execução Penal a atentar para a lotação máxima da unidade prisional e a considerar as vagas do sistema como recursos finitos, valendo-se da aplicação de medidas alternativas à prisão. Para este estudo, busquei compreender as movimentações que ensejaram a elaboração, a implementação e o desenrolar dessa estratégia, focando mais na compreensão de sua operacionalização e nas reflexões oferecidas pelos próprios participantes em entrevistas semiestruturadas do que nas questões processuais e judiciais. Isso decorreu do fato de esse Projeto não ter envolvido a formulação de pedido ao Poder Judiciário para que fornecesse uma resposta ao problema apresentado.

Portanto, o objetivo deste artigo é apresentar algumas reflexões a partir da pesquisa empírica, especialmente com relação aos diferentes argumentos apresentados por atores de *diferentes instituições*, bem como os argumentos apresentados por diferentes atores pertencentes à *mesma instituição*, de modo que seja possível visualizar as disputas em jogo e as instituições pelas quais elas transitam.

2. DIFERENTES MANEIRAS DE PERCEPÇÃO DO PROBLEMA POR DIFERENTES INSTITUIÇÕES DO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL

Apesar de nenhum dos entrevistados ter demonstrado posicionamento contrário à consideração da situação de superlotação carcerária como um problema público, urgente e de atuação imediata, as maneiras como o problema é percebido variam consideravelmente entre os atores do campo.

Um ponto de convergência é a afirmação (ou ausência de negação) dos atores entrevistados de que a superlotação carcerária se configura como um problema de violação de direitos praticada pelo Estado contra a pessoa presa. Entretanto, e curiosamente ao mesmo tempo, em alguns contextos, também esteve presente um forte discurso em torno da consideração do problema como uma questão ligada ao aumento da criminalidade. Tal argumento de algum modo parece justificar a manutenção da superlotação carcerária, enquanto não ocorre a ampliação de vagas no sistema, pois considerando que a “criminalidade” é crescente, quaisquer medidas voltadas ao desencarceramento provocariam uma “sensação de impunidade enorme”.⁶

O ponto central de divergência diz respeito à identificação de qual seria a instituição (ou o “poder”) que “causa” o problema carcerário e que, portanto, teria a obrigação de solucioná-lo. Desta maneira, apresento os principais pontos de vista obtidos por meio da pesquisa empírica, que expõem as diferentes percepções do problema pelos atores da Administração Penitenciária, do Poder Judiciário e do Ministério Público. Vale destacar que não foram identificados, entre os entrevistados, discursos voltados à responsabilização de atores do Poder Legislativo, mesmo sendo os responsáveis pela criação dos crimes e das penas.

Importante destacar que, de modo mais amplo, o material empírico permitiu observar a presença de duas categorias gerais em que transitam os argumentos apresentados, quais sejam (i) a compreensão da superlotação car-

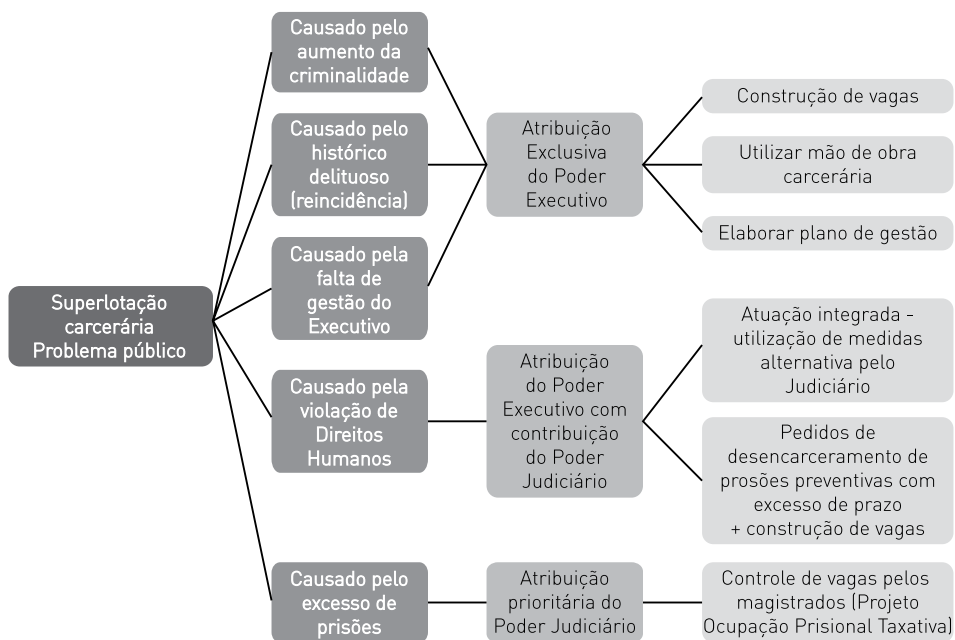
6 Os termos entre aspas foram retirados do material empírico (documentos ou entrevistas).

cerária como um problema de gestão dos atores do Poder Executivo e (ii) a compreensão da superlotação carcerária como um problema decorrente da atuação de membros do Poder Judiciário.

Considerando a relevância da informação referente à instituição a qual pertence o ator que expõe determinado ponto de vista, mas também atentando à importância de preservar a anonimização dos entrevistados, o material será apresentado da seguinte forma: a letra inicial indica a instituição à qual pertence o entrevistado, sendo que “E” se refere a “Executivo”, “J” a “Judiciário”, e “MP” ao “Ministério Público”, e cada número corresponde a um profissional diferente, atribuído com base na ordem em que as entrevistas foram realizadas.

A Figura 1, a seguir, apresenta uma síntese das principais informações com relação às diferentes percepções do problema, dos argumentos referentes ao “Poder” com atribuição para adotar medidas para alterá-lo, e das propostas indicadas como necessárias à sua resolução/contenção. Esses pontos serão mais bem explorados nos próximos itens.

FIGURA 1 – PRINCIPAIS INFORMAÇÕES EM RELAÇÃO À SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA, DIFERENTES PERCEPÇÕES DO PROBLEMA E ARGUMENTOS REFERENTES AO “PODER” COM MEDIDAS PARA ALTERÁ-LO



Fonte: Elaboração da autora.

3. COMPREENSÃO DA SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA COMO UM PROBLEMA DE GESTÃO DOS ATORES DO PODER EXECUTIVO

Neste tipo de percepção do problema, entende-se a superlotação carcerária como uma situação *causada* pelo Poder Executivo e, portanto, aponta-se a necessidade da atuação desse poder para reverter/atenuar a situação. Dentro desta categoria, é possível visualizar diferentes níveis de justificação do argumento. Também pode observar a presença de variações na indicação do grau de contribuição ao problema, o que influenciará na indicação de quais são as ações consideradas necessárias para resolução e/ou contenção da situação.

3.1. AUSÊNCIA DE INFORMAÇÕES PARA ELABORAÇÃO DE POLÍTICA PÚBLICA (MP3)

Neste argumento, o problema está na ausência de informações sobre custos, despesas e quantidade de vagas no sistema prisional. Este aparece como o principal impeditivo para a realização de ações capazes de enfrentar a situação de superlotação carcerária. O problema é percebido como de má gestão do Poder Executivo e, portanto, não se visualiza a possibilidade de envolvimento de outras instituições do sistema de justiça criminal na elaboração de política pública para seu enfrentamento. A função a ser desempenhada por outras instituições refere-se à fiscalização da política pública, que deve ser elaborada pelos atores do Poder Executivo. Após o levantamento dos dados referentes à população prisional, o Executivo deveria pensar estrategicamente quais os locais em que seria necessário construir novas unidades ou realizar transferências.

Nesse contexto, de acordo com o ator que exprime este modo de visualizar a problemática (MP3), as ações de interdição são compreendidas como deslocamento do problema, atrapalhando a possibilidade de gestão organizada por parte do Poder Executivo. Também vinculado ao mesmo argumento, foi exposta certa discordância em relação à utilização de estratégias que visam diminuir o contingente de pessoas da unidade prisional via Poder Judiciário, como, por exemplo, o adiantamento de “benefícios” na execução penal, determinado em mutirões carcerários. De acordo com a percepção do ator que expôs esse argumento, tais ações retiram a “possibilidade dessas pessoas serem tratadas dentro da unidade prisional”, além de gerar uma “sensação de impunidade enorme”.

Ainda, vinculado ao posicionamento principal de necessidade de plano de gestão a ser elaborado pelo Executivo, o ator entrevistado indica a possibilidade de atuação específica dos membros do Ministério Público, em ações emergenciais e locais, no sentido de mitigar, de maneira pontual, a situação de superlotação carcerária em determinada região. Indica, portanto, a possibilidade de manifestação pela revogação de prisões preventivas quando possível, de modo a contribuir para a redução do excedente populacional.

3.2. PROBLEMA CAUSADO PELO PODER EXECUTIVO COM CONTRIBUIÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO (MP2)

Na exposição deste argumento está, em primeiro lugar, a indicação do problema da superlotação carcerária como “pertencente” ao Poder Executivo, que não adota as providências necessárias para interromper o quadro de violação de direitos humanos presente nas unidades prisionais interdidadas.

Neste caso, pleiteia-se ao Poder Judiciário a imposição de obrigação à Administração Penitenciária, para que não admita a entrada de novos presos nas unidades superlotadas e que determine a transferência daqueles que excedem a lotação do local. Neste argumento, a principal medida apontada para resolução do problema é a construção de novas vagas. Ainda que o Poder Executivo aponte a inexistência de unidades prisionais com espaço suficiente para recebimento das pessoas encarceradas que excedem o limite ocupacional das unidades interdidadas, o descumprimento da decisão é compreendido como “ausência de vontade” do Poder Executivo para resolver a situação.⁷ Neste entendimento, aponta-se, primordialmente, a necessidade urgente de construção de novas unidades prisionais, a utilização da mão de obra carcerária e o desenvolvimento de

⁷ No decorrer da ação de interdição é possível observar manifestações que afirmam que a questão da superlotação carcerária “nunca foi levada a sério pelo Executivo Estadual” ou que denunciam a “conduta do Governo de Goiás em ignorar a pública e notória crise no Sistema Penitenciário Goiano (se tivesse o mínimo de preocupação, teria garantido a celeridade das obras dos presídios novos)”, por exemplo.

inteligência prisional para combater o “crime organizado” e o “aumento da criminalidade”.

Ainda no interior da argumentação exposta, proferida pelo mesmo ator, aponta-se, em um segundo nível de atuação, de caráter subsidiário à imposição da obrigação ao Poder Executivo de “resolver”⁸ o problema, a necessidade de *contribuição do Poder Judiciário* para aplacar a situação de superlotação carcerária. Nesse sentido, e dentro de um contexto de pedidos judiciais voltados ao desencarceramento de presos provisórios,⁹ o membro do Ministério Público inclui o Poder Judiciário na problemática abordada, buscando obter uma solução imediata e urgente para um problema crescente, que não se resolveu com a concessão do pedido de interdição da unidade prisional. A contribuição do Poder Judiciário à superlotação carcerária é apontada como realizada “por seus Juízes Criminais”, “quando mantêm indevidamente presos provisórios por até três anos, em total afronta ao princípio constitucional da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVII da CF/88)”, bem como das decisões do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

É interessante observar como, nas ações de interdição, está presente a elaboração de pedido ao Poder Judiciário para que “resolva” o problema da superlotação carcerária. Neste contexto, em que o Poder Executivo é apontado como causador do problema, o Poder Judiciário é visto como instituição apartada da situação, considerada hábil a determinar sua solução por meio de uma decisão judicial. Contudo, diante do descumprimento reiterado da decisão, a estratégia é alterada e busca-se o uso de outras ações desencarceradoras com resultado considerado mais

- 8 Nesta argumentação, indica-se a necessidade de “resolução” do problema pelo Poder Executivo, e não sua atenuação ou contenção.
- 9 No desenrolar das ações de interdição, percebe-se a utilização de outros tipos de estratégia com objetivo de buscar o efetivo cumprimento de decisão judicial favorável, concedendo a interdição da unidade prisional. Neste sentido, cito (i) a impetração de *habeas corpus* coletivo requerendo a “suspensão das prisões deferidas contra todos os presos preventivamente há mais de um ano na Casa de Prisão Provisória, substituindo-as pelo monitoramento eletrônico, até o julgamento final dos processos criminais”; (ii) pedido de relaxamento da prisão de pessoas encarceradas provisoriamente há mais de 120 dias no Centro de Triagem; (iii) pedido de retirada das tornozeleiras eletrônicas instaladas nos presos do regime aberto, por 45 (quarenta e cinco) dias, para possibilitar a instalação nos presos provisórios e nos reeducandos que forem progredidos para o regime semiaberto.

ágil. No uso dessas *outras estratégias*, é apontada também a *contribuição* do Poder Judiciário no agravamento do quadro de superlotação. Entretanto, essa contribuição é percebida como mais relacionada à morosidade da instituição, que mantém prisões preventivas por longos períodos, do que relacionada à atuação voltada ao uso excessivo da pena de prisão.¹⁰

Importante ressaltar que, apesar da verificação de certa *contribuição* do Poder Judiciário na superlotação carcerária, neste argumento, visualiza-se que a solução para o problema está na ampliação de vagas no sistema, ainda que por meio de celas modulares,¹¹ sendo que os diferentes tipos de pedido de desencarceramento configuram-se em medidas paliativas diante da impossibilidade de criação imediata de vagas no sistema prisional.

Por fim, destaco que dentro desse argumento, apresentado por um membro do Ministério Público, não consta a indicação de ações realizadas por outros atores dessa mesma instituição que possam causar ou contribuir para o problema da superlotação carcerária, diferentemente do apontado pelo ator MP3.

3.3. PROBLEMA DO PODER EXECUTIVO – SOLUÇÃO REQUER A PARTICIPAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA UTILIZAÇÃO DE MEDIDAS ALTERNATIVAS (MP1)

Tal como os demais argumentos apresentados, este aponta a omissão do Poder Executivo no pedido de interdição de determinada unidade prisional. Nesse contexto, afirma-se que

mesmo conscientes dos reflexos nefastos do encarceramento de pessoas em prisões superlotadas (...), os gestores da Secretaria de Segurança Pública e Administração Penitenciária insistem em ignorar essa realidade, limitando-se a repetir os erros do passado, fazendo das prisões simples depósitos de pessoas sem qualquer respeito aos limites físicos de ocupação.¹²

- 10 Importante ressaltar que esta pesquisa se refere a unidades prisionais destinadas à manutenção de pessoas encarceradas provisoriamente.
- 11 Modelo de cela de concreto com capacidade anunciada para 12 pessoas em um espaço de 14,25 m².
- 12 Trecho retirado da petição inicial do pedido de interdição da unidade prisional Centro de Triagem, localizada no Complexo Prisional de Aparecida de Goiânia.

Desta maneira, considerando que diante de um contexto de extrema superlotação carcerária, “fechar a porta de entrada é a providência preliminar mais urgente”,¹³ é utilizada a ação de interdição como meio para conter a superlotação da unidade prisional. Contudo, por meio da realização de entrevista com o ator que emite esse argumento, aponta-se a preferência pela tentativa de resolução do problema de modo administrativo, “no sentido de limitar a ocupação, de gerenciar melhor as vagas disponíveis”, evitando-se ao máximo a judicialização. A reflexão realizada por esse ator é a de que a judicialização acaba “não resolvendo o problema” e, ao contrário, faz com que este se perpetue.

O ponto de divergência com relação ao argumento utilizado pelo outro ator pertencente ao Ministério Público (MP2) consiste na indicação sobre o que precisa ser feito em um momento posterior à interdição da unidade prisional superlotada. Enquanto no argumento apresentado (MP2) aponta-se a necessidade de ampliação de vagas, neste argumento (MP1) é abordada a necessidade de “atuação integrada do Poder Judiciário, para que seja verificada (ou revista) a apreciação de outras alternativas à prisão provisória”. É possível observar, neste argumento, que é um dos poucos que não indica a necessidade de construção de vagas para resolver o problema da superlotação, uma orientação em sentido diverso daquele em que caminham os outros atores do campo. Neste argumento, é questionado o próprio uso da prisão como meio de controle social a partir de determinados critérios de seletividade. Conforme foi informado em entrevista por este ator (MP1), sua “atuação se pauta fundamentalmente na defesa de Direitos Humanos, e isso nem sempre é muito comum no âmbito do Ministério Público”. Também é relatada a dificuldade da atuação nesse sentido, que denomina como “contramajoritária”.

Ainda por meio da realização de entrevista com este ator (MP1), foi possível acessar informações sobre sua atuação em um pedido de interdição do regime semiaberto, em que foi limitada a ocupação da unidade prisional em aproximadamente 200 pessoas, ocorrendo a liberação das pessoas que excediam esse número. A partir disso, se houvesse a “necessidade” de ingresso de uma nova pessoa nesta unidade, outra deveria necessariamente ser liberada. Por meio da realização de um cálculo matemático, a

¹³ Idem nota anterior.

cada duas pessoas que saíam, uma vaga seria liberada, criando uma “rotina descendente na ocupação”, uma proposta muito parecida com a estratégia baseada na teoria do *numerus clausus*, desenvolvida no estado do Paraná. A decisão, que foi concedida, segundo este ator (MP1), “por um juiz substituto muito corajoso”, colocou em liberdade aproximadamente 300 homens, “e isso gerou uma repercussão”. Segundo este ator, após a decisão teria ocorrido uma alteração no juiz responsável por esta vara e a revogação da decisão. Contudo, mantida a ordem com relação àqueles que já haviam sido beneficiados.

A situação relatada ajuda a perceber o quanto o sucesso/insucesso da utilização de uma ação de interdição – e também de outros tipos de estratégias de contenção da superlotação carcerária – está muito relacionada à atuação do magistrado a quem será atribuída esta ação. De acordo com o membro do Ministério Público que expõe este argumento, “o Poder Judiciário tem todas as condições de enfrentar o problema da violência no cárcere”. Como acredita nesta possibilidade jurídica, este ator apresenta tais propostas que, segundo ele, “do lado de lá [Judiciário] soa mais como provocação do que como requerimento”.

3.4. PROBLEMA CAUSADO PELO PODER EXECUTIVO PELO DESCUMPRIMENTO DA DECISÃO DE INTERDIÇÃO E NÃO CRIAÇÃO DE VAGAS (J1)

Por meio deste argumento, emitido por membro do Poder Judiciário (J1), o problema da superlotação carcerária, além de ser da alçada do Poder Executivo, que é o poder que detém a custódia do preso, manifesta-se como um reflexo do *aumento da criminalidade*. Nesse sentido, são referidos incessantemente a omissão do Executivo e o “descaso, a ausência de vontade” em cumprir as determinações judiciais de interdição das unidades prisionais superlotadas. A ação de interdição, de acordo com este ator (J1), ocorre quando o Judiciário chama “o Governo para a responsabilidade dele”. Este argumento insiste na necessidade de ampliação de vagas e na transferência de pessoas aprisionadas, ainda que comprovada a impossibilidade de cumprimento da decisão (quase todas as unidades do Estado estão interditadas judicialmente).

Com o descumprimento reiterado da decisão de interdição e a confirmação da decisão em outros momentos, em um certo ponto impõe-se multa diária ao Poder Executivo pelo descumprimento da obrigação. A utilização da sanção econômica objetiva a reversão do dinheiro para a amplia-

ção de vagas, medida considerada essencial pelo sistema jurídico e capaz de resolver o problema da superlotação.

Com relação ao discurso vinculado à defesa dos direitos humanos que aponta a prisão como incapaz de resolver problemas sociais, este mesmo ator (J1) argumenta: “direitos humanos, eu acho muito interessante quando nada aconteceu com ‘ele’, porque quando a pessoa é vítima, ou de homicídio, ou latrocínio, a família que perdeu essa pessoa não pensa assim”.¹⁴ Em contrapartida, também afirma que apesar de a “polícia prender bem”, nem toda prisão preventiva precisa ser mantida, mas que, em alguns casos, a manutenção ocorre por conta do “histórico do cidadão”¹⁵ e da cobrança que a sociedade faz ao Poder Judiciário.

