UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

ANDRÉ CARNEIRO LEÃO

NO FORO E FORA DELE: UMA CARTOGRAFIA DO ATIVISMO JURÍDICO CONTRA O ENCARCERAMENTO EM MASSA NO BRASIL

Recife
2018

ANDRÉ CARNEIRO LEÃO

NO FORO E FORA DELE: UMA CARTOGRAFIA DO ATIVISMO JURÍDICO CONTRA O ENCARCERAMENTO EM MASSA NO BRASIL.

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife / Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para obtenção do título de Doutor.
Área de concentração: Teoria Geral do Direito Contemporâneo.

Orientador: Prof. Dr. Artur Stamford da Silva.

Recife

2018

Catalogação na fonte
Bibliotecária Ana Cristina Vieira, CRB-4/1736

L437f Leão, André Carneiro.
No foro e fora dele: uma cartografia do ativismo jurídico contra o encarceramento em massa no Brasil / André Carneiro Leão. – Recife, 2018.
391 f., il., gráf.

Orientador: Prof. Dr. Artur Stamford da Silva.
Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Pernambuco. Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2018.

Inclui referências e apêndices.

1. Direito Constitucional – Brasil. 2. Ativismo jurídico. 3. Litígio. 4. Direito Processual Civil. I. Silva, Artur Stamford da (Orientador). II. Título.

342.81 CDD (22. ed.) UFPE (BSCCJ 2020-30)

ANDRÉ CARNEIRO LEÃO

NO FORO E FORA DELE: UMA CARTOGRAFIA DO ATIVISMO JURÍDICO CONTRA O ENCARCERAMENTO EM MASSA NO BRASIL

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas, Faculdade de Direito do Recife, da Universidade Federal de Pernambuco, como parte dos requisitos para obtenção do título de Doutor.

Aprovada em: 21/12/2018

BANCA EXAMINADORA

_____

Prof. Dr. Artur Stamford da Silva (Orientador)

_____

Profa. Dra. Marília Montenegro Pessoa de Mello (Examinadora Externa)

(Universidade Católica de Pernambuco)

_____

Profa. Dra. Camila Cardoso de Mello Prando (Examinadora Externa)

(Universidade de Brasília)

_____

Prof. Dr. Bruno César Machado Torres Galindo (Examinador Interno)

(Universidade Federal de Pernambuco)

_____

Prof. Dr. Alexandre Ronaldo da Maia de Farias (Examinador Interno)

(Universidade Federal de Pernambuco)

_____

Profa. Dra. Flávia Danielle Santiago Lima (Examinadora Interna)

(Universidade Federal de Pernambuco)

Às Marias, Augusta e Letícia, com amor e carinho.

A todas as pessoas privadas de liberdade e a seus familiares.

AGRADECIMENTOS

A pós-graduação no Brasil ainda é um processo em que as desigualdades de raça, gênero e classe social se manifestam claramente. Consciente dos meus privilégios, posso apenas agradecer a quem contribuiu para que fosse possível a conclusão dessa caminhada. Primeiramente, dirijo-me a quem forneceu as bases emocionais necessárias para seguir adiante nos momentos mais difíceis. Agradeço, pois, sobretudo, à minha esposa e à minha filha, que me acompanharam durante toda a jornada, sacrificando-se, inclusive, quando da nossa mudança de país. Meu pai e minha mãe também foram sempre incentivadores de primeira hora e muito do que faço pretende ver neles o sorriso de aprovação, o que se estende a meu avô e às minhas avós. Nas pessoas de Juliana, minha irmã, e de Pedro, meu compadre, agradeço também aos (às) demais familiares e amigos (as) pelo apoio incondicional e pela compreensão dos afastamentos necessários nesse percurso monográfico.

Esta pesquisa simplesmente não existiria se eu não houvesse encontrado no caminho do doutorado o Moinho Jurídico e o seu coordenador, Artur Stamford. Apresentei a ele um projeto de pesquisa absolutamente distinto, que havia sido formulado de acordo com a minha curiosidade acadêmica e com a linha de ciências criminais então disponível no PPGD/UFPE. Foi ele quem me liberou das amarras do positivismo jurídico e quem me incentivou a pesquisar aquilo que verdadeiramente me incomodava e com o que eu possuía alguma familiaridade. Artur é um verdadeiro orientador e não um domesticador do pensamento. Não impôs, em momento algum, um marco teórico (prática, aliás, conhecida e frequente na academia). Fomentou, desde o início, uma leitura que fugisse do senso comum jurídico e que se aproximasse da realidade. Comprometido com pesquisas empíricas com rigor metodológico, forneceu todo o material e as leituras necessárias para que esta pesquisa fosse cientificamente viável. Os erros metodológicos que cometi são de minha exclusiva responsabilidade. Agradeço, em seu nome, aos colegas do Moinho Jurídico que apresentaram críticas durante a construção da tese nas proveitosas reuniões no PPGD.

Dialogar com a sociologia e assumir o discurso criminológico, para quem foi treinado sob fortes bases formalistas e dogmáticas, foi um desafio simultaneamente prazeroso e incômodo. A insegurança de caminhar sobre o desconhecido produzia a angústia de sentir que

o esforço era sempre insuficiente. Essa angústia não foi, ainda, plenamente superada. Aprendi apenas a conviver com ela e percebê-la como estímulo para uma caminhada sem fim.

Agradeço, também, nessa transição da dogmática jurídico-penal para a criminologia, ao grupo Asa Branca de Criminologia e, particularmente, à sua coordenadora, Marília Montenegro, a quem chamamos carinhosamente de "Profa.". Marília é uma educadora paulo-freiriana. Identifica no ensino do direito a necessidade de aproximar afeto e conscientização política. Conseguiu reunir, desse modo, um grupo de pesquisadoras e de pesquisadores, entre os quais ouso me incluir, que enfrentam o desafio de estudar o sistema de justiça criminal sob uma perspectiva crítica, sem medo de se posicionar contrariamente aos abusos cotidianos de sua seletividade marcada por opressões de gênero, raça e classe. Fui apresentado ao grupo por uma de suas mais destacadas pesquisadoras: Manuela Abath. Manu é de uma generosidade incomum. Agradeço a ela todo o material disponibilizado e o exemplo de compromisso com a pesquisa. Foi o Asa Branca que permitiu também o diálogo com o Prof. Luciano Oliveira. Ele, que nos inspira com suas pesquisas, é essencial para toda a (auto) reflexão do grupo. Criticar as nossas convicções com base na forma como as coisas acontecem no dia-a-dia e não como se ensina nos livros é uma lição que aprendemos todos a partir de suas conversas. Mesmo suas aulas ganham contornos de uma conversa franca desprovida das formalidades da academia, recheadas com a ironia e o fino humor de um observador literário da realidade.

Na trajetória do doutorado, encontrei ajuda também no Programa de Pós-Graduação em Sociologia da UFPE. Ali cursei disciplinas de sociologia do crime e de metodologia da pesquisa em ciências sociais. Aos Professores José Luiz Ratton e Eliane da Fonte meus sinceros agradecimentos pelos diálogos travados e pela paciência nos esclarecimentos conceituais.

O rumo da pesquisa foi fortemente influenciado também pelos contatos e pelas experiências vivenciadas em Coimbra. Agradeço, assim, às Professoras Cláudia Cruz Santos e Maria João Antunes pelo acolhimento no período em que estive como investigador vinculado ao IDPEE (Instituto de Direito Penal Económico e Europeu) da Faculdade de Direito de Coimbra.

Preciso registrar uma profunda gratidão também a toda a equipe do Centro de Estudos Sociais que franqueou o acesso à biblioteca e aos cursos ali desenvolvidos, assim como às aulas do Prof. Boaventura de Sousa Santos. Consigno também aqui um particular agradecimento aos colegas Pedro Brandão e Maurício Wanderley pelos debates em torno do pensamento decolonial antes e depois dessas aulas. Anoto, ainda, um "muitíssimo obrigado" às bibliotecárias do CES, o que faço na pessoa da sua diretora Maria José.

Não posso deixar de agradecer, ainda, aos professores e às professoras do PPGD/UFPE que debateram temas relacionados a essa pesquisa no curso de sua formulação. Flávia Santiago, Alexandre da Maia, Bruno Galindo, João Paulo A. Teixeira e Gustavo Just compõem o grupo de docentes e pesquisadores comprometidos com universidade pública e com os seus avanços nos estudos de pós-graduação. Estendo a gratidão também aos servidores e servidoras do PPGD, na pessoa da querida Carminha.

Devo também agradecimentos institucionais à Defensoria Pública União, na pessoa de seu então Defensor Geral, Carlos Paz, e à Faculdade Damas, na pessoa de sua Diretora, Ir. Miriam, pelo apoio no semestre de afastamento de minhas atividades profissionais.

Por fim, quero agradecer às pessoas que dedicam sua vida à causa do desencarceramento e também aos integrantes da Rede de Justiça Criminal, do IBCCRIM e da Pastoral Carcerária que se disponibilizaram para as entrevistas.

A minha voz ainda
Ecoa versos perplexos
Com rimas de sangue
e fome.
A voz de minha filha
Recolhe todas as nossas vozes
Recolhe em si
As vozes mudas caladas
Engasgadas nas gargantas.
A voz de minha filha
Recolhe em si a fala e o ato.
O ontem – o hoje – o agora.
Na voz de minha filha
Se fará ouvir a ressonância
O eco da vida-liberdade.
(EVARISTO, 2017)

Não junto a minha voz à dos que, falando em paz, pedem aos oprimidos, aos esfarrapados do mundo, a sua resignação. Minha voz tem outra semântica, tem outra música. Falo da resistência, da indignação, da "justa ira" dos traídos e dos enganados. Do seu direito e do seu dever de rebelar-se contra as transgressões éticas de que são vítimas cada vez mais sofridas. (FREIRE, 1996, p.101)

RESUMO

Enquanto países que têm altas taxas de aprisionamento começam a apresentar sinais de desaceleração, o Brasil segue uma tendência exponencialmente crescente. Essa tendência, contudo, tem enfrentado uma oposição por parte de organismos da sociedade civil. Para compreender como entidades de direitos humanos mobilizam tribunais em oposição à política de encarceramento em massa no Brasil, realizou-se a presente pesquisa exploratório-descritiva. As análises foram norteadas pelas seguintes questões: o que de novo há em relação às práticas dos que se opõem ao encarceramento em massa no Brasil? Que resultados têm obtido? Para lidar com tais questões, empreendemos uma cartografia sociojuridica inspirada em metodologia semelhante desenvolvida por Boaventura de Sousa Santos. Os *corpora* da pesquisa consistiram em entrevistas com as entidades que compõem a Rede de Justiça Criminal e com algumas das que têm liderado a Agenda pelo Desencarceramento, assim como os documentos por elas já publicaram e as decisões judiciais em casos emblemáticos por ela mencionados. A análise dos dados foi pautada por um diálogo entre o realismo criminológico marginal e as Epistemologias do Sul. Para a primeira pergunta, a hipótese assumida foi a de que o litígio estratégico seria uma das práticas inovadoras adotadas pelas entidades pesquisadas. Para a última pergunta, partimos da hipótese de que essa via institucionalizada de ativismo jurídico, devido ao perfil conservador do sistema de justiça criminal, traria pouca ou nenhuma mudança significativa na política de encarceramento. As hipóteses foram parcialmente confirmadas, pois há efetivamente a mobilização coletiva dos tribunais em matéria penal com a assunção da linguagem do litígio estratégico, mas não foi percebida a utilização recorrente de instrumentos típicos do litígio de caso-teste propriamente dito. Notou-se também o emprego de diversos mecanismo de mobilização fora do foro, como o *advocacy* e as campanhas publicitárias. Apesar da observância de alguns resultados pontuais avaliados positivamente, confirmou-se a hipótese de que a via institucionalizada pouca ou nenhuma mudança provocou até aqui na cultura do encarceramento em massa.

Palavras-chave: Ativismo jurídico. Litígio Estratégico. Encarceramento em massa

ABSTRACT

This is an exploratory-descriptive study on how human rights entities mobilize opposition courts with the policy of mass incarceration in contemporary Brazil. Mechanisms of legal activism like the so-called strategic litigation were examined. While countries that also have high rates of imprisonment begin to show signs of slowing down, Brazil continues to rise. In the field of critical criminology, there is a gap on alternatives and there is resistance that has been arisen towards the implementation of this policy. What are the new practices of those who oppose mass incarceration in Brazil? What results have they obtained? Firstly, we assume that strategic litigation would be one of the innovatory practices, and secondly, considering the conservative profile of the criminal justice system, little or no significant change has been achieved. To examine those hypotheses, a methodology based on the symbolic mapping of Boaventura de Sousa Santos, developed from the perspective of Epistemologies of the South, was used. Semi-structured interviews with elite people was also used. The hypotheses were partially confirmed. It was verified that social movements have constructed new networks to try to change the Brazilian criminal justice system. In addition, it was identified that members of this network have actually mobilized the courts with innovative mechanisms. Legal activism is not restricted to the judicial sphere, and activities outside of it have also been reported. The use of typical instruments of case-control litigation was not seen. Despite the positively evaluated results, the hypothesis that the institutionalized pathway has induced little or no change was confirmed.

Keywords: Legal Activism. Strategic Litigation. Mass Incarceration

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO: na primeira pessoa do singular e em dois momentos.....16

1.1 PRIMEIRO MOMENTO: pelas ruas que andei... 17

1.2 SEGUNDO MOMENTO: por uma cartografia sociojurídica..... 28

2 PARA ALÉM DA RAZÃO INDOLENTE: o realismo criminológico marginal e as epistemologias do sul como influências no olhar do cartógrafo para enxergar o ativismo jurídico 41

2.1 COM OS PÉS NO REALISMO MARGINAL: bases para a análise do funcionamento do sistema de justiça criminal.....42

2.1.1 A mudança de paradigma e a ampliação dos horizontes da criminologia (e da política criminal): as contribuições da criminologia crítica e do abolicionismo penal.....42

2.1.2 A criminologia crítica na América Latina e o desenvolvimento do realismo criminológico marginal.....54

2.2 COM AS LENTES DE ALICE: da crítica da razão indolente à construção de um pensamento pós-abissal desde as epistemologias do sul.....65

2.2.1 Por outras epistemologias: a sociologia das ausências e das emergências e a visibilização da linha abissal.....68

2.2.2 A linha abissal como metáfora para entender as fronteiras da exclusão (prisional).....76

2.2.3 A legalidade cosmopolita como condição para o uso inclusivo de ferramentas jurídicas.....81

2.2.4 Uma atualização necessária: o direito, a direita e a nova judicialização da política..... 85

3 DAS RUAS PARA OS TRIBUNAIS: o ativismo social e jurídico e as legendas necessárias à compreensão desta cartografia 89

3.1 OS MOVIMENTOS SOCIAIS E SUA ARTICULAÇÃO EM REDES: novas formas e novas fronteiras de resistências..... 89

3.2 A POLITIZAÇÃO DA ADVOCACIA E A MOBILIZAÇÃO POLITIZADA DO DIREITO.....97

3.2.1 Da assistência judicial individual à advocacia de interesse público.....98

3.2.2 A advocacia popular como fonte de inovação dos serviços legais.....104
3.3 O ATIVISMO JURÍDICO E O USO DO LITÍGIO ESTRATÉGICO EM DIREITOS HUMANOS.....115
3.3.1 O conceito de ativismo jurídico e as origens do litígio estratégico na América Latina.....115
3.3.2 Os momentos e os trajetos possíveis do litígio estratégico.....122
3.3.3 Objetivos e os critérios de avaliação dos resultados da litigância estratégica.....125
3.3.4 O litígio estratégico em matéria penal: ressalvas elementares.....130
4 A NOVA ONDA PUNITIVA E OS MOVIMENTOS PARA SUA CONTENÇÃO: no rastro das experiências internacionais de encarceramento em massa e de ativismo anti-prisional.....132
4.1 SOBRE COMO CHEGAMOS ATÉ AQUI: a formação da monocultura do encarceramento e de uma política criminal expansionista tipo exportação....132
4.1.1 O encarceramento em massa como um "novo" modelo de segregação racial.....134
4.1.2 O encarceramento em massa como produto de um movimento prático e teórico de política criminal.....138
4.1.3 O giro punitivo à direita e à esquerda na América Latina.....147
4.2 O MOVIMENTO DE CONTENÇÃO DA ONDA PUNITIVA E ALGUMAS EXPERIÊNCIAS DE ATIVISMO ANTIPRISIONAL AO NORTE: os abolicionismos em preto e branco.....150
4.3 ALGUMAS EXPERIÊNCIAS DE ATIVISMO JURÍDICO EM TEMA PENITENCIÁRIO NO NORTE GLOBAL.....157
4.3.1 Os prison reform cases e o caso Brown v. Plata.....157
4.3.2 As decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos em Ananyev v. Rússia e Torreggiani et al. v. Itália.....164
4.4 ALGUMAS EXPERIÊNCIAS DE LITÍGIO ESTRATÉGICO EM TEMAS PENITENCIÁRIOS NA AMÉRICA DO SUL.....170
4.4.1 O caso *Verbitsky* na Argentina.....170
4.4.2 A declaração do estado de coisas inconstitucional na Colômbia.....172
5 A TOPOGRAFIA DA EXCLUSÃO E O CONTEXTO DO ATIVISMO JURÍDICO NACIONAL: a linha abissal e os contornos históricos e

estruturais próprios do encarceramento em massa neste lado da margem 178
5.1 AS PECULIARIDADES DO ENCARCERAMENTO EM MASSA EM SISTEMAS PENAIS SUBTERRÂNEOS: o encarceramento atroz em massa..... 178
5.2 "PENALIDADE NÃO É LOTERIA": o racismo estrutural e o encarceramento como continuidade da política de segregação racial..... 182
5.2.1 A grande "instituição de sequestro": o sistema penal colonial-mercantilista 183
5.2.2 O sistema penal imperial-escravista..... 185
5.2.3 A República e o sistema penal republicano-positivista..... 188
5.2.4 Os "novos" dispositivos de controle social (e racial): o sistema penal contemporâneo..... 196
5.3 A LEI NÃO É PARA TODOS: a criminalização primária e o papel do poder legislativo no encarceramento em massa *à brasileira*.....200
5.4 A CARNE MAIS BARATA: a criminalização secundária e o papel da polícia no encarceramento *atroz* em massa.....209
5.5 HOMENS TOGADOS, DONOS DA RAZÃO: o papel do ministério público e do poder judiciário no encarceramento em massa *à brasileira*.....220
5.6 DADOS QUE GRITAM, CORPOS QUE SOFREM: um retrato do encarceramento em massa no Brasil.....229
6 O ATIVISMO JURÍDICO EM MATÉRIA PENAL NO BRASIL: os atores e as estratégias integradas (judiciais e extrajudiciais) contra a política nacional de encarceramento em massa 237
6.1 O ATIVISMO ANTIPRISIONAL NO BRASIL CONTEMPORÂNEO..... 237
6.2 OS INDICATIVOS DA RESISTÊNCIA: encontros e manifestos credíveis contra o encarceramento em massa.....239
6.2.1 A Agenda Nacional pelo Desencarceramento..... 243
6.2.2 As 16 Medidas Contra o Encarceramento em Massa..... 246
6.3 IDENTIDADES EM REDE: minorias sociais reunidas no ativismo antiprisional no Brasil.....249
6.3.1 A biografia institucional dos membros da Rede de Justiça Criminal..... 255
6.4 O ATIVISMO JURÍDICO FORA DO FORO..... 263

6.4.1 O confronto político no Congresso Nacional: o advocacy como uma forma de tencionar a produção das leis..... 264
6.4.2 A disputa de narrativas: a opinião pública(da), a mídia, a pesquisa científica e a educação em direitos como ações coletivas integradas com o litígio estratégico.....267
6.5 A ATUAÇÃO JUDICIAL: da defesa dos interesses individuais à litigância estratégica, a coletivização como uma das novidades nos serviços legais em matéria penal..... 274
6.6 A INTERAÇÃO ENTRE OS LITIGANTES PRIVADOS E A DEFENSORIA PÚBLICA.....279
6.6.1 Pontos de convergência.....279
6.6.2 Pontos de dissonância.....283
6.7 A REDE DE JUSTIÇA CRIMINAL É UM SERVIÇO LEGAL INOVADOR? 286
7 CASOS EMBLEMÁTICOS DE ATIVISMO JURÍDICO NO FORO: entre expectativas vazias e resultados concretos, uma análise dos limites e dos desafios da via judicial para a contenção do encarceramento em massa 293
7.1 AS PRISÕES BRASILEIRAS SOB JULGAMENTO NO SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS..... 293
7.1.1 O caso da Penitenciária Urso Branco-RO.....294
7.1.2 O caso da Penitenciária de Araraquara-SP.....298
7.1.3 Os casos mais recentes: Complexo Penitenciário do Curado-PE, Complexo Penitenciário de Pedrinhas-MA, Complexo Penitenciário do Gericinó (IPPSC)-RJ.....300
7.2 A EXPERIÊNCIAS INTERNAS DE LITÍGIO ESTRATÉGICO EM TEMA PENAL/PENITENCIÁRIO.....305
7.2.1 A agenda do sistema penitenciário do STF.....306
7.2.1.1 A possibilidade de controle jurisdicional sobre as condições físicas do encarceramento e o RE nº 592.581/RS.....306
7.2.1.2 A declaração do estado de coisas inconstitucional à brasileira e a medida cautelar na ADPF nº 347/DF.....309
7.2.1.3 A responsabilidade estatal pela vida dos presos e o RE nº 841.526/RS.....311

7.2.1.4 A impossibilidade de execução da pena em regime mais gravoso e o RE nº 641.320/RS.....314
7.2.1.5 O direito à indenização pelas más condições dos presídios e o RE nº 580.252/MS.....317
7.2.2 Uma outra agenda: os casos emblemáticos mencionados pelas entidades da sociedade civil entrevistadas.....321
7.2.2.1 A (des)criminalização do uso de drogas e o RE nº 635.659/SP.....322
7.2.2.2 A alternativa à prisão para as mães e seus(suas) filhos(as) e o HC coletivo nº 143.641/SP.....326
7.2.2.3. A (não) hediondez do tráfico de drogas privilegiado e o HC nº 118.533/MS 329
7.3 AS INFERÊNCIAS POSSÍVEIS DA ANÁLISE CONJUNTA DOS CASOS 333
7.3.1 O reformismo (auto)contido da Corte Interamericana de Direitos Humanos.....333
7.3.2 O sistema penitenciário na agenda do STF... até quando?.....336
7.3.3 Entre perdas e ganhos, uma avaliação possível dos resultados obtidos... 339
7.4 O ATIVISMO JURÍDICO NO FORO É UMA ESPERANÇA VAZIA? Análise das críticas e dos desafios à judicialização da política criminal..... 343
7.4.1 Os obstáculos operacionais do litígio estratégico segundo os próprios entrevistados..... 343
7.4.2 Para além dos obstáculos, críticas à judicialização da política criminal.. 345
7.4.3 Entre a redução de danos do tempo presente e a liberdade coletiva do longo prazo: os dilemas da resistência jurídica possível deste lado da margem.....352
8 CONCLUSÕES.....358
REFERÊNCIAS.....367
APÊNDICE A - ROTEIRO DE PERGUNTAS DAS ENTREVISTAS ...387
APÊNDICE B - TABELA DE REGULARIDADES DOS CASOS EMBLEMÁTICOS EXAMINADOS NO STF.....389

1 INTRODUÇÃO: na primeira pessoa do singular e em dois momentos[1]

Na última vez que escrevi esta introdução, as eleições presidenciais de 2018 no Brasil já haviam se encerrado. Elas foram vencidas por um candidato comprometido, por meio de seu plano de governo, com um discurso político criminal que representa a expansão do poder punitivo. Uma de suas propostas "para reduzir os homicídios, roubos, estupros e outros crimes", na literalidade, é: "prender e deixar preso! Acabar com a progressão de penas e saídas temporárias"[2]. Além disso, na página 10 do mesmo plano de governo, após afirmar que a segurança está entre suas prioridades, ele registra com destaque que adotará a "tolerância ZERO com o crime, com a corrupção e com os privilégios"[3]. Não é difícil, pois, imaginar, nesse contexto, que a tendência de aumento da população prisional no Brasil não será interrompida no curto prazo.

O fenômeno do aumento exponencial do número de pessoas presas quando associado a uma incidência preferencial sobre determinado grupo social tem sido caracterizado como encarceramento em massa. Pesquisas como as que compõem a coletânea de artigos

[1]Não há criatividade alguma de minha parte na definição do título desta introdução. A ideia de indicar o tempo verbal utilizado nessa parte introdutória do texto foi anteriormente adotada por Luciano Oliveira no seu livro mais recente: OLIVEIRA, Luciano. **O Aquário e o Samurai:** uma leitura de Michel Foucault. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. O uso da primeira pessoa na abertura da pesquisa é importante por duas razões. Primeiro, porque partindo das Epistemologias do Sul, não poderia admitir a pretensa neutralidade científica, conforme esclareço no primeiro capítulo. Em segundo lugar, porque estou de fato imbricado na pesquisa de tal modo que o uso da terceira pessoa ou da voz passiva soaria simplesmente falso. Os demais capítulos serão elaborados na primeira pessoa do plural. A ideia é que o leitor sinta-se integrado nas reflexões e no caminho percorrido ao longo da pesquisa, sem que o pesquisador se oculte por trás de uma linguagem pretensamente neutra. A proposta de divisão da introdução em dois momentos também não é original, pois foi sugerida por uma interlocutora muito especial que leu as primeiras versões desse escrito e percebeu, desde logo, que havia uma espécie de prefácio na introdução. Resolvi manter o "prefácio" como um primeiro momento da introdução, pois acredito que ele ajudará a entender como o tema foi sendo delimitado. O segundo momento do texto introdutório inclui o que, nos primeiros rascunhos, era um tópico sobre a metodologia. Essa escolha não significa nenhum menosprezo ao método. Ao revés, quis salientá-lo logo no início a fim de permitir a melhor compreensão da forma como foi por mim pensada a organização dos capítulos.

[2]Os planos de governo dos candidatos nas eleições presidenciais foram registrados no Tribunal Superior Eleitoral. O do candidato eleito está disponível em: http://divulgacandcontas.tse.jus.br/candidaturas/oficial/2018/BR/BR/2022802018/280000614517/proposta_1534284632231.pdf. Acesso em: 02 nov. 2018. As propostas sobre o tema da segurança encontram-se nas páginas 23 e seguintes. As frases citadas estão na página 32, na qual se encontram outras propostas que, se implementadas, também podem influir diretamente no aumento de pessoas presas, como por exemplo: "Investir fortemente em equipamentos, tecnologia, inteligência e capacidade investigativa das forças policiais; reduzir a maioridade penal para 16 anos; reformular o Estatuto do Desarmamento para garantir o direito do cidadão à Legítima defesa sua, de seus familiares, de sua propriedade e de terceiros; tipificar como terrorismo as invasões de propriedades rurais e urbanas no território brasileiro; redirecionamento da política de direitos humanos, priorizando a defesa das vítimas de violência".

[3] *Idem*, p. 10.

organizada por David Garland, nos EUA, no ano de 2001[4], assim como as que integram o dossiê especial da Revista Brasileira de Ciências Criminais, no Brasil, em 2017[5], por exemplo, têm se dedicado a compreender as causas e os efeitos desse fenômeno. Poucas, entretanto, estudaram as ações coletivas que se desenvolveram em oposição à política de expansão do sistema prisional.

Esse é o objeto desta pesquisa. Desejei compreender mais especificamente como grupos de assessoria jurídica popular, institutos jurídicos e entidades de direitos humanos mobilizam o direito em um sentido de contenção do avanço da política criminal que produz o encarceramento em massa no Brasil contemporâneo. Defini essa mobilização assumidamente politizada do discurso jurídico como ativismo jurídico em matéria penal, em uma linha semelhante ao conceito de ativismo jurídico transnacional de Cecília Macdowell[6].

A delimitação do tema desta pesquisa consistiu, contudo, ela mesma em um processo muito particular cuja descrição parece-me essencial para se compreender com maior exatidão o porquê deste estudo. Como adiantado no seu título, este texto introdutório está dividido em dois momentos. No primeiro, tratarei justamente dos caminhos trilhados até o desenlace do objeto específico do estudo. No segundo, detalharei o método empregado na pesquisa, os objetivos específicos e os passos que se traduziram nos capítulos que se seguem.

1.1 PRIMEIRO MOMENTO: pelas ruas que andei...

Definir o marco inicial desta pesquisa não é fácil. O meu interesse nela está relacionado com a percepção de uma desigualdade de alta intensidade no funcionamento do processo penal no Brasil, decorrente particularmente da vivência na prática profissional na Defensoria Pública, prestando assistência jurídica aos que não constituíam advogados, no plano federal, particularmente, em Pernambuco.

---

[4]Confira-se: GARLAND, David (ed.). **Mass Imprisonment:** social causes and consequences. Londres: SAGE, 2001.

[5]MACHADO, Érica Babini L. do Amaral (ed.). Dossiê Especial – Encarceramento em massa. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. v. 129/2017, p. 321-348, mar. 2017. Sobre o tema confiram-se ainda os trabalhos reunidos por Pedro Abromovay e Vera Malaguti Batista: ABROMOVAY, Pedro Vieira; BATISTA, Vera Malaguti (org.). **Depois do grande encarceramento**. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

[6]MACDOWELL, Cecília. Ativismo jurídico transnacional e o Estado: reflexões sobre os casos apresentados contra o brasil na comissão interamericana de direitos humanos. **SUR-Revista Internacional de Direitos Humanos,** N. 7, ano 4, 2007, p. 28.

As visitas que realizei em presídios para atendimento de réus, muitos deles estrangeiros, e outras tantas vezes, brasileiros pobres, costumeiramente acusados de transportar droga para o comércio internacional, taxados, por isso mesmo, de "mulas" do tráfico, permitiram observar diretamente um funcionamento distanciado da programação normativa das agências de punição e serviram de estímulo para tentar compreendê-las academicamente. No mestrado, estudei, ainda com maior recurso à dogmática jurídica, a transferência internacional de presos, isto é, o mecanismo de cooperação jurídica internacional que eu acreditava permitir reduzir o sofrimento de estrangeiros submetidos a longas penas em países distantes do seu de origem, sem poder receber visitas, sem compreender seus direitos, ou seja, um isolamento dentro de outro.

No doutorado, o projeto inicial era compreender como juízes federais atribuíam sentido à expressão periculosidade nas decisões de transferência de presos de "alta periculosidade" para o sistema penitenciário federal. Essa pesquisa não foi abandonada, mas não foi a que desenvolvi nesses últimos anos do curso.

Com o fim da linha de pesquisa que contemplava estudos na área de ciências criminais no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco, a procura por um novo orientador converteu-se também na procura reflexiva de um novo pesquisador. No lugar do pesquisador que observa fenômenos jurídicos com distanciamento, buscando evitar implicações; admitir que tais implicações permitem a oferta de contribuições científicas igualmente válidas foi um passo importante.

Nesse momento e, em verdade, desde o mestrado, já admirava e acompanhava os debates e as pesquisas no grupo Asa Branca de Criminologia, liderados por Marília Montenegro, e flertava com as pesquisas sociológicas. No doutorado, no PPGD/UFPE, pesquisas dessa natureza encontram um caminho possível no Moinho Jurídico, grupo de pesquisas empíricas em direito, criado em 2005[7]. A seriedade, o compromisso e os incentivos à pesquisa patrocinados pelo orientador desse grupo, Artur Stamford, serviram como convocação para trilhar esse trajeto.

Embora com um referencial teórico distinto, Artur Stamford tem estudado como o sistema do direito, no sentido luhmanniano, observa, é influenciado por e influencia outros

[7]Segundo a sua autodescrição: "o que agrega docentes e discentes no Moinho Jurídico é a disposição para moer-informações para observar, por meio de pesquisa empírica, sob a ótica interdisciplinar, as vias como questões da

sistemas da sociedade[8]. Distinguindo decisão jurídica, como operação comunicativa daquele sistema, da decisão judicial, simples informação[9], ele está desenvolvendo uma teoria reflexiva da decisão jurídica que permite observar como o sistema do direito se comunica recursivamente com o seu entorno. Neste entorno, os movimentos sociais representam um dos que provocam seguidas irritações ao sistema do direito[10].

Essas irritações podem provocar maior ou menor impacto na operação própria do direito. A discussão não é, portanto, se o direito é ou não influenciado pela política[11]. O Direito e a Política são, na visão desse autor, sistemas que observam. Como tal, o Direito "é capaz de aprender com seu próprio ambiente, portanto com a sociedade e seus demais sistemas sociais"[12]. Sendo sistema autorreferenciado, o Direito observa as informações que recebe e as distingue conforme o seu próprio código binário (lícito/ilícito).

Analisamos aqui também a comunicação entre esses sistemas da sociedade. Fazemo-lo, entretanto, com referenciais e com (meta)linguagem distintos. Tortura, violência policial, abusos de autoridade, inclusão/exclusão, diferenciação na modernidade periférica seriam temas que poderiam ser refletidos a partir da teoria dos sistemas sociais de Luhmann e de suas incompletudes. Essa tarefa demandaria, entretanto, por si mesma, uma outra pesquisa. Assim, embora influenciados pelas comunicações travadas com o orientador, seguimos tratando do tema com óculos distintos.

---

sociedade interferem fazendo e desfazendo o direito". Disponível em: https://www.ufpe.br/moinhojuridico . Acesso em: 08/04/18.

[8]STAMFORD DA SILVA, Artur. Teoria reflexiva da decisão jurídica: direito, mudança social e movimentos sociais. **Direito.UnB,** Brasília, v. 2, n. 1, p. 27-52, abr. 2016, p. 30.

[9]Nas palavras do autor: "Na teoria reflexiva, para que uma decisão judicial venha a compor o direito da sociedade, portanto vir a ser um precedente, ela precisa ser replicada, ou seja, recursivamente voltar a ser comunicada, referente. Enquanto decisão de um caso concreto, a decisão judicial é uma informação lançada ao direito que irá operar recursivamente, conforme sua autorreferência, podendo, então, autopoieticamente produzir o direito da sociedade". STAMFORD DA SILVA, Artur. **Op. Cit.** p. 32.

[10]Vale ainda reproduzir o pensamento do autor, agora, fundado em Heinz von Foerster: "Dados coletados em sites de tribunais, bem como em sites de ONGs e entidades sociais (igreja, sociedade civil organizada, blogs de ativistas judiciais), em reportagens de jornais, bibliografia e legislação nos permitiu observar a presença de discursos próprios de movimentos sociais influenciando decisões judiciais. [...] —, mas, à semelhança dos sistemas autorreferentes de Heinz von Foerster, direito é um sistema que aprende com seu ambiente (*order from noise*) porquanto capaz de incorporar irritações de seu ambiente, aquelas irritações que, autorreferencialmente, viabilizam a ampliação ou perda de energia, na manutenção e/ou mutação de seus próprios elementos". STAMFORD DA SILVA, Artur. **Op. Cit.** p. 33.

[11]"Numa determinada sociedade, portanto, o direito pode viver sob maior influência de fatores econômicos e políticos que noutras. Não há sociedade na qual o direito é imune aos interesses econômicos e políticos, afinal o direito é um sistema de comunicação da sociedade e está acoplado estruturalmente ao seu ambiente". *Idem*, p. 47.

[12]STAMFORD DA SILVA, Artur. **Op. Cit.** p. 42.

Um ponto de encontro entre os dois grupos de pesquisa acima referidos pode ser identificado na pessoa de Luciano Oliveira. A trajetória acadêmica dele e as suas pesquisas, entre as quais destaco a de matriz etnográfica sobre a forma como a polícia no Recife respondia a demandas por acesso à justiça[13], influenciam pesquisadores dos dois grupos. Suas ideias sobre a sociologia jurídica continuam produzindo reflexão e debates entre nós.

Procurei, por isso mesmo, também a fonte. Ainda no processo de busca pessoal por delimitação do tema de pesquisa, quis ouvir a opinião dele sobre uma nova possibilidade de projeto. A ideia era empregar uma metodologia semelhante à dele para observar a prática jurídica de defensores públicos em audiências criminais, comparando com um modelo diverso de assistência judicial.

A vivência profissional indicava que, por uma série de razões – que vão desde a sobrecarga de trabalho, passam por deficiências infra-estruturais e também por simples acomodação produzida pela rotina da atividade judicial burocratizada –, havia uma limitação profunda na atuação da defesa criminal dos pobres. Além de reduzida a casos individuais, mecanizada nos moldes de uma advocacia "em linha de montagem"[14] e demasiadamente impessoalizada, a defesa criminal patrocinada pela Defensoria nem sempre se distinguia profundamente daquela realizada por advogados dativos (um modelo tradicional de assistência judicial). Ademais, o que parecia pior e mais inquietante: a atuação caso a caso, desarticulada e sem coordenação não parecia produzir qualquer impacto mais profundo em um contexto que se apresentava de crescente aprisionamento justamente do público-alvo da Defensoria: de negros e pobres.

Durante nossa conversa, Luciano Oliveira sugeriu dar o primeiro passo e ir explorar o campo. Eu fui. Acompanhei por dois dias audiências criminais no Fórum Joana Bezerra, da justiça estadual. Apesar das dificuldades que identifiquei já nesse momento para realizar uma pesquisa etnográfica como essa, sendo eu mesmo um defensor e não podendo omitir esse fato nas audiências, prossegui com o projeto.

---

[13]A pesquisa referida foi fruto da dissertação de mestrado dele e alguns de seus resultados foram publicados em: OLIVEIRA, Luciano. **Sua Excelência o Comissário e outros ensaios de Sociologia Jurídica.** Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004, p. 19-53.

[14]Sobre o funcionamento da justiça criminal no Brasil como uma "linha de montagem" confira-se o trabalho de: SAPORI, Luís Flávio. A administração da justiça criminal numa área metropolitana. **Revista Brasileira de Ciências Sociais,** v. 10, nº 29, 1995. E ainda: VALENÇA, Manuela Abath. Julgando a liberdade em linha de montagem: uma observação etnográfica dos julgamentos de habeas corpus nas sessões das Câmaras Criminais do TJPE. **Revista Brasileira de Ciências Criminais,** São Paulo, v. 116, set-out. 2015.

Em um evento organizado em São Paulo, descobri que a professora Cláudia Cruz Santos, da Universidade de Coimbra, havia desenvolvido pesquisas sobre os novos atores do processo penal, entre os quais a Defensoria. Ela identificava a Defensoria Pública brasileira como um entre outros dos "novos atores" no processo penal. Com base nas experiências relatadas anteriormente, perguntava-me o que de efetivamente novo o modelo de Defensoria Pública estaria proporcionando no processo penal de nossa realidade marginal.

O contato com ela possibilitou uma estadia em Portugal, como investigador vinculado ao Instituto de Direito Penal Económico e Europeu. A estadia se converteu na possibilidade de acompanhar as aulas de criminologia da própria Cláudia Cruz Santos, na pesquisa bibliográfica com o acesso à biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, e na realização de um curso de especialização para poder acessar também o pensamento e as pesquisas mais recentes dos professores da Universidade de Coimbra.

A presente pesquisa sofreu um impacto significativo também pouco tempo depois de chegar a Coimbra. Ao ser apresentado ao Centro de Estudos Sociais, coordenado por Boaventura de Sousa Santos, foi facultado o acesso amplo à Biblioteca Norte/Sul e aos cursos que ali se desenvolviam. As conversas com o professor João Pedroso, pesquisador do CES, revelaram que ali também estavam sendo desenvolvidos estudos sobre o acesso a direitos e à justiça, como eles preferem denominar essa área temática. Acompanhei, então, a jornada de aulas de Boaventura de Sousa Santos no ano de 2017.

O aprofundamento do debate sobre os estudos de(s)coloniais conduziu-me a rever, mais uma vez, o objeto de pesquisa, para repensá-lo, agora, sob uma perspectiva que identificasse as origens mais estruturais do funcionamento peculiar do sistema de justiça criminal brasileiro e do papel da assessoria jurídica, em sentido amplo (que incluía as atividades da Defensoria Pública e de outras entidades de direitos humanos). Incentivou-me, ademais, a estudar as ações e articulações dos grupos da sociedade civil que frequentemente são ocultadas por uma forma determinada de produção do saber.