Por meio de conversas informais, também foi possível observar que, do ponto de vista de outros atores do sistema de justiça criminal, como os pertencentes à Defensoria Pública, é constatada certa contradição na argumentação e atuação exercida por parte do ator do Poder Judiciário (J1) que emitiu os argumentos apresentados. Ao mesmo tempo em que se relata elevado número de casos de liberação concedidos em audiências de custódia por esse magistrado, aponta-se ausência de visitas nas unidades interditadas pela corregedoria e certa insensibilidade com a questão da superlotação e outras violações presentes no cárcere. Além disso, como também foi possível observar em entrevista, vinculado aos argumentos de J1 está presente um discurso em torno do aumento da criminalidade e da elevada reincidência¹⁶ provocada pela “reiteração de delitos”, com destaque para a cobrança feita pela sociedade.¹⁷

14 Trecho retirado de transcrição de entrevista anonimizada.

15 E, continua: “(...) ‘por que tem tanto?’ porque eles são delinquentes mesmo, praticam delitos mesmo, e aí como é que faz? Vai deixar solto? Ele faz de novo e deixa solto de novo?”.

16 Trecho retirado de transcrição de entrevista anonimizada: “A reincidência aqui (...) é muito grande. Eu posso dizer a você que ela beira a 70%. Então, ele está preso provisoriamente porque ele já é objeto do sistema prisional, ele já entrou no sistema prisional, às vezes ele já cumpriu uma parte da pena, saiu e voltou a roubar de novo. Voltou a furtar novamente. Então, às vezes o juiz não solta por causa do histórico dele”.

17 Trecho retirado de transcrição de entrevista anonimizada: “quem está lá [na prisão], tem um histórico muito triste, de reiteração de delitos. Aí, existe também a sociedade que cobra. Como é que vai ficar soltando? Acaba de prender um ladrão, solta o ladrão. O cara assaltou, mão armada, tomou o carro da pessoa, e no outro dia tá solto de novo.

3.5. PROBLEMA EXCLUSIVO DO PODER EXECUTIVO, QUE NÃO PODE SER TRANSFERIDO AO PODER JUDICIÁRIO (J4)

Neste argumento, o problema da superlotação carcerária é percebido como responsabilidade exclusiva do Poder Executivo, não podendo refletir em nenhum tipo de alteração na conduta dos magistrados. Apresentado no âmbito de um movimento de membros do Poder Judiciário contrários à implementação do Projeto Ocupação Prisional Taxativa, considera que a observação do limite de vagas pelo juiz no momento de determinar uma prisão é vista como um “desrespeito à sua autonomia funcional”. O argumento utilizado é o de que “os juízes estariam cumprindo a lei, quem não estaria observando-a seria o Poder Executivo”. Nesse contexto, indagações como “quem é você pra me dar limitação?” foram direcionadas aos atores responsáveis pela elaboração e implementação da estratégia (J3). A força dessa resistência, a orientação da ação no sentido de incorporação de adeptos e o ataque àqueles que se vinculavam ao Projeto tornaram a continuidade da política insustentável, determinando seu recuo.

Importante destacar que as informações obtidas com relação a esse argumento aparecem na entrevista realizada com membro do Poder Judiciário (J3) que esteve à frente da elaboração e implementação do Projeto Ocupação Prisional Taxativa. Deste modo, apesar de muito importantes para compreender as disputas em torno da estratégia, é necessário ressaltar a ausência de informações obtidas diretamente com os atores que teriam exposto tal argumento. Em todo caso, o compartilhamento da experiência vivenciada por um ator que acompanhou o desenrolar da tentativa de implementação de uma estratégia de redução da superlotação carcerária mostra-se extremamente rico para a compreensão do tema em análise.

3.6. PROBLEMA CONCERNENTE AO PODER EXECUTIVO PELA NÃO CRIAÇÃO DE VAGAS – NECESSÁRIA COLABORAÇÃO DE MEMBROS DO PODER JUDICIÁRIO (E4)

Neste argumento, a reflexão é feita por ator do Departamento Penitenciário Estadual (DEPEN), reconhecendo a importância da contribuição dos membros do Poder Judiciário para a resolução do problema da superlotação carcerária, mas também indicando a falha do Poder Executivo em ampliar as vagas no sistema. Manifestado no âmbito do Projeto Ocupação Prisional Taxativa, aponta-se que, além da construção de novas unidades para abrigar

o excedente de pessoas presentes nas carceragens de delegacias superlotadas, também é importante a realização da gestão das vagas pelos magistrados. Mesmo havendo o reconhecimento da importância da *colaboração* do Poder Judiciário, a criação de vagas é vista como ação indispensável. Para o ator que emite este argumento, o recuo do Projeto Ocupação Prisional Taxativa decorreu da falha do DEPEN em prover novas vagas no sistema prisional.

Para além da questão da superlotação carcerária, este ator (E4) acredita ser possível a realização de *tratamento penal* no interior de unidades prisionais, se o local observar seu limite ocupacional. Deste modo, difere do indicado (indiretamente) por outros atores que, por meio de seus argumentos, apontam a necessidade de ampliação de vagas para que o desencarceramento não provoque uma “sensação de impunidade”. Ao expor em seu argumento a crença na possibilidade de promover algum tipo de reabilitação daqueles que se encontram em uma unidade prisional, este ator destoa de outras considerações mais voltadas à utilização da prisão como meio de dissuasão do indivíduo.

4. COMPREENSÃO DA SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA COMO UM PROBLEMA DE ATUAÇÃO DOS MÉMBROS DO PODER JUDICIÁRIO

Apesar da divisão feita neste trabalho entre atribuição do problema da superlotação carcerária como concernente ao Poder Executivo ou ao Poder Judiciário, é importante destacar que no interior destas categorias estão presentes diversas nuances na indicação de quais são as causas e de quem teria obrigação de resolver o problema. Essa divisão, feita para melhor organização do texto, não exclui a possibilidade de arranjo das mesmas informações de outro modo. Assim, os argumentos expostos a seguir se relacionam com uma percepção do problema que atribui um papel mais significativo à atuação do Poder Judiciário, ainda que também considere encargos ao Poder Executivo.

4.1. PROBLEMA ATRIBUÍDO À MOROSIDADE DO PODER JUDICIÁRIO (E1)

Trata-se de reflexão apresentada por ator inserido no caso das ações de interdição, em um contexto de extrema superlotação referente a presos provisórios, isto é, ainda sem condenação. Por considerar a lentidão do sistema

relacionada ao problema da superlotação carcerária, neste posicionamento também se argumenta que *apenas* a construção de novas unidades prisionais não resolverá o problema do déficit de vagas, afirmando que “o sistema deveria ser mais rápido, muito falho o sistema. Só construir prisões não vai resolver o problema. Temos que pensar em alternativas”.

Ao expor a necessidade de se pensar em alternativas, este ator aponta algumas ações que também estão relacionadas ao âmbito de atuação do Poder Executivo, como, por exemplo, a possibilidade de o sistema fornecer “melhores condições para o preso trabalhar e sobreviver”, uma vez que este deveria “arcar com a responsabilidade pelo que fez”. Afirma que “enquanto sociedade estamos pagando pelo erro que o preso cometeu”. Salientando o papel da vítima, aponta que esta “tem sua liberdade ceifada e tem que pagar para o preso permanecer na cadeia”. Para este ator (E1), a pessoa encarcerada é quem deveria “fornecer qualidade de vida para as pessoas afetadas”. Neste sentido, também aposta na concessão de qualificação e oportunidades àqueles que se encontram privados de liberdade, salientando que esse trabalho deveria ser obrigatório, servindo também para pagar o custo que a pessoa presa gera ao Estado.¹⁸

4.2. PROBLEMA ESTÁ NA ATUAÇÃO ILIMITADA DO PODER JUDICIÁRIO, QUE IMPOSSIBILITA ATUAÇÃO DO PODER EXECUTIVO (J3)

Neste discurso, acredita-se que a gestão que deveria ser realizada pelo Poder Executivo fica inviabilizada diante da atuação desmedida do Poder Judiciário na determinação de prisões. No contexto em que este argumento se manifesta, foi possível observar uma relação de proximidade e colaboração entre atores do Poder Judiciário e da Administração Penitenciária. Aqui, não se defende a construção de novas unidades prisionais, mas sim a *utilização do aprisionamento apenas em casos necessários, nos termos da legislação*. Neste cenário, a situação de superlotação carcerária não é vista como um problema *apenas* do Poder Executivo, salientando-se a importância da atuação do Poder Judiciário na gestão das vagas disponíveis. Resta indicada,

¹⁸ Trecho retirado de transcrição de entrevista anonimizada: “Se a gente qualificasse mais, desse mais oportunidades... E que realmente fosse obrigado! ‘Você tem que trabalhar!’ ‘Você vai comer? Tem que pagar pela sua comida!’ A CPP tem 3.200 homens, aí nós temos que morrer de trabalhar, pagar impostos para manter os presos lá, cometendo crimes lá de dentro. A sociedade não aguenta isso”.

portanto, a necessidade de se levar em consideração, no momento da determinação de uma ordem de prisão, também a condição estrutural e as vagas disponíveis na unidade prisional.

É interessante observar como, apesar de voltar a atenção para a atuação judicial no tocante à utilização excessiva da prisão preventiva, sem se atentar às condições da unidade prisional, este argumento não exclui o uso do aprisionamento em determinadas situações. O ponto em debate não é o desencarceramento de todo excedente de presos. Não se identificam críticas à seletividade do sistema prisional, ao uso da prisão como meio de controle social, ou como sanção *necessária*. Trata-se de algo muito mais “simples”: a gestão do espaço prisional, e a efetivação do princípio da “*ultima ratio*” (ou intervenção mínima), em matéria penal. Ou seja, utilizar a prisão apenas para os casos mais graves, enfrentando o problema da superlotação ao utilizar outros tipos de sanção para condutas consideradas de menor gravidade.

Neste argumento considera-se que a atuação do Judiciário deve funcionar como um filtro, selecionando os casos que comportam (ou não) a utilização da prisão:

Aqui chegou num ponto tão interessante, que daí tinha o discurso: ‘polícia prende, juiz solta’. Daí a calamidade foi tão grande, que a polícia começou a falar: ‘não dá mais, polícia prende juiz não solta, não tem mais onde colocar’. Porque o filtro seria o Judiciário. A polícia, muitas vezes, ela se depara com a situação e ela não pode dizer assim: ‘isso não é nada’. Ela tem que recolher, e aí, o juiz vai analisar. E é isso, tem esse filtro, imagina quantas prisões não são feitas enquanto a gente está conversando.¹⁹

Assim, resolvendo o problema da superlotação, de acordo com o ponto de vista do ator que exprime este argumento (J3), espera-se que a unidade prisional funcione como “uma ferramenta pública de melhora das pessoas”, isto é, “que elas passem um período lá e não voltem a praticar crimes”. Contudo, mesmo direcionado para o controle da lotação da unidade prisional, selecionando apenas os casos de “maior gravidade” para permanecerem no cárcere, a estratégia que visava a gestão de vagas pelos próprios magistrados encontrou uma enorme resistência por membros da própria instituição (J4). Neste movimento de oposição ao Projeto, apontava-se a existência de violação ao princípio da independência funcional do juiz.

¹⁹ Trecho retirado de entrevista anonimizada.

Esta forte resistência, proveniente de atores identificados com o código J4, indicava que “os juízes estariam cumprindo a lei, e quem não a estaria observando seria o Poder Executivo”. O Judiciário, portanto, não deveria se envolver. De acordo com o ator J3, ocorreu “um jogo de culpa, e não de quais seriam as responsabilidades de cada um”. Contudo, para este mesmo ator (J3), atentar ao limite de vagas também se configura como responsabilidade do(a) magistrado(a), incluído no termo “autoridade”, previsto no art. 40 da Lei de Execução Penal.²⁰

4.3. PROBLEMA CAUSADO PELA POLÍTICA DE ENCARCERAMENTO EM MASSA ADOTADA PELO PODER JUDICIÁRIO, QUE IMPOSSIBILITA A ATUAÇÃO DO PODER EXECUTIVO (E2)

Este argumento indica a existência de uma “postura de enclausuramento” por parte do Poder Judiciário que “torna inócua qualquer tentativa de solucionar a problemática, na medida em que frustra a efetiva atuação do Poder Executivo na gestão do sistema prisional”. Este argumento é justificado afirmando que “a possibilidade material de criação de vagas no sistema prisional é incapaz de acompanhar o crescimento da população carcerária, que se dá em progressão geométrica”. Salienta que “enquanto prevalecer essa política de encarceramento em massa, quaisquer esforços no sentido de viabilizar a criação de novas vagas no sistema prisional serão incapazes de *solucionar* a situação deficitária”. Alega, também, que “o Poder Executivo, ainda que multiplique sua capacidade de criar vagas no sistema, continuará incapaz de dar vazão ao *crescimento exponencial* da população carcerária, avalizado pela *sede de encarceramento* continuamente manifestada pelo Poder Judiciário”. Neste contexto, posiciona-se a favor da utilização de medidas alternativas ao cárcere.

Importante ressaltar que, apesar da identificação do argumento anterior como o principal na manifestação processual analisada, tratando-se de um contexto de ação de interdição, vinculada a este discurso também consta a informação sobre a aquisição de 256 celas modulares pelo Poder Executivo. A aquisição dessas celas criaria 3.072 novas vagas no sistema prisional. Segundo consta em manifestação processual proveniente deste ator (E2), este modelo de cela de concreto teria capacidade para abrigar

²⁰ Art. 40, Lei de Execução Penal: “Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral dos condenados e dos presos provisórios”.

12 pessoas em um espaço de 14,25 m². Afirma-se, inclusive, que com a utilização dessas celas modulares será possível cumprir “o princípio de humanização da pena”.²¹

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por meio das informações obtidas com a pesquisa, foi possível identificar diversas questões sobre o modo de atuar de determinados profissionais do sistema de justiça criminal quando inseridos em um contexto de superlotação carcerária. A observação da situação de superlotação, a movimentação para gerar algum tipo de alteração nessa situação considerada “violadora de direitos humanos”, bem como os obstáculos postos a uma efetiva mudança da situação permitem visualizar alguns aspectos sobre como os poderes Executivo e Judiciário lidam com um problema em comum. Isto é, o modo como entendem a questão, a maneira como organizam suas práticas a partir disso e, principalmente, como se manifesta a distinção entre o poder que determina uma obrigação e aquele que “deve” apenas cumpri-la, ou justificar o descumprimento.

Nas ações de interdição, foi possível observar que, ao se recorrer ao Poder Judiciário para obter uma alteração em um quadro de violação de direitos humanos provocado pela superlotação carcerária, o problema é observado como pertencente ao campo de atuação do Poder Executivo. Tal perspectiva retira a possibilidade de contribuições do Poder Judiciário à situação observada, uma vez que, não sendo considerado participante no aumento da superlotação, o Poder Judiciário vê-se acionado para determinar a interrupção no quadro de violação de direitos. A decisão judicial, neste contexto, é vista como instrumento capaz de resolver um problema extremamente complexo, por reconhecer a situação como *violadora*, determinando que o Poder Executivo providencie a sua interrupção.

A decisão de interdição localiza o problema da superlotação carcerária como pertencente ao campo de gestão do Poder Executivo e, portanto, exterior ao campo de atuação do Direito. A utilização desta “estratégia argumentativa”, de “localizar o problema carcerário no interior da política para

²¹ Os trechos que aparecem entre aspas referem-se à manifestação retirada de processo de ação de interdição de unidade prisional.

tratá-lo no Direito, consiste num deslocamento do problema em relação ao exterior do sistema jurídico” (DE GIORGI e VASCONCELOS, 2018, p. 488).²² O problema é que ao fazer esta operação, são ocultadas outras formas de violação de direitos perpetradas por atores do Poder Judiciário, e que se refletem no aumento da lotação carcerária. A determinação da prisão preventiva fora das hipóteses legalmente previstas é apenas um exemplo mais próximo a esta pesquisa.

Ao se decidir pela interdição de uma unidade prisional superlotada, apontando a omissão do Poder Executivo em resolver a situação, não são feitas considerações sobre o fato de ser o Poder Judiciário quem determina ordens de prisão cotidianamente. Questões sobre razoabilidade, proporcionalidade ou eventual abuso no uso do aprisionamento em caráter preventivo não são considerados pelos atores deste Poder quando abordam o problema da superlotação carcerária como omissão do Poder Executivo. Além disso, ainda que tenham sido apresentados argumentos que contestem a atuação diária dos magistrados, por atores de outras instituições como o Ministério Público e a Procuradoria Geral do Estado, o argumento em torno da necessidade de construção de novas vagas pelo Poder Executivo está quase sempre em evidência. Esta situação demonstra que, ainda que seja apontada alguma *contribuição* do Poder Judiciário, o problema, que também é considerado um reflexo do “aumento da criminalidade”, continua a ser percebido como de obrigação do Poder Executivo, a quem caberia construir novas unidades. Esta situação também vai ao encontro da resistência com relação à adoção de medidas desencarceradoras, reforçando a ideia de que o problema da falta de espaço se resolve com mais espaço, e não com menos prisões. Importante ressaltar que ainda que alguns atores tenham suscitado a presença de alguma participação do Poder Judiciário no problema da superlotação, esses argumentos são ignorados no processo de interdição, que é controlado por atores do próprio Poder Judiciário.

Por outro lado, no Projeto Ocupação Prisional Taxativa ocorre uma reflexão de alguns atores do Poder Judiciário sobre a própria prática, indicando a necessidade de algum tipo de controle no uso da prisão, com base

²² Neste texto, De Giorgi e Vasconcelos analisam a decisão cautelar proferida pelo Supremo Tribunal Federal, na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347. Apesar de observar outro nível de atuação dos poderes Judiciário e Executivo, a análise sobre o modo como se relacionam esses poderes em um contexto de violação de direitos muito se relaciona com os dados empíricos apresentados neste texto.

na situação do estabelecimento prisional. Neste contexto, observa-se a presença de uma atuação bastante próxima e compreensiva entre os atores do Poder Judiciário que pensaram a estratégia e os atores do Departamento Penitenciário Estadual. Ao compreender que o Poder Judiciário também faz parte da construção do problema, a relação entre alguns atores desses dois poderes torna-se mais harmônica e cooperativa, voltada à divisão de tarefas que objetiva atenuar a situação em vez de indicar e determinar ordens aos considerados “culpados” por ela.

Por fim, a reação opositiva manifestada por outros membros do Poder Judiciário com relação à implementação da estratégia demonstra algumas particularidades da relação e dos argumentos utilizados por esses dois Poderes no campo prisional. Ainda que não se trate de uma decisão de interdição, é possível perceber o deslocamento do problema pelo Poder Judiciário como concernente ao Poder Executivo, quando utiliza o argumento de que “os juízes estariam cumprindo a lei, mas o Poder Executivo não”. Em nome do “princípio da autonomia funcional do juiz”, o projeto é paralisado e visto de modo negativo por muitos atores do Judiciário. Interessante observar que a intervenção do Poder Judiciário na gestão estatal, determinando a construção de vagas, não é considerada uma violação ao princípio constitucional da “separação de poderes”, mas uma atuação legítima diante de um estado de extrema violação de direitos. Contudo, quando se aponta a contribuição do Judiciário a este estado de extrema violação de direitos, invoca-se outro princípio constitucional, o da “independência funcional do juiz”, que permite ao Poder Judiciário atuar sem a necessidade de atentar ao estado de superlotação e de violação de direitos presente no ambiente prisional.