Na literatura sociológica sobre o acesso à justiça, identifiquei que autores como Eliane Junqueira[15], Celso Campilongo[16] e Fernando Rojas Hurtado[17] trabalham com a categoria de

[15]Cf.: JUNQUEIRA, Eliane. Los abogados populares: en busca de una identidade. **Revista El Otro Derecho,** n. 26-27, abr., p. 193-226, Bogotá, 2002.

[16]Cf.: CAMPILONGO, Celso Fernandes. Assistência jurídica e advocacia popular: serviços legais em São Bernardo do Campo. *In:* **O Direito na Sociedade Complexa.** São Paulo: Saraiva, 2011

serviços legais inovadores, frequentemente associando-os às atividades desempenhadas pela assessoria jurídica popular na América Latina. Considerando essa tradição na pesquisa sociológica, julguei que olhar para a assessoria jurídica popular e para a sua atuação no âmbito penal poderia contribuir para verificar o que de novo há na prática desse campo.

No retorno ao Brasil, deparei-me, em um curto espaço de tempo, com dois eventos em que o tema central dos debates foi o do encarceramento em massa. No primeiro deles, a assim denominada Rede de Justiça Criminal mobilizou um aparato técnico cujo objetivo era permitir ao público em geral experimentar, por meio da realidade virtual, como seria estar dentro de uma cela lotada. Havia ali uma campanha, patrocinada por um grupo de pessoas que prestava também serviços de *advocacy* em matéria penal e que estava voltada a enfrentar a política de encarceramento em massa.

O segundo evento foi todo ele dedicado a reunir movimentos e grupos sociais para debater uma agenda e estratégias de enfrentamento à política de encarceramento. Nos dois eventos, o discurso apresentado sobre a questão racial no encarceramento em massa brasileiro transparecia a representação prática do debate teórico criminológico(-crítico) e decolonial de que eu havia me aproximado.

Por outro lado, no âmbito da Defensoria Pública da União, começava a se estruturar uma atuação mais coordenada na temática dos direitos humanos com a criação dos Ofícios Regionais de Direitos Humanos. Além disso, ampliava-se paulatinamente a intervenção da DPU no Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH). Nesse contexto, não foi coincidência a realização em Pernambuco, de evento sobre a litigância estratégica no SIDH, capitaneada pelo então chefe desse órgão, com a participação de Evorah Lusci Cardoso, que pesquisou o tema do litígio estratégico e da advocacia popular[18].

Apesar dos sinais de articulação em torno da questão carcerária em âmbito nacional, a atuação no sistema penitenciário, em Pernambuco, revelava um certo desencontro. Nas situações emblemáticas como em rebeliões ou mesmo em vistorias ou ainda na realização de demandas ao sistema de justiça, não se percebia uma atuação coordenada entre as principais

[17]Cf.: HURTADO, Fernando Rojas. Comparación entre las tendencias de los servicios legales en Norteamérica, Europa y América Latina. **Revista El Otro Derecho**, n. 1, ago, p. 7-17, 1988.
[18]Cf.: CARDOSO, Evorah Lusci Costa. **Litígio estratégico e sistema interamericano de direitos humanos.** Belo Horizonte: Fórum, 2012. E ainda trabalho coletivo em que ela participou em: RODRIGUEZ, José Rodrigo (coord.). **Advocacia de interesse público**: a atuação das entidades de defesa de direitos da sociedade civil e sua interação com os órgãos de litígio do Estado. Brasília: Ministério da Justiça, 2013.

organizações que atuam com o sistema de justiça criminal no estado. Olhar apenas para o estado poderia dizer pouco sobre o que estava acontecendo no país.

Por outro lado, a existência de uma entidade que se identificava como Rede de Justiça Criminal e da qual um dos grupos pernambucanos participava, levou ao questionamento se havia, de fato, algo que pudesse ser identificado como um movimento social contra o encarceramento em massa sendo formado no país. A divulgação em âmbito nacional de dois documentos lançados como manifestações de um conjunto de entidades para o "combate ao encarceramento em massa" ou para a formação de uma "agenda nacional pelo desencarceramento", ambos com propostas de reformas jurídicas e no sistema de justiça criminal, também se constituía em indicativo de que a sociedade civil estava se organizando em torno dessa pauta há algum tempo.

Diante desses fatos, a curiosidade acadêmica foi despertada no sentido de compreender como o direito era mobilizado por esses grupos sociais e, de modo especial, que papel têm desempenhado as estratégias de litigância judicial nesse cenário. Para esse momento, era necessário reduzir o objeto da pesquisa e o papel da Defensoria Pública como um dos atores dessa mobilização foi deixado para uma outra ocasião.

O reduzido número de pesquisas sobre o tema demandou a realização de um estudo do tipo exploratório-descritivo, com um método específico. Como se tratava de um fenômeno em curso, para descrever essa mobilização, era necessário pensar em uma metodologia que permitisse acompanhar essa dinamicidade e, de alguma forma, identificar quem são os seus atores, o que pensam e como atuam. No CES, tive contato com o chamado método da cartografia, o que nos pareceu apropriado para nossa pretensão[19].

Na presente pesquisa, optei por tomar como objeto algo que me é muito próximo, com a consciência dos perigos e das insuficiências que esse ponto de vista traz consigo. Estou pessoalmente implicado nesta pesquisa. Por atuar na Defensoria Pública também na área criminal, trabalho em casos que concretizam a política criminal e prisional. Além disso, a Defensoria Pública é frequentemente demandada por atores da sociedade civil que se manifestam contrariamente a essa política. Não é incomum, pois, a interação com os atores da sociedade civil cuja prática social me interessa também academicamente. A pesquisa haveria de ser escrita mesmo na primeira pessoa.

[19]Detalhes sobre as opções metodológicas serão no segundo momento desta introdução.

Essa escolha consciente, contudo, permitiu-me aproveitar as vantagens do olhar aproximado buscando corrigir os seus defeitos com o auxílio de outros olhares. A única forma de reduzir a complexidade desse dilema seria assumir conscientemente o risco e tomar as precauções metodológicas necessárias para minimizar os prejuízos que essa proximidade de perspectiva poderia gerar. Não é possível, contudo, suprimir todos os pontos-cegos de minha perspectiva. Ela está condicionada também por privilégios de gênero, raça e classe que impõem um limite ao processo de falar de uma realidade de violências estruturais que não sofri direta e imediatamente.

Ao explorar descritivamente o campo de atuação de entidades de direitos humanos no tema do encarceramento, não pretendo uma representação perfeita e acabada da realidade. A visão representacionista sobre a forma de conhecer o mundo é, segundo Humberto Mariotti, o marco epistemológico prevalente em nossa cultura ocidental[20]. De acordo com ela, o conhecimento se fundamenta em representações mentais que fazemos de um mundo-coisa. Os objetos estão no mundo e ao homem é possível conhecê-los na sua essência por meio da cognição. Nesse modelo, a subjetividade é um obstáculo ao conhecimento. A separação entre o ser humano que conhece e o mundo que é conhecido está, na opinião desse autor, na base da "mentalidade extrativista", predatória, que consome com pouco escrúpulo os recursos naturais e descarta seus subprodutos, aí incluindo outros seres (humanos, também)[21].

Uma outra visão sobre o conhecimento é, no entanto, possível. Nos seus estudos sobre como conhecer o conhecer, Francisco Varela e Humberto Maturana expressam aos menos três aforismos que sintetizam uma outra forma de entender como o ser o humano compreende o seu universo: "não vemos o que não vemos"; "todo fazer é um conhecer e todo conhecer é um fazer" e "tudo o que é dito é dito por alguém"[22]. O primeiro deles expressa a admissão da limitação do conhecimento humano. Em todo saber humano, há "pontos-cegos", vazios de conhecimento que impõem uma desconfiança quanto às afirmações que se pretendem universais e às racionalidades que se julgam omniscientes. O segundo aforismo envolve o dilema ainda não superado na racionalidade ocidental entre teoria e práxis, entre saber e agir,

---

[20]MARIOTTI, Humberto. Prefácio. *In:* MATURANA, Humberto R.; VARELA, Francisco. **A árvore do conhecimento:** as bases biológicas da compreensão humana. São Paulo: Palas Athena, 2001, p. 8.
[21]*Ibidem.*
[22]MATURANA, Humberto R.; VARELA, Francisco. **A árvore do conhecimento:** as bases biológicas da compreensão humana. São Paulo: Palas Athena, 2001, p. 25-36. Os autores afirmam que os aforismos-chave do livro seriam apenas os últimos dois, mas mencionam o primeiro a partir do experimento do ponto cego.

entre fazer e conhecer. Esse dilema é falseado pela imbricação entre os dois comportamentos humanos. É possível conhecer fazendo e fazer conhecendo. Por fim, o terceiro aforismo insere na comunicação o enunciador. Não há comunicação sem interlocutores. Não há objeto da comunicação sem o sujeito comunicador. Quem diz também importa na compreensão do que é dito.

Os estudos no campo da política criminal também estão fortemente influenciados pela visão de mundo do pesquisador. Em 1977, Enrique Gimbernat Ordeig, na sua *relación general,* elaborada para o Primeiro Colóquio Regional Espanhol sobre Política Criminal e Direito Penal, organizado pela Associação Internacional de Direito Penal, ressaltou, logo nas linhas de abertura de seu texto, a característica fundamental das disputas – não só acadêmicas – no tema da política criminal: "como a política criminal é uma parte da política geral [...], é impossível que possam estabelecer-se acordos entre pessoas que partem de diversas – e inclusive contrapostas – concepções do mundo e da Sociedade"[23]. De fato, enquanto alguns penalistas presentes nesse congresso insistiam em políticas ressocializadoras do indivíduo; Alessandro Baratta, um dos mais destacados representantes da criminologia crítica, por exemplo, sustentava que não é o delinquente, mas a sociedade a quem se deve ressocializar[24].

Fechar os olhos para a visão de mundo que orienta as observações realizadas pelo pesquisador no campo da política criminal (e, poderíamos dizer, das ciências criminais, em geral) é, por si mesmo, um ato ou uma decisão política. Como visto, até meados do século XX, predominou no saber dito científico a ideia de que a relação entre o sujeito pesquisador e o objeto pesquisado havia de ser neutra. Só essa neutralidade permitiria a objetividade necessária o conhecimento científico[25]. Considerava-se essencial para um trabalho acadêmico o máximo distanciamento entre o sujeito e o objeto. Somente assim aquele poderia perceber adequadamente as leis gerais que determinam o funcionamento do objeto e de sua relação com o mundo.

---

[23]GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Relación General. **Revue Internationale de Droit Pénal,** ano 49, n. 1, 1978, p. 36.

[24]No texto apresentado nesse Congresso, Baratta sustentou que: "*la verdadeira 'reeducacion' del condenado es aquella que transforma una reacción individual e irracional, em consciência y acción política dentro del movimiento de la clase. El desarrollo de la conciencia de la própria condición de classe y de las contradicciones de la sociedade por parte del condenado, es la alternativa puesta a la Concepción individualista y ético-religiosa de la expiación, del arrepetimiento, de la Sühne*". BARATTA, Alessandro. Criminologia critica y politica penal alternativa. **Revue Internationale de Droit Pénal,** ano 49, n. 1, 1978, p. 43.

[25]Sobre o dilema da neutralidade nas pesquisas sociais, confira-se: OLIVEIRA, Luciano. Neutros e neutros. **Humanidades,** n. 19, p. 122-127, Brasília, 1988.

Esse distanciamento, por um lado, permite perceber o objeto de forma mais ampla, seus padrões e possíveis semelhanças e diferenciações entre ele e outros objetos. A distância, contudo, é um obstáculo para que se consigam perceber as particularidades, os detalhes do objeto, aquilo que o individualiza. Só quem se aproxima do objeto percebe as suas imperfeições mais ocultas. Não há como definir, a priori, qual perspectiva mais contribui para o avanço científico. Trata-se, se bem examinados os seus resultados, de perspectivas bastante distintas sobre o mesmo objeto e, por isso mesmo, complementares.

A política criminal, como a política em geral, é definida por uma correlação de forças. De um lado, há os que empreendem no sentido de criação de regras que permitam a punição de desviantes. De outro lado, há os grupos da sociedade civil que resistem à imposição das regras e que atuam no sentido de contenção do poder punitivo.

Esta pesquisa lança olhos sobre esse outro lado do embate para a formulação e execução da política criminal. Em um país em que o distanciamento entre a programação normativa e a realidade é tão patente e provoca tanto sofrimento, a leitura distanciada e apenas dogmática de temas como o do encarceramento em massa e da imposição de penas em condições cruéis e degradantes contribuiria muito pouco para acrescentar ao conhecimento que sobre eles já existe. A interdisciplinaridade aqui mostrou-se, por conseguinte, indispensável.

Para estabelecer esse contato com a realidade, optei por partir do saber produzido no âmbito criminologia crítica, mais especificamente da criminologia produzida desde a realidade latino-americana, com os aportes do realismo marginal de Raúl Zaffaroni e com as contribuições que o pensamento descolonial de Boaventura de Sousa Santos pode oferecer.

Acredito que é possível beneficiar-me de algumas categorias pensadas por teóricos das ciências sociais sem necessariamente concordar com a integralidade do pensamento no qual aquela determinada categoria foi forjada. É claro que isso não exime o pesquisador de entender os pressupostos teóricos que conduziram à criação da categoria utilizada e, desse modo, vislumbrar os limites e as eventuais incompatibilidades com o pensamento de sentido oposto. Acredito, de qualquer sorte, que o diálogo aqui proposto pode contribuir para acrescentar ponto de vista diverso aos temas sobre os quais discorrerei.

Como dito, os estudos críticos frequentemente ofertam contribuições para desvelar o funcionamento das estruturas de poder. Descrevem com percuciência a ação dos detentores desse poder. Pouco se tem estudado, entretanto, a ação dos que resistem, daqueles que

disputam possibilidades de transformação social, que comungam das críticas à operação daquelas estruturas e que tentam convertê-las em ação. A prática social e o conhecimento produzido por esse campo, se não são capazes de provocar sozinhas as mudanças estruturais almejadas, já que dependem também de circunstâncias econômicas e políticas macrossociais favoráveis, desempenham papel relevante para os que sofrem, aqui e agora, os reflexos da desigualdade.

Essa prática social não pode ser nem ignorada nem romantizada. Ela ocorre no contexto real da mesma sociedade que reproduz em todas suas instâncias as diversas relações de poder. Ela reflete a mesma complexidade e todas as ambiguidades do pensar e do agir humano que oprime e do que é oprimido.

Em razão de seu viés jurídico, o presente estudo concentra-se no confronto, realizado no plano institucional dos tribunais, por aqueles que tentam conter os efeitos concretos produzidos pela política de encarceramento em massa.

Busquei examinar particularmente um dos instrumentos possíveis dessa mobilização: o chamado litígio estratégico ou litígio de impacto. Em linhas gerais, esse mecanismo consiste na escolha de um caso emblemático ou paradigmático e na utilização de estratégias processuais e extraprocessuais para a condução do caso até uma corte superior, ou ainda, para a condução de um caso perante um tribunal internacional. A finalidade do uso dessa ferramenta é provocar impacto na implementação ou nas discussões de políticas públicas relacionadas com matérias de interesse público, especialmente em temas de direitos humanos. Embora esse mecanismo esteja frequentemente associado a assuntos não-penais, não é incomum verificar, na experiência internacional, e, mais recentemente, também na nacional, sua utilização em questões mais propriamente penais ou penitenciárias.

Duas perguntas vinculadas orientaram essa pesquisa: O que há de “inovador” na atuação dos serviços legais prestados pelas entidades de direitos humanos que atuam no sentido de contenção do poder punitivo? Quais resultados têm sido obtidos?

A hipótese de que partimos foi a de que as entidades de direitos humanos estariam utilizando mecanismos de litigância estratégica também no âmbito penal para disputar judicialmente questões relacionadas com a política criminal. Para a segunda pergunta, imaginei, alinhado ao pensamento crítico sobre o papel do Poder Judiciário nos processos de criminalização, que nenhum resultado estruturalmente significativo seria obtido.

Para empreender essa pesquisa, necessitei de ferramentas que permitissem a exploração e a descrição de um campo por mim ainda parcialmente desconhecido e, como já mencionado, pouco estudado na literatura nacional. Os critérios que me levaram a definir a metodologia que empregaria também merecem esclarecimentos.

1.2 SEGUNDO MOMENTO: por uma cartografia sociojurídica

Para realizar uma descrição do ativismo em matéria penal no Brasil, precisei combinar artesanalmente ferramentas metodológicas: aquelas que já foram empregadas em outras cartografias, nas ciências sociais, e as que são necessárias para a adaptação às pesquisas de natureza sociojurídica[26]. Trata-se, por isso mesmo, de algo que posso denominar como uma cartografia sociojurídica.

É uma pesquisa empírica de natureza qualitativa[27] que se fundamentará na análise de documentos jurídicos e não-jurídicos e em entrevistas realizadas com os atores do que estou denominando, com apoio em Ilse Scherer-Warren, de rede de movimentos sociais contra encarceramento em massa.

Tomaremos como fonte para a construção da metodologia a ideia de cartografia simbólica de Boaventura de Sousa Santos. Para ele, toda cartografia implica uma representação conscientemente limitada da realidade[28], e envolve a definição, com algum grau

---

[26]Para Luciano Oliveira, que acolhe também algumas ideias de Maria Guadalupe Piragibe da Fonseca, a pesquisa sociojurídica seria uma espécie de pesquisa jurídica *lato sensu*, caracterizada pelo tema jurídico e por se destinar a um conhecimento voltado para o agir, para a tomada de decisões e para a propositura de novas medidas. Nesse tipo de pesquisa jurídica, a sociologia fornece as ferramentas metodológicas para a realização da pesquisa empírica. Reconhecidamente, não é uma pesquisa dotada de sofisticação metodológica que possa ser equiparável a uma pesquisa propriamente sociológica. Ela está fundada em uma metodologia de baixa complexidade, que, evidentemente, limita as inferências que da pesquisa podem ser extraídas. Ainda assim, é uma pesquisa que contribui para o avanço do conhecimento sobre fenômenos jurídicos. Cf.: OLIVEIRA, Luciano. Não fale do Código de Hamurábi: a pesquisa sociojurídica na pós-graduação em Direito. *In:* OLIVEIRA, Luciano. **Sua Excelência o Comissário e outros ensaios de Sociologia Jurídica.** Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004, p. 159-164.

[27]Como esclarece Lee Epste*In:* "a palavra empírico denota evidência sobre o mundo baseada em observação ou experiência. Essa evidência pode ser numérica (quantitativa) ou não-numérica (qualitativa); nenhuma é mais empírica que a outra. O que faz uma pesquisa ser empírica é que seja baseada em observações do mundo - em outras palavras, dados, o que é apenas um termo para designar fatos sobre o mundo. [...] os dados [...] podem ser antropológicos, interpretativos, sociológicos, econômicos, jurídicos, políticos, biológicos, físicos ou naturais. Desde que estejam de alguma maneira relacionados ao mundo, eles são dados e, contanto que a a pesquisa envolva dados que são observados ou desejados, ela é empírica". Cf. EPSTEIN, Lee. **Pesquisa empírica em direito:** as regras de inferência. São Paulo: Direito GV, 2013, p. 11.

[28]SANTOS, Boaventura de Sousa. Uma cartografia simbólica das representações sociais: prolegómenos a uma concepção pós-moderna do direito. **Revista Crítica de Ciências Sociais,** n. 24, março 1988, p. 142.

de arbitrariedade, de um centro e o uso dos mecanismos da *escala*, da *projeção* e da *simbolização*.

Na elaboração de uma cartografia, pode-se utilizar uma escala de maior grau, quando se pretende examinar com maiores detalhes um determinado fenômeno, ou uma escala reduzida, hipótese em que a observação passa a contemplar um maior conjunto de objetos e sujeitos. Optei por examinar um fenômeno delimitado (o ativismo jurídico contra o encarceramento em massa por meio do litígio estratégico), analisando a atuação dos sujeitos que aparecem com maior frequência nos processos observados e que possuem estrutura mais consolidada e, por isso, maior poder de intervenção, com uma escala mais reduzida a fim de permitir descrever de forma mais ampla o fenômeno delimitado.