REFERÊNCIAS

- 10 medidas para o sistema prisional. *Conectas Direitos Humanos*, São Paulo, 2017. Disponível em: <https://www.conectas.org/noticias/10-medidas-para-o-sistema-prisional>. Acesso em: 16 mar. 2020.
- 16 medidas contra o encarceramento em massa. *Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, Pastoral Carcerária, AJD e CEDD/UnB*. Brasília, 2017. Disponível em: https://www.ibccrim.org.br/docs/2017/16MEDIDAS_Caderno.pdf. Acesso em: 16 mar. 2020.
- 2018 começa com violência e superlotação em presídio de Goiás. *Exame*. Brasil, 3 jan. 2018. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/brasil/violencia-e-superlotacao-em-presidio-de-go/>. Acesso em: 16 mar. 2020.

- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Banco Nacional de Monitoramento de Prisões – BNMP 2.0*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2018/01/57412abdb54eba909b3e1819fc4c3ef4.pdf>. Acesso em: 16 mar. 2020.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Departamento de Fiscalização e Monitoramento. *Mutirão Carcerário Realizado no Estado do Paraná: Relatório Geral*. Brasília, 21 jun. 2010. Disponível em: http://www.justica.pr.gov.br/sites/default/arquivos_restritos/files/migrados/File/sigepsemiaberto/CNJ_relatorio_parana.pdf. Acesso em: 16 mar. 2020.
- BRASIL. Ministério da Justiça. *DEPEN: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*. Atualização – Junho 2016. Organização: Thandara Santos. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2017. Disponível em: http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf. Acesso em: 16 mar. 2020.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Grupo de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e de Medidas Socioeducativas. Resolução nº 1, de 10 de maio de 2017. Paraná, 2017. Disponível em: http://www.criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/Resolucao_GMF_PR_01_2017.pdf. Acesso em: 16 mar. 2020.
- BRASIL. Tribunal de Contas do Estado do Paraná. *Plano Anual de Fiscalização – PAF 2017*. Disponível em: <https://www1.tce.pr.gov.br/conteudo/paf2017/319600>. Acesso em: 16 mar. 2020.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Portaria nº 5510-D.M. Paraná, 2017.
- BRUYNE, Paul de; HERMAN, Jacques; SCHOUTHEETE, Marc de. *Dinâmica da pesquisa em Ciências Sociais: os polos da prática metodológica*. Tradução de Ruth Joffily. Rio de Janeiro: F. Alves, 1977.
- CARNIFICINA em presídios deixou mais de 130 mortos neste ano. *Carta Capital*, 16 jan. 2017. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/sociedade/carnificina-em-presidios-deixou-mais-de-130-mortos-neste-ano>. Acesso em: 16 mar. 2020.
- DE GIORGI, Raffaele; VASCONCELOS, Diego de Paiva. Os fatos e as Declarações: reflexões sobre o estado de ilegalidade difusa. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 1, 2018.
- DGAP apresenta protótipo de celas modulares que serão utilizadas para ampliação de vagas em presídios. Comunicação Setorial DGAP. Goiânia, 3 maio 2018. Disponível em: <https://www.seap.go.gov.br/noticias/dgap-apresenta-prototipo-de-celas-modulares-que-serao-utilizadas-para-ampliacao-de-vagas-em-presidios.html>. Acesso em: 16 mar. 2020.
- DIAS, Camila Nunes; GONÇALVES, Rosângela Teixeira. Apostar no encarceramento é investir na violência: a ação do Estado na produção do caos. *G1 e Núcleo de Estudos da Violência da USP*, 26/04/2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2019/04/26/apostar-no-encarceramento-e-investir-na-violencia-a-acao-do-estado-na-producao-do-caos.ghtml>. Acesso em: 16 mar. 2020.
- EPSTEIN, Lee; KING, Gary. *Pesquisa empírica em direito* [livro eletrônico]: as regras de inferência. São Paulo: Direito GV, 2013. (Coleção Acadêmica Livre)
- FEELEY, Malcolm; RUBIN, Edward. *Judicial policy making and the modern state: how the courts reformed America's prisons*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 1998.
- FEELEY, Malcom; SIMON, Jonathan. The New Penology: Notes on the Emerging Strategy of Corrections and Its Implications. *Criminology*, v. 30, n. 4, p. 449-474, 1992.
- MACHADO, Máira Rocha. *O Estudo de Caso na Pesquisa em Direito*. In: MACHADO, Máira Rocha (org.). *Pesquisar empiricamente o direito*. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017.

MENEZES, Jairo. Celas pré-moldadas devem diminuir superlotação, avalia governo. *Mais Goiás*, Goiânia, 3 mai. 2018. Disponível em: <https://www.emaisgoias.com.br/celas-pre-moldadas-devem-diminuir-superlotacao-avalia-governo-veja-fotos/>. Acesso em: 16 mar. 2020.

MULHERES, política de drogas e encarceramento. *ITTTC*, São Paulo, 2016. Disponível em: <http://ittc.org.br/wp-content/uploads/2016/10/Guia-Mulheres-politica-de-drogas-e-encarceramento.pdf>. Acesso em: 16 mar. 2020.

PIRES, Álvaro. Amostragem e pesquisa qualitativa: Ensaio teórico e metodológico. In: POUPART, J. et al. *A pesquisa qualitativa – Enfoques epistemológicos e metodológicos*. Tradução de Ana Cristina Nasser. Petrópolis: Vozes, 2008.

PIRES, Álvaro. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. *Novos Estudos*, n. 68, março 2004.

PROPOSTAS para reduzir a superlotação e melhorar o sistema penitenciário. *Instituto de Defesa do Direito de Defesa*, São Paulo, jan. 2017. Disponível em: <http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2017/02/Encarceramento-2.pdf>. Acesso em: 16 mar. 2020.

QUIVY, Raymond; CAMPENHOUDT, Luc Van. *Manual de investigação em Ciências Sociais*. 5. ed. Tradução: João Minhoto Marques, Maria Amália Mendes e Maria Carvalho. Lisboa: Gradiva, 2008.

REGINATO, Andréia Depieri de A. Uma introdução à pesquisa documental. In: MACHADO, Máira Rocha (org.). *Pesquisar empiricamente o direito*. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017.

SIMON, Jonathan. *Mass Incarceration On Trial – A Remarkable Court Decision and the Future of Prisons in America*. New York: The New Press, 2014.

TÚLIO, Silvio. Administração Penitenciária apresenta celas modulares para tentar diminuir déficit de vagas em Goiás. *G1 GO*. 4 mai. 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/go/goias/noticia/administracao-penitenciaria-apresenta-celas-modulares-para-tentar-diminuir-deficit-de-vagas-em-goias.ghtml>. Acesso em: 16 mar. 2020.

VELASCO, Clara et al. Superlotação aumenta e número de presos provisórios volta a crescer no Brasil. *G1 e GloboNews*, 26/04/2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2019/04/26/superlotacao-aumenta-e-numero-de-presos-provisorios-volta-a-crescer-no-brasil.ghtml>. Acesso em: 16 mar. 2020.

YIN, Robert K. *Estudo de caso – Planejamento e Métodos*. Tradução: Ana Thorell. Porto Alegre: Bookman, 2010.

CAPÍTULO 4

ENTRE A PRESIDÊNCIA E A MAGISTRATURA: BASES INSTITUCIONAIS PARA O EXERCÍCIO DO PODER DE INDULTAR

Otávio Fantoni Constantino¹

INTRODUÇÃO

Disputas em torno dos sentidos e da amplitude das regras relacionadas ao Direito Penal têm sido constantes. Segundo Foucault (2013, p. 220), desde a consolidação das prisões como método principal de punição já se discutia a necessidade de reformá-las para adequá-las a condições mais civilizadas, o que mostra como propostas de mudança são intrínsecas a essa forma de punir. Hoje em dia, não tem sido diferente.

Nas últimas décadas, acompanhamos, no Brasil, movimentos por reformas do Sistema de Justiça Criminal, divididos, basicamente, em dois eixos distintos: um que almeja a sua limitação; e outro, a sua expansão. Independentemente das ideias que organizam cada eixo – muitas vezes, também plurais e conflitantes –, ambos adotam estratégias de incidência política voltadas aos órgãos do Estado responsáveis por delinear, executar e fazer cumprir as políticas criminais. É neste contexto que arenas políticas são instauradas em torno dos sentidos e do fazer punir.

São acionados o Legislativo Federal, competente para editar leis em matéria penal e processual penal; o Executivo Estadual, responsável pela gestão das polícias e dos presídios; e o Judiciário, intérprete e aplicador das normas, além de controlador/revisor da atuação dos demais poderes. Todavia, pouco se discute o papel do Executivo Federal na conformação do Sistema de Justiça Criminal, apesar do forte presidencialismo, comum à tradição latino-americana, que organiza o sistema político brasileiro.

Durante muito tempo, coube ao Governo Federal, com maior expressividade, a gestão da Polícia Federal e das poucas unidades prisionais federais, além da produção dos dados nacionais sobre o número de pessoas encarceradas. Recentemente, com a criação da Força Nacional e o uso do Exército para missões GLO (de Garantia da Lei e da Ordem), destinadas a conter situações

¹ Dissertação disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/47351/45365>. Acesso em: 10 mar. 2020.

consideradas de insegurança pública, a Presidência passou a participar mais ativamente desse sistema, mas de maneira a expandi-lo. Questiona-se, entretanto: haveria outras formas de participação, voltadas a reduzir o Estado Penal?

Motivado por essa indagação é que surgiu o interesse em estudar um poder específico do presidente: o de perdoar pessoas condenadas.

Prevista no art. 84, XII² da Constituição Federal, essa prerrogativa presidencial está presente no ordenamento jurídico brasileiro desde a Constituição Imperial de 1924 e é utilizada com frequência, pelo menos desde o fim da Ditadura Militar. Nesse período, ao fim de cada ano, foram editados pelo chefe do Governo Federal decretos contendo hipóteses gerais de cabimento do perdão, constituídas por requisitos variados, tais como: ter cumprido certo tempo de pena; não ter cometido determinado crime; não ter sido punido com falta grave etc., a serem preenchidos pelos potenciais contemplados.

Ocorre que, nos últimos anos, esse poder ganhou destaque no debate público e acabou no centro de mais uma arena decorrente da disputa entre os movimentos que buscam alterar o Sistema de Justiça Criminal. Para aqueles que almejavam limitá-lo, representou caminho possível para a redução da população carcerária, haja vista a edição de decretos cada vez mais benevolentes – isto é, com a previsão de mais hipóteses de cabimento e com requisitos menos exigentes (ALVES, 2016, p. 61; NETTO, 2019, p. 318) – entre os governos FHC e Dilma. Já para aqueles que buscavam expandi-lo, representou medida favorável à impunidade, à corrupção e contrária à separação de poderes por, supostamente, relativizar a quantidade de pena prevista pelo legislador e a condenação imposta pelo juiz.

Duas ações ilustram bem essa oposição: a primeira é a campanha feita entre 2015 e 2016 por organizações da sociedade civil para que a então presidente Dilma Rousseff assinasse um decreto de indulto destinado, especificamente, às mulheres condenadas; a segunda é a campanha contrária ao decreto de 2017, encabeçada pelos procuradores da Operação Lava-Jato, que resultou no ajuizamento da Ação de Direta de Inconstitucionalidade n.

2 “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: (...) XII - conceder indulto e comutar penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei; (...) Parágrafo único. O Presidente da República poderá delegar as atribuições mencionadas nos incisos VI, XII e XXV, primeira parte, aos Ministros de Estado, ao Procurador-Geral da República ou ao Advogado-Geral da União, que observarão os limites traçados nas respectivas delegações.”

5.874 e na suspensão, pelo STF, de alguns dos seus dispositivos, sob o argumento de que se tratava de medida produzida em favor de aliados políticos do presidente condenados criminalmente.

Esses discursos não são novos e ganham força a depender da conjuntura política. Entretanto, para que a pertinência deles seja avaliada de maneira mais sóbria, é necessário ter em mente os fatores que conformaram o poder de perdão no Brasil e o caminho pelo qual ele é exercido. Diante disso, o presente artigo busca apontar os motivos da existência dessa prerrogativa e iluminar as estruturas e as condições que lhe dão forma e pelas quais se concretiza.

1. ASPECTOS INSTITUCIONAIS DA EXISTÊNCIA DO PODER DE PERDOAR

Se as disputas em torno da amplitude do Direito Penal e de mudanças relacionadas à forma de punição são antigas, ainda mais antigas são as discussões sobre os usos e os limites do poder de perdão do soberano, cujas práticas remontam à Antiguidade (FERREIRA, 2011; RIBEIRO, 2015). Entretanto, contribuições importantes foram elaboradas por pensadores que ajudaram a alicerçar as bases do Estado e do Direito Penal modernos.

Montesquieu, por exemplo, preocupado em identificar as características relevantes para a manutenção de uma sociedade estável (ALBUQUERQUE, 2006, p. 114), tratou a desproporcionalidade das penas atribuídas a crimes distintos como um fator de desarranjo social e considerou o perdão como um possível remédio contra esse mal.

Quando não há diferença na pena, deve-se colocar essa diferença na esperança de perdão. Na Inglaterra, não se assassina, porque os ladrões podem ter a esperança de serem levados para as colônias, e não os assassinos. As cartas de indulto são um grande recurso dos governos moderados. Este poder de perdoar que o príncipe possui, executado com sabedoria, pode ter efeitos admiráveis. O princípio do governo despótico, que não perdoa e nunca é perdoado, priva-o destas vantagens. (MONTESQUIEU, 2000, p. 101-102)

O iluminista francês, defensor do regime monárquico, entendia que o perdão era um mecanismo especialmente importante para o rei, pois permitia a manutenção da devoção manifestada por seus súditos – conexão não garantida, segundo ele, apenas com o rigor da lei.

A clemência é a qualidade distintiva dos monarcas. Na república, onde se tem como princípio a virtude, ela é menos necessária. No Estado despótico, onde reina o temor, ela é menos costumeira porque é preciso que os grandes do Estado sejam contidos com exemplos de severidade. Nas monarquias, onde se é governado pela honra, que muitas vezes exige o que a lei proíbe, ela é mais necessária. (...) Os monarcas têm tanto a ganhar com a clemência, ela é seguida de tanto amor, eles tiram dela tanta glória, que é quase sempre uma felicidade para eles ter a oportunidade de exercitá-la; e isto quase sempre é possível em nossos países. (MONTESQUIEU, 2000, p. 103-104)

Posição semelhante foi compartilhada por Alexander Hamilton. O autor do artigo 74 de *Os Federalistas* também entendia que era preciso haver um mecanismo, quase irrestrito, que excepcionasse o Direito Penal, a fim de evitar a crueldade decorrente da sua aplicação.

[O presidente] está também autorizado “a conceder comutação de penas e perdão por crimes contra os Estados Unidos, exceto em caso de impeachment”. A humanidade e a boa política conspiram para ditar que a benigna prerrogativa do perdão deve ser tão pouco coibida ou complicada quanto possível. Os códigos criminais de todos os países partilham tal grau de necessária severidade que, sem um fácil acesso a exceções em favor da culpa deplorável, a justiça exibiria um semblante demasiado sanguinário e cruel. (HAMILTON *et al.*, 1993, p. 463)

Entretanto, diferentemente de Montesquieu, o americano argumentou que esse poder seria funcional ao Estado federativo, porque permitiria conter levantes facciosos mediante o oferecimento de uma saída pacífica e livre de retaliações aos insurgentes. Para tanto, tal prerrogativa não deveria ser atribuída ao Legislativo ou a qualquer corpo colegiado, dado que, em situações de crise, precisaria ser usada em tempo adequado, desimpedida da cadência dos debates públicos. Com efeito, também deveria ficar à cargo do presidente, por conta das qualidades da decisão individual, mais ponderada do que a tomada por uma coletividade efervescente:

Como o senso de responsabilidade é sempre tanto mais forte quanto menos partilhado, pode-se inferir que um único homem estaria mais disposto a atentar para a força dos motivos que poderiam indicar a mitigação do rigor da lei, e menos propenso a ceder a considerações destinadas a proteger um objeto próprio para a vingança desta. O pensamento de que o destino de uma criatura dependeria unicamente de sua ordem iria naturalmente inspirar escrúpulo

e cautela; o temor de ser acusado de fraqueza ou conivência geraria igual circunspecção, embora de tipo diferente. Por outro lado, como os homens geralmente extraem confiança de seu número, agindo em conjunto poderiam muitas vezes encorajar-se mutuamente num ato de obstinação, e poderiam ser menos sensíveis aos temores de suspeita ou censura por uma clemência não judiciosa ou exagerada. Por estas razões, parece ser preferível entregar o poder governamental de perdoar a um único homem que a uma assembleia de homens. (HAMILTON *et al.*, 1993, p. 464)

A ressalva quanto ao perdão de pessoas condenadas por processos de *impeachment* refere-se à necessidade, segundo o autor, de refrear possíveis impulsos do presidente em usar o poder do seu cargo a favor de interesses também facciosos. Seguindo o espírito de *Os Federalistas*, a limitação representava um remédio democrático para um mal democrático.

Em sentido diverso dos dois pensadores, Cesare Beccaria (1999, p. 136-137), apesar de considerar a graça “a mais bela prerrogativa do trono e o mais desejado atributo da soberania”, a definia como “uma improbação tácita das leis existentes”. Segundo o italiano, “a clemência (...) deveria ser suprimida de uma legislação perfeita em que as penas fossem brandas e o método de julgamento regular e rápido”, porque coloca em xeque um dos pilares do Direito Penal moderno: a certeza da condenação.

Segundo ele (muito mais preocupado com a racionalidade da pena do que com o funcionamento do Estado), o legislador é que deveria ser benevolente; já a lei e os seus executores, implacáveis. Contudo, sendo mais realista, reconhecia que “o perdão e a clemência [eram] necessários, na proporção do absurdo das leis e da crueldade das condenações” (BECCARIA, 1999, p. 136).

Em suma, esses três autores, enfatizando aspectos distintos, concordavam que o perdão do Soberano era medida necessária frente à desproporcionalidade da aplicação da lei penal em alguns casos. Os dois primeiros, inclusive, identificavam no manejo desse poder efeitos positivos a toda a sociedade e não apenas ao indivíduo agraciado. Por outro lado, foi o penalista quem ressaltou um problema intrínseco ao seu uso: a mitigação da lei. Já *O Federalista* apontou para outro, extrínseco: os motivos não virtuosos que poderiam levar o Soberano a usá-lo.

Basicamente, são esses argumentos que organizam os debates atuais em torno do indulto, os quais poderiam ser resumidos em dois pares de perguntas alternativas: 1) a lei e a sua aplicação devem ser absolutas, a despeito

das externalidades negativas que possam causar, ou medidas excepcionais³ são necessárias para corrigir seus efeitos? Considerando tais medidas necessárias, 2) elas devem ser estritamente limitadas, para garantir a sua excepcionalidade, ou devem ser amplas, para permitir que combatam com precisão as externalidades enfrentadas?

Essas questões não perpassam apenas a tensão existente entre a legitimidade de punir e a de perdoar. Na verdade, remetem a um dilema mais profundo sobre *quem controla o controlador*. Tratando sobre esse assunto para discutir os sentidos e as dificuldades de implementação do *Rule of Law*, o professor de direito Brian Tamanaha usou como exemplo o poder de perdão do presidente:

Outra manifestação do poder do Soberano sobre a lei era o de *dispensa* – ainda existente, de maneira residual, no poder dos chefes do executivo em perdoar penas –, pelo qual o rei ficava livre para declarar, em situações específicas, a sua não aplicação. Apesar de, historicamente, essa prerrogativa ter sido concentrada na figura do monarca, o problema de como limitar a origem do direito surge a despeito de o Soberano ser um rei ou o parlamento, ou qualquer outra pessoa ou órgão munido da força maior para elaborar ou fazer a lei ser cumprida.⁴ (TAMANAHA, 2003, p. 12)

Para além da riqueza da discussão filosófica que esse impasse possa levar, a minha preocupação (assim como a dos autores clássicos citados) é prática. É pensar *se e como* o Governo Federal pode intervir sobre as externalidades negativas do Sistema de Justiça Criminal por intermédio da sua prerrogativa.

Tomando o trabalho dos Federalistas como exemplo, eles já sabiam, no século XVIII, que o principal desafio na constituição de um Estado era desenhar instituições que impedissem o exercício arbitrário e tirânico do poder. E a saída encontrada por eles (inspirada em Montesquieu) foi

- 3 Por “*medidas excepcionais*”, refiro-me a medidas legais, previstas no ordenamento, e não extralegais, despóticas, como a intervenção militar ou a prática de tortura.
- 4 Tradução livre do trecho: “*Another manifestation of sovereign control over the law was the dispensing power – with a continued residual existence today in the pardoning power of chief executives – whereby the king had the power to declare in specific situations that the law did not apply. Although historically this issue has focused on the monarch, the problem of how to limit the source of the law arises whether the ‘sovereign’ is the king or a parliament, or some other person or body accorded with the ultimate power to make and enforce law*”.

separá-lo em ramos com funções e competências distintas, mas estabelecidos em relação, de modo que pudessem se limitar mutuamente (*checks and balances*). De certa forma, buscaram criar uma máquina, cujas engrenagens, ao mesmo tempo que a faziam funcionar, impediam que uma das partes girasse sozinha, absoluta. Contudo, eles também sabiam que não haveria equilíbrio perfeito entre forças opostas num governo – algo possível apenas sob as leis da mecânica (LIMONGI, 2006a, p. 250-251). Nesse sentido, medidas adicionais seriam necessárias para frear eventual descompasso.

Retomando o fio da meada e usando essa comparação para tratar da interação dos três poderes em torno das questões criminais, pode ser que o encaixe entre as atribuições do Legislativo e do Judiciário seja o mais adequado (tal como preconizava Beccaria). Mas essa articulação tem levado a resultados não tão desejados, como a aplicação de penas cruéis, o elevado número de pessoas presas e a não redução da ocorrência de crimes e do sentimento de insegurança.

Diante desse cenário, haveria mecanismos para sanar tais descompassos? A participação do Poder Executivo, mediante o uso da prerrogativa de perdoar penas, poderia ser uma forma de azeitar o arranjo, mas não totalmente livre de ruídos. Se sua participação contribui ou não para um funcionamento mais harmônico do sistema, é preciso investigar essa interação na prática para se chegar a alguma conclusão.

1.1. FUNCIONALIDADES DO PODER DE PERDOAR PENAS

A Constituição da República, inspirada na ideia de freios e contrapesos de *Os Federalistas*, previu uma série de mecanismos de controle recíproco e de compartilhamento de responsabilidades entre os poderes. Pensando nas prerrogativas do chefe do Poder Executivo, além da de perdoar penas, também foram conferidas a ele a de vetar projeto de lei, de iniciar processo legislativo sobre matérias específicas, de nomear ministros, de decretar estado sítio e de defesa, entre outras. Uma prerrogativa, em especial, que se assemelha à da clemência por envolver o poder normativo da Presidência e por sofrer críticas semelhantes (SAMPAIO, 2007, p. 18-19) quando utilizada, é o poder de editar Medidas Provisórias.

Tomemos ela de exemplo: apesar das críticas, essa prerrogativa mostrou-se muito necessária ao funcionamento do presidencialismo brasileiro, por

“estimula[r] o jogo cooperativo entre o Executivo e o Legislativo” (PAULA, 2016, p. 143) e viabilizar políticas públicas. Segundo Fernando Limongi (2006b, p. 23), a estrutura institucional estabelecida pela Constituição de 1988 impôs ao Executivo a tarefa de governar com amplo apoio parlamentar. De maneira semelhante ao sistema parlamentarista, o presidente governaria por meio da delegação da maioria congressual, e a Medida Provisória seria o instrumento com a função de superar eventuais bloqueios das minorias da Câmara e do Senado.

E a funcionalidade dessa prerrogativa estaria consubstanciada no fato de permitir ao chefe do Poder Executivo encabeçar a coalizão de governo por conta do seu protagonismo na iniciativa do processo legislativo e de conferir ao Poder Legislativo grande poder de veto, o que proporcionaria aos parlamentares: i) não assumir a iniciativa de medidas impopulares; ii) moeda de troca para barganhar com o Executivo; iii) não perder tempo com matérias técnicas ou politicamente irrelevantes; e iv) saber de antemão a repercussão das propostas a serem votadas, algo extremamente importante num universo de incertezas políticas (PAULA, 2016, p. 145). Em suma, “o Executivo legisla e o Parlamento governa, ambos mediante o uso das Medidas Provisórias” (SAMPALIO, 2007, p. 195).

Com relação ao poder de clemência, descrição semelhante sobre a sua função na interação entre os poderes no âmbito da aplicação e da gestão das penas ainda está por ser realizada, haja vista a escassez de estudos sobre o assunto. Todavia, a necessidade do instituto é nítida. Mudanças legislativas e judiciais não foram capazes de impedir a imposição de penas cruéis e desproporcionais em massa. Nunca houve tanta gente presa, no mundo e no Brasil. E aqui, sabemos sob quais condições: em celas superlotadas; sem limpeza, iluminação e ventilação adequadas; com falhas na assistência médica e jurídica; com pouca oferta de trabalho e estudo; monitorada por agentes prisionais mal treinados e mal remunerados, ou seja, ingredientes suficientes para rebeliões e massacres.

Foi pensando na disfuncionalidade do sistema penal e na garantia do direito da pessoa presa que a Assembleia Nacional Constituinte resolveu manter o poder de perdão nas mãos do presidente:

No Brasil, por ocasião da Assembleia Nacional Constituinte, a Deputada Benedita da Silva, em discurso proferido no dia 3 de agosto de 1987, durante a 120ª Sessão, aduziu que “a burocracia é o maior entrave para os presos, que têm direito a benefícios, como anistia, liberdade condicional, redução de

pena, indulto e transferência”. Por sua vez, na 127ª Sessão, o Deputado Costa Ferreira apresentou as Emendas nº 1P06170-0 e 1P07614-5, objetivando, no âmbito do sistema presidencialista, “um legislativo forte, com prerrogativa e plena liberdade”. Entre outras propostas, sugeriu manter a competência para a concessão do indulto com o Presidente da República, que poderia “conceder indulto e comutar penas, na forma legal”. A lei, desse modo, na proposta apresentada, regularia a forma de concessão do indulto. Contudo, acabou sendo mantida a redação da Constituição anterior (1969), atribuindo competência privativa ao Presidente da República para “conceder indulto e comutar penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei”. As discussões sugerem que o legislador constituinte não cogitou transferir para o Poder Legislativo a competência para a concessão do indulto e nem sequer permitiu a esse Poder regular essa atribuição para que a burocracia, decorrente da complexidade do processo de elaboração das leis, não acabasse por implicar na não aplicação do benefício. (ALVES, 2016, p. 195-196)

É importante frisar que o próprio Poder Legislativo delegou tal incumbência ao presidente da República. Ou seja, os responsáveis pela produção das leis é que previram esse mecanismo de mitigar alguns dos efeitos provocados por elas; provavelmente, por identificarem algumas funcionalidades nessa delegação – que se comprovou no tempo, dada sua inalterada permanência.

Uma delas pode ser retirada do excerto acima, o qual sugere que, nem a burocracia do processo legislativo (conforme conclusão do autor), nem a burocracia da Justiça (conforme argumentado pela Deputada Constituinte Benedita da Silva), dão conta de corrigir os efeitos negativos decorrentes das suas atividades. Isso corrobora o argumento dos Federalistas sobre a necessidade de concentração do poder de perdoar penas nas mãos do presidente – de certa forma, mais liberado da burocracia do Executivo para tomar suas próprias decisões (e, por isso mesmo, mais cobrado e vigiado pela sociedade).

Com efeito, esse poder também é funcional ao delegatário do poder, vez que é responsabilidade do Poder Executivo, federal e estadual, custodiar as pessoas presas. De certo modo, tal prerrogativa confere à Presidência uma espécie de “válvula de escape” para evitar o colapso das cadeias e a desordem social (neste último caso, conforme sugerido por Montesquieu e Hamilton), que não poderiam ser enfrentados por meio de Medida Provisória – outra prerrogativa de intervenção em situações de urgência –, dada a sua impossibilidade de

disciplinar matéria penal e processual penal (art. 62, §1º, I, b, da CF/88). Nesse contexto, o poder de perdoar penas seria uma espécie de compensação à limitação do poder normativo do Presidente em âmbito criminal, mas circunscrita apenas à promoção da liberdade (e não à do aumento do Estado Penal).

Por seu turno, tomando o exemplo do papel latente das Medidas Provisórias no exercício do governo, também é possível supor que a delegação do poder de perdão seja funcional aos delegantes, visto que libera os parlamentares de encabeçar ou aprovar projetos de lei em prol de pessoas condenadas (um tema extremamente impopular) e os desresponsabiliza por eventual favorecimento de algum um correligionário condenado pela Justiça ou de pessoa que torne a cometer um novo delito.

Feito esse apanhado e retomando a primeira pergunta sobre a necessidade ou não da existência de um mecanismo capaz de mitigar a força da lei e da decisão judicial em matéria penal (e, conseqüentemente, seus efeitos nocivos), esses seriam os motivos que apontam para uma resposta positiva. Em outras palavras, seriam as razões sobre a necessidade e a funcionalidade da intervenção do Executivo – por intermédio do perdão de penas – na interação, já costumeira, entre Legislativo e Judiciário na conformação do Sistema de Justiça Criminal.

A questão é que, em alguns casos, o uso desse mecanismo tem servido para questionar todo o seu fundamento. O perdão da pena de pessoas envolvidas em escândalos de corrupção, por exemplo, tem levantado debates sobre essa prerrogativa do presidente (ARDIGÓ, 2017). Contudo, conforme afirmou Carmen Peregrin (2011, p. 506), ao comentar o texto de Beccaria, o desafio é definir como e em quais casos o perdão estaria legitimado a ser concedido e a que fins deveria cumprir. Essa provocação nos remete à segunda pergunta, sobre a necessidade ou não de impor limites para o uso desse poder.

1.2. FREIOS AO USO DO PODER DE PERDOAR

Acerca do dilema sobre como limitar poderes delegados, John Huber e Charles Shipan apresentaram dois fatores gerais que podem servir de parâmetro para a discussão. Segundo os autores, essa questão da delegação só é relevante quando i) as preferências dos delegantes (legisladores) divergem das preferências dos delegatários (executores) e ii) quando o assunto da delegação envolve elevado grau de tecnicidade. Quanto ao primeiro fator, na medida em que os delegantes suspeitam que os delegatários se desviarão das

suas preferências, tendem a formular leis mais específicas do que vagas, reduzindo, assim, o grau da discricionariedade concedida, e vice-versa. Quanto ao segundo fator, partindo do pressuposto de que os executores têm maior conhecimento sobre o assunto do que os legisladores, estes tendem a utilizar essa *expertise* elaborando leis mais vagas, o que não vale quando o assunto tratado é aparentemente simples (HUBER e SHIPAN, 2002, p. 78-79). De forma sintética, eles chamaram esses fatores, respectivamente, de *conflito político* e *incerteza política*. No primeiro, há o incentivo para delegações mais limitadas; no segundo, mais amplas.

A princípio, não há como afirmar a existência de qualquer conflito entre o Parlamento e a Presidência acerca do uso do poder de perdão, relação que precisaria ser melhor investigada. Mas, como já dito, desde a Constituinte nunca houve qualquer mudança ou mobilização para alterar a forma como esse poder encontra-se regulado,⁵ diferentemente do que ocorreu com a Medida Provisória, por exemplo, limitada pela Emenda Constitucional n. 32/2001.

A única vez que essa prerrogativa do presidente sofreu alguma “restrição” foi em 2002, quando o Supremo Tribunal Federal julgou a ADIn n. 2.795/DF,⁶ de relatoria do ministro Maurício Correa, e considerou que a

- 5 Em outros países, entretanto, mudanças significativas ocorreram. Segundo Alves (2016, p. 195), “a Constituição de 1978 proibiu, na Espanha, a modalidade coletiva de graça (indulto coletivo), prevendo atribuição ao Rei da graça individual. Na Itália, a atribuição do indulto coletivo passou a ser do Parlamento, após a Lei Constitucional de 1992, mantendo-se o indulto individual e a comutação com o Presidente da República. Na França, o indulto, na modalidade coletiva, foi abolido pela Lei Constitucional 08-724 de 2008, que possibilitou o instituto apenas de forma individual”.
- 6 “Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DECRETO FEDERAL. INDULTO. LIMITES. CONDENADOS PELOS CRIMES PREVISTOS NO INCISO XLIII DO ARTIGO 5º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. IMPOSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO CONFORME. REFERENDO DE MEDIDA LIMINAR DEFERIDA. 1. A concessão de indulto aos condenados a penas privativas de liberdade insere-se no exercício do poder discricionário do Presidente da República, limitado à vedação prevista no inciso XLIII do artigo 5º da Carta da República. A outorga do benefício, precedido das cautelas devidas, não pode ser obstada por hipotética alegação de ameaça à segurança social, que tem como parâmetro simplesmente o montante da pena aplicada. 2. Revela-se inconstitucional a possibilidade de que o indulto seja concedido aos condenados por crimes hediondos, de tortura, terrorismo ou tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, independentemente do lapso

vedação imposta à concessão do perdão individual (*graça*) – prevista no inciso XLIII do art. 5º da CF/88⁷ – também recaía sobre o perdão coletivo (*indulto*). Na prática, o resultado não culminou na declaração de inconstitucionalidade de qualquer dispositivo⁸ do decreto de indulto combatido, mas apenas na indicação da forma com que deveria ser aplicado, de acordo com a Constituição.

Ou seja, há três décadas o poder de perdoar tem sido exercido, ininterruptamente, pelo menos uma vez ao ano, sem sofrer maiores restrições. Talvez esse seja outro motivo para a aparente tranquilidade entre Parlamento e Presidência com relação à delegação desse poder. Segundo Jeffrey Crouch (2011, p. 23), que analisou a aplicação do *executive pardon power* nos EUA (Estados Unidos), o uso regular e generoso da clemência seria uma forma de proteger o capital político do presidente, visto que, por lhe conferir previsibilidade, evitaria possíveis atritos com as demais instituições políticas.

Além da frequência, outro elemento apontado pelo autor também contribuiria para proteger o capital político do presidente: a assessoria de uma equipe especializada. A participação de um corpo burocrático na tomada de decisão sobre o perdão conferiria maior racionalidade à decisão, evitaria que erros (decisões custosas) fossem cometidos e blindaria o ato presidencial. Esse ponto dialoga com o segundo fator indicado por Huber e Shipan, relacionado à importância do conhecimento detido pela burocracia.

O Poder Executivo, geralmente, conta com um corpo técnico e com informações que lhe dão grande protagonismo na elaboração de políticas. Em matéria penal, consegue ter um retrato da condição das pessoas que se encontram presas e das unidades prisionais, o que lhe permite avaliar, com maior respaldo, situações em que uma condenação aparenta ser desproporcional ou indesejável, facilitando, assim, a tomada de decisão. Em tese, essa capacidade corroboraria a opção por uma delegação pouco limitada.

temporal da condenação. Interpretação conforme a Constituição dada ao § 2º do artigo 7º do Decreto 4495/02 para fixar os limites de sua aplicação, assegurando-se legitimidade à *indulgencia principis*. Referendada a cautelar deferida pelo Ministro Vice-Presidente no período de férias forenses.”

- 7 Art. 5º, XLIII, da CF/88: “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos (...)”.
- 8 Além dessa ADIn, apenas outra foi ajuizada para tentar impugnar alguma norma contida em decreto presidencial de indulto: a ADIn n. 5.874/DF. Todavia, ela foi julgada improcedente pelo plenário do Supremo em 2019.

No Brasil, o Ministério da Justiça conta com o Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) – responsável, entre outras funções, por “acompanhar a fiel aplicação das normas de execução penal no território nacional” (art. 72, I, da LEP) – e com o Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCCP) – responsável por “promover a avaliação periódica do sistema criminal para a sua adequação às necessidades do País” (art. 62, III, da LEP). É este o órgão que, desde 1980, elabora as minutas de decreto de indulto assinadas pelo presidente. Já nos EUA,⁹ por exemplo, há o Gabinete do *Pardon Attorney*, órgão dirigido por um encarregado do Departamento de Justiça e responsável por processar as apelações de perdão. A ele, são destinados os pedidos de interessados (com, no mínimo, 5 anos de cumprimento de pena) em receber a clemência presidencial, os quais são investigados e resultam numa recomendação encaminhada à Presidência.¹⁰ Geralmente, o perdão só é concedido quando há parecer favorável.

Porém, também é possível que ele seja concedido a qualquer pessoa, a despeito de parecer favorável ou mesmo de pedido formulado. Crouch (2011) afirma que medidas desse tipo, não ratificadas por parecer do quadro técnico burocrático, são mais comuns entre presidentes *lame ducks*, isto é, em fim de mandato e desenganados quanto à possibilidade de reeleição – deles ou de seus sucessores –, condição favorável ao uso desvirtuoso do perdão. Usando o raciocínio inverso, quer dizer que presidentes mais influentes, que ainda dão as cartas no jogo político, são mais cautelosos quanto ao seu uso.

Apesar de isso aparentar uma contradição, revela uma importante face dessa prerrogativa: enquanto presidentes têm algo a ganhar quando conseguem ampliar os limites de seus poderes, têm pouco a ganhar quando usam o poder de perdoar. Ou, em outras palavras, “não o utilizar, na realidade, protege o presidente de cometer algum erro”¹¹ (CROUCH, 2009, p. 128). Essa característica aponta para um importante fator de limitação desse poder: a autocontenção. Mas como ela opera no Brasil?

⁹ Para consultar estudos sobre os diferentes modelos do poder executivo de perdão entre os países, ver Leslie Sebba (1977), Ana Lúcia Ferreira (2011, p. 84-94) e Andrew Novak (2016).

¹⁰ Para maiores informações, ver: <https://www.justice.gov/pardon>. Acesso em: 10 mar. 2020.

¹¹ Tradução livre de: “*Inactivity actually protects the president from making a mistake with the clemency power*”.

Em primeiro lugar, aqui o chefe do Governo Federal não concede o perdão diretamente a uma pessoa, apesar de ter o mesmo poder que o presidente estadunidense. Essa forma de exercer tal prerrogativa, que individualiza a pessoa contemplada com a clemência presidencial – mais conhecida como *graça* (ou *indulto individual*) –, nunca ocorreu no país, pelo menos nunca desde a redemocratização. O que se concede anualmente é o *indulto* (ou *indulto coletivo*), mediante a edição de decretos presidenciais contendo hipóteses de incidência do perdão – que não especificam os condenados contemplados, mas apenas os requisitos a serem cumpridos por eles.¹²

A vantagem da publicação de normas genéricas, supostamente voltadas a todas as pessoas sentenciadas, é que elas despersonalizam os seus destinatários (mesmo que alguns requisitos tenham sido elaborados para alcançar determinadas pessoas), evitando que a medida seja associada a interesses particulares do presidente. Ao mesmo tempo, evidencia os critérios para a concessão do perdão.¹³

A questão é que, enquanto a *graça* representa o resultado final de um processo decisório, que culmina no perdão da pena de uma pessoa específica, o *indulto* representa só parte desse caminho. Afinal, dado que é constituído apenas por hipóteses genéricas de incidência, necessita de um segundo momento para a sua concretização, quando casos concretos são analisados em função de tais hipóteses.