Nossa projeção se concentrará no campo judicial. O encarceramento em massa é um fenômeno que começa na política legislativa, passa pela individualização/seleção de medidas cautelares e de sanções no judiciário e prossegue na execução das penas em espaços superlotados. Em que pese esse amplo espectro de projeção do fenômeno, para os fins da presente pesquisa, meu foco será apenas a forma como alguns dos atores que confrontam a política de encarceramento em massa utilizam estrategicamente o Poder Judiciário, através do denominado litígio estratégico. Embora o foco esteja nas atuações no foro, a análise dos dados revelou que a mobilização política dos atores não se restringe a este espaço e se dá de maneira frequentemente integrada.

A simbolização se dá em relação aos sujeitos. Examinarei, assim, as características dos grupos que participam desse processo de oposição, identificando, ainda, a forma como interagem com um ator híbrido, com características de representação do poder público mas também de desafiante dos detentores do poder: a Defensoria Pública.

Ao comentar as pesquisas contemporâneas (posteriores ao ano 2000) sobre movimentos sociais, Maria da Glória Gohn bem destaca o papel do pesquisador na elaboração da cartografia:

> O trabalho do pesquisador é cognitivo e político porque ele deve realizar um rastreamento para elaborar uma cartografia de processos sociais 'se fazendo' e não já dados, prontos ou acabados. Recomenda-se retraçar os percursos, captando-se as inquietações, os conflitos e as controvérsias porque as redes são polissêmicas, diversas e não unívocas. Os estudos destacam como os atores tecem seus percursos na rede, mas o pesquisador continua esta tessitura ao elaborar suas cartografias[29].

[29]GOHN, Maria da Glória. Teoria dos movimentos sociais na contemporaneidade. *In:* GOHN, Maria da Glória*;* BRINGEL, Breno M. (org.). **Movimentos sociais na era global.** Petrópolis: Vozes, 2012, p. 25.

Retraçar esses percursos e identificar esses conflitos não é fácil. Embora seja possível identificar polissemias na fala dos diversos atores, eles próprios têm receio de criticar a atuação de parceiros. Mesmo apresentando pontos de vistas distintos e algumas incompatibilidades político criminais, eles temem que críticas mais profundas sejam mal interpretadas e dificultem ainda mais a construção dos consensos necessários para o enfrentamento coletivo da posição que identificam como contrária a seus interesses comuns.

A utilização da cartografia inspirada no pensamento de Boaventura de Sousa Santos já foi utilizada para descrever fenômenos ligados ao acesso ao direito e à justiça. Os trabalhos de Sara Araújo[30], de João Pedroso[31] e de Flávia Claret[32] são exemplares. Embora utilizem estratégias distintas, todos partem do mesmo referencial teórico, desenvolvendo técnicas particulares para descrever os fenômenos que observam.

Sara Araújo, por exemplo, utiliza a ideia de cartografia para expor as formas diversas de resolução de conflitos nas cidades de Maputo, em Moçambique, e de Lisboa, em Portugal, partindo da noção de pluralismo jurídico para permitir ampliar o espectro de reconhecimento de justiças comunitárias, que juntas formam o conceito que ela denomina de ecologia de justiças. Em seu trabalho, utilizou tanto o método da sociologia das ausências, para poder observar fenômenos de "justiças comunitárias" que, de outro modo, permaneceriam ocultados pelos conceitos hegemônicos de direito e de justiça, como o método da sociologia das emergências, para permitir refletir o "futuro em função das experiências estudadas, juntando ao real dilatado as possibilidades e expectativas futuras que ele comporta"[33]. Sua estratégia de mapeamento consistiu em entrevistas semiestruturadas e conversas informais com atores com informação privilegiada sobre as justiças comunitárias. Ela destaca ainda que a escolha dos

[30]ARAÚJO, Sara Alexandre Domingues. **Ecologia de justiças a sul e a norte**: cartografias comparadas das justiças comunitárias em Maputo e Lisboa. Tese de Doutoramento. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2014.
[31]PEDROSO, João António Fernandes. **Acesso ao direito e à justiça**: um direito fundamental em (des)construção. O caso do acesso ao direito e à justiça da família e das crianças. Tese de doutorado. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2011.
[32]CARLET, Flavia. **Advocacia Popular:** práticas jurídicas e sociais no acesso ao direito e à justiça aos movimentos sociais de luta pela terra. Brasília: Universidade de Brasília, 2010. Confira-se ainda a ampliação desse estudo no capítulo 6 do livro de *As Bifurcações da Ordem* de Boaventura de Sousa Santos. Cf.: SANTOS, Boaventura de Sousa. **As bifurcações da ordem**: revolução, cidade, campo e indignação. Coimbra: Almedina, 2017.
[33]ARAÚJO, Sara Alexandre Domingues. ***Op. Cit.*** p. 178-

primeiros entrevistados partiu do conhecimento formulado durante a pesquisa inicial e dos contatos prévios e "prosseguiu via 'bola de neve'"[34].

João Pedroso, por seu turno, pretendeu examinar a transformação dos regimes jurídicos de acesso ao direito e à justiça em países da União Europeia, incluindo Portugal, caracterizando mais especificamente o estado do acesso ao direito e à justiça da família e das crianças. Para tanto, além do estudo comparado, a sua pesquisa se assentou em quatros instrumentos metodológicos: levantamento e análise de documentos jurídicos; realização de um *focus group* com profissionais envolvidos na temática; realização de entrevistas com atores individuais e atores sociais coletivos; e coleta de informações estatísticas de fontes secundárias[35].

A pesquisa de Flávia Claret, desenvolvida na Universidade de Brasília, sob co-orientação de Boaventura de Sousa Santos, é a que mais se aproxima da nossa. Nessa pesquisa, ela pretendia identificar as práticas jurídicas e sociais da advocacia popular na luta pela reforma agrária. Foram aí examinados documentos e manifestos dos movimentos sociais ligados ao tema e entrevistados os advogados populares que pertenciam à rede nacional de advogados populares, escolhidos a partir de critérios de representatividade não probabilísticos[36].

Há um outro grupo de pesquisa e de pesquisadores que também se utilizam de recursos metodológicos reunidos sob o nome de cartografia e que foram considerados no desenvolvimento de nossa pesquisa[37]. Com base no conceito de cartografia de Deleuze e Guattari, esses pesquisadores, vinculados a universidades do Rio de Janeiro, desenvolveram pistas de um método que seria apropriado para investigar processos, isto é, fenômenos dinâmicos. A ideia deles, assim como a minha, não é tanto representar a realidade de forma estática, mas investigar como ela se movimenta ou quais as dinâmicas de interação entre seus componentes. Nas palavras desses pesquisadores: "eis, então, o sentido da cartografia:

---

[34]*Idem*, p. 183.
[35]PEDROSO, João António Fernandes. ***Op. Cit.*** p. 169.
[36]CARLET, Flavia. ***Op. Cit.*** p. 48-53.
[37]As linhas gerais dessa metodologia estão descritas na obra coletiva: PASSOS, Eduardo; KASTRUP, Virgínia; ESCÓSSIA, Liliana da (Orgs.). **Pistas do método da cartografia**: pesquisa-intervenção e produção de subjetividade. Rio de Janeiro: Sulina, 2009. Embora desenvolvido para ser aplicado a pesquisas na área de psicologia social, é possível estendê-lo para as ciências sociais e o diálogo com o método do pensamento sociológico de Boaventura de Sousa Santos é algo concreto, tendo sido realizado, em fevereiro de 2017, painel com a participação de Virgínia Kastrup no Centro de Estudos Sociais (http://ces.uc.pt/pt/agenda-noticias/agenda-de-eventos/2017/novos-desafios-a-metodologia-da-investigacao).

acompanhamento de percursos, implicação em processos de produção, conexão de redes ou rizomas"[38].

O objetivo da cartografia aqui desenvolvida é mesmo acompanhar o percurso dos atores institucionais (institutos jurídicos e grupos de assessoria jurídica popular) que, de algum modo, mobilizam o Direito por meio da chamada litigância estratégica.

Como pesquisador-defensor a implicação no processo se evidencia e, no lugar de inviabilizar a pesquisa, como já referido, facilita a conexão de e com as redes de atores desse processo de resistência espelhado no jurídico. Como destaca Virginia Kastrup, citando Kurt Lewin, a pesquisa-ação é o trabalho de/sobre o campo onde todos estão incluídos[39]. Ela se fundamenta no institucionalismo, que coloca em questão os ideais de objetividade, neutralidade, imparcialidade do conhecimento. Nas suas palavras, "todo conhecimento se produz em um campo de implicações cruzadas"[40], no qual valores, interesses, expectativas, compromissos, desejos e crenças são forças que não podem ser desprezadas[41].

Neste projeto, pretendia, inicialmente, uma identificação mais espontânea dos atores e da existência ou não de uma rede articulada de grupos sociais relacionados com o enfrentamento ao encarceramento em massa. A ideia era utilizar o método da *bola de neve*[42]

---

[38]PASSOS, Eduardo; KASTRUP, Virgínia; ESCÓSSIA, Liliana da (Orgs.). **Pistas do método da cartografia**: pesquisa-intervenção e produção de subjetividade. Rio de Janeiro: Sulina, 2009, p. 10. As pistas que eles desenvolveram foram: 1 – a cartografia como método de pesquisa-intervenção; 2 – a atenção no trabalho cartográfico, a partir dos gestos de rastreio, toque, pouso e reconhecimento atento; 3 - a cartografia como acompanhamento de processos; 4 – os movimentos-funções no método cartográfico (de referência, de explicitação e de produção/transformação da realidade; 5 – a cartografia como prática de construção de plano coletivo das forças que produzem formas, objetos ou sujeitos; 6 – Cartografia como dissolução do ponto de vista do observador; 7 – cartografia como habitação de um território existencial; 8 – A narratividade como política de escrita na cartografia.

[39]*Idem*, p. 19.

[40]*Ibidem.*

[41]Em sentido semelhante, João Pedroso, citando Sousa Santos, sustenta que: "as ciências sociais críticas têm então de refundar uma das reivindicações originais da teoria crítica moderna: a distinção entre objetividade e neutralidade. A objetividade decorre sobretudo: (1) da aplicação rigorosa e honesta dos métodos de investigação que nos permitem fazer análises que não se reduzem à reprodução antecipada das preferências ideológicas daqueles que as levam a cabo; (2) da aplicação sistemática de métodos que permitam identificar os pressupostos, os preconceitos, os valores e os interesses que subjazem à investigação científica supostamente desprovida deles". Cf. PEDROSO, João António Fernandes. **Acesso ao direito e à justiça**: um direito fundamental em (des)construção. O caso do acesso ao direito e à justiça da família e das crianças. Tese de doutorado. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2011, p. 168.

[42]O método *snowball* (ou "bola-de-neve) pode ser definido como um método de coleta de dados por amostragem não-probabilístico, por meio do qual solicita-se a um entrevistado determinado que indique outra pessoa com conhecimento sobre o objeto da pesquisa, repetindo-se o processo a cada entrevistado, de modo a acumular-se a representação dos sujeitos com conhecimento do tema. Apesar de suas limitações (subjetivismo, impossibilidade de representações ou inferências conclusivas, entre outras), esse método se mostra adequado para situações em

para mapear os agentes dessa imaginada rede, com entrevistas com alguns atores e a definição do próximo entrevistado por indicação espontânea até a saturação[43]. Entretanto, a exiguidade do prazo e as dificuldades na conciliação de agendas inviabilizou, para esse momento, seguir nesse caminho.

Foi necessário, então, traçar uma nova estratégia, sem abandonar por completo a inicialmente desenhada. Decidi, pois, tentar identificar os atores, partindo da lista de entidades da sociedade civil que assinam os dois documentos-chave com propostas de enfrentamento ao encarceramento em massa no Brasil: a Agenda Nacional pelo Desencarceramento e as 16 Medidas de Combate ao Encarceramento.

A pesquisa se dividiu em duas partes. Em um primeiro momento, foram identificados os dois documentos que podem ser considerados os programas ou os manifestos daquilo que chamamos *redes de movimentos contra o encarceramento em massa*. Esses dois documentos foram assinados por um conjunto de entidades da sociedade civil e instituições públicas e privadas, totalizando cerca de 111 entidades. Evidentemente, esse conjunto não representa a totalidade dos grupos e entidades que trabalham nesse campo. Ainda assim, julguei que se trata de uma amostra não probabilística que permite ter ao menos uma aproximação daqueles que demonstram algum grau de articulação com instituições jurídicas e que refletem sobre o problema do encarceramento em massa sob esse viés.

Em seguida, a partir das informações constantes nas páginas dessas entidades na internet, realizei uma primeira categorização. Como o objetivo era pesquisar especificamente o uso dos tribunais com a litigância estratégica, selecionei nas duas listas de assinatura as entidades que se identificam como grupos de assessoria jurídica ou institutos jurídicos ou de direitos humanos. Nessa categoria, estão 18 entidades consideradas entidades *jurídicas* da sociedade civil.

---

que é impossível ou extremamente difícil a definição do universo de sujeitos que compõem um determinado campo.

[43]Fontanella *et al*. aplicaram esse método para pesquisa qualitativa na área de atenção à saúde e, em texto publicado no *Caderno de Saúde Pública*, explicam que: "O fechamento amostral por saturação teórica é operacionalmente definido como a suspensão de inclusão de novos participantes quando os dados obtidos passam a apresentar, na avaliação do pesquisador, uma certa redundância ou repetição, não sendo considerado relevante persistir na coleta de dados. Noutras palavras, as informações fornecidas pelos novos participantes da pesquisa pouco acrescentariam ao material já obtido, não mais contribuindo significativamente para o aperfeiçoamento da reflexão teórica fundamentada nos dados que estão sendo coletados". Cf. FONTANELLA, Bruno J. B.; RICAS, Janete; TURATO, Egberto Ribeiro. Amostragem por saturação em pesquisas qualitativas em saúde: contribuições teóricas. **Caderno de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, 24(1):17-27, jan, 2008, p. 17.

Identifiquei, posteriormente, que oito dessas entidades estão reunidas em um grupo ainda mais estruturado, chamado de Rede de Justiça Criminal. Resolvi, então, que o conjunto de entrevistados contemplaria todos os membros dessa rede e as duas entidades que coordenaram as publicações tomadas como ponto de partida (o IBCCRIM, um dos responsáveis pelas 16 Medidas, e a Pastoral Carcerária, uma das responsáveis pela Agenda Nacional)[44].

Para compreender se e como essas entidades utilizam o litígio estratégico em suas atividades de resistência ao encarceramento em massa, realizei entrevistas semi-estruturadas com representantes dessas entidades sobre suas práticas profissionais[45]. Utilizei, nessa parte da pesquisa, a técnica de entrevista especializada ou de elite, em que os entrevistados são pessoas com domínio amplo do tema e com experiência profissional acumulada.

Como esclarece Dexter, para esse tipo de entrevista, um guia absolutamente padronizado não é adequado, pois pode limitar a produção de informações às hipóteses tidas como relevantes pelo entrevistador. Como não é incomum que os entrevistados detenham conhecimento mais específico ou tão aprofundado quanto o do entrevistador sobre o tema pesquisado, melhor é permitir certa flexibilidade, "deixando que o entrevistado introduza até uma certa extensão (que variará de projeto para projeto) as suas noções sobre o que considera relevante"[46].

As entrevistas foram divididas em três partes. Na primeira busquei informações de biografia institucional com o intuito de compreender quem são os atores coletivos desse ativismo jurídico, qual a sua estrutura e suas formas diversas de atuação. A segunda parte de

---

[44]Foram realizadas ao todo 11 entrevistas e uma conversa informal ao longo do ano de 2018. Entrevistei dois representantes de uma mesma entidade, pois um deles tinha conhecimento mais específico sobre determinado assunto e foi assim referenciado pelo primeiro representante entrevistado. Entrevistei também uma pessoa que representava a própria Rede de Justiça Criminal, que tem uma estrutura própria de pessoal. Além disso, com uma das entidades que compõem a Rede, o CESeC, não logramos realizar uma entrevista propriamente dita, mas apenas uma conversa informal, na qual se indicou que a entidade não executa ações de litigância estratégica e apenas contribui com suas pesquisas acadêmicas para a Rede. É importante destacar, mais uma vez, que a amostra de entrevistados é do tipo não probabilística e com *small-n*, de sorte que os dados a partir dela extraídos não permitem inferências com maior grau de generalização. A pesquisa tem natureza qualitativa e caráter exploratório, visando, em um primeiro momento, mais a formulação de hipóteses em um campo ainda pouco desenvolvido no âmbito nacional do que conclusões definitivas.

[45]Importante registrar que "pesquisa que objetiva o aprofundamento teórico de situações que emergem espontânea e contingencialmente na prática profissional, desde que não revelem dados que possam identificar o sujeito" não é (não deve ser) registrada no sistema CEP/CONEP, nos termos do art. 1º, parágrafo único, inciso VII, da Resolução nº 510, de 07 de abril de 2016, do Conselho Nacional de Saúde, disponível em: http://conselho.saude.gov.br/resolucoes/2016/reso510.pdf. Acesso em: 31 out. 2018.

[46]DEXTER, Lewis Anthony. **Elite and specialized interviewing**. Colchester: ECPR Press, 2006, p. 18.

perguntas estava relacionada mais propriamente à litigância estratégica e aqui desejei entender quais os espaços judiciais de atuação, em que ações o grupo interveio, quais as vantagens e desvantagens que percebem no uso desse instrumento. Por fim, o terceiro conjunto de perguntas direcionava-se a perceber como esses grupos da sociedade civil interagiam com a Defensoria Pública, um dos órgãos públicos de litígio, quais as limitações que percebiam na atuação desse órgão e como esta poderia ser aperfeiçoada[47].

A ordem das perguntas (dos temas sobre os quais elas versavam) foi mantida na maior parte das entrevistas. Começar com perguntas sobre a biografia institucional possibilitava que o entrevistado iniciasse sua fala com assunto mais confortável, sobre o qual se exigia pouca reflexão. Por um lado, esse momento inicial facilitava a aquisição de confiança e o desenvolvimento das perguntas futuras. Por outro, em alguns casos, algumas dessas perguntas se demonstraram desnecessárias e até mesmo inconvenientes.

Em mais de uma ocasião, parte das informações estava disponível nos respectivos sites, hipóteses em que, como eles haviam sido previamente consultados, as perguntas simplesmente não foram feitas. Em outras, o clima de desconfiança[48] implicou a reformulação das perguntas em termos mais genéricos, especialmente quando versavam sobre o financiamento e a quantidade de integrantes contratados. Além disso, em uma ocasião, a pessoa entrevistada coletou informações sobre o pesquisador e já iniciou a interlocução com comentários sobre a Defensoria Pública. Nesse caso, para evitar a quebra do raciocínio que estava sendo por ela desenvolvido, a ordem das perguntas foi invertida e as perguntas sobre a biografia institucional foram abreviadas porque se percebeu que, ao fim do diálogo, a pessoa entrevistada já não apresentava o mesmo nível de interesse nas respostas e parte delas poderia ser acessada por documentos fornecidos durante a entrevista.

Em um segundo momento, passei a examinar os casos judiciais tidos como emblemáticos que foram mencionados nas entrevistas, com o objetivo de identificar os limites e as possibilidades do denominado ativismo jurídico no foro. Examinei a natureza da

[47]As perguntas formuladas pretendiam também permitir um diálogo com pesquisa mais ampla realizada por José Rodrigo Rodriguez e Evorarah Lusci. Cf: RODRIGUEZ, José Rodrigo (coord.). **Advocacia de interesse público**: a atuação das entidades de defesa de direitos da sociedade civil e sua interação com os órgãos de litígio do Estado. Brasília: Ministério da Justiça, 2013.

[48]As entidades de direitos humanos entrevistadas lidam frequentemente com denúncias contra agentes estatais por casos de violência institucional. O contexto das entrevistas foi o do período em que o estado do Rio de Janeiro encontrava-se sob intervenção federal militarizada na área de segurança pública. Algumas entrevistas ocorreram pouco depois da morte de Marielle Franco. Como algumas das entrevistas ocorreram por telefone ou pela internet, percebi, em alguns casos, uma certa desconfiança inicial.

demanda, os pedidos formulados, os atores envolvidos, o tempo do processo, as decisões proferidas e os seus respectivos impactos.