E essa nova fase pode ser vista como outro fator de autocontenção. Isso porque não é o Executivo Federal que realiza tal análise. Apesar de ter informações e quadro técnico especializado que lhe permitem formar uma visão abrangente sobre as condições de aplicação e de cumprimento da pena no Brasil – o que justifica a titularidade do poder de perdoar –, faltam-lhe os dados específicos sobre a execução da pena de cada pessoa condenada, gerenciados pelas unidades prisionais (na maioria das vezes vinculadas ao Poder Executivo Estadual) e pelas unidades judiciárias competentes para o acompanhamento do processo de execução penal. Esses órgãos é que acabam sendo responsáveis por materializar o poder presidencial de perdão.

12 O art. 1º do Decreto n. 96.035/1988 ilustra isso: “é concedido indulto aos condenados a penas privativas de liberdade não superiores a quatro anos, que cumprirem, com boa conduta prisional, até 13 de maio de 1988, no mínimo, um terço da pena, se não reincidentes, ou metade, se reincidentes”.

13 Mesmo que, no limite, a escolha dos critérios seja arbitrária, ela vale para todas as pessoas que tenham cumprido os requisitos estipulados, garantindo, assim, certa isonomia.

Até há iniciativas, como o SEEU (Sistema Eletrônico de Execução Unificado) – encabeçado pelo CNJ – e o SisDepen (Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional) – elaborado pelo DEPEN, e fruto da Lei n. 12.714/2012 –, para unificar, em tempo real, dados da população carcerária, dos processos e das execuções penais de todo o país, mas que ainda não foram totalmente implementados.¹⁴ Se essas informações estivessem disponíveis, poderia o presidente, simplesmente, editar uma lista com o nome das pessoas que fariam jus aos critérios previamente estipulados, para agraciá-los com o perdão.

Porém, seja por falta da implementação desses mecanismos, ou por se tratar de prática já consolidada ao longo dos anos, fato é que o chefe do Executivo Federal deixa a cargo do Poder Judiciário a incumbência de aplicar os decretos de indulto aos casos concretos e, conseqüentemente, de materializar o seu poder de perdoar penas.

Nessa perspectiva, em vez de perdoar diretamente a pena de alguém (mediante o uso da graça), a Presidência, por intermédio do indulto, cria o *direito de perdão* a certas pessoas (não conhecidas previamente, mas individualizáveis), a ser pleiteado da mesma forma que os demais direitos da execução penal:¹⁵ a pessoa condenada solicita, por intermédio do seu defensor, que o caso seja analisado e, se os requisitos estiverem preenchidos, seja declarada a extinção da sua punibilidade (*perdão total*, chamado de *indulto*) ou a diminuição do tempo de pena faltante (*perdão parcial*, chamado de *comutação*),¹⁶ tudo mediante a manifestação do Ministério Público. Após o julgamento do pedido, ainda é possível que as partes envolvidas interponham recursos contra a decisão.

14 Dificuldades para isso são várias, como a falta de coordenação e colaboração entre os entes federados e as instituições do Poder Judiciário e do Poder Executivo, além das desigualdades regionais que levam à falta de acesso a tecnologias.

15 Graça (ou indulto individual) e indulto (ou indulto coletivo), na prática, acabam se distinguindo não pela quantidade de pessoas beneficiadas com a medida, mas pelo grau de abstração da decisão presidencial e, conseqüentemente, pelos procedimentos necessários para a sua materialização. Enquanto a graça seria, praticamente, autoaplicável, o indulto depende da intermediação de outras instituições para produzir algum efeito no mundo.

16 Segundo Roig (2014, p. 314), enquanto o indulto é uma causa de extinção da punibilidade, a comutação não poderia ser uma causa extintiva parcial de punibilidade (o que seria uma contradição em termos), mas uma mutação da pena por uma de menor quantidade ou de distinta qualidade.

A despeito dessa questão procedimental, a graça e o indulto se diferenciam em relação às vantagens e às desvantagens políticas que proporcionam. Com relação à primeira, ela permite contabilizar todas as pessoas que tiveram a pena perdoada pelo presidente e, por isso mesmo, responsabilizá-lo diretamente pelo resultado da sua ação. Com relação ao segundo, a responsabilidade pela concessão do perdão fica pulverizada entre os vários juízos com competência para apreciar os pedidos formulados pelos interessados, mas o controle dos resultados também.

Nunca houve, por exemplo, a divulgação pelo Governo Federal do número de pessoas indultadas, bem como a indicação do crime que cometeram e da pena que receberam – talvez pela dificuldade em sistematizar dados tão espalhados; talvez pela falta de interesse em divulgá-los e associá-los à Presidência.

Em suma, a concessão do indulto, e não da graça, é uma forma de autocontenção do poder de perdoar, pois i) é incapaz de culminar, imediatamente, na extinção da pena de qualquer pessoa e ii) depende da intervenção do Poder Judiciário para a sua concretização. Ao mesmo tempo, reduz o custo político do exercício dessa prerrogativa, pois i) despersonaliza os beneficiários; ii) pulveriza os seus resultados; e iii) permite o deslocamento da responsabilidade, e de eventual culpa, ao Poder Judiciário, seja por aplicar adequadamente as hipóteses de incidência do perdão, seja por não aplicar.

Retomando a pergunta sobre se a participação do Executivo, mediante o uso da sua prerrogativa, poderia ajudar a mitigar os efeitos negativos decorrentes da interação ajustada entre Legislativo e Judiciário, afirmo que seria preciso verificar o seu funcionamento na prática. Entretanto, após toda essa descrição sobre os incentivos e os desincentivos para o exercício desse poder, ficou evidente a sua conexão específica com o Poder Judiciário, responsável por aplicar os decretos de indulto aos casos concretos. Nesse sentido, entender esse “funcionamento” passa tanto por investigar os motivos que levam o presidente a usar sua prerrogativa como por compreender a forma com que o Judiciário se organiza para acolher demandas decorrentes dela.

A seguir, tratarei das condições sob as quais a incumbência de aplicar tais decretos é repassada ao Poder Judiciário.

2. A DELEGAÇÃO DA RESPONSABILIDADE AO PODER JUDICIÁRIO

Em nenhum momento, a Constituição Federal, ao prever a possibilidade do indulto, determina que o perdão coletivo seja concedido pelo chefe do

Poder Executivo e declarado por juiz de Direito competente para apreciar pedido relacionado à execução da pena. A Lei de Execução Penal até estabeleceu essa previsão,¹⁷ positivando as práticas já sedimentadas em relação à aplicação desse instituto. Contudo, ao fazer isso, o Parlamento invadiu, por via ordinária, competência constitucionalmente atribuída ao presidente, haja vista que o procedimento estabelecido pela lei limita a extensão do poder de perdoar.

Para dar um exemplo, até o Decreto de 2012, o presidente exigia manifestação do Conselho Penitenciário¹⁸ antes da apreciação do pedido de indulto, em consonância com a norma prevista na LEP.¹⁹ Contudo, visando contornar a demora que a medida provocava na apreciação dos pedidos (NETTO, 2019, p. 323), os novos decretos de indulto deixaram de prever a manifestação do Conselho. Alguns juristas argumentaram que a mudança violava lei ordinária (RIBEIRO, 2014); outros que se tratava de prerrogativa do presidente exigir ou não a oitiva de um órgão consultivo (COELHO, 2014). Esta última foi a posição adotada pelos Tribunais Superiores.²⁰ Ou seja, apesar da previsão legal, prevaleceu a de-

17 “Art. 112, § 2º. A decisão do juiz que determinar a progressão de regime será sempre motivada e precedida de manifestação do Ministério Público e do defensor, procedimento que também será adotado na concessão de livramento condicional, indulto e comutação de penas, respeitados os prazos previstos nas normas vigentes; Art. 193. Se o sentenciado for beneficiado por indulto coletivo, o Juiz, de ofício, a requerimento do interessado, do Ministério Público, ou por iniciativa do Conselho Penitenciário ou da autoridade administrativa, providenciará de acordo com o disposto no artigo anterior.

Art. 192. Concedido o indulto e anexada aos autos cópia do decreto, o Juiz declarará extinta a pena ou ajustará a execução aos termos do decreto, no caso de comutação.”

18 Órgão da execução criminal previsto no art. 61, IV, da LEP, com finalidade consultiva e fiscalizatória, e vinculado ao Poder Executivo Estadual.

19 “Art. 70. Incumbe ao Conselho Penitenciário: I - emitir parecer sobre indulto e comutação de pena, excetuada a hipótese de pedido de indulto com base no estado de saúde do preso.”

20 Ementa do HC n. 324.965/STJ: “EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. INDULTO. OITIVA DO CONSELHO PENITENCIÁRIO PARA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. HIPÓTESE NÃO PREVISTA NO DECRETO PRESIDENCIAL N. 8.172/2013. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. (...). 2. O Decreto n. 8.172/13, em seu art. 1º, XIII, concede indulto aos condenados, não reincidentes, beneficiados com sursis, que tenham cumprido 1/4 (um quarto) da pena. Não há previsão para

ção presidencial, o que mostra como é, no mínimo, duvidosa a validade da disciplina conferida pela lei infraconstitucional ao exercício do poder de perdoar.

Nesse sentido, retomando o fio da meada, seria perfeitamente possível questionar a participação do juízo da execução, tal como ocorre hoje, na concessão do indulto. Poderia muito bem o presidente solicitar que os diretores de presídios ou secretários da Administração Penitenciária de cada Estado verificassem as pessoas que teriam cumprido os requisitos estipulados nos decretos editados e enviassem a lista com seus nomes ao Poder Judiciário apenas para a expedição de alvará de soltura. Porém, ao deixar de apontar caminho alternativo para a concretização das hipóteses genéricas de perdão, a Presidência abre espaço para o Judiciário protagonizar a concretização da sua prerrogativa.

Afinal, se o presidente cria o direito subjetivo ao perdão das pessoas que se enquadram nos requisitos estipulados, aproveita o fluxo corriqueiro da busca pelo reconhecimento de direitos, que perpassa o acionamento da Justiça. Em outras palavras, e mudando o ponto de referência, se uma pessoa condenada passa a incorporar o direito subjetivo ao perdão por conta da decisão genérica do chefe do Poder Executivo (não autoexecutável), cabe a ela ingressar no Judiciário para tê-lo reconhecido e para que haja a determinação de medidas para satisfazê-lo – no caso, a soltura e/ou o arquivamento do processo de execução criminal.

Utilizando uma analogia a partir de outro ramo do Direito, o perdão decorrente do indulto assemelha-se à propriedade por usucapião. Assim como o decreto presidencial, o Código Civil estabelece os requisitos que originam esse direito subjetivo. Mas, para o seu reconhecimento, é necessário que o interessado, munido de provas relacionadas a tais requisitos, instaure um procedimento no cartório de Registro de Imóveis (via extrajudicial) ou ajuíze uma ação na vara competente para assuntos de Registros

se condicionar o indulto a requisitos não previstos no decreto presidencial, como a manifestação prévia do Conselho Penitenciário. 3. É competência privativa do Presidente da República definir quais os requisitos para a concessão da benesse, não podendo o julgador criar novos, sob pena de afronta aos princípios da legalidade e da separação dos poderes. Precedentes. 4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, para restabelecer a decisão do Juízo das Execuções Penais, que, com fundamento no Decreto 8.172/2013, afastou a necessidade de parecer prévio do conselho penitenciário para apreciação do pedido de indulto”.

Públicos da respectiva Comarca (via judicial), a fim de que o seu direito seja declarado e registrado na matrícula do imóvel.²¹

Esse exemplo serve para lembrar que a via judicial não é, necessariamente, o único caminho para o reconhecimento de direitos, e talvez não precisasse ser em relação ao direito ao perdão criado a partir da edição dos decretos de indulto. Contudo, não apenas a Presidência não vislumbrou ou delineou outros caminhos possíveis para a implementação da sua prerrogativa, como determinou que ela fosse concretizada por juízes.

Nos decretos dos últimos anos, os textos apresentavam os seguintes comandos: “o juízo da execução proferirá decisão para conceder ou não o benefício, ouvidos a defesa da beneficiária e o Ministério Público”²² e “fica facultada ao juiz do processo de conhecimento a concessão dos benefícios contemplados neste Decreto nos casos em que a sentença condenatória tenha transitado em julgado para a acusação”.²³ Ou seja, se não houvesse qualquer previsão, uma pessoa com o direito subjetivo ao perdão buscaria, normalmente, o seu reconhecimento na Justiça. Mas a diferença é que houve determinação expressa para que o cumprimento dos requisitos exigidos fosse verificado em juízo, em consonância com o art. 112, § 2º, da LEP.

Como já mencionado, ao fazer isso, o presidente passa a contar com a participação das varas judiciais do Poder Judiciário com competência em matéria penal para a concretização do seu poder. Porém, elas não estão vinculadas ao

- 21** A diferença entre a disciplina do direito ao perdão e a disciplina do direito ao usucapião é que esta é prospectiva, enquanto a outra, retrospectiva. As regras do Código Civil valem para as pessoas que cumpriram os requisitos após a sua entrada em vigor e permitem que as outras, que ainda não os preencheram, tenham a expectativa de preenchê-los no futuro e, assim, adquirir o direito originário à propriedade. Por sua vez, as regras dos decretos de indulto valem para as pessoas que, no momento da sua edição (ou da data de referência determinada por eles), já tenham cumprido os requisitos exigidos. A expectativa das pessoas que não os preencheram é que, no ano seguinte, haja a edição de novo decreto, semelhante, em que possam se enquadrar. Ou seja, as regras dos decretos de indulto não apontam para o futuro, motivo pelo qual não podem ser confundidas com leis, haja vista não possuírem o atributo da permanência.
- 22** Decreto n. 8.172/2013, art. 11, § 5º; Decreto n. 8.380/2014, art. 11, § 5º; Decreto n. 8.615/2015, art. 11, § 5; Decreto de abril de 2017, art. 3º, § 2º; Decreto n. 9.246/2017, art. 13, § 2º; Decreto n. 9.370/2018, art. 3º, § 2º.
- 23** Decreto n. 8.172/2013, art. 11, § 6º; Decreto n. 8.380/2014, art. 11, § 6º; Decreto n. 8.615/2015, art. 11, § 6º; Decreto de abril de 2017, art. 3º, § 4º; Decreto n. 9.246/2017, art. 13, § 4º; Decreto n. 9.370/2018, art. 3º § 4º.

Executivo Federal, de modo que não há mecanismos hierárquicos para garantir a coordenação da aplicação dos decretos. Quer dizer que, ao transferir a responsabilidade pelo reconhecimento dos casos perdoados ao Judiciário, o presidente perde o controle dos resultados da sua decisão.

Até há tentativas do Governo Federal de estabelecer alguns parâmetros para a realização dessa segunda etapa. Nos últimos decretos, por exemplo, houve a previsão de algumas “instruções” destinadas ao Poder Judiciário: “a declaração de indulto terá preferência sobre a decisão de qualquer outro incidente no curso da execução penal”²⁴ e “para atender ao disposto neste Decreto, os Tribunais poderão organizar mutirões”.²⁵

Outras “instruções” foram destinadas, inclusive, às unidades prisionais: “a autoridade que detiver a custódia da pessoa condenada e os órgãos de execução previstos no art. 61 da Lei de Execução Penal deverão encaminhar ao juízo competente, inclusive por meio digital, (...) a lista daqueles que satisfaçam os requisitos necessários para a concessão dos benefícios previstos neste Decreto”²⁶ e “os órgãos centrais da administração penitenciária encaminharão, imediatamente, cópia deste Decreto às unidades penitenciárias e preencherão o quadro estatístico constante do modelo Anexo, devendo remetê-lo ao Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça no prazo de seis meses contado da data de publicação deste Decreto”.²⁷

Contudo, a despeito do conteúdo dessas normas, elas não têm qualquer validade jurídica, por falta de competência da Presidência. Afinal, não pode o presidente, por meio de decreto, determinar os fluxos de trabalho de uma unidade prisional estadual ou de uma vara judicial, dado que compõem instâncias autônomas e distintas do Governo Federal. Se tais “instruções” são seguidas é porque, internamente, as respectivas instituições concorda-

²⁴ Decreto n. 8.172/2013, art. 11, § 3º; Decreto n. 8.380/2014, art. 11, § 3º; Decreto n. 8.615/2015, art. 11, § 3º; Decreto n. 8.940/2016, art. 12; Decreto de abril de 2017, art. 3º, § 3º; Decreto n. 9.246/2017, art. 14; Decreto n. 9.370/2018, art. 3º, § 3º.

²⁵ Decreto n. 8.172/2013, art. 11, § 4º; Decreto n. 8.380/2014, art. 11, § 4º; Decreto n. 8.615/2015, art. 11, § 4º; Decreto de abril de 2017, art. 3º, § 3º; Decreto n. 9.246/2017, art. 13, § 3º; Decreto n. 9.370/2018, art. 3º, § 3º.

²⁶ Decreto n. 8.172/2013, art. 11; Decreto n. 8.380/2014, art. 11; Decreto n. 8.615/2015, art. 11; Decreto de abril de 2017, art. 3º; Decreto n. 9.246/2017, art. 13; Decreto n. 9.370/2018, art. 3º.

²⁷ Decreto n. 8.172/2013, art. 13; Decreto n. 8.380/2014, art. 13; Decreto n. 8.615/2015, art. 13.

ram com os termos apresentados, mas, frise-se, não por força vinculante das normas mencionadas.

Isso implica numa constatação relevante: a organização e o funcionamento desses órgãos acabam sendo determinantes para o resultado da concretização da clemência presidencial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sem sombra de dúvida, o poder presidencial de perdoar penas é polêmico. Todavia, tentei neste artigo trazer argumentos relacionados à sua institucionalidade e descrever a sua interação com os demais poderes, de modo a afastar do debate os discursos mais emotivos e inflamados que, por vezes, capturam o campo do Direito Penal. Resumidamente, indiquei os motivos para a atribuição dessa prerrogativa ao chefe do Executivo Federal e apontei os elementos que conformam o seu uso.

A imperfeição das leis penais e da aplicação delas pelo Judiciário impõem a necessidade de haver um mecanismo excepcional que mitigue as externalidades negativas causadas por elas. Por sua vez, a alocação desse mecanismo nas mãos do presidente permite que ele seja usado em tempo hábil, além de servir como potencial válvula de escape à gestão prisional, em grande parte sob responsabilidade do Poder Executivo.

Quanto à necessidade ou não da sua limitação, destaquei que a ausência de maior regulamentação de seu uso decorre da *expertise* do Executivo Federal em relação à aplicação das penas no país, vantagem que lhe permite apontar soluções mais eficientes para os problemas identificados. Ao mesmo tempo, o exercício constante desse poder o torna previsível, o que mitiga a possibilidade de conflitos políticos acentuados em torno dele.

Além desses fatores, apontei que, apesar de não existir grandes limitações jurídicas quanto ao seu uso, a própria Presidência tem incentivos para se autolimitar, dada a impopularidade do exercício dessa prerrogativa. Uma dessas autocontenções é a edição de decretos de indulto, com hipóteses genéricas de incidência do perdão, que, diferentemente da graça, depende de uma segunda fase para a sua concretização. Outra é a delegação da incumbência de aplicação dos decretos ao Poder Judiciário.

Todavia, ao fazer isso a Presidência perde o controle sobre como a sua decisão será replicada aos casos concretos. Afinal, o Poder Judiciário tem

competência própria para organizar suas rotinas de trabalho, dividir sua mão de obra e distribuir as tarefas, o que determina a forma pela qual o poder de perdão é materializado.

É em torno da questão sobre como o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo tem aplicado os decretos de indulto e efetivado os direitos subjetivos ao perdão que desenvolvi a minha pesquisa de mestrado. A partir da análise de mais de 200 pedidos de indulto formulados por pessoas condenadas por tráfico de drogas, procurei entender empiricamente como eles são processados pelas distintas varas do TJSP, como os decretos são interpretados pelos atores envolvidos no procedimento e quais são os resultados gerais para o universo de casos encontrados.

Por ora, tenho percebido que a gestão das informações penais e carcerárias é determinante para a efetivação do poder de perdão do presidente. A depender de como os dados estão disponíveis no processo de execução criminal, a apreciação dos pedidos de indulto pode ser agilizada, postergada ou até prejudiciada. E como o principal fator que orienta o cumprimento da pena é o tempo, o tempo da decisão do juízo da execução é crucial para determinar se o perdão presidencial terá algum impacto sobre a pena de certas pessoas ou se será inócuo.

A despeito do andamento da pesquisa, os argumentos trazidos nesse artigo dão conta de esclarecer que a prerrogativa do chefe do Executivo Federal não é absoluta – como sustentam os seus críticos –, haja vista que o seu uso depende da interação entre vários órgãos e da mediação de várias instâncias não controladas por ele. Indo além, mais relevante do que buscar formas de limitar o seu exercício é estabelecer procedimentos para garantir sua transparência, especialmente a publicidade dos seus resultados concretos. Só assim o debate em torno do poder de perdão poderá ser deslocado das supostas intenções do presidente para os seus impactos reais, permitindo o efetivo controle desse ato, eminentemente, político.

REFERÊNCIAS

- ALBUQUERQUE, José Augusto Guilhon. Montesquieu: sociedade e poder. *In*: WEFFORT, Francisco C. *Os Clássicos da Política, n° 1*. São Paulo: Ática, 2006, p. 113-120.
- ALVES, Reinaldo Rossano. *Punir e perdoar: análise da política pública na edição dos decretos de indulto*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

- ARDIGÓ, Iñaki Albisu. *Judicial Clemency and Corruption*. Transparency International, Anti-Corruption Helpdesk, 2017. Disponível em: <https://knowledgehub.transparency.org/helpdesk/judicial-clemency-and-corruption>. Acesso em: 10 mar. 2020.
- BECCARIA, Cesare Bonesana. *Dos delitos e das penas*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.
- COELHO, Luiz Eduardo de Toledo. Direito ao indulto será posto em prática de forma mais rápida. *Conjur*, 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-jan-20/luiz-coelho-direito-indulto-posto-pratica-forma-rapida>. Acesso em: 10 mar. 2020.
- CROUCH, Jeffrey. Clemency. In: CHAMBLISS, William J. (org.). *Corrections*. 1. ed. Key Issues in Crime and Punishment Series (Book nº 4). Califórnia: SAGE Publications, Inc, 2011.
- CROUCH, Jeffrey. *The Presidential Pardon Power*. Lawrence: University Press of Kansas, 2009.
- FERREIRA, Ana Lúcia Tavares. *Indulto e sistema penal: limites, finalidade e propostas*. 182f. Dissertação. (Mestrado em Direito) – Rio de Janeiro, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2011.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: história da violência nas prisões*. 41. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2013.
- GODOI, Rafael. *Fluxos em cadeia: as prisões em São Paulo na virada dos tempos*. São Paulo: Boitempo, 2017.
- HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *Os artigos federalistas: 1787-1788*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.
- HUBER, John; SHIPAN, Charles. *Deliberate discretion? The Institutional Foundations of Bureaucratic Control*. New York: Cambridge University Press, 2002.
- LIMONGI, Fernando. O Federalista: remédios republicanos para males republicanos. In: WEFFORT, Francisco. *Os Clássicos da Política, nº 1*. São Paulo: Editora Ática, p. 242-255, 2006a.
- LIMONGI, Fernando. A democracia no Brasil: presidencialismo, coalizão partidária e processo decisório. *Novos estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 76, p. 17-41, nov. 2006b.
- MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *O espírito das leis*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- NETTO, Alamiro Velludo Salvador. *Curso de execução penal*. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.
- NOVAK, Andrew. Transparency and Comparative Executive Clemency: Global Lessons for Pardon Reform in the United States. *University of Michigan Journal of Law Reform*, v. 49, n. 4, p. 817-851, 2016.
- PAULA, Felipe de. *Avaliação Legislativa no Brasil: limites e possibilidades*. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito. 2016.
- PEREGRIN, Carmen Lopez. CAPÍTULO XLVI Del perdón. In: MATUS, Jean Pierre (org). *Beccaria 250 años después: del delitti e delle pene; de la obra maestra a los becarios*. Montevideo: B. de F., 2011, p. 495-517.

- RIBEIRO, Rodrigo de Oliveira. O indulto presidencial: origens, evolução e perspectivas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 23, n. 117, p. 423-441, 2015.
- RIBEIRO, Rodrigo de Oliveira. Falta de parecer do Conselho Penitenciário é inconstitucional. *Conjur*, 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-jan-05/rodrigo-ribeiro-dispensa-parecer-conselho-penitenciario-inconstitucional>. Acesso em: 10 mar. 2020.
- ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução penal – teoria crítica*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- SAMPAIO, Marco Aurélio. *A medida provisória no presidencialismo brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- SEBBA, Leslie. Criminology: the pardoning power – A world survey. *Journal of Criminal Law and Criminology*, Northwestern University School of Law, v. 68, n. 1, p. 83-121, 1977.
- TAMANAH, Brian Z. *The rule of law for everyone?* St. John's Legal Studies Research Paper, 2003. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=312622. Acesso em: 10 mar. 2020.

CAPÍTULO 5

ENTRE A ADMINISTRAÇÃO PRISIONAL E A MAGISTRATURA: O CONTROLE JUDICIAL DO REGIME DISCIPLINAR

Patrícia Bocardo Batista Pinto¹

INTRODUÇÃO

Identificados tradicionalmente com o Direito Administrativo, regimes disciplinares estabelecem um conjunto de procedimentos, regras e sanções que vinculam a atuação profissional de determinados grupos, como servidores(as) públicos(as), advogados(as) e médicos(as). Previstos em instrumentos normativos próprios, os regimes disciplinares, em regra, incidem sobre a esfera profissional da pessoa sancionada, desencadeando sanções circunscritas à própria atuação profissional, como suspensão, demissão, cassação e aposentadoria ou destituição do cargo.

Ainda que guardem semelhanças, o regime disciplinar prisional apresenta diversas particularidades – relacionadas ao conteúdo das normas, às consequências jurídicas e às práticas institucionais – que extrapolam os contornos típicos de outros regimes disciplinares, em virtude i) da natureza e conteúdo das proibições e do contexto no qual são operacionalizadas, ii) das consequências na vida e na liberdade da pessoa sancionada, iii) do modo como as faltas são atribuídas e processadas e iv) da interação e divisão de tarefas entre a administração prisional e o Judiciário.

Neste texto, iremos nos ater à divisão de tarefas entre administração e Judiciário no regime disciplinar prisional, com o objetivo de contribuir para a reflexão a respeito do desenho das instituições do sistema de justiça criminal. Para tanto, discutiremos parte dos resultados da pesquisa de mestrado que se debruçou sobre 136 acórdãos em execução penal do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), relativos a faltas disciplinares graves registradas em penitenciárias femininas paulistas, julgados entre 2015 e 2017.²

1 Dissertação disponível em: <http://hdl.handle.net/10438/27378>. Acesso em: 8 mar. 2020.

2 Trata-se da dissertação de mestrado da autora, intitulada “Faltas Disciplinares em Penitenciárias Femininas: um Estudo das Decisões do TJSP”, produzida no Programa de Mestrado Acadêmico em Direito e Desenvolvimento da FGV DIREITO SP.

Sucintamente, a pesquisa se propôs a estudar decisões resultantes de controvérsia jurídica em relação à imputação de falta disciplinar grave pela administração prisional, cujo procedimento, após concluído, deve passar por revisão do juízo da execução penal e pode ser objeto de agravo a ser remetido para a segunda instância. Entre as diversas informações coletadas na pesquisa, este texto pretende descrever e discutir o desenho institucional do regime disciplinar prisional e, em especial, a interação entre administração prisional e Judiciário na aplicação das sanções disciplinares.

O modelo progressivo e individualizado de cumprimento de pena, adotado na Lei de Execução Penal (LEP-Lei n. 7.210/1984), prevê, mediante o preenchimento de certos requisitos, a reinserção gradual da pessoa em privação de liberdade no convívio social por meio de progressão de regime, saída temporária, liberdade provisória, entre outros. Para tanto, são exigidos: cumprimento de determinado tempo de pena (designado na doutrina como “requisito objetivo”) e bom comportamento carcerário (designado na doutrina como “requisito subjetivo”). Este último depende exclusivamente da ausência de registro de falta disciplinar.

Diante disso, o regime disciplinar prisional figura como “a peça-chave da engrenagem que move (ou emperra) o cumprimento progressivo da pena privativa de liberdade” (MACHADO e PINTO, 2019, p. 128). Além de obstar o reconhecimento de direitos que abreviariam ou atenuariam a pena, o registro de falta disciplinar acarreta a aplicação de sanções, pela administração prisional e pelo judiciário, que impactam severamente a experiência intramuros. São normas de conteúdo sancionatório previstas em diferentes dispositivos normativos, aplicadas por diferentes atores, mas sobre as mesmas pessoas e pelos mesmos fatos.³

Nesse cenário, “o regime disciplinar prisional emerge como fator não negligenciável no rol de engrenagens jurídicas que têm gerado o superencarceramento em nosso país” (MACHADO e PINTO, 2019, p. 140). Figurando na terceira posição dos países que mais encarceram no mundo,⁴

³ Para além dos casos discutidos neste texto, o registro de falta grave pode gerar consequências na esfera criminal caso a conduta seja definida como crime doloso, o que nos coloca diante de uma discussão importante a respeito do *ne bis in idem*, ou seja, da vedação de sancionar duas vezes a mesma pessoa pelos mesmos fatos. Nesses casos de múltipla responsabilização, além das punições aplicadas pela administração e pelo juízo da execução penal, a pessoa sancionada pode sofrer as consequências perante a justiça criminal.

⁴ World Prison Brief do Institute for Crime & Justice Policy Research. Disponível em:

o sistema prisional brasileiro é sustentado por um conjunto de ideias, práticas e arranjos normativos que situam a pena afliativa como resposta por excelência do sistema de justiça criminal (PIRES, 2004). A reflexão a respeito dessa forma de gerir conflitos sociais e punir transgressões deve percorrer necessariamente as dinâmicas que permitem a extensão de tempos de pena durante o cumprimento da própria pena, ou seja, a punição na punição.

O regime disciplinar prisional se torna, nesse contexto, objeto de estudo privilegiado para observar a interação institucional entre diferentes atores, visando não só desvelar tais engrenagens, como também desnaturalizar categorias e conceitos jurídicos normalmente organizados a partir de uma divisão disciplinar e metodológica que atribui determinadas características a certas áreas do Direito.

Diante desses objetivos, este texto está organizado em três seções: a primeira apresenta o percurso metodológico para formação da amostra⁵ e um breve panorama quantitativo do material empírico; a segunda tem como objetivo descrever a divisão de tarefas entre administração e Judiciário no regime disciplinar prisional, especialmente na atribuição de sanções; por fim, a terceira discute o alcance da atuação jurisdicional no processamento das faltas disciplinares em função do conteúdo das decisões e do posicionamento assumido pelo(a) juiz(a) no acórdão. A última seção apresenta as considerações finais.

1. COMPONDO O CORPO EMPÍRICO

A primeira regra da pesquisa empírica é o registro rigoroso das escolhas e do percurso percorrido pelo(a) pesquisador(a), isto é, a explicitação minuciosa de todas as etapas que a pesquisa percorreu desde a coleta dos dados até a sua sistematização e posterior tratamento. Trata-se de um procedimento essencial para se conferir confiabilidade e, eventualmente, replicabilidade à pesquisa (EPSTEIN e KING, 2002). Dentro dos limites deste texto,

https://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison-population-total?field_region_taxonomy_tid=All. Acesso em: 8 mar. 2020.

⁵ Amostra aqui entendida amplamente como o “resultado de qualquer operação visando construir o *corpus* empírico de uma pesquisa” (PIRES, 2008, p. 154).

esta seção tem como objetivo apresentar brevemente o percurso metodológico e os principais desafios enfrentados na composição da amostra.⁶

Partindo de um levantamento exploratório de decisões judiciais que versavam sobre o espaço prisional, o objeto da pesquisa foi moldado em função de questões que, embora apareçam com frequência na jurisprudência, ocupam um espaço residual na produção teórica e empírica sobre o campo prisional.

O acesso ao regime disciplinar prisional por meio dos documentos judiciais permite uma entrada privilegiada em um campo bastante hermético e opaco. Primeiro porque a entrada nas unidades prisionais é restringida por entraves burocráticos, e a livre circulação de pessoas não pertencentes aos quadros funcionais raramente é permitida, dificultando o emprego de métodos de observação *in loco* da dinâmica disciplinar.⁷ Segundo porque o acesso aos procedimentos administrativos ou decisões de primeiro grau (do juízo da execução) é prejudicado, uma vez que aqueles não são disponibilizados pela administração prisional⁸ e estas, ainda que disponibilizadas digitalmente pelas varas de execução criminal (VEC), não puderam ser acessadas diretamente por meio das palavras-chave escolhidas.⁹

- 6 Para um relato detalhado do percurso de pesquisa, das estratégias metodológicas e de outros materiais utilizados, ver Pinto (2019), especialmente o capítulo 2.
- 7 Rafael Godoi (2015, p. 97) relata que, em uma de suas entradas no campo, visitou as celas do castigo e presenciou uma discussão entre um preso em isolamento disciplinar e um agente da segurança. Em seguida, o funcionário afirmou que “por coisas como essa, não gostavam que visitássemos o castigo”. As visitas aos presos e entrevistas com seus familiares foram, inclusive, o único meio disponibilizado pela administração prisional para o pesquisador acessar a operacionalização das normas disciplinares, depois de negado o acesso aos procedimentos administrativos disciplinares. Beatriz Silva (2018), por sua vez, teve acesso negado ao livro de ocorrências e às celas do seguro (ala disciplinar) na penitenciária feminina do Sergipe. Ainda sobre os desafios para a realização de pesquisa empírica no campo prisional, ver, por exemplo, Ana Gabriela Braga (2014).
- 8 Dois dos poucos estudos na literatura brasileira sobre os procedimentos administrativos disciplinares foram realizados por Camila Dias (2014) em unidades masculinas paulistas e por Anderson Castro e Silva (2011) em unidades masculinas fluminenses.
- 9 Uma busca realizada, após a composição do universo de análise, no banco de sentenças de primeiro grau com as palavras-chave “falta grave” e “penitenciária feminina”, resultou em apenas dez decisões que versavam tanto sobre faltas disciplinares como sobre outros incidentes da pena. Nesse mesmo sentido foi a busca com as palavras-chave “falta disciplinar”. Isso indica que seria necessário

Em razão dessas limitações, a definição do TJSP como lócus da pesquisa empírica pareceu a escolha mais apropriada para responder às perguntas formuladas.¹⁰ Sobretudo porque as decisões do TJSP oferecem um panorama que permite observar os regimes disciplinares de diferentes unidades prisionais femininas do estado de São Paulo – que concentra o maior número de mulheres presas e de estabelecimentos prisionais do país.¹¹ O estudo das decisões do TJSP oferece questões e hipóteses importantes para outras pesquisas que se lançarem a estudar a operacionalização do regime disciplinar em primeira instância e em outros tribunais estaduais.

Em termos operacionais, o foco em um tribunal se deve especialmente à variação do processamento das faltas disciplinares entre diferentes estados do país. O estudo de outras regiões implicaria a difícil tarefa, dentro dos limites de uma pesquisa de mestrado, de apreender as normas de processo contidas nos regimentos internos de cada estado e as particularidades dos diferentes contextos prisionais disciplinares, cuja regulamentação cabe aos departamentos penitenciários locais.¹²

Considerando as características do material empírico, cabe fazer uma ressalva em relação às informações que o material permite acessar sobre o regime disciplinar vigente nas unidades prisionais femininas. Os acórdãos são a última ponta do processo de apuração das faltas disciplinares. Isto é, de todas as condutas passíveis de punição disciplinar, apenas uma parte é presenciada pela administração prisional. Destas, nem todas são registradas e desencadeiam a instauração de procedimento administrativo disciplinar

explorar outros termos e estratégias para acessar esse material em primeira instância, hipótese que fica aberta para outras pesquisas.

- 10 O “regime de processamento” da execução da pena envolve, ainda, uma (des) organização de varas espalhadas pelo território paulista, não necessariamente localizadas na comarca correspondente à região do presídio. Sobre o processo de interiorização do sistema penitenciário paulista e a disposição territorial das varas de execução, ver Godoi (2015, p. 161-171).
- 11 O recorte de gênero aplicado à amostra se deve a diversas razões relacionadas às especificidades do encarceramento de mulheres, que não serão exploradas neste texto, mas são abordadas detidamente em Pinto (2019).
- 12 Em São Paulo, o Regimento Interno Padrão das Unidades Prisionais é previsto na Resolução n. 144/2010 da Secretaria de Administração Penitenciária, que demarca as práticas de serviço da administração prisional paulista e estabelece as faltas leves e médias.

(DIAS, 2014, p. 114). Se registrada e apurada a falta, uma parte ainda menor é objeto de controvérsia jurídica que se desdobra em agravo em execução penal. Desse modo, os acórdãos de agravo em execução penal que versam sobre as faltas disciplinares graves são o funil mais estreito do sistema disciplinar; além de permitirem o acesso apenas aos aspectos formais da disciplina prisional, ou seja, não acessam as dinâmicas de poder informais resultantes, por exemplo, da existência de grupos organizados, como o PCC (Primeiro Comando da Capital).¹³

O universo de análise compreendeu 136 decisões, proferidas entre os anos de 2015 e 2017, relativas a faltas graves registradas entre 2009 e 2016 pela administração prisional.¹⁴ Do total, 102 (75%) agravos foram interpostos pela defesa das pessoas sancionadas e 35 pelo Ministério Público (25%). Tendo como base a parte que ingressou com o agravo, tem-se que, dos 102 recursos interpostos pela defesa, 22 (21,5%) foram acolhidos, integral ou parcialmente, pelo TJSP. Por outro lado, dos 35 agravos interpostos pelo Ministério Público (MP), 21 (60%) foram acolhidos integral ou parcialmente. A tendência observada no material, portanto, foi um alinhamento do TJSP com as teses apresentadas pelo MP, que tinham como finalidade agravar a falta ou punição aplicada.

Do total da amostra, 105 (77,2%) receberam a qualificação jurídica final, no âmbito do TJSP, de falta grave prevista nos arts. 50 ou 52 da LEP.¹⁵ Este

13 Na maioria das unidades paulistas, o cotidiano prisional é regido por grupos organizados de presos e presas que seguem um código de conduta rígido – como proibição do consumo de *crack*, da prática de estupro e do porte de armas – e se consolidaram como instância informal de regulação de conflitos e aplicação de punições entre a população carcerária. O surgimento de grupos, como o PCC, provocou uma profunda reconfiguração do sistema prisional paulista no que diz respeito ao funcionamento interno das unidades, à distribuição de presos, à divisão de celas e à atuação da Secretaria de Administração Penitenciária na gestão da pena (DIAS, 2014; GODOI, 2015, p. 66).

14 Os resultados foram obtidos a partir de busca na ferramenta de jurisprudência no site do TJSP, realizada em 27 de junho de 2017, com as palavras-chave: “falta grave” e “penitenciária feminina”; “falta grave” e “centro de ressocialização feminino” e “falta grave” e “centro de detenção provisória feminino”. Diante da quantidade de decisões, estabeleceu-se um recorte temporal a partir do ano de 2015, que resultou na amostra definitiva.