O cotejo entre os dados colhidos nas entrevistas e aqueles obtidos a partir do exame do conteúdo das decisões alimentou as análises empreendidas no último capítulo e as sugestões e propostas aí desenvolvidas.

O objetivo mais geral, como já antecipado, era saber se e como o direito e os tribunais eram mobilizados pelas entidades que praticam o que estou chamando de ativismo jurídico. Para atender a esse objetivo geral, a cartografia se estruturou na busca por alcançar os seguintes objetivos específicos: definir o ponto de vista e as legendas utilizadas para a cartografia; analisar as trajetórias já percorridas por experiências internacionais anteriores semelhantes e quais as coordenadas até aqui já identificadas sobre o tema (tracejar os caminhos prévios da cartografia); verificar qual o contexto particular de atuação desse coletivo de advogados populares e de entidades da sociedade civil, examinando quais as características de fenômeno categorizado como encarceramento em massa no Brasil (descrever o terreno, o campo, a topografia da atuação); mapear quem são, quais as propostas e como atuam os atores jurídicos desse coletivo e particularmente se eles utilizam ferramentas da chamada advocacia de interesse público, em particular a litigância estratégica (posicionar os atores no terreno e descrever os seus processos de ação); identificar as limitações e os desafios do caminho institucionalizado de transformação social por meio da reflexão sobre casos concretos de atuação judicial no sentido de tentar impactar reformas no sistema prisional (examinar os passos dados, os resultados encontrados e as perspectivas de atuação desses grupos sociais).

Antes de promover tal cartografia, julguei necessário explicitar os critérios teóricos com os quais examinei o campo. O primeiro capítulo destina-se, assim, a uma tentativa de estabelecer um diálogo entre a criminologia crítica e as contribuições da sociologia crítica do direito de Boaventura de Sousa Santos.

Para além das aparências que o tecnicismo de uma dogmática jurídico-penal alienada produz, a criminologia crítica tem, de fato, contribuído para descrever algumas das faces do funcionamento concreto das agências de controle social. Ao concentrar-se, contudo, na crítica à seletividade imposta pelas relações de classe, parte do pensamento criminológico crítico acabou ocultando outras relações de poder que também estruturam a operação dos aparelhos estatais de punição.

Como entender que uma massa de jovens pertencente a um determinado grupo social seja, por longas gerações, sistematicamente presa ou morta, submetida à tortura, a formas degradantes e cruéis de prisão, se não compreendermos a sua não-existência socialmente produzida como condição de funcionamento do sistema punitivo?

Há uma linha invisível, mas facilmente perceptível no Brasil, que separa, de um lado, aqueles para os quais o direito, como ensinado nas faculdades, é aplicável e, do outro, aqueles para os quais um sistema (penal) diverso, de violências e apropriações, de deveres sem direitos, é o que vigora? Para Sousa Santos, essa linha (re) produz um abismo social, que exclui radicalmente aquelas pessoas que somam em seus corpos a expressão do outro não-europeu.

O pensamento mais recente de Boaventura de Sousa Santos contribui para a compreensão dessa linha, que ele chama de abissal[49]. Essa chave-explicativa pode ajudar em uma reflexão descentralizada sobre um dos pontos-cegos da criminologia crítica tradicional. Esta pesquisa pretende, mesmo ciente das dificuldades de aproximação, estabelecer um contato entre o pensamento desse sociólogo e o da criminologia crítica, especialmente com as vertentes que vêm sendo desenvolvidas nesse campo contemporaneamente na América Latina.

Entre as diversas formas de examinar a mobilização dos tribunais para impactar políticas públicas, uma delas seria aquela que tem sido desenvolvida no campo da teoria do direito constitucional com aportes da ciência política. Compreender como os tribunais e, sobretudo, como a Suprema Corte praticam o chamado ativismo judicial manipulando as possibilidades ou o discurso de autocontenção quando em discussão está a política criminal seria um tema possível e estreitamente associado ao aqui trabalhado[50]. Embora tenha dialogado com algumas pesquisas nessa linha, desejei aqui contribuir com um outro olhar sobre esse fenômeno. Refleti, com a ótica da sociologia e da criminologia, mais sobre a ativismo dos advogados nos tribunais em matéria penal e não sobre o dos juízes, ainda que, de certo modo, um dependa do outro.

---

[49]Cf.: SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia dos saberes. *In:* SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula (orgs.). **Epistemologias do Sul**. Coimbra: Almedina, 2010, p. 23-25.

[50]O trabalho de Flávia Santiago Lima sobre ativismo e autocontenção no STF é exemplar dessa linha de pesquisa. Cf.: LIMA, Flávia Santiago. **Jurisdição constitucional e política:** ativismo e autocontenção no STF. Curitiba: Juruá, 2014. Ainda que, como dito, tenhamos referenciais teóricos distintos, os diálogos com essa pesquisadora especialmente sobre a mobilização do direito foram essenciais.

O segundo capítulo introduz outras categorias que servirão para a análise dos dados coletados. A produção acadêmica sobre movimentos sociais e sobre o acesso à justiça concentrou-se no Brasil muito particularmente no período de saída do regime militar e de (re)início da democracia (especialmente nas décadas de 1980 a 1990). Após três décadas da proclamação da Constituição que marcou esse período, o país enfrenta, contemporaneamente, um nítido retorno de discursos autoritários, o que pode representar um novo período de transição, agora, às avessas[51]. Por essa razão, entendi necessário retomar com mais vagar parte dessa literatura, cujos conceitos ainda podem ser úteis para compreender as novas formas de mobilização social e do direito.

É nesse capítulo que serão definidos conceitos como o de rede de movimentos sociais, o de ativismo jurídico e o de advocacia multidimensional. A mobilização do direito e dos tribunais para a ampliação do exercício de direitos fundamentais é uma forma de ação coletiva. Apresentamos, pois, nesse capítulo, algumas das perspectivas sobre a teoria dos movimentos sociais em conjunto com os estudos sobre o acesso à justiça que são fundamentais para contextualizar os critérios de análise que utilizaremos para a leitura dos dados coletados na pesquisa empírica que empreendemos.

Discuto também nesse capítulo o tema da advocacia de interesse público e os conceitos relacionados à ideia de litigância estratégica, como um dos mecanismos para o exercício dessa advocacia de interesse público. Julguei necessário aqui realizar adaptações teóricas para a aplicação dessa categoria ao âmbito dos processos criminais.

O terceiro capítulo explora as origens da nova onda punitiva e da difusão do modelo político-criminal de expansão do poder punitivo. Apresenta também as experiências de mobilização social para oposição ou contenção do avanço dessa política. Descrevi as experiências internacionais que já foram verificadas em especial em matéria de litígios sobre políticas e reformas nos sistemas prisionais. A ideia é demonstrar que a atuação que identifiquei no Brasil está de algum modo influenciada pelas experiências vivenciadas em

[51]Em artigo de opinião, Boaventura de Sousa Santos afirma que: "o Brasil tornou-se um laboratório imenso de manipulação autoritária da legalidade". Depois de indicar os sinais da nova onda autocrata em diversos países (EUA, Filipinas, Turquia, Rússia, Hungria e Polônia), ele apresenta os métodos mais recentes de manobras eleitorais (*fake news* e manejo das redes sociais) e conclui: "Presidentes e parlamentos eleitos pelos novos tipos de fraude (fraude 2.0) a que acabo de aludir têm o caminho aberto para instrumentalizar as instituições democráticas, e podem fazê-lo supostamente dentro da legalidade, por mais evidentes que sejam os atropelos e interpretações enviesadas da lei ou da Constituição". SANTOS, Boaventura de Sousa. **Democracias também morrem democraticamente**. Disponível em: https://www.sul21.com.br/opiniaopublica/2018/10/as-democracias-tambem-morrem-democraticamente-por-boaventura-de-sousa-santos/. Acesso em: 02 nov. 2018.

outros países. O modo de litigar local se comunica com o global e o modo de julgar, como veremos, também.

Os casos mencionados nesse capítulo serviram para a argumentação empreendida pelos ministros do Supremo Tribunal Federal quando se dedicaram a examinar matérias referentes ao sistema carcerário nacional. Identificar essas experiências anteriores ajudará a compreender os limites e desafios que também se impõem a litigância judicial nesse tema no plano nacional.

Delineadas as perspectivas que condicionam o olhar do cartógrafo, assim como as legendas necessárias à compreensão da cartografia e o contexto que circunscreve a ocorrência dos fenômenos no âmbito internacional, passei, então, explorar as peculiaridades da execução da política de encarceramento em massa no Brasil e as razões pelas quais o enfrentamento, mesmo que apenas dos seus efeitos mais diretos e concretos, parece mesmo demandar um esforço coletivamente articulado e a compreensão de suas causas estruturais.

Assim, no quarto capítulo, para a caracterização do funcionamento particular do sistema de justiça criminal brasileiro, dada a complexidade do tema e a necessidade de pesquisa aprofundada que cada item específico demandaria, utilizei dados secundários. Nesse capítulo, apresento um desenho da forma como identifiquei o contexto sobre o qual se estrutura o encarceramento em massa no Brasil. Falar de encarceramento em massa no Brasil e não falar da formação histórica do racismo, ainda que seja para apontar continuidades ou descontinuidades, é simplesmente inadmissível, como tentarei demonstrar. Escolhi, por reconhecida limitação de tempo e de ferramentas metodológicas, realizar essa primeira parte da cartografia recorrendo a narrativas apresentadas por outros pesquisadores.

Para utilizar uma linguagem cara a Alexandre da Maia, um interlocutor importante em minha trajetória, elaboro com esta cartografia nada mais que uma imagem[52]. A ideia não é

[52]Nas palavras de Alexandre da Maia: "quando se descreve algo em relação ao passado – e essa descrição só pode ocorrer em determinado presente – há, em maior ou menor grau, representações contingentes de percepção e de avaliação desse passado. Para tanto, há que se travar o debate entre as palavras, as circunstâncias no *médium* da subjetividade fragmentada. Essa fragmentação aponta para percepções contingentes da linguagem quanto das circunstâncias por ela apreendidas". Cf. MAIA, Alexandre da. Por uma história das imagens da normatividade do direito. *In:* FORTES, Pedro *et al.*(coord.). **Teorias contemporâneas do direito:** o direito e as incertezas normativas. Curitiba: Juruá, 2016, p. 281. Ele tem razão ao observar, a partir de um diálogo com Niklas Luhmann e com Reihart Koselleck, que as leituras sobre o passado são sempre contingenciadas pelo presente. Não creio mesmo, por exemplo, em leituras lineares da história, nem no sentido escatológico do seu fim nem no sentido do eterno progresso. Há momentos de rupturas e de descontinuidades difíceis de ser negados. As leituras sobre o passado são tão variáveis quanto os observadores que as fazem. Por outro lado, não consigo compreender os fatos sociais desconectados de seu contexto histórico. A minha imagem de primeira ordem, para seguir com a

esgotar o tema, o que seria absolutamente impossível nos limites de tempo e de espaço desta tese, mas tão somente apresentar como parte da literatura brasileira que pesquisa o funcionamento do sistema de justiça criminal brasileiro o observa e como essas observações influenciam a atuação dos grupos sociais pesquisados.

Os resultados da pesquisa de campo são apresentados no quinto capítulo, momento em que exponho quem são, o que pensam e como atuam aqueles cuja prática sociojurídica de resistência à política de encarceramento constitui o nosso objeto central de pesquisa. Algumas das categorias esclarecidas no capítulo segundo serão aqui utilizadas para verificar, por exemplo, a existência ou não de uma identidade coletiva entre esses atores sociais, se há ou não um adversário claramente identificado e, por fim, se há nos propósitos dessa coletividade unidade que permita categorizá-la como um movimento social.

Por fim, examino a partir de decisões judiciais como ocorreram, de fato, situações de mobilização política e estratégica do direito e como elas foram recebidas pelos tribunais. A intenção é confrontar a forma como os atores sociais narram e percebem a sua prática com o modo como vislumbro essa prática a partir de situações concretas. É desse confronto que intenciono analisar criticamente o uso do litígio estratégico em matéria penal, indicando os seus riscos relegitimadores e os limites de seu impacto.

---

linguagem também utilizada por Alexandre da Maia, está claramente influenciada pelas imagens construídas pelos autores com quem interagi ao longo do percurso. Essa imagem identifica que o racismo existente hoje no Brasil, ainda que não seja expressado da mesma forma que no passado, em alguns casos de forma mais velada em outros de modo tão violento quanto, está sim influenciado pelo colonialismo e pela construção, posterior, do mito da democracia racial. Não poderia, assim, apresentar a relação estrutural que identifico entre o racismo e o sistema de justiça criminal sem recorrer, ainda que brevemente, a leituras sobre o passado. Não pretendo com isso transformar este trabalho em uma pesquisa no campo da história, ciente que estou das minhas limitações metodológicas nesse campo. Não poderia, por outro lado, silenciar sobre relações que foram por muito tempo ocultadas. Ousei, assim, correr o risco de falar, mesmo superficialmente, sobre nosso passado.

2 PARA ALÉM DA RAZÃO INDOLENTE: o realismo criminológico marginal e as epistemologias do sul como influências no olhar do cartógrafo para enxergar o ativismo jurídico[53]

Esta pesquisa se inicia com a indicação, o mais precisamente possível, do local da escrita, o lugar do olhar, o nosso ponto de vista, com a definição dos marcos teóricos e dos conceitos que servirão como legendas para o melhor entendimento do fenômeno político-criminológico que desejamos descrever. O reconhecimento dos privilégios que condicionam esse olhar já foi consignado na introdução. Dissertaremos, agora, sobre as perspectivas que influenciaram a análise do objeto da pesquisa.

Intentamos observar, em última instância, o ativismo jurídico no âmbito do sistema de justiça criminal em um contexto de encarceramento em massa. Compreendemos o encarceramento em massa como um projeto político (criminal), implementado por modificações legislativas que envolvem normas de direito penal, direito processual penal e de execução penal e que se reforça por práticas institucionais discriminatórias. Esse projeto político, no caso brasileiro, como detalharemos adiante, caracteriza-se por um racismo estrutural e por um alto grau de violência e de crueldade na forma de operação das agências estatais de persecução criminal.

O fenômeno é complexo e multifatorial. Seu estudo demanda, portanto, saberes políticos, jurídicos e criminológicos (críticos), que se complementam para a percepção dos seus diversos efeitos. Assim, para entender como uma parte da sociedade reage em um contexto percebido como de encarceramento (atroz) em massa, um estudo interdisciplinar se mostrou necessário.

Adotamos aqui, por conseguinte, um diálogo entre as disciplinas que poderiam compor aquilo que se tem apresentado como um novo modelo integrado de ciências criminais[54], sem hierarquização dos saberes, que se complementam com o objetivo de reduzir os seus respectivos pontos-cegos.

---

[53]As primeiras ideias deste capítulo foram discutidas no Seminário Internacional sobre Prisões, promovido pela ANDHEP, no grupo de trabalho sobre criminologia crítica e pensamento decolonial.

[54]Esse novo modelo não se relaciona com o modelo pensado a partir do olhar da dogmática jurídica tradicional segundo o qual a criminologia e a política criminal seriam ciências auxiliares a serviço do direito penal. Concordamos com a observação de Salo de Carvalho no sentido de que a fragmentação das disciplinas dificultou a compreensão global dos fenômenos relacionados com a criminalidade e provocou, no atuar cotidiano dos operadores do direito, a "incapacidade de compreensão das violências inerentes ao sistema penal e de criação de

Como dito, pretende-se realizar uma descrição sobre como atores sociais mobilizam o sistema de justiça contra o encarceramento em massa. Para tanto, consideramos imprescindível o contato com estudos de política criminal, de criminologia (especialmente na sua vertente crítica) e de sociologia jurídica.

Entendemos por cartografia simbólica uma representação necessariamente limitada da realidade. Falamos em ativismo jurídico, pois interessa-nos perceber quem são, como atuam e como pensam os grupos sociais que mobilizam o direito na tentativa de conter o avanço do poder punitivo.

Para que o leitor possa compreender integralmente a nossa perspectiva e conhecer mais facilmente os possíveis vieses da pesquisa, apresentamos, neste capítulo, as ferramentas conceituais empregadas na cartografia, assim como os nossos pontos de partida teóricos. Evidentemente, não seria possível reproduzir em um capítulo quase cinco décadas de desenvolvimento teórico em cada uma das disciplinas aqui manejadas. Destacaremos, pois, apenas os contornos mais gerais dessas linhas de pensamento e, por conseguinte, apenas os primeiros momentos desse imaginado diálogo.

Inicialmente, esclareceremos como nosso objeto pode ser incluído no âmbito de estudos ampliados sobre a forma como operam o sistema de justiça criminal, desde a perspectiva da criminologia crítica latino-americana. Em seguida, destacaremos as contribuições que julgamos úteis à ampliação dos horizontes dessa criminologia com conceitos das epistemologias do Sul, extraídos de um conjunto de obras do sociólogo Boaventura de Sousa Santos.

2.1 COM OS PÉS NO REALISMO MARGINAL: bases para a análise do funcionamento do sistema de justiça criminal

2.1.1 A mudança de paradigma e a ampliação dos horizontes da criminologia (e da política criminal): as contribuições da criminologia crítica e do abolicionismo penal

instrumentos para minimizá-las". Além disso, também acreditamos com ele que "a condição mínima para que se possam realizar investigações interdisciplinares é dotar os sujeitos interlocutores de condições similares de fala, ou seja, abdicar da ideia de estar um saber a serviço de outro" Cf.: CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 53-55.

Até a década de 1960, os estudos no âmbito da criminologia se restringiam predominantemente à inquirição sobre as causas do crime. A mudança de paradigma ocorreu no momento em que se passou a percebê-lo não mais em um sentido material mas sim como um rótulo, isto é, como uma etiqueta jurídica que é atribuída a determinadas condutas segundo critérios frequentemente distintos daqueles previstos na lei. A compreensão sobre como ocorre a distribuição desse rótulo amplia os horizontes da criminologia, que passa a se dedicar também à análise do fenômeno da reação social ao desvio, de um modo geral, e, de forma particular, à verificação sobre como opera o sistema de justiça criminal.

Desenvolve-se, nessa linha, um novo campo de estudos no âmbito da criminologia, que recebe o adjetivo "crítico" por sua origem no pensamento da Escola de Frankfurt. A expressão "criminologia crítica", contudo, não é unívoca. Há quem a compreenda em um sentido mais amplo nela incluindo todo o pensamento surgido no início da segunda metade do século XX que se estrutura sobre uma crítica do positivismo criminológico, o que englobaria, por exemplo, tanto o *labeling approach* como a chamada criminologia radical ou marxista[55]. Para Elena Larrauri, por outro lado, foi a obra *A Nova Criminologia*, de Taylor, Walton e Young, que "representou o início da criminologia crítica"[56].

De fato, há distinções significativas entre a perspectiva criminológica decorrente do interacionismo simbólico, de matriz pragmática, e aquela desenvolvida a partir da nova criminologia, de viés marxista, embora as duas diferenciem-se da tradição criminológica e convirjam na crítica do discurso etiológico sobre o crime[57].

---

[55]Nesse sentido: SANTOS, Cláudia Cruz. **A justiça restaurativa:** um modelo de reação ao crime diferente da Justiça Pena. Por que, para quê e como? Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 63. Para essa autora: "a grande mudança do paradigma criminológico resultou da crítica do paradigma positivista encetada pelos criminólogos que escolheram como objeto de estudo a crítica das instâncias formais de controlo, o que surgiu com o interaccionismo simbólico e com a teoria da etiquetagem, julgando que a criminologia posterior apenas radicalizou esta crítica". *Ibidem.*

[56]LARRAURI, Elena. **La herencia de la criminologia critica.** Madrid: Siglo Veintiuno, 2000, p. 102.

[57]Elena Larrauri apresenta, por exemplo, algumas das críticas que os predecessores da criminologia radical dirigiram à teoria do etiquetamento: em primeiro lugar, afirmavam que aquela corrente desenhava o desviante como um sujeito passivo, o que não permitiria explicar os crimes políticos e aqueles em que o desviante decide de forma politicamente consciente adotar a postura de desvio; além dessa, registram também que a teoria do etiquetamento descuidou dos crimes de colarinho branco, reforçando o senso comum de que delinquente/desviante é o pobre. Cf.: LARRAURI, Elena. **La herencia de la criminologia critica.** Madrid: Siglo Veintiuno, 2000, p. 101-102. Tony Platt, na mesma linha, atribui à perspectiva liberal um pragmatismo reformista e um cinismo que teriam ajudado, quando muito, a reformas burocráticas no sistema de justiça e a um reforço da legitimidade do poder punitivo. Nas palavras dele, o cinismo "serve para excluir ou subestimar a possibilidade de uma sociedade radicalmente diferente na qual cooperação substitui a competição, na qual valores humanos toma precedência sobre o valor da propriedade, onde exploração, racismo e sexismo são eliminados e as necessidades humanas básicas são satisfeitas". PLATT, Tony. Prospects for a radical

Embora a vertente crítica da criminologia tenha se desenvolvido, como dissemos, especialmente na segunda metade do século XX, alguns trabalhos da primeira metade desse século contribuíram fortemente para a construção desse outro paradigma no pensamento criminológico. É o caso da obra de Rusche e Kirchheimer, que se dedicaram ao estudo da relação entre as diversas formas de punição e os diferentes modos de produção[58]. A tese dos autores é a de que "todo sistema de produção tende a descobrir formas punitivas que correspondem às suas relações de produção"[59]. Rusche e Kirchheimer demonstraram, desse modo, como na Europa a forma ou os métodos de punição foram alterados menos em razão do espírito humanista de governantes e mais em decorrência de sua interação com os modos de produção. Assim, a prisão seria, no modo de produção capitalista, a forma de punição mais apropriada, já que possibilitava, entre outras funções, a disciplina da mão-de-obra que seria utilizada na fábrica[60].

A crítica à forma de exercício do poder de punir foi também enriquecida pela compreensão de que as instituições que promovem a punição estatal não operam de modo

---

criminology in the United States. **Crime and Social Justice,** 1, spring-summer, Berkeley, University of California, 1974, p.

[58]A pesquisa foi proposta pelo Instituto Internacional de Pesquisas Sociais (criado em Frankfurt, em 1923, e transferido para a Universidade de Columbia, em 1933). A essência da pesquisa foi realizada por Georg Rusche, em 1931. O manuscrito por ele elaborado foi revisto e complementado por Kirchheimer, já nos EUA. O trabalho de Rusche congrega os capítulos II a VIII. Kirchheimer responsabilizou-se pelos demais (introdução e IX a XIII).

[59]RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social.** Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 20. A tese está resumidamente desenhada na seguinte passagem dessa obra: "Se numa economia escravista verifica-se uma situação de escassez de oferta de escravos com a respectiva pressão da demanda, será difícil ignorar a escravidão como método punitivo. No feudalismo, por outro lado, não apenas esta forma de punição cai em desuso como não se descobriu nenhum outro método para o uso da força de trabalho do condenado. Foi então necessário o retorno a antigos métodos, como os da pena capital ou corporal, uma vez que a introdução da pena pecuniária para todas as classes era impossível em termos econômicos. A casa de correção foi o ponto alto do mercantilismo e possibilitou o incremento de um novo modo de produção. A importância econômica da casa de correção desapareceu, entretanto, com o surgimento do sistema fabril". *Idem*, p. 21.

[60]A ideia de função disciplinadora do cárcere não está claramente na obra desses autores. Embora com diferenças teóricas não negligenciáveis, fato é que essa tese da relação entre cárcere e fábrica influenciou trabalhos da segunda metade do século XX, como o de Massimo Pavarini, e também foi, de algum modo, acolhida por Michel Foucault, que, aliás, cita expressamente o livro de Rusche e Kirchheimer. Para Foucault, a sociedade disciplinar caracteriza-se pela docilização de corpos e pelo bom adestramento moral A vigilância hierárquica, o panoptismo, o isolamento celular são métodos que permitem "produzir" indivíduos úteis, disciplinados, sem o recurso a penas corporais. Cf.: FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir:** nascimento da prisão. Petrópolis: Vozes, 2010, p. 229. A influência da tese da vinculação entre modo de produção e mecanismo de punição também pode ser percebida no pensamento mais tardio de Foucault, particularmente na relação que ele estabelece entre o neoliberalismo (norte-)americano e a utilização da forma econômica como princípio de inteligibilidade, de decifração das relações sociais e, desse modo, do crime e da pena. Cf.: FOUCAULT, Michel. **Nascimento da biopolítica:** curso dado no Collège de France (1978-1979). Martins Fontes: São Paulo, p. 334. Aprofundar os reflexos da tese de Rusche e Kirchheimer na ideia de governamentalidade e de biopolítica dessa outra fase do pensamento de Foucault desperta interesse mas foge aos limites deste trabalho.

igualitário como prometido pelo programa do direito penal. Ainda na primeira metade do século XX, Edwin H. Sutherland chamou a atenção para a existência de crimes que, embora praticados em quantidade elevada, não eram sancionados penalmente[61]. Ao perceber que "as pessoas de classe socioeconômica alta cometem muitos delitos" e que "uma mostra de grandes corporações violou as leis com grande frequência", Sutherland contribuiu para o questionamento das teorias que buscavam a causa dos crimes em patologias pessoais e sociais[62]. Das 980 decisões que ele analisou contra 70 grandes corporações envolvendo condutas ilícitas, apenas 16% foram decisões em processos criminais que reconheceram a conduta como um delito[63].

A percepção ainda mais clara da desigualdade no tratamento conferido pelos órgãos de justiça criminal entre os crimes de colarinho branco e os chamados crimes de rua serviu como fundamento para a mudança paradigmática de perspectiva no âmbito da criminologia: das causas do crime ao funcionamento da reação social à conduta desviante. Se havia condutas que a lei tipificava como crimes, mas que não eram assim tratadas pelo sistema de justiça criminal, torna-se, então, relevante entender o funcionamento das agências desse sistema para compreender o que a sociedade efetivamente pune como crime.

Já na segunda metade do século XX, pesquisas influenciadas pelo pragmatismo e pela psicologia social de George Mead, promoveram críticas ao funcionamento das instituições totais[64] e aos processos de rotulação e etiquetamento, que também servirão para a deslegitimação do sistema penal[65]. De fato, estudos como os de Howard Becker permitiram

---

[61]Sutherland ainda escreve sob influência da criminologia de matriz etiológica. Para ele, a verificação da prática de crimes entre as diversas classes poderia ser explicada por meio da ideia de associação diferencial, isto é, por meio da observação de que o comportamento criminal se aprende por meio do contato com outras pessoas por meio de um processo de comunicação em um grupo mais restrito de relações pessoais, baseado em interpretações (desfavoráveis) das disposições legais.

[62]Cf. SUTHERLAND, Edwin H. **El delito de cuello blanco.** Madrid: La Piqueta, 1999, p. 307.

[63]SUTHERLAND, Edwin H. **op.cit.** P. 87.

[64]A categoria das instituições totais, embora não tenha sido criada por Erving Goffman, foi por ele desenvolvida em obra que se tornou referência no campo da criminologia da reação social. Para ele, as instituições totais se caracterizam por um maior grau de "fechamento", isto é, pela existência de barreiras físicas ou ritualísticas para a saída dos que nela se integram. Ele destaca que uma característica básica da sociedade moderna é que os indivíduos tendem a dormir, brincar e trabalhar em locais diversos, interagindo com pessoas diferentes. Assim, para Goffman, "o aspecto central das instituições totais pode ser descrito com a ruptura das barreiras que comumente separam essas três esferas da vida", de modo que "todos os aspectos da vida são realizados em um mesmo local e sob uma única autoridade". Cf. GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos.** São Paulo: Perspectiva, 1974, p. 17.

[65]Para Zaffaroni: "a função deslegitimante mais importante e irreversível do discurso jurídico-penal tem sido realizada pelo interacionismo simbólico, que fundamentou a criminologia da reação social [....] apresentam a inquestionável vantagem de descrever detalhadamente – com um arsenal ao qual não se pode imputar nenhum

perceber a desigual distribuição da reação social como atributo construído a partir da interação social e também possibilitaram o rompimento posterior com a matriz etiológica da criminologia[66]. Reforçou-se o entendimento de que não há condutas em si mesmas criminosas e que a pena e mesmo o crime são rótulos, como dito, atribuídos segundo os critérios que norteiam as relações de poder na sociedade.

Como os criminólogos críticos foram profundamente influenciados por releituras da teoria marxista, buscaram explicar a seletividade do sistema penal na divisão da sociedade em classes[67]. Essa criminologia, que ficou conhecida também como criminologia radical, cresceu especialmente a partir dos anos 70, quase simultaneamente nos EUA e na Inglaterra, com vozes ativas na Alemanha e na Itália, e posterior repercussão na América Latina, defendendo a superação do capitalismo como forma de resolver os problemas criminológicos que identificava[68].

No norte da Europa, proximamente ao surgimento da criminologia crítica, desenvolveu-se um movimento político, teórico e prático, ainda mais radical. Os assim chamados abolicionistas adicionaram críticas vigorosas à própria ideia punição nos moldes ocidentais capitalistas. Como exemplares dessa linha de pensamento, merecem destaque (inclusive porque seguidamente referenciados na perspectiva que nos influencia): Thomas Mathiesen, Nils Christie e Louk Hulsman.

As propostas de abolição radical de todo o sistema penal ou, mais particularmente, do sistema carcerário começaram a ser articuladas de modo mais rigoroso no último terço do

---

enfeito teórico – o processo de produção e reprodução da 'delinquência'". Cf. ZAFFARONI, Eugénio Raúl. **Em busca das penas perdidas:** a perda de legitimidade do sistema penal. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 60.

[66]Para Becker, "desvio não é uma qualidade que reside no próprio comportamento, mas na interação entre a pessoa que comete um ato e aquelas que reagem a ele". BECKER, Howard S. **Outsiders:** estudos de sociologia do desvio. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 27.

[67]Confira-se, por exemplo, a visão de Quinney sobre o tema: QUINNEY, Richard. Crime control in capitalist society: a critical philosophy of legal order. **Issues in Criminology,** v. 8, n. 1, p. 75-99, 1973.

[68]Nos EUA, é na Universidade de Berkeley onde encontra maior desenvolvimento. Reúnem-se em torno do *Union of Radical Criminologist.* Suas publicações ocorrem, sobretudo, na revista *Crime and Social Justice.* Já na Inglaterra, a chamada "nova criminologia" é desenvolvida, como dito, nos trabalhos de Taylor, Walton e Young, que são responsáveis pela coletânea *Critical Criminology.* Na Itália, o pensamento crítico na criminologia encontrará ressonância nos trabalhos de Alessandro Baratta, Dario Melossi e Massimo Pavarini, que publicam seus trabalhos especialmente na Revista *La questione criminale*. Para uma narrativa mais aprofundada do desenvolvimento da criminologia crítica, ver: SYKES, Gresham M. Criminology**:** the rise of critical criminology. **The Journal of Criminal Law & Criminology**, v. 65, n. 2, p. 206-213, 1974. Versões complementares ou ainda visões diversas desse mesmo fenômeno poderão ser encontradas, para citar apenas os mais difundidos no Brasil, entre outros, em: ANITUA, Grabiel Ignacio. **História dos pensamentos criminológicos.** Rio de Janeiro: Revan, 2008; SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

século XX. Thomas Mathiesen publicou, em 1974, aquela que pode ser considerada a obra inaugural desse movimento teórico: *The Politics of Abolition*[69]. Nela ele indicou os passos que até ali haviam sido dados em países escandinavos no sentido do desencarecamento a partir de grupos de pressão como o KROM (Associação Norueguesa para Reforma Penal). Ele assumiu a vertente marxista, relacionando a existência do sistema penal à estrutura de produção do capitalismo. Defendeu que o projeto abolicionista deve ser um projeto inacabado (*unfinished*)[70], no sentido de que ele só terá capacidade de mobilizar enquanto for um devir, que forneça os caminhos possíveis para o novo, que permita a mudança estrutural da ordem existente enquanto se chega na nova ordem. O projeto abolicionista seria, na visão dele, progressivo. Poderia sim se constituir até mesmo de reformas redutoras das prisões, desde que orientadas sempre por premissas contrárias ao do sistema vigente, que concorram em contradição contínua com a ideia de punição em geral. As forças progressistas não poderiam, contudo, satisfazer-se com pequenas melhorias e deveriam seguir rompendo com o sentido do sistema punitivo até (e além) do seu fim. Nem mesmo o fim das prisões ou do sistema penal importaria no final do movimento abolicionista, pois seria fundamental manter-se atento às possíveis tentações de retorno.

Outro trabalho de Thomas Mathiesen que também repercutiu na proposta político criminal abolicionista foi publicado em 1987: *Prison on trial*[71]. Nesta obra, o autor apresenta razões e formas para suspender a construção de novas prisões. Zaffaroni o considera o "estrategista do abolicionismo"[72], justamente por que em seus trabalhos ele demonstra claramente a intenção de vincular as suas construções teóricas à ação prática de movimentos e grupos sociais, alguns dos quais serão comentados mais adiante nesta pesquisa.

Ao revisitar os escritos de 1974, Mathiesen mantém o espírito, ou melhor, a postura abolicionista (*the abolitionist stance*). Continua afirmando que a meta de longo prazo é o abolicionismo, mas que é importante manter a postura de negação e de desconstrução progressiva do sistema penal. Reconhece, contudo, que anteriormente a postura era mais

---

[69]Utilizamos aqui a versão *revisitada*, publicada em 2014: MATHIESEN, Thomas. **The politics of abolition revisited.** New York: Routledge, 2015.

[70]Nas palavras dele: "*The alternative lies in the unfinished, in the sketch, in what is not yet fully existing*". Em tradução livre: "a alternativa está no inacabado, no esboço, naquilo que ainda não existe plenamente". Cf. MATHIESEN, Thomas. **The politics of abolition revisited.** New York: Routledge, 2015, p. 47.

[71]A primeira versão em inglês é de 1990. Aqui trabalhamos com a terceira edição: MATHIESEN, Thomas. **Prison on trial.** Winchester: Waterside Press, 2006.

rigorosa e apenas admitia reformas negativas. Mais recentemente, avalia que, enquanto houver presos, é necessário lutar por uma vida mais decente na prisão[73]. Ele também apresenta preocupações atuais para duas hipóteses "alternativas" à prisão. A primeira delas é a substituição do modelo penal por um retorno ao modelo médico e a segunda a substituição da prisão no cárcere para a prisão fora dele, promovida pelo avanço tecnológico e pelos grilhões eletrônicos como as pulseiras e tornozeleiras eletrônicas[74].

Ele acredita, entretanto, que a postura abolicionista de rejeição do sistema penal deve ser mantida. Para ele, ser abolicionista é não estar preocupado em oferecer justificações para a existência do sistema penal. Em suas palavras: "*abolitionism is a stance*"[75]. É uma atitude de dizer "não", ainda que esse "não" à prisão, hoje, pareça mais distante. Ele deve, ao menos, servir como guia para que se logrem no presente pequenas abolições, que exigem, como vimos, postura defensiva mesmo depois de implementadas. Mathiesen afirma, nesse sentido, continuar atento "a estratégias para alcançar abolições concretas"[76].

A "postura abolicionista" e a ideia mobilizadora do projeto inacabado não são incompatíveis, em nossa opinião, com o realismo criminológico marginal a seguir comentado. Reconhecer que a abolição total do sistema penal (e mesmo do cárcere) neste lado da margem é um projeto distante não impede de seguir mobilizando o saber e o poder no sentido de contenção proposto por Zaffaroni.

Outro norueguês apontado como abolicionista é Nils Christie. Ele é um crítico radical dos efeitos do sistema penal nas relações comunitárias. Um dos seus textos mais comentados, especialmente por aqueles que o utilizam na defesa do modelo de justiça restaurativa, é o artigo publicado como resultado de uma palestra inaugural do *Centre for Criminologial Studies*, da universidade de Sheffield, em março de 1976. Neste, Christie defende que a criminologia tradicional contribuiu para "ampliar o processo pelo qual conflitos foram tomados das partes diretamente envolvidas"[77]. Ele associa a apropriação do conflito a um

---

[72]ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas:** a perda de legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro, 2012, p. 99.
[73]MATHIESEN, Thomas. **The politics of abolition revisited.** New York: Routledge, 2015, p. 23-24.
[74]*Idem,* p. 36-37.
[75]*Idem,* p. 31.
[76]*Idem,* p. 32.
[77]CHRISTIE, Nils. Conflicts as property. **The British Journal of Criminology,** v. 17, n. 1, jan. 1977, p. 1. Para reforçar seu argumento, ele apresenta dois modelos distintos de solução de conflitos. No primeiro, um homem e uma mulher são colocados no centro de um grande encontro comunitário em uma casa localizada na província de Arusha, na Tanzânia. No outro, no modelo tipicamente ocidental de resolução de conflitos, as cortes são

modelo de sociedade industrializada que, por diversas razões, caminha no sentido de reduzir vínculos duradouros e afetivos entre os indivíduos e que reproduz, em larga medida, uma sociedade de castas, baseada em atributos biológicos (sexo, cor, atributos físicos, idade etc.)[78]. Para ele, esse modelo de sociedade contribui para a construção de três grandes obstáculos à solução adequada de conflitos: uma carência de vizinhança; a redução das vítimas individualizadas; a existência de uma grande quantidade de profissionais[79]. A primeira deve-se ao modelo de sociedade que contribui para a segmentação do espaço e dos grupos sociais. A segunda é resultado da sobrevalorização das grandes unidades da sociedade industrializada (as empresas, a ordem financeira, o mercado etc.). Por último, a existência de um número excessivo de profissionais contribui para que eles se apropriem dos conflitos, pretendendo, desse modo, justificar a importância do seu trabalho. Ele conclui, citando Ivan Illich e Paulo Freire, para afirmar que, assim como o ensino e a aprendizagem devem voltar a incluir o ser humano e não se limitar aos professores, os conflitos devem voltar aos envolvidos com a redução do papel dos profissionais[80].

Em 1981, Christie publicou outro texto impactante: *Limits to pain.* Nele, o autor pretendeu desnudar o sistema penal dos eufemismos da linguagem jurídica[81], revelando aquilo que esse sistema representa essencialmente: a inflição organizada, racionalizada, de sofrimento a um ser humano. Ao relacionar o poder com a possibilidade de distribuir a dor, Christie afirmou, com base no experimento de Milgram e no que ele próprio realizou sobre campos de concentração, que: "a imposição intencional de dor é mais fácil quanto mais longe

descritas como localizadas em grandes centros urbanos, em prédios com arquitetura complexa e pouco atrativa para pessoas simples, que mesmo no julgamento de seus casos ocupam a periferia da sala de audiências, centralizada na figura do juiz e dos representantes das partes (se o conflito for de natureza criminal, o estado assume então o lugar de uma das partes).

[78]CHRISTIE, Nils. Conflicts as property. **The British Journal of Criminology,** v. 17, n. 1, jan. 1977, p. 5. Esse modelo de sociedade favorece o individualismo e conduz as pessoas a se importarem cada vez menos com as outras. A segmentação da sociedade contribui também para o distanciamento e favorece os conflitos invisíveis (aqueles que ocorrem em espaços pouco visibilizados e que atingem pessoas mais vulneráveis e aqueles outros que praticados por grandes corporações acabam sendo facilmente ocultados).

[79]*Idem,* p. 12.

[80]*Idem,* p. 13.

[81]Para ele: "as palavras são um bom meio de disfarçar o caráter de nossas atividades". Cf.: CHRISTIE, Nils. **Limites da dor:** o papel da punição na política criminal. Belo Horizonte: Editora D´Plácido, 2016, p. 27. O sociólogo norueguês equipara a função dos operadores do sistema penal à do funcionário de uma funerária. Para não tornar insuportável o seu trabalho, esses funcionários precisariam transformá-lo em rotinas, distanciando-se da vivência de seus clientes, e adotar um vocabulário compatível: ele descansou. É o "escudo das palavras". *Ibidem.*

o destinatário é do distribuidor"[82]. Essa ideia será fundamental, como veremos, para compreender o papel da linha abissal no reforço desse distanciamento e, por conseguinte, na facilitação da inflição da dor do encarceramento.

Na Holanda, ao lado de Herman Bianchi, destaca-se, no campo abolicionista, o pensamento de Louk Hulsman. Na sua "*Peines Perdues. Le système penal en question",* publicada originalmente em 1982, Hulsman sustenta que o sistema penal é estruturalmente ruim ("um mal social"[83]), não cumpre as funções prometidas e, diante dos problemas que cria e do sofrimento que provoca sem que o conflito seja verdadeiramente resolvido, deve ser abolido[84]. A máquina repressiva funciona de modo bem distinto daquele previsto na lei. Observar a sua operação permite identificar para usar as expressões do autor "mecanização e frieza", "uma prática infamante", "uma linha de montagem", que ao final produz "um sofrimento estéril"[85]. Igualdade perante a lei e intervenção mínima são valores que, de tão distantes para algumas pessoas, devem parecer ideias utópicas. A exemplo de Christie, Louk Hulsman também confere relevância ao distanciamento social entre os que operam o sistema penal e aqueles que são por ele atingidos. Há, na opinião dele, entre os grupos sociais de onde provêm esses dois atores uma "distância sideral"[86].

Esse sistema é, para Hulsman, filho de uma moral cristã escolástica que se baseia na identificação da culpa e dos culpados[87]. No lugar de possibilitar a prevenção especial negativa, o sistema penal produz estigmas e rejeição social que pode determinar algumas pessoas a viverem conforme a imagem que sobre elas é construída[88]. Não se pode, pois, pensar em um sistema penal alternativo, mas sim em uma alternativa a todo o sistema penal, o

---

[82]CHRISTIE, Nils. **Limites da dor:** o papel da punição na política criminal. Belo Horizonte: Editora D´Plácido, 2016, p. 112. Em um dos seus trabalhos mais recentes, Christie a tese da necessidade de restabelecimento dos vínculos sociais. Para ele: "Viver em pequenos sistemas, nos quais a conduta de uma pessoa gera reflexos em todas as outras, pode mobilizar outra moralidade completamente distinta". CHRISTIE, Nils. **Uma quantidade razoável de crime.** Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 40.

[83]HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline B. de. **Penas perdidas:** o sistema penal em questão. Niterói: LUAM Editora, 1993, p. 91.

[84]*Ibidem*. Para ele, seria necessário abolir a pena e o sistema penal, mas não necessariamente os processos de responsabilização que poderiam subsistir se apresentarem "alguma possibilidade de desempenhar um papel de reativação pacífica do tecido social", condicionada à "concordância das duas partes". *Idem,* p. 86-87.

[85]HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline B. de. **Penas perdidas:** o sistema penal em questão. Niterói: LUAM Editora, 1993, p. 60-62.

[86]Nas palavras do autor, em tópico que recebe o título de "distâncias siderais": "Os diversos burocratas anônimos que decidem ou contribuem para que seja ditada uma condenção à prisão têm poucos contatos sociológicos com os que irão sofrê-la". HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline B. de. **Penas perdidas:** o sistema penal em questão. Niterói: LUAM Editora, 1993, p. 76.

[87]P. 68.

que passaria, inclusive, pela mudança de seu vocabulário[89], e, em boa parte dos casos, não pela substituição de um modelo de responsabilização por outro, mas simplesmente pela tolerância do comportamento hoje julgado desvalioso[90]. Seria preciso, nesse sentido, abolir não só a lógica do atual sistema penal, mas também a sua gramática.

No posfácio escrito para a edição brasileira, Hulsman desacredita a relação que se tentou estabelecer nos anos que se seguiram à primeira publicação do livro entre a variação na criminalização e a frequência de eventos criminalizáveis. Para ele, o discurso oficial tentou justificar o crescimento das taxas de encarceramento com um aumento da criminalidade, mas essa correlação não se justifica em todas as comunidades e ao longo do tempo. Segundo Hulsman, "o crescimento e a queda da criminalização são principalmente influenciadas pelo clima político-ideológico predominante em um dado país e o resultado dos esforços entre grupos de pressão"[91].

As críticas deslegitimadoras dessa versão do abolicionismo penal não são incompatíveis com o pensamento criminológico crítico. Da criminologia crítica, interessam-nos aqui, pela particular influência sobre os criminólogos e as criminólogas na América Latina, as reflexões de Alessandro Baratta e mais especificamente aquelas sobre uma política criminal alternativa decorrente do que ele mesmo chama de "movimento crítico da criminologia"[92]. Para ele, o direito penal é um sistema dinâmico de funções em que operam três mecanismos: o de criminalização primária, responsável pela produção seletiva das normas penais; o de criminalização secundária, incumbido da aplicação das normas, aqui

---

[88]*Idem*, p. 69

[89]Para Hulsman, as palavras crime, criminoso e criminalidade, por exemplo, pertencem ao dialeto do sistema que deve ser abolido. Essas expressões devem ser deixadas de lado e em seu lugar, quando necessário, deveriam ser utilizadas expressões menos estigmatizantes como "situações problemáticas", "pessoas envolvidas", "comportamentos indesejados". HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline B. de. **Penas perdidas:** o sistema penal em questão. Niterói: LUAM Editora, 1993, p. 95-96.

[90]Ele cita o consumo abusivo de psicotrópicos e aborto como exemplos de atos que podem ser descriminalizados e passarem à categoria de atos da vida social para os quais medidas educativas poderiam ser suficientes. HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline B. de. **Penas perdidas:** o sistema penal em questão. Niterói: LUAM Editora, 1993, p. 97-98.

[91]*Idem*, p. 144.

[92]BARATTA, Alessandro. Criminologia critica y politica penal alternativa. **Revue Internationale de Droit Pénal,** ano 49, n. 1, 1978, p. 43. O autor estabelece, desde logo, as duas etapas da transição entre a "velha" criminologia e criminologia crítica, intermediadas pelas escolas de sociologia criminal da década de 40: "*En primer lugar el traslado del planteamiento teórico del autor a alas condiciones objetivas, estructurales y funcionales, que son el origen de los fenómenos de desviación. En segundo lugar, el traslado del interés cognoscivito de las causas de la desviación criminal, a los mecanismos sociales e institucionales a través de los cuales se construye la 'realidad social' de la desviación, son creadas y aplicadas definiciones de deesviación y criminalidade y son realizados los processos de criminalización*". *Idem*, p. 44.

incluído o processo penal, as ações dos órgãos inquisidores e de julgamento; e o mecanismo de execução da pena e das medidas de segurança[93].

A constatação dessa forma concreta de operação contribui, em primeiro lugar, para a negação radical do mito do direito penal igualitário, que está na base da ideologia (e consequente política criminal) da defesa social. O Direito Penal protege, na visão de Baratta, de forma diversa bens jurídicos que interessam mais a determinados grupos sociais e o status de criminoso se aplica de forma desigual aos sujeitos independentemente da danosidade social de suas condutas. Para ele, a chance de uma pessoa ser submetida a sanções estigmatizantes está fortemente correlacionada ao pertencimento aos estratos sociais mais baixos da comunidade[94]. O controle social e, especialmente, a pena de prisão cumprem, desse modo, tanto a função de manutenção da escala vertical da sociedade, afastando as classes mais baixas da possibilidade de domínio dos meios de produção e disciplinando-as para o trabalho na fábrica[95], como a função de marginalização social e de atomização das classes populares.

Essas considerações permitem a Baratta pensar uma política criminal alternativa, que tem como ponto de partida a distinção entre política criminal e política penal. Enquanto esta pensa a resposta ao crime nos limites estritos do exercício da função punitiva do Estado; aquela é uma política social e institucional em sentido amplo que considera o direito penal como o mais inadequado instrumento de mudança social. A questão criminal é, para Baratta, consequência de contradições estruturais próprias da relação social de produção, de modo que a política criminal alternativa não pode ser uma política de substitutivos penais, mas sim uma política de grandes reformas sociais[96].

Embora favorável a um redirecionamento da tutela penal para campos de interesse coletivo, ele é nitidamente contrário a uma simples extensão do Direito Penal, sustentando que deve ser evitada uma política reformista do tipo panpenalista. Manifesta-se

---

[93]BARATTA, Alessandro. **Op. Cit.** p. 44-45. A tese da dupla seleção (de bens jurídicos a ser tutelados e de pessoas estigmatizadas) está bem resumida na ideia de que "a criminalidade é um bem negativo distribuído desigualmente segundo a hierarquia dos interesses fixada no sistema econômico e segundo a desigualdade social dos indivíduos". *Idem*, p. 46.

[94]BARATTA, Alessandro. **Op. Cit.** p. 47.

[95]O criminólogo italiano faz aqui expressa menção à crítica historiográfica de Rusche e Kirchheimer, de Foucault e de Dario Melossi e Pavarini. BARATTA, Alessandro. **Op. Cit.** p. 48.

[96]Nas palavras do autor: "*No puede ser uma política de sustitutivos penales que permanezcan limitados a uma perspectiva vagamente reformista y humanitaria, sino uma politica de grandes reformas sociales e institucionales para el desarrollo de la igualdad, de la democracia, de las formas de vida comunitárias y civiles alternativas y más humanas y el contrapoder proletário, en vista de la transformacion radical y de la superación de las realiciones sociales de producción capitalistas*". BARATTA, Alessandro. **Op. Cit.** p. 50.

favoravelmente a uma ampla despenalização de condutas, especialmente daquelas que exercem pressão sobre as classes subalternas, assim como à adoção de estratégias de controle não estigmatizantes, como sanções administrativas e civis.

Diante do que ele considera uma análise realista e radical das funções efetivamente cumpridas pelo sistema carcerário, afirma que o objetivo final da política criminal alternativa é a abolição da instituição carcerária[97]. Ele considera que a aproximação desse objetivo final pode ocorrer de forma diferenciada, mas passa pela extensão do sistema de medidas alternativas e, principalmente, pela abertura do cárcere à sociedade, com a reaproximação entre as associações de presos e as organizações dos trabalhadores, enfrentando, desse modo, os efeitos do mecanismo da "distância social". Por fim, Baratta ressalta a essencialidade das preocupações de uma política criminal alternativa em relação à opinião pública. Ela é, ainda hoje, portadora da ideologia dominante que legitima o sistema penal, produzindo uma falsa representação de solidariedade que uniria todos contra um "inimigo interno" criado por campanhas de lei e ordem. Para enfrentar as relações de hegemonia cultural seria imprescindível um decisivo trabalho de crítica ideológica, de produção científica, de informação. O resultado desse trabalho deve ser "prover a política criminal alternativa de uma adequada base ideológica sem a qual esta se encontra destinada a permanecer como uma utopia de intelectuais progressistas"[98].

Para Baratta, ao lado da construção de uma teoria materialista do desvio, dos comportamentos socialmente negativos e da criminalização, uma das principais tarefas dos representantes da criminologia crítica é "elaborar as linhas de uma política criminal alternativa, de uma política das classes subalternas no setor do desvio"[99].

O pensamento da criminologia crítica e dos movimentos abolicionistas contribuem fortemente para esta cartografia por refletir, em larga medida, a perspectiva a partir da qual examinamos o funcionamento do sistema de justiça criminal no Brasil. Essa perspectiva tem, contudo, alguns pontos-cegos, que demandaram complementações com outros olhares.

Em primeiro lugar, parcelar da criminologia crítica identifica a questão de classe como o elemento estruturante da seletividade do sistema de justiça criminal, ignorando ou ocultando

---

[97] Para Baratta: "A demolição dos muros do cárcere tem para a nova criminologia o mesmo significado programático que a dos muros do manicômio para a nova psiquiatria". BARATTA, Alessandro. **Op. Cit.** p. 51.
[98] BARATTA, Alessandro. **Op. Cit.** p. 53.
[99] BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal:** introdução à sociologia do direito penal**.** Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 197.

outros elementos como raça e gênero, que, particularmente em sociedades coloniais e patriarcais como a brasileira, também estão na base das estruturas de dominação e de segregação[100].

Além disso, os níveis de violência física urbana e de violações mais amplas de direitos humanos em sociedades latino-americanas impõem um dado de realidade que diferencia enormemente os contextos de produção e de aplicação do pensamento criminológico e de desenvolvimento de políticas criminais. Exige-se, aqui, uma preocupação real com a vida de mulheres, de jovens, negros e pobres, enfim, com a vida daqueles (as) pertencentes a grupos de minorias sociais.

Nos tópicos seguintes deste capítulo, buscaremos em outras perspectivas contribuições para ampliar o olhar sobre o fenômeno social aqui examinado.

2.1.2 A criminologia crítica na América Latina e o desenvolvimento do realismo criminológico marginal

Na América Latina, a crítica criminológica recebeu contornos ainda mais contundentes. Com efeito, não é possível ignorar que, enquanto no Atlântico Norte (nos EUA e na Europa ocidental, particularmente), vivia-se o período de afirmação dos direitos civis, políticos e sociais; aqui, enfrentávamos ou convivíamos, em diversos países da região, ainda com regimes autoritários. Tortura, desaparecimentos, criminalização da dissidência política, criação de tribunais especiais para fatos tidos como subversivos, repressão de manifestações

[100] Tentaremos suprir parcialmente esse ponto-cego pela abordagem interseccional com que Boaventura de Sousa Santos compreende a formação da linha abissal. Outras críticas a essas omissões da criminologia crítica europeia estão sendo desenvolvidas pelo Grupo Brasileiro de Criminologia Crítica, que tem se perguntado: "qual é – e qual tem sido – o lugar da questão racial nas abordagens criminológicas brasileiras, inclusive as que se dizem críticas?". Cf.: CALAZANS, Márcia Esteves de. *et al*. Criminologia Crítica e a questão racial. **Cadernos do CEAS:** Revista crítica de humanidades, [S.l.], n. 238, p. 450-463, dez. 2016, p. 455. Esse questionamento foi o fio condutor do encontro desse grupo de criminólogos(as) ocorrido em Salvador, Bahia, em 2016, e as discussões nele travadas espelharam-se no número 238 da Revista Cadernos CEAS do mesmo ano. Confiram-se também: FREITAS, Felipe da Silva. Novas perguntas para a criminologia brasileira: poder, racismo e direito no centro da roda. **Cadernos do CEAS**: Revista crítica de humanidades, [S.l.], n. 238, p. 488-499, dez. 2016; ORTEGAL, Leonardo. Raça, Criminologia e Sociologia da Violência: contribuições a um debate necessário. **Cadernos do CEAS**: Revista crítica de humanidades, [S.l.], n. 238, p. 527-542, dez. 2016. No capítulo 4, apresentaremos com mais detalhes a forma como a questão racial estrutura o funcionamento do sistema penal no Brasil. No Brasil, toda a obra de Vera Regina Pereira de Andrade é exemplar desse olhar sobre o objeto da criminologia crítica com os acúmulos do pensamento crítico latino americano. Cf.: ANDRADE, Vera Regina P. **Pelas mãos da criminologia:** o controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 118 e ss.

políticas e ampliação da jurisdição militar para civis são exemplos de ações praticadas nesse contexto de regimes autoritários.

O saber criminológico, portanto, não poderia ficar imune a esse contexto diferenciado e a práticas punitivas significativamente diversas daquelas prometidas normativamente. Para Lola Anyar de Castro, foram os estudos sobre a história do controle social na América Latina que permitiram compreender as racionalidades de instituições de política criminal. Eles demonstraram também que a dependência dos países do continente aos países do Norte global não tem sido apenas político-econômica, mas também cultural e institucional[101]. Ela afirmava, ainda, que esse conhecimento histórico permitiu entender como os discursos racistas produzidos no positivismo da Europa e aqui reproduzidos "conformaram um estereotipo de delinquente que era justamente o das pessoas que haviam sido submetidas aos diversos processos de colonização"[102].

Lola Anyar de Castro, porque foi uma das protagonistas do desenvolvimento da criminologia crítica na América Latina, narra com propriedade e com detalhes os primeiros passos do pensamento crítico nesse campo de estudos em nosso continente. Ela destaca, por exemplo, como marco histórico, o surgimento do Grupo Latino-americano de Criminologia Comparada, em 1974, por ocasião do 23º Curso Internacional Criminologia, em Maracaibo[103]. De fato, nas palavras de Ney Fayet Júnior e Carlos Thompson Flores, o Congresso de Maracaibo " se insere naquele seleto rol de eventos científicos que têm a capacidade de alterar os rumos do pensamento, interromper uma vertente dominante e desencadear, com propriedade e firmeza, um novo movimento"[104]. Em pleno período de ditadura militar, iniciaram-se ali com mais força e de modo mais articulado pesquisas que introduzem uma perspectiva marxista do conflito, da violência e do crime, que se distanciam do discurso legitimador da criminologia tradicional[105].

---

[101] CASTRO, Lola Aniyar de. **Criminologia da libertação.** Rio de Janeiro: Revan, 2005, p. 26.

[102] *Ibidem.*

[103] *Idem,* p. 22. Anyar de Castro, a propósito, tece fortes críticas ao livro de Rosa del Omo intitulado "A América Latina e Sua Criminologia", por ter esta última autora omitido no histórico que fez do desenvolvimento da criminologia no continente a perspectiva crítica da criminologia iniciada ou sistematizada a partir desse ano.

[104] FAYET JUNIOR, Ney; FLORES, Carlos Thompson. Apresentação. *In:* _____. **Maracaibo 74:** uma outra crimionologia (se tornou) possível. Porto Alegre: Elegantia Juris, 2016, p. 16. Essa é uma coletânea de artigos das apresentações realizadas no Congresso de Maracaibo e constantes nos anais do Congresso, que foram traduzidos e reunidos pelos organizadores.

[105] Outro momento importante no desenvolvimento das pesquisas nesse campo foi a formação do grupo Criminólogos Críticos Latino-americanos (CCLA), cujo manifesto foi lançado no México, em 1981. O CCLA teve como primeiro objeto de pesquisa justamente o controle social, formal e informal, em suas mais diversas

Um canal de difusão de algumas das pesquisas do grupo foi a revista *Capítulo Criminologico* (com destaque para os números 7/8 e 11/12). A história desses grupos é também a história da criminologia da libertação. Lola de Castro ressalta que a criminologia da libertação, como a que ela propõe, está fundada no materialismo histórico e toma elementos da teoria frankfurtiana, com destaque para os seguintes elementos: ênfase na crítica cultural, em favor de uma cultura diversificada; oposição à sociologia positiva; importância da dialética e da totalidade como categorias analíticas; importância dada à razão prática e à moral; conhecimento do mundo, conhecimento dirigido pelo compromisso; atitude crítica frente ao poder e a crença nas possibilidades da transformação radical[106].

Eugénio Raúl Zaffaroni também passou, posteriormente, a integrar o Grupo de Criminologia Comparada. Nessa época, ele desenvolvia paralelamente o projeto "*Derechos Humanos y Sistemas Penales en América Latina*", iniciado em 1984. De fato, ao lado de outros(as) pesquisadores(as) do Grupo Latino-americano de Criminologia Comparada como Lola Anyar de Castro, Rosa del Omo, Esther Kosovski, Juarez Cirino, Luis Marcó del Pont, Roberto Bergalli, entre outros(as), Zaffaroni desponta como um dos pesquisadores que percebe nitidamente as diferenças e as particularidades na operacionalidade do sistema penal na América Latina.

Da vasta obra de Zaffaroni[107], são particularmente úteis para o diálogo que aqui pretendemos realizar os conceitos de realismo criminológico marginal, de colônia como instituição de sequestro e de criminologia cautelar ou de contenção.

---

modalidades, e são as pesquisas aí realizadas que permitiram a formação de um arcabouço teórico, que, apesar de influenciado por teóricos do Norte, produziram já nesse momento contribuições originais indispensáveis para a compreensão dos aparelhos de dominação neste lado dos trópicos. As reuniões dos dois grupos deveriam ocorrer simultaneamente. Houve um seminário do GLACC no Panamá, sob coordenação de Marcela Márque, e, em 1983, com a ajuda do ILANUD, na Costa Rica. No ano seguinte, ocorreu o Segundo Encontro de Criminólogos Críticos, na Universidade de Medellín, sob coordenação por Juan Guillermo Sepúlveda, agora, com o tema "a educação como forma de controle social". O terceiro encontro ocorre na Nicarágua, em 198, com o apoio da Corte Suprema de Justiça desse país. Em 1987, o seminário realizou-se em Havana.

[106] CASTRO, Lola Aniyar de. **Criminologia da libertação.** Rio de Janeiro: Revan, 2005, p. 109. Além dos autores aqui expressamente mencionados, contribuíram também para o desenvolvimento da criminologia na América Latina: Roberto Bergalli, Thamara Santos, Emperatriz Arreaza, Francisco Delgado, Luis Marcó del Pont, Emiro Sandoval, Luis Gómez, Carlos Sulbarán, Emilio García Méndez, Carmen Antony, Edgar Saavedra Rojas, Antonio Muñoz, Fernando Tocora, Luis de la Barreda. Evidentemente, para as pretensões deste estudo, não seria possível o exame detalhado do pensamento de cada um desses autores. Examinamos aqui aqueles cujas contribuições influenciaram mais diretamente a análise que fazemos do funcionamento das agências de controle social formal no Brasil.

[107] Eugénio Raúl Zaffaroni formou-se em direito em 1962, na Universidade de Buenos Aires, e obteve o título de doutor em ciências jurídicas e sociais em 1964. Desenvolveu paralelamente uma carreira acadêmica, como professor na Universidade de Buenos Aires e em outras instituições de ensino, e prático profissional, como juiz e

Desde 1973, o jurista e criminólogo argentino tem empreendido, por meio de sua produção intelectual, um "esforço para traçar uma diretriz político-criminal ao serviço do homem latino-americano, mediante um conhecimento realista não ingênuo, reafirmando os princípios do direito penal liberal ou garantidor, realizador dos direitos humanos na área"[108]. Ele sustenta que o saber criminológico na América Latina necessita trazer consigo diretrizes político-criminais claras. Ele considera que um mecanismo de controle social jamais será justo em um contexto de estrutura social injusta, de sorte que o penalista se vê também diante de uma disjuntiva: há de ter compromisso político-criminal, pois ou se torna "um cúmplice da violência ou embarca em um trabalho de redução da violência"[109].

Já nesse momento, Zaffaroni observava que a realidade penal latino-americana diferenciava-se largamente da sua programação normativa. Essa realidade poderia ser descrita em tópicos que apresentam incrível atualidade: 1 – nossos sistemas penais têm como coluna vertebral as penas privativas de liberdade, executadas em condições infra-humanas; 2 – particular simbiose entre retribucionismo idealista e perigosismo positivista com a produção de inflação penal, com tipificações superpostas, neutralizando o objetivo racional de codificação; 3 – defeitos do sistema penal criam uma impunidade [seletiva] e o discurso da impunidade faz com que se incrementem as penas de forma irracional, com base em um direito penal do medo; 4 – aumento (fático ou legal) das atribuições da polícia de segurança em detrimento da autoridade judicial, com a projeção de corpos para-policiais e de penas sem processo; 5 – o processado sobrevive com uma *capitis diminutio* que chega a impedir toda possível vida de relação livre e normal, como efeito da estigmatização, estendendo-a, não

procurador de justiça (foi ministro da Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina e é, atualmente, juiz da Corte Interamericana de Direitos Humanos). As notas biográficas referidas no texto estão de acordo com o *curriculum vitae* disponível no site da Organização dos Estados Americanos http://scm.oas.org/Pdfs/2015/AG06748SCV.pdf e com aquelas que constam em um dos seus mais recentes livros publicados no Brasil. Nelas registra-se, ainda, que, em meados da década de 1990, ele desempenhou uma breve trajetória política como constituinte e deputado na Argentina. Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl Zaffaroni. **A palavra dos mortos:** conferências de criminologia cautelar. São Paulo: Saraiva, 2012, contra-capa.

[108] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Política criminal latino-americana:** perspectiva y disyuntivas**.** Buenos Aires: Hammurabi, 1982, p. 1.

[109] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Op. Cit.**, p. 4. Para o autor: "a crítica social tem feito da política social uma questão sociológica e a criminologia crítica – em consonância com ela – da política criminal, uma questão criminológica". *Idem*, p. 70. É por essa relação próxima entre política criminal e criminologia crítica que Zaffaroni admite como válida a expressão "política criminológica". Essa expressão seria uma ideia de Quiroz Cuarón para criticar o modo de fazer da política criminal latino-americana tradicional, que se apartava da realidade e tomava decisões sem qualquer fundamento empírico. A *criminologização* da política não seria um retorno ao positivismo, mas uma exigência mínima de fundamentação empírica nas decisões político-criminais. *Ibidem.*

raras vezes, à família e ao círculo de amizades; 6 – nem todos os países têm uma administração da justiça independente, havendo países em que os juízes dependem de nomeações políticas periódicas (no lado oposto, a burocratização conduz a uma rotina que anestesia a sensibilidade humana); 7 – procedimentos cada vez mais expeditos tornam o julgamento dos casos um simples processamento de papéis, delegando o julgamento a funcionários menores; 8 – a formação dos juízes na América Latina não os prepara para servir à liberdade do homem, tornando-os inimigos da reforma penal e vítimas de uma ideologia alienante; 9 – está em crise a crença do latino-americano no direito ante o caos socioeconômico que se lhe impõe, abrindo espaço assim para o mero exercício da força[110].

Quando Zaffaroni apresenta o que para ele seria apenas uma "*aproximación desde una margen*" ao pensamento criminológico, já se desenhava o seu projeto de um "*realismo criminológico marginal*"[111]. Conhecer essas características e acessar a realidade da operação das agências de controle através da crítica à ideologia dominante seriam as tarefas do criminólogo[112]. Toda criminologia que pretenda reconhecer a realidade latino-americana deveria ser, na perspectiva dele, crítica (leia-se crítica da ideologia que oculta aquela realidade)[113].

Do mesmo modo que nossas sociedades são hiperdependentes das economias centrais e sujeitas a todos os efeitos econômicos potencializados de quaisquer crises que nelas ocorram, também somos sujeitos à ideologia de controle social repressivo predominante nos países centrais. O discurso jurídico e o discurso criminológico de senso comum são da mesma

---

[110] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Política criminal latino-americana:** perspectivas y disyuntivas**.** Buenos Aires: Hammurabi, 1982, p. 77-81.

[111] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Criminología:** aproximacion desde uma margen. Bogotá: Temis, 2003 [1988], p. IX. Pela contemporaneidade dos escritos, é possível afirmar que tanto os contatos com autores de diversos países latino-americanos como a visão sobre a operacionalidade do sistema penal na América Latina foram beneficiados pelo desenvolvimento do projeto "*Derechos Humanos y Sistemas Penales en América Latina*", iniciado em 1984. Nos agradecimentos, ele registra o diálogo que teve em anos anteriores, entre outros, com Lola Anyar de Castro, Rosa del Omo, Elías Carranza, Alessandro Baratta e, particularmente, com Louk Hulsman, que esteve em Buenos Aires nos meses de novembro e dezembro de 1986 (esse diálogo, como veremos, estender-se-á em outra publicação), o que ajuda a compreender a sua aproximação com a criminologia crítica.

[112] Uma das primeiras funções desse modelo de realismo criminológico é expor: "as relações de poder e a localização da nossa margem no panorama geral dessas relações, o que implica anunciar como se gerou o poder em nossas sociedades e de que maneira se integrou historicamente nossa população e se instalaram as sucessivas formas de controle. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Criminología:** aproximacion desde uma margen. Bogotá: Temis, 2003 [1988], p. 29.

[113] Nas palavras do autor: "*la crítica de la ideologia consiste, de esta manera, em estabelecer cuál es la capacidad de un sistema de ideas para permitirnos el acceso de la realidad*". ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Criminología:** aproximacion desde uma margen. Bogotá: Temis, 2003 [1988], p. 22.

maneira importados do centro. Assim, a principal tarefa da crítica criminológica há de ser mesmo a crítica ideológica.

Nossa posição na divisão internacional do trabalho como sociedades proletárias, entretanto, deveria impedir que adotássemos simplesmente a crítica criminológica central. Zaffaroni destaca, nesse sentido, a impossibilidade de seguirmos cegamente a crítica regida pelo "fatalismo progressivo", pois aqui não se verificou o curso escravismo-feudalismo-capitalismo. Nossas sociedades marginais foram incorporadas à lógica de produção das sociedades como zonas de exploração e, assim, nosso subdesenvolvimento é expressão da dominação e da exploração que se estendem desde o período colonial.

Para ele, as especulações sobre modelos ideais de sociedade são úteis para uma etapa futura do nosso desenvolvimento. Por ora, devemos orientar nossa crítica à satisfação de necessidades elementares (direito à vida, garantias de integridade, igualdade e não discriminação, justiça social)[114].

Tendo em mente que o sistema penal na América Latina captura primordialmente aqueles que são os mais vulneráveis socialmente, ele propõe uma outra criminologia clínica, que seria a clínica da vulnerabilidade. Ele reconhece que um dos resultados do sistema penal é a neutralização por deterioração da pessoa criminalizada, reforçando sua vulnerabilidade às redes do sistema[115]. Seria necessária, pois, a construção de um saber "que permita ajudar às pessoas criminalizadas a reduzir seus níveis de vulnerabilidade ao sistema penal"[116]. Esse saber pode ter seu campo ampliado para incluir também mecanismos que permitam reduzir os efeitos da policialização e da burocratização das pessoas que atuam nas agências de controle. No realismo criminológico marginal, a clínica reaparece, pois, como clínica da vulnerabilidade, clínica da policialização e clínica da burocratização[117].

Para Zaffaroni, a criminologia etiológica, com sua pretensão de estudar as "causas" do delito, estruturada sobre o modelo para-médico ou do biologismo, inevitavelmente, desembocou no genocídio, pois considerava que havia seres inferiores e que se estes agridem aos superiores, a conclusão seria a de que é necessário destruí-los como ato de defesa; no racismo, pois, se há grupos humanos inferiores, não podem ter igualdade com os superiores

---

[114] *Idem,* p. 23.
[115] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Criminología**: aproximacion desde uma margen. Bogotá: Temis, 2003 [1988], p 26.
[116] *Ibidem.*
[117] *Idem,* p. 29.

dominantes, o que resultava no apartheid criminológico; e no colonialismo, pois a civilização superior deve tutelar as inferiores[118].

Esse olhar atento para a realidade latino-americano e para o papel configurador e estruturante desempenhado pelo colonialismo em nossas comunidades reforça-se como discurso deslegitimante no passo seguinte que o autor dá na construção do seu pensamento criminológico com a publicação em 1989 da obra "*En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal"*[119].

Ele continua sustentando que "a programação normativa baseia-se em uma 'realidade' que não existe"[120]. Assinala como dado da realidade do contexto em que se exerce o poder punitivo na América Latina um marco social "cujo signo é a morte em massa"[121]. Defende que não se podem buscar explicações personalizadas e conjunturais para esse problema[122]. A versão do discurso jurídico como "direito penal de garantia" equivaleria, na opinião do autor, à postura do sacerdote que se torna ateu, mas segue exercendo seu ministério como se Deus existisse, por achar que assim é melhor para todos.

Ele salienta que existe um saber-poder que Foucault não chegou a analisar que seria o antropológico, especialmente os de bases colonialistas e neocolonialistas. Nessa obra, Zaffaroni eleva a ideia de "colônia" ao patamar de uma categoria central para a compreensão dos fenômenos sociais em países latino-americanos, considerando-a uma verdadeira

---

[118] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Criminología**: aproximacion desde uma margen. Bogotá: Temis, 2003 [1988], p 240.

[119] Logo na apresentação do livro, ele indica que pretende "oferecer um panorama geral da deslegitimação do sistema penal e uma proposta de reinterpretação do direito penal". Diz abandonar a preferência preventista especial e adotar uma análise que denomina de "realismo jurídico-penal marginal". Nesse trabalho, Zaffaroni traz, primeiramente, dados ou informações que indicariam a situação crítica e perda da legitimidade do penalismo latino americano. Esclarece que o título da obra é uma clara referência ao *Peines Perdues* de Louk Hulsman, explicando que o termo "perdidas" refere-se ao fato de terem as sanções criminais perdido atualmente qualquer sentido, tornando-se inflição de dor sem sentido (perdidas no sentido de carentes de racionalidade). ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda de legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 12-15

[120] *Ibidem.*

[121] *Idem,* p. 13.

[122] Para Zaffaroni, a crítica social contemporânea, a criminologia da reação social e as experiências do capitalismo periférico impedem que se omita a deslegitimação do sistema de justiça criminal. Mesmo nos países centrais, é possível observar a seletividade, a reprodução da violência, a criação das condições para maiores condutas lesivas, a corrupção institucionalizada, a concentração de poder, a verticalização social e a destruição das relações horizontais ou comunitárias, o que permite inferir que essas "não são características conjunturais, mas estruturais do exercício de poder de todos os sistemas penais". ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda de legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 15.

instituição de sequestro ou total[123]. Esse, aliás, é um ponto de diálogo fundamental com o pensamento de Boaventura de Sousa Santos e, particularmente, com a ideia de linha abissal que promove a exclusão radical como efeito continuado do colonialismo. Veremos como a chamada colonialidade permite compreender as particularidades do encarceramento em massa no Brasil e os obstáculos que se impõem à sua superação.

Ainda sobre o tema, Zaffaroni considera que "o verdadeiro modelo ideológico para o controle social periférico ou marginal não foi o de Bentham, mas o de Cesare Lombroso"[124], tendo em vista que aqui repercutiram bastante suas ideias de atavismo e de características biológicas de inferioridades do delinquente, assemelhadas não à toa às do selvagem/colonizado. As prisões aqui seriam instituições de sequestros menores localizadas dentro de uma instituição de sequestro maior que era a colônia.

Ele concorda explicitamente com as críticas deslegitimantes oferecidas pelo pensamento de abolicionistas como Thomas Mathiesen, Nils Christie e Louk Hulsman[125], mas apresenta ressalvas que não permitiriam acolher imediatamente a proposta de extinção do sistema penal, seja no âmbito de países centrais, seja no de países periféricos. Ele consente com a objeção de Massimo Pavarini quanto à incapacidade da proposta abolicionista de responder a fenômenos como o terrorismo e acrescenta que, do mesmo modo, ela não oferece soluções adequadas para os riscos criados com o avanço tecnológico (armas nucleares, guerra química, engenharia genética). Ainda que reconheça que o sistema penal atual também é incapaz de solucionar esses conflitos, Zaffaroni defende, sem maiores aprofundamentos, a

---

[123] Nas palavras do autor: "Não é possível considerar alheio a esta categoria foucaultiana [instituições de sequestro], apesar de sua imensa dimensão geográfica e humana, um exercício de poder que priva da autodeterminação, que assume o governo político, que submete os institucionalizados a um sistema produtivo em benefício do colonizador, que lhe impõe seu idioma, sua religião, seus valores, que destrói todas as relações comunitárias que lhe pareçam disfuncionais, que considera seus habitantes como sub-humanos necessitados de tutela e que justifica como empresa piedosa qualquer violência genocida, com o argumento de que, ao final, redundará em benefício das próprias vítimas, conduzidas à "verdade" (teocrática ou científica)". Cf.: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda de legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 74-75.

[124] *Idem*, p. 77.

[125] Nas palavras do próprio Zaffaroni: "As três razões apontadas por Hulsman para destacar a total deslegitimação do sistema penal são de uma evidência inegável em nossa região marginal: as mortes, as privações de liberdade e vitimizações que recaem sobre os setores majoritários e carentes de nossas populações; a total indiferença pelas vítimas dos órgãos que exercem o poder penal; a perda completa de controle sobre as agências executivas dos sistemas penais e a crescente minimização da intervenção dos órgãos judiciários; e a prática de delitos gravíssimos por parte dos integrantes dos órgãos penais". ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda de legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 108. Ele considera que as propostas abolicionistas demandariam um novo modelo de sociedade que parece bem distante da realidade latino-americana.

ideia de que "talvez fosse o caso de se desenvolver aqui um direito de controle de atividade preventiva policial com estrita vigilância judicial" que limitasse a ingerência preventiva ao estritamente necessário em cada caso, regulando o que ela chama de "um momento de poder para a sobrevivência da vida planetária", que pouco ou nada teria de direito penal propriamente[126].

Essa concessão ao alarde preventista ajuda compreender a posição dele de que o direito penal mínimo seria uma "proposta a ser apoiada por todos os que deslegitimam o sistema penal, não como meta insuperável e, sim, como passagem ou trânsito para o abolicionismo"[127]. Não esconde, contudo, em nossa opinião, certa incoerência, pois não parece distanciar-se das propostas minimalistas que atribuem ao poder punitivo a função de tutela de bens jurídicos relevantes e ainda apresenta as mesmas dificuldades de justificação de quais casos seriam "estritamente necessários" e quais põem em risco a vida no planeta.

De qualquer modo, no retorno ao ponto de vista marginal, ele retoma o argumento que nos parece conferir maior coerência ao realismo criminológico marginal. Zaffaroni considera a violência da pena e a existência do sistema penal como um *fato de poder*, que, em nossa região marginal, é exercido de forma extremamente violenta, pretendendo confundir muitas vezes os momentos da guerra e da política[128].

Para Zaffaroni, em um contexto como esse, a função do jurista só pode se legitimar se for equiparada àquela do direito humanitário como limitador do fato de poder que são as guerras[129]. As guerras (e os sistemas penais, no momento da política) existem, não podem ser legitimadas e, quando ocorrem, é preciso que se busque como possível conter o seu poder de destruição e de imposição de sofrimento aos seres humanos. Nesse caminho, o direito penal assumiria a função de um "direito humanitário do tempo da política" e a criminologia cumpriria sua função de crítica da ideologia dominante e de apresentação dos dados da

---

[126] *Idem,* p. 110-112.

[127] *Idem,* p. 106.

[128] *Idem,* p. 199. Nesse ponto, ele cita Tobias Barreto para reafirmar que o conceito de pena não é um conceito jurídico, mas político, e que o equívoco das teorias que a legitimam está em considera-la justamente como uma mera consequência jurídica. *Idem,* p. 203.

[129] Nas palavras de Zaffaroni: "o exercício do poder dos juristas assim pautado só será legitimado à medida que paute as decisões da agência judicial para que esta assuma uma função de contradição dentro do conjunto de agências do sistema penal, reduzindo sua violência". Cf.: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda de legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 198. É nesse sentido que sustentaremos ao longo deste trabalho que o litígio estratégico em matéria penal somente se legitima como emancipatório se utilizado como instrumento para pautar a agência judicial no sentido de se contrapor à expansão do poder punitivo.

realidade que justificam a redução da violência do sistema penal e a clínica da vulnerabilidade, da policialização e da burocratização[130]. Diante desse quadro, para o autor, oferecer uma resposta marginal seria um imperativo ético e jus-humanista[131]. Admitindo a irracionalidade seletiva na operação do sistema penal, ao direito e aos juristas que atuam nas sociedades periféricas impõe-se o dever de estender o quanto possível as garantias penais para a máxima contenção dessa irracionalidade.

Essas ideias foram recentemente consolidadas em obra que recebeu o sugestivo título de *A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar*[132]. Como o próprio autor reconhece, trata-se de uma reelaboração e de uma complementação do segundo trabalho aqui comentado que mantém a mesma ideia diretora: "a criminologia a partir da margem deve ser sempre cautelar"[133].

A extensão dessas garantias se daria no momento presente, enquanto não for possível suprimir o sistema penal, pelo redesenho do programa do direito penal, a partir de princípios limitadores da intervenção penal[134] e, especialmente, da releitura dos elementos da teoria do crime desde a perspectiva da culpabilidade por vulnerabilidade[135]. Avançar nessa construção teórica jurídico-dogmática não é, contudo, o objeto deste nosso trabalho.

---

[130] *Idem*, p. 201 e 213.

[131] Trata-se de uma opção ética assim exposta pelo autor: "diante de um simples ato de poder e da opção entre racionalizá-lo em moldes funcionais ou enfrenta-lo racionalmente para reduzir-lhe a violência e, em última análise, suprimi-lo, escolhemos a segunda opção por um imperativo ético". Cf.: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda de legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 217.

[132] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A palavra dos mortos:** conferências de criminologia cautelar. São Paulo: Saraiva, 2012.

[133] *Idem*, p