15 LEP. “Art. 50. Comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que: I - incitar ou participar de movimento para subverter a ordem ou a disciplina; II - fugir; III - possuir, indevidamente, instrumento capaz de ofender a integridade física de outrem; IV - provocar acidente de trabalho; V - descumprir, no regime aberto, as

grupo, de 105, é composto por 85 casos em que a falta foi considerada grave nos três patamares decisórios (administração, primeiro e segundo graus), ainda que a sanção tenha sofrido alguma modificação em segundo grau, o que ocorreu em apenas cinco decisões. Ou seja, em 81% dos casos que resultaram na aplicação de falta grave, a imputação não sofreu qualquer alteração nos três patamares sancionatórios; em cinco desses casos o TJSP apenas modulou as sanções aplicadas nas fases anteriores. A grande tendência extraída dos dados é a manutenção da decisão administrativa que imputou a falta considerada grave, ou seja, o Judiciário, ao revisar a imputação disciplinar e a aplicação de sanções, tende a chancelar a decisão administrativa, como se demonstrará adiante.

2. DIVISÃO DE TAREFAS NO REGIME DISCIPLINAR PRISIONAL

Esta seção discute parte do quadro normativo referente à interação entre administração prisional e Judiciário no regime disciplinar prisional, especialmente no que diz respeito à divisão de tarefas no processamento das faltas e à aplicação de sanções.

A Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210 de 1984) foi o primeiro dispositivo normativo a definir regras específicas para o cumprimento da pena no Brasil. Representou a transição de um modelo de gestão prisional no qual “a atuação do juiz constituía-se em meramente corroboradora da atividade administrativa e em um apoio burocrático e técnico-legal” (TEIXEIRA, 2006, p. 58), para um arranjo normativo que prevê um “controle jurisdicional sobre toda a fase de execução” (ALMEIDA, 2014, p. 36). A jurisdicionalização da execução da pena “foi o ponto de partida para definir o caráter complexo da execução que ao longo de séculos foi considerada como de natureza meramente administrativa” (DOTTI, 1985, p. 47) e significou a ampliação não só da margem de atuação do juiz, como também da “capacidade de ação de todos os atores que integram o

condições impostas; VI - inobservar os deveres previstos nos incisos II e V, do art. 39, desta Lei. VII - tiver em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo; VIII - recusar submeter-se ao procedimento de identificação do perfil genético. Parágrafo único. O disposto neste art. aplica-se, no que couber, ao preso provisório. Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave (...).”

debate jurisdicional” (MACHADO e FERREIRA, 2012, p. 97), como o MP e a Defensoria Pública.¹⁶

Ao mesmo tempo em que ampliou o alcance da atuação jurisdicional, a LEP conservou muitas das prerrogativas administrativas, dado que cabe à administração prisional o controle imediato da população prisional e a gestão direta da sanção. A atividade administrativa compreende também a produção de uma burocracia que informa a função jurisdicional. Ou seja, é baseado nas informações produzidas no atestado de comportamento carcerário e no boletim informativo da pessoa presa que o juízo da execução decide sobre a progressão de regime, livramento condicional, indulto, comutação de penas e saída temporária.

Assim, o cotidiano prisional é controlado pela administração no trato direto com a população carcerária, na imposição da ordem e disciplina e na produção da burocracia administrativa e exercido à distância, ou indiretamente, pelo Judiciário, que, com base nas informações produzidas pela burocracia administrativa, decide sobre o desenvolvimento do processo de cumprimento da pena, a concessão de direitos etc.

O entendimento predominante na doutrina revisada no âmbito desta pesquisa, adotado também pelo STF,¹⁷ é de que o controle judicial na execução da pena é amplo e, por isso, cabe ao juiz, como “sujeito principal da relação processual executiva” (SCARANCA, 1994, p. 33), fiscalizar o cumprimento da pena, garantir os direitos das pessoas presas e, ainda, no plano disciplinar, apreciar os aspectos materiais e substantivos

16 Com a promulgação da Constituição Federal, quatro anos depois da LEP, um novo repertório de direitos foi garantido às pessoas investigadas, processadas criminalmente ou privadas de liberdade. Foram vedadas as penas de morte, perpétuas e cruéis (CF, art. 5º, III e XIX, *b* e *e*), bem como a tortura e o tratamento desumano ou degradante (CF, art. 5º, III); e determinou-se que “é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral” (CF, art. 5º, XLIX) e que “às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação” (CF, art. 5º, L). Especificamente sobre a atuação jurisdicional, a CF/88 previu o contraditório e a ampla defesa nos processos administrativos e judiciais (CF, art. 5º, LV) e a inafastabilidade do controle jurisdicional em caso de ofensa a direito (CF, art. 5º, XXXV).

17 No julgamento do já mencionado HC 90.106/RS, de 2011, o STF entendeu que “embora se remeta à autoridade administrativa o reconhecimento da falta cometida pelo condenado, nada impede que os órgãos judicantes competentes avaliem o seu perfeito enquadramento legal, notadamente quando a sanção disciplinar imputada ao prisioneiro seja desproporcional ao fato empírico que lhe deu causa”.

do procedimento disciplinar, podendo anular, cancelar ou alterar a qualificação da falta (ROIG, 2017). Assim, mesmo que se reconheça que o ato do juiz nem sempre é jurisdicional, este é o caráter da sua função na execução penal (GRINOVER, 1987). À pessoa condenada, sujeito da relação processual na execução, devem ser asseguradas as garantias constitucionais do devido processo legal, direito de defesa, contraditório, duplo grau de jurisdição e igualdade processual (GRINOVER, SCARANCE e MAGALHÃES, 1992, p. 239).¹⁸

Entretanto, na prática, a efetiva jurisdicionalização da execução da pena é, por diversas razões, questionada. Ana Gabriela Braga (2013, p. 101–105) resume em seis os obstáculos à plena jurisdicionalização da execução: i) “inexistência de controle jurisdicional” propriamente dito, o juízo é meramente burocrático e “homologatório”; ii) “concentração das funções acusatória e de julgamento”, o que não permite que seja imparcial; iii) “deficiência da defesa técnica”; iv) “administrativização” do regime disciplinar, em que as sanções aplicáveis pela administração não são passíveis de qualquer “interferência judicial”; v) “falta de definição legal nos conceitos e clareza no texto da lei”, que favorece a discricionariedade administrativa e viola o princípio da legalidade; e vi) “preso enquanto objeto da execução penal”, submetido a uma relação de sujeição total.

No processamento das faltas, a indefinição a respeito do alcance do controle judicial encontra guarida no fato de que a LEP não definiu de maneira clara os limites para a intervenção jurisdicional. Ao estabelecer apenas que o poder disciplinar compete à administração, que deve “encaminhar” o procedimento ao juízo da execução para atribuição de certas sanções, abre-se margem, conforme observado na amostra, para a possibilidade de o(a) juiz(a) definir os termos de sua atuação, seja ampliando-a (ao aplicar sanções não previstas na lei, por exemplo), seja restringindo-a (ao se recusar a apreciar o mérito da falta por entender ser competência administrativa, por exemplo).

Já na aplicação de sanções, a lei divide estas em aplicáveis pela administração prisional e pelo Judiciário.

18 Ao tempo da edição da LEP, havia certo debate a respeito da natureza jurídica da execução penal, que se desdobrava, na doutrina, em duas correntes principais: administrativista e jurisdicional. Para a primeira, em contornos gerais, a atividade judicial na execução penal não se reveste de jurisdicional, pois o juízo da execução penal somente cumpre os comandos da sentença condenatória criminal, que ocorrem a despeito da concordância da pessoa condenada (SILVA, 1957). Esse entendimento perdeu força após a promulgação da LEP, em 1984, que definiu expressamente o caráter jurisdicional da execução da pena, e da CF/88, que garantiu a inafastabilidade da tutela jurisdicional.

Segundo a abordagem tradicional, a infração considerada de natureza administrativa, como a falta disciplinar, teria efeitos menos severos na vida da pessoa sancionada. Contudo, a sanção disciplinar durante a execução da pena pode importar, em última análise, em uma (sobre)pena que, além de interferir nas condições de cumprimento da pena privativa de liberdade, obsta a aquisição de diversos direitos que poderiam abreviá-la. Em casos extremos, o registro de falta grave pode importar na regressão para um regime (fechado) não cominado originalmente na sentença condenatória, ou seja, em uma punição mais grave do que a que ensejou a prisão em primeiro lugar.¹⁹

A LEP designa expressamente as seguintes sanções para as faltas leves, médias e graves: advertência verbal, repreensão, suspensão ou restrição de direitos, isolamento disciplinar e inclusão no regime disciplinar diferenciado (LEP, art. 53). As quatro primeiras “serão aplicadas por ato motivado do diretor do estabelecimento” (LEP, art. 54), e a última dependerá de autorização judicial, na qual deverão se manifestar a defesa e o Ministério Público.

A administração pode, então, aplicar determinadas sanções, como isolamento, restrição ou suspensão de direitos como trabalho, TV, visitas, cartas e jumbo,²⁰ antes da conclusão do procedimento, tão logo registrada a falta (LEP, art. 41, parágrafo único).

A transferência de unidade, embora não figure expressamente como sanção disciplinar, funciona, no cotidiano prisional, como medida sancionatória, utilizada pela administração para “conter indisciplina e neutralizar lideranças” (SILVA, MELLO e RUDNICKI, 2018, p. 199), figurando, muitas vezes, como um “castigo severo” (COLARES, 2016, p. 368) devido à mudança da pessoa presa para uma unidade distante do seu local de origem.

Já as sanções aplicáveis pelo Judiciário não são definidas como tal no texto legal. Embora não expressamente designadas como sanções, são consequências jurídicas sancionatórias, aplicáveis quando da remessa do procedimento para o juízo da execução penal e compõem-se de: regressão de regime (LEP, art. 118, I), perda de até 1/3 dos dias remidos (LEP, art. 127)²¹ e revogação automática da saída temporária (LEP, art. 125).

¹⁹ Conforme observado no Caso 104.

²⁰ O jumbo é a remessa externa de itens básicos de alimentação, vestuário e higiene, bem como itens complementares, como cigarros, revistas e outros. Bastante valorizado pelas pessoas presas, é a única maneira pela qual muitas conseguem suprir as necessidades básicas. Sobre a sua importância no sistema de abastecimento das prisões, ver Godoi (2015).

²¹ A redação original do art. 127 determinava que “o condenado que for punido

Foram identificadas, ainda, duas sanções aplicadas pelo Judiciário que não têm respaldo legal. A primeira é o reinício do lapso temporal para a progressão (quando no regime fechado) que não tinha base legal²² e se tratava de criação jurisprudencial, reconhecida e avalizada pelo STF, no HC 102365/SP de 2011, que visou estender àqueles em regime fechado a sanção de regressão de regime. De modo que, não sendo possível a transferência para regime mais restritivo, deve-se iniciar nova contagem do lapso temporal para a progressão a partir da data da falta.

A segunda é o reinício do lapso temporal para aquisição do livramento condicional. Em alguns casos identificados no material, a sanção é aplicada ao livramento condicional sob o argumento de que “é benefício de maior estatura” que a progressão (Caso 25),²³ “não sendo admissível, diante da omissão da Lei neste sentido, interpretação em seu benefício, mas em detrimento da sociedade” (Caso 109), ainda que a Súmula 441 do STJ vede expressamente essa sanção.²⁴

O Quadro 1, a seguir, organiza de acordo com o desenho proposto pelo programa jurídico sancionatório²⁵ as normas de sanção em função da autoridade competente para aplicá-las. Foram incluídas, nesse conjunto, as normas que modificam e regulam a aplicação das sanções, como circunstâncias agravantes, classificação de comportamento, prescrição e circunstâncias que devem pautar a aplicação das sanções.

por falta grave perderá o direito ao tempo remido, começando o novo período a partir da data da infração disciplinar”. Este dispositivo foi alterado pela Lei n. 11.433/2011, que passou a conferir a possibilidade de perda de até 1/3 do tempo remido, conferindo ao juízo espaço decisório para aplicar ou não a sanção, bem como proporcionalizá-la.

- 22 Com as alterações promovidas na LEP pelo Pacote Anticrime (Lei n. 13.964/19), o reinício do lapso para progressão em caso de falta disciplinar grave agora é expressamente previsto no § 6º do art. 112.
- 23 As informações completas sobre os casos citados ao longo deste texto estão disponíveis no apêndice da dissertação de mestrado (PINTO, 2019).
- 24 A falta grave não interrompe o prazo para obtenção de livramento condicional (Súmula 441, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28/04/2010, DJe 13/05/2010).
- 25 O programa jurídico sancionatório é uma tipologia desenvolvida por Álvaro Pires para aprimorar a descrição de arranjos normativos que se formam no interior de diferentes áreas do Direito, que preveem, ao menos, “normas de comportamento”, “normas de sanção” e “normas de processo”. Sobre o regime disciplinar prisional como “programa jurídico sancionatório”, ver Machado e Pinto (2019).

QUADRO 1: NORMAS DE SANÇÃO (FALTA GRAVE)

<p>APLICADAS PELO DIRETOR DA UNIDADE (LEP, ART. 54)</p>	<p>1 - SUSPENSÃO OU RESTRIÇÃO DE DIREITOS (LEP, ART. 57. P. Ú; ART. 53, III)</p> <ul style="list-style-type: none"> • “DISTRIBUIÇÃO DO TEMPO PARA O TRABALHO, O DESCANSO E A RECREAÇÃO” (LEP, ART. 41, V); • “VISITA DO CÔNJUGE, DA COMPANHEIRA, DE PARENTES E AMIGOS” (LEP, ART. 41, X); • “CONTATO COM O MUNDO EXTERIOR” (CARTAS, LEITURA E OUTROS) (LEP, ART. 41, XV); • VISITA ÍNTIMA (SAP, ART. 125, V E ART. 117); • RESTRIÇÕES DO QUE PODE SER ENTREGUE OU ENVIADO PELAS FAMÍLIAS - “APENAS MATERIAIS BÁSICOS DE HIGIENE PESSOAL E OUTROS AUTORIZADOS PELA DIREÇÃO” (SAP, ART. 164 E ART. 167. P.U). <p>2 - ISOLAMENTO (LEP, ART. 53, IV)</p> <p>3 - CLASSIFICAÇÃO DE COMPORTAMENTO COMO “MAU” NO DECORRER DE UM ANO APÓS O CUMPRIMENTO DA SANÇÃO (SAP, ART. 85, IV E SAP, ART. 89, III)</p> <p>4 - “CIRCUNSTÂNCIAS AGRAVANTES DAS PENALIDADES”: “REINCIDÊNCIA EM FALTA DISCIPLINAR” E “PRÁTICA DE FALTA DISCIPLINAR DURANTE O PRAZO DE REABILITAÇÃO OU DURANTE O CUMPRIMENTO DE SANÇÃO DISCIPLINAR DE NATUREZA GRAVE” (SAP, ART. 48, I E III)</p> <p>5 - SOLICITAÇÃO DE INCLUSÃO NO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO – RDD (LEP, ART. 52);</p> <p>6 - TRANSFERÊNCIA DE UNIDADE (SEM BASE LEGAL)²⁶</p>
<p>APLICADAS PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO</p>	<p>7 - INCLUSÃO NO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO – RDD (LEP, ART. 52)</p> <p>8 - REGRESSÃO DE REGIME (LEP, ART. 118)</p> <p>9 - REVOGAÇÃO DA SAÍDA TEMPORÁRIA (LEP, ART. 125)</p> <p>10 - REVOGAÇÃO DE ATÉ 1/3 DO TEMPO REMIDO (LEP, ART. 127)</p> <p>11 - REINÍCIO DA CONTAGEM PARA OBTENÇÃO DE PROGRESSÃO DE REGIME E DO LIVRAMENTO CONDICIONAL (SEM BASE LEGAL)</p> <p>12 - EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE POR PRESCRIÇÃO (RI/SAP, ART. 77)</p> <p>13 - “NA APLICAÇÃO DAS SANÇÕES DISCIPLINARES, LEVAR-SE-ÃO EM CONTA A NATUREZA, OS MOTIVOS, AS CIRCUNSTÂNCIAS E AS CONSEQUÊNCIAS DO FATO, BEM COMO A PESSOA DO FALTOSO E SEU TEMPO DE PRISÃO” (LEP, ART. 57, P. ÚN.)</p> <p>14 - “PUNE-SE A TENTATIVA COM A SANÇÃO CORRESPONDENTE À FALTA CONSUMADA” (LEP, ART. 49, P. ÚN.).</p>

Fonte: Machado e Pinto (2019).

²⁶ Embora a determinação para remoção da pessoa presa para outra unidade seja competência do juízo da execução (LEP, art. 66, V, h), na prática é aplicada como sanção pela administração com a comunicação posteriormente ao juízo.

Devido às características do procedimento e das sanções disciplinares, eventual modificação promovida pelo Judiciário na decisão administrativa atinge tão somente as sanções aplicadas pelo próprio Judiciário. As sanções aplicadas pela administração, como o isolamento e a perda de direitos, são subtraídas da apreciação judicial e ficam circunscritas à dimensão administrativa e, portanto, discricionária do poder disciplinar. Isso porque, no momento em que o procedimento é remetido ao juízo da execução penal, as sanções aplicadas pela administração já foram vivenciadas pelas pessoas sancionadas. São sanções que têm consequências brutais na experiência intramuros, como restrições às possibilidades de circulação na unidade prisional e interrupção de fluxos que abastecem o cotidiano, perda de postos de trabalho, entre outras.²⁷

O Judiciário em primeiro grau pode, então, aplicar um novo pacote sancionatório sobre a mesma pessoa, pelos mesmos fatos – por sua vez, gerando consequências diretas no desenvolvimento progressivo da pena. Caso seja interposto agravo contra essa decisão, o juízo em segundo grau pode cancelar ou modificar apenas as sanções aplicadas em primeiro grau.

2.1. O JUIZ COMO COADJUVANTE NO PROCESSAMENTO DAS FALTAS

Esta seção discute a forma como é concebido, no material, o papel do Judiciário diante da imputação de falta grave pela administração prisional e a qualidade e o alcance desse controle judicial.

De acordo com a LEP, o juiz tem três opções ao apreciar o procedimento administrativo disciplinar: alterar o enquadramento legal da falta, modificar o pacote sancionatório aplicado em primeiro grau ou simplesmente chancelar a decisão das fases anteriores. Em função do comportamento decisório, o material foi organizado em três grupos.

Nos casos em que houve alguma modificação na capitulação da falta ou na aplicação das sanções, considera-se que a revisão judicial alcançou aspectos materiais e formais do procedimento administrativo disciplinar, isto é, o(a) juiz(a) reconheceu o controle judicial sobre a imputação da administração.

²⁷ Para uma descrição detalhada das condutas sancionadas nos documentos judiciais, ver Pinto (2019), especialmente o capítulo 4.

Há, por outro lado, casos em que o Judiciário apenas chancela o procedimento administrativo, ou seja, não faz referência ao alcance da atuação jurisdicional ou não realiza modificações.²⁸ Esta atuação pode decorrer de uma compreensão restrita a respeito da atuação judicial, na qual o juiz deixa de apreciar o mérito da falta porque se considera mero “homologador” da decisão da administração prisional. Ou seja, tem uma percepção compartimentalizada da divisão de tarefas no regime disciplinar prisional.

No terceiro grupo foram identificados casos – 73 decisões (53% da amostra total de 136) – em que não foi possível inferir a respeito do alcance da atuação do juiz, ou seja, não houve menção expressa aos limites do controle judicial e, tampouco, houve modificação na falta ou nas sanções.

Esta seção trata, portanto, dos outros 63 (47%) acórdãos, que cumprem as premissas formuladas para os dois primeiros grupos. Desses 63, em 49 (77%), a decisão exerceu seu papel jurisdicional, seja porque agravou, atenuou ou cancelou a qualificação jurídica ou a sanção, manteve a decisão de primeiro grau que desclassificou a falta aplicada pela administração ou afirmou expressamente que tinha competência para apreciar o mérito da falta. Dos 63 acórdãos, considerou-se que em 14 (23%) os(as) juízes(as) não exerceram o controle jurisdicional em função do posicionamento adotado na decisão, isto é, nos casos em que o controle foi expressamente limitado aos aspectos formais do procedimento.

Assim, a classificação do comportamento decisório do primeiro grupo se deu em função do conteúdo da decisão. Foram incluídas todas as decisões que, de alguma maneira, alteraram o enquadramento legal da falta ou as sanções aplicadas pelo juízo da execução, bem como as decisões que mantiveram a modificação promovida pelo juízo em detrimento da decisão administrativa. E, também, as decisões que expressamente se reconheceram como competentes para apreciar integralmente a imputação administrativa, ainda que não a tenham alterado.

Na maior parte dos casos desse grupo houve uma apreciação referente ao mérito da falta, ou seja, sobre os fatos e o conjunto probatório descritos no procedimento administrativo. Partindo daí, alguns acórdãos decidiram

28 Foram excluídos do balanço: um acórdão que anulou o procedimento por ausência de oitiva na fase judicial e dois acórdãos que não reconheceram a prescrição aplicada em primeiro grau. Isso porque, embora tenha havido modificação na capitulação da falta, ela foi direcionada a aspectos formais do procedimento, cuja apreciação, segundo os acórdãos, é competência jurisdicional.

pelo cancelamento da falta, porque entenderam que não houve individualização da conduta no procedimento administrativo disciplinar (Caso 38); não restou comprovada a “vontade livre e consciente” (Caso 112); o quadro probatório era insuficiente (Casos 69, 90 e 92); a conduta era atípica (Caso 91) e “não colocou em risco as demais detentas” (Caso 86). Outros invocaram os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e da taxatividade para desclassificar para média a falta considerada grave em primeiro grau (Casos 30, 41, 55, 61, 81, 88 e 89) ou para reduzir as sanções aplicadas (Casos 5, 19 e 42).

O grupo inclui também acórdãos que, diante de recurso do MP, decidiram pela reforma da decisão de primeiro grau, restituindo a falta grave originalmente aplicada pela administração e aplicando as sanções ou remetendo-as ao juízo da execução sob pena de “supressão de instância” (Casos 17 e 18).²⁹

Entre aqueles que expressamente reconheceram sua função jurisdicional, um acórdão, depois de avaliar que não houve “qualquer tipo de produção de provas em juízo, não constando da decisão nem mesmo a análise da conduta da sentenciada ou referência às sanções aplicadas em âmbito administrativo”, cancelou as sanções de regressão de regime e perda de 1/3 dos dias remidos aplicadas pelo juízo da execução em decorrência da posse de itens de maquiagem e higiene. Para tanto, invocou a “natureza jurisdicional” da execução da pena:

A execução penal é atividade complexa que se desenvolve nos planos jurisdicional e administrativo. A aplicação da pena situa-se no campo do direito penitenciário, mas sua efetivação é de natureza jurisdicional, por meio dos ditames do direito processual penal. (Caso 53)

Há um acórdão que vai mais longe e reconhece, além do amplo controle jurisdicional sobre o regime disciplinar, o caráter sancionatório da punição disciplinar “que provoca notórios reflexos na forma de cumprimento da pena privativa de liberdade” (Caso 101). A afirmação foi provocada por agravo interposto pelo MP em face da “absolvição” da falta grave em primeiro grau, no qual o MP argumenta que:

²⁹ Um desses casos, como será tratado adiante, restituiu a falta aplicada pela administração sob o argumento de que a tipificação é competência administrativa e não cabia ao juízo da execução modificá-la (Caso 93).

Não é dado ao Magistrado apreciar o acerto da decisão administrativa no tocante ao mérito, pois, o administrador da unidade prisional, responsável por manter a disciplina do estabelecimento, é o único que conhece as consequências de eventual punição indevida ou ausência de punição de qualquer sentenciado. (Caso 101, trecho do agravo transcrito no acórdão)

Para afastar os pedidos do Ministério Público e manter a “absolvição” decidida em primeiro grau, a decisão citou julgado do STJ que entende que:

“Na esfera de competência do juiz da execução inclui-se o **poder-dever** de reexaminar, para manter ou para reformar, inclusive quanto ao mérito, eventuais sanções impostas a reeducandos em razão de seu comportamento durante o período de cumprimento da pena, (...) pelo que a decisão administrativa proferida no âmbito interno do presídio com relação aos detentos está sujeita ao controle jurisdicional”. (STJ, MS 12983/DF, Rel. Min. Félix Fischer, j. 12/12/2007, grifo nosso)

Trata-se, portanto, de uma decisão que reafirmou a função jurisdicional, conforme prevista na CF/88 e na LEP, diante de um pedido do Ministério Público que levanta uma questão claramente superada na jurisprudência e doutrina. O Ministério Público sustentou, nesse caso, que os atos administrativos na esfera disciplinar-prisional não se submetem a nenhum tipo de controle pelo Poder Judiciário, tendo em vista que compete à administração a gestão direta da população prisional. Com isso, situa o regime disciplinar prisional às margens da legalidade e dentro da esfera de poder discricionário do “administrador da unidade prisional”.

Contracorrente, o entendimento do Ministério Público supramencionado foi adotado também pelo TJSP em 14 dos 63 acórdãos (10,2% da amostra total de 136). Ao contrário da inferência do primeiro grupo, realizada sobre o conteúdo da decisão, estes 14 casos foram agrupados em função da autopercepção sobre a atuação manifestada no acórdão. São decisões que se limitaram expressamente a apreciar “a legalidade sentido amplo” (Caso 58), “as formalidades legais” (Caso 56), a “regularidade formal do procedimento” (Caso 129). Para esses acórdãos, a apreciação judicial se trata de “decisão de cunho administrativo homologada pelo juízo” (Casos 9 e 33), cabendo ao juiz “somente a homologação sem insurgência no mérito da falta” (Caso 136). As sanções, por sua vez, são meros “reflexos quanto a futuros benefícios prisionais” (Caso 135) ou “efeitos legais” (Casos 58 e 93).

Esses argumentos, que abertamente desafiam a natureza jurisdicional do regime disciplinar, foram mobilizados especialmente para reduzir o ônus argumentativo da decisão judicial e transferir para a esfera administrativa a competência da imputação disciplinar, mas também para, em um dos casos, reverter a decisão em primeiro grau que cancelou a falta. Neste caso, foi argumentado que

Por não emanar do seu conteúdo indício algum de ilegalidade ou abuso de poder, a única decisão possível era a ratificação do conteúdo do culminante ato sancionador, mantendo, inclusive, o enquadramento do fato como falta de natureza *grave*. (Caso 93)

O acórdão mobilizou doutrina referente ao Direito Administrativo, de autoria de Hely Lopes Meirelles, para embasar o entendimento no âmbito do regime disciplinar prisional, afirmando que “o controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário deve, em regra, projetar-se sobre a legalidade do ato, não abrangendo o respectivo mérito (conveniência, oportunidade, finalidade etc.)” (Caso 93). A decisão invoca, assim, um conjunto de princípios norteadores do controle judicial sobre a atividade da Administração Pública que não guarda relação alguma com os princípios constitucionais elementares que orientam o cumprimento de pena privativa de liberdade.

Observa-se, assim, que são decisões profundamente marcadas pela departamentalização do Direito, que realizam uma autocontenção da função jurisdicional em razão da “natureza administrativa” do regime disciplinar prisional, ao mesmo tempo em que negligenciam as conquistas constitucionais do processo administrativo. Ocorre que a identificação da natureza prisional-administrativa do regime disciplinar gera implicações perversas para a pessoa sancionada. Uma decisão entendeu que “a extrapolação do prazo previsto para a conclusão do procedimento disciplinar em nada interfere na pretensão punitiva do Estado, caracterizando-se como mera irregularidade, a ser analisada, apenas, em âmbito administrativo”. Este mesmo caso também descartou a necessidade de perícia no celular apreendido “por se tratar de ilícito administrativo e não crime” (Caso 98).

A percepção do juiz sobre o alcance de sua atuação possibilita desfechos bastante distintos aos agravos, bem como diferentes maneiras de operacionalizar as normas do programa jurídico sancionatório disciplinar-prisional. A seguir, o primeiro trecho exprime esse ponto em relação ao direito de defesa, além de claramente desconsiderar as previsões do orde-

namento jurídico interno constantes na CF/88 e na LEP, que garantem a ampla defesa e o contraditório nos processos administrativos e, ainda, a jurisdicionalização da execução da pena. Já o segundo resume a lógica que orienta a flexibilização das normas de processo previstas no RI/SAP, neste caso, em relação à falta de citação pessoal da mulher sancionada no PAD.

Muito embora se reconheça a necessidade de observância do direito à assistência técnica nos procedimentos administrativos, tal **não equivale à ampla adoção do contraditório, incompatível com a celeridade e menor formalidade** de tais procedimentos, contrariamente ao que se dá no processo penal. Afinal, o procedimento voltado a apurar a falta grave imputada à sentenciada não possui natureza “penal”, mas sim disciplinar/administrativa, **não estando abrangido pela norma da Convenção Americana de Direitos Humanos** que apregoa a necessidade de intervenção do Poder Judiciário na apuração de toda e qualquer infração penal. (Caso 127, grifos nossos)

O art. 59 da LEP determina que a prática de falta grave deve ser apurada por meio de procedimento administrativo, de modo que a **informalidade** que vigora nas sindicâncias administrativas não pode ser comparada com a **formalidade** que vigora nos processos judiciais criminais. (Caso 121, grifos nossos)

Para além das categorias binárias “reconhece” ou “não reconhece” o controle jurisdicional, foi possível identificar decisões que apresentam características, de certa forma, híbridas. São casos que apreciaram o mérito da falta, mas ainda assim organizaram a departamentalização entre áreas jurídicas, ou seja, projetaram para o regime disciplinar os elementos tradicionalmente associados à “natureza administrativa”, como “menor rigor” (Casos 30 e 90), desnecessidade de oitiva judicial (Caso 55) e possibilidade de inversão na ordem dos depoimentos (Caso 61).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este texto teve como objetivo descrever o arranjo institucional no regime disciplinar prisional e discutir, especialmente, a divisão de tarefas entre a administração prisional, responsável pela gestão direta da pena, e o Judiciário, que realiza uma gestão à distância (GODOI, 2015, p.

107; JESUS FILHO, 2017, p. 23) como “consequência obrigatória do princípio da legalidade no cumprimento da pena” (FERREIRA, 2011, p. 68).

Dada a “singularidade do regime disciplinar penitenciário em comparação a outros regimes disciplinares” (BLANCO, 2009, p. 362) e o papel central que exerce no desenvolvimento progressivo da pena, o estudo das práticas decisórias do Judiciário no âmbito prisional revela como a atuação dos atores é profundamente marcada pela compartimentalização do Direito em diferentes áreas.

As decisões no âmbito do regime disciplinar prisional operam, assim, uma seletividade entre as esferas prisional-administrativa e penal, que tem impactos significativos – e, na maioria dos casos, prejudiciais às mulheres sancionadas – na operacionalização do programa jurídico sancionatório, no reconhecimento de direitos, na fundamentação das decisões e nas sanções aplicadas. Há decisões que expressamente posicionam o regime disciplinar prisional à margem da Constituição Federal e da LEP, sequer reconhecendo as conquistas constitucionais do processo administrativo. Os acórdãos, em razão da “informalidade” do procedimento, flexibilizam garantias legais e mobilizam pouca ou nenhuma fundamentação com base no caso concreto para aplicar sanções que têm efeitos bastante severos na vida da pessoa sancionada.

Mesmo nos casos em que o acórdão não se autolimitou a apreciar apenas os aspectos formais do procedimento, ele ainda assim chancelou a decisão administrativa e aplicou um pacote sancionatório não individualizado ao caso concreto. A atuação judicial no material foi marcada por automatismo decisório – com o uso do masculino para se referir às mulheres sancionadas – e pela reprodução de formulações idênticas em casos bastante distintos sobre a gravidade da conduta e seus reflexos na ordem e segurança da unidade. O não reconhecimento do caráter sancionatório das punições aplicadas denota uma posição de absoluta indiferença em relação às consequências graves que o registro de falta grave acarreta na vida e no tempo de pena da pessoa sancionada.

Considerando essas características, argumenta-se, como indica o título da seção anterior, que o(a) juiz(a) exerce papel coadjuvante no regime disciplinar prisional. O protagonismo cabe à administração que, diante da amplitude das normas de comportamento, tem discricionariedade para exercer o poder disciplinar, selecionar comportamentos e, ainda, conduzir o PAD e aplicar sanções que são subtraídas da apreciação judicial. Mesmo quando o controle jurisdicional é exercido, eventual decisão favorável tem efeitos limitados para a pessoa sancionada, que já foi punida na esfera prisional.

Com isso em mente, é possível argumentar que a jurisdicionalização do procedimento disciplinar não cumpre as expectativas levantadas na literatura, de que o controle judicial importaria na ampliação de direitos e garantias às pessoas sancionadas. Os casos discutidos aqui mostram que a atuação do Judiciário paulista sobre o regime disciplinar prisional é meramente protocolar e burocrática.

Diante desse quadro, este texto não tem como objetivo prescrever outro tipo de controle sobre o regime disciplinar prisional, mas sim contribuir para um campo de conhecimento que busca explicitar práticas decisórias do Judiciário no âmbito prisional e arranjos institucionais que, no limite, implicam maiores (e piores) tempos de pena. Passo importante do processo de repensar o papel da prisão na sociedade é revelar as engrenagens que perpetuam esse quadro.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Felipe Lima de. Reflexões acerca do Direito de Execução Penal. *Revista Liberdades* n. 17, set./dez. 2014.
- BLANCO, Federico A. Castillo. La potestad disciplinaria de la Administración penitenciaria. *Documentación Administrativa*, [S.l.], abr. 2009. ISSN 1989-8983. Disponível em: <https://revistasonline.inap.es/index.php?journal=DA&page=article&op=view&path%5B%5D=9644>. Acesso em: 8 mar. 2020. doi: <http://dx.doi.org/10.24965/da.v0i282-283.9644>.
- BRAGA, Ana Gabriela Mendes. Criminologia e Prisão: caminhos e desafios da pesquisa empírica no campo prisional. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*. v. 1, n. 1, jan. 2014, p. 46-62.
- BRAGA, Ana Gabriela Mendes. *Preso pelo Estado e vigiado pelo crime: as leis do cárcere e a construção da identidade na prisão*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.
- COLARES, Leni Beatriz Correia. Rebeliões em presídio feminino: desordem e controle. *Dilemas: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social*, v. 9, n. 2, maio/ago. 2016, p. 361-391.
- DIAS, Camila Caldeira Nunes. Estado e PCC em meio às tramas do poder arbitrário nas prisões. *Revista Tempo Social*, São Paulo, v. 23, n. 2, 2011.
- DIAS, Camila Nunes. Disciplina, controle social e punição: o entrecruzamento das redes de poder no espaço prisional. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*. v. 29, n. 85, p. 113-127, jun. 2014.
- DOTTI, René Ariel. As bases constitucionais do direito penal democrático. *Revista de Informação Legislativa*. v. 22, n. 88, p. 21-44, out./dez. 1985.
- EPSTEIN, Lee; KING, Gary. The Rules of Inference. *The University of Chicago Law Review*. v. 60, n. 1, Winter 2002.

- FERREIRA, Carolina Cutrupi. Legislar pela exclusão social: um estudo da atividade legislativa sobre cumprimento da pena de 1984 a 2011. 182f. Dissertação (Mestrado em Direito e Desenvolvimento) – Fundação Getúlio Vargas, Escola de Direito do Estado de São Paulo, São Paulo, 2011.
- GODOI, Rafael. Fluxos em cadeia: as prisões em São Paulo na virada dos tempos. 246f. Tese (Doutorado em Sociologia) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.
- GRIVONER, Ada Pellegrini; MAGALHÃES, Antônio. SCARANCA, Antônio. *As nulidades no processo penal*. São Paulo: Malheiros, 1992.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Natureza jurídica da execução penal. In: GRINOVER, Ada Pellegrini. *Execução penal: mesas de processo penal, doutrina, jurisprudência e súmulas*. São Paulo: Max Limonad, 1987. p. 5-13.
- INSTITUTE FOR CRIME & JUSTICE POLICY RESEARCH. *World Prison Brief*. Disponível em: https://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/prison-population-total?field_region_taxonomy_tid=All. Acesso em: 8 mar. 2020.
- JESUS FILHO, José de. *Administração penitenciária: o controle da população carcerária a partir da gestão partilhada entre diretores, judiciário e facções*. 236f. Tese (Doutorado em Administração Pública) – Escola de Administração de Empresas de São Paulo. FGV-SP, 2017.
- MACHADO, Máira Rocha; FERREIRA, Carolina Cutrupi. Exclusão social como prestação do sistema de justiça: um retrato da produção legislativa atenta ao problema carcerário no Brasil. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo (org). *Pensar o Brasil: problemas nacionais à luz do direito*. São Paulo: Saraiva. 2012.
- MACHADO, Máira Rocha; PINTO, Patrícia Bocado Batista. A punição na punição na punição: as múltiplas sanções aplicadas em caso de falta grave nas decisões do TJSP. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v. 152, ano 27, p. 117-143. São Paulo: RT, fev. 2019.
- MACHADO, Máira Rocha et al. Análise das justificativas para a produção de normas penais. Brasília: *Projeto Pensando o Direito MJ/PNUD*, v. 32, 2010. Disponível em: http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/07/32Pensando_Direito1.pdf. Acesso em 4 nov. 2020.
- MACHADO, Máira Rocha et al. (org.). *Pena mínima*. Brasília: Projeto Pensando o Direito MJ/PNUD, v. 17, 2009.
- MARRONE, José Marcos. Há jurisdição na execução penal. São Paulo, *Justitia*, v. 44, n. 116, p. 82-96, jan./mar. 1982.
- PINTO, Patrícia Bocado Batista. *Faltas disciplinares em penitenciárias femininas: um estudo das decisões do TJSP*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, FGV-SP, 2019.
- PIRES, Álvaro. Amostragem e pesquisa qualitativa: ensaio teóricos e metodológicos. In: POUPART, Jean et al. (orgs.). *A pesquisa qualitativa: enfoques epistemológicos e metodológicos*. Tradução de Ana Cristina Nasser. Petrópolis: Vozes, 2008. p. 154-211.
- PIRES, Álvaro. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos na modernidade tardia. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, v. 68, p. 39-60, 2004.
- ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Execução penal: teoria crítica*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SCARANCA, Antônio Fernandes. Reflexos relevantes de um processo de execução penal jurisdicionalizado. São Paulo, *Justitia*, v. 56, n. 166, abr./jun. 1994. Disponível em: https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/22825/reflexos_relevantes_processo_execucao.pdf. Acesso em: 8 mar. 2020.

SILVA, Adhemar Raimundo da. *Estudos de Direito Processual Penal*. Salvador: Publicações da Universidade da Bahia, 1957.

SILVA, Anderson Moraes de Castro. *Participo que...* Desvelando a punição intramuros. Rio de Janeiro: Publit, 2011.

SILVA, Beatriz do Espírito Santo. *A disciplina no presídio feminino de Sergipe*. Monografia (Bacharelado em Direito). Universidade Federal de Sergipe, 2018.

SILVA, Joana Coelho da; MELLO, Priscila Vargas; RUDNICKI, Dani. Ser agente na prisão feminina: entre a assistência, a disciplina e o respeito. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, v. 141, ano 26, p. 187-212. São Paulo: RT, mar. 2018.

TEIXEIRA, Alessandra. *Do sujeito de direito ao Estado de exceção: o percurso contemporâneo do sistema penitenciário brasileiro*. 182f. Tese (Mestrado em Sociologia). Departamento de Sociologia da Universidade de São Paulo, 2006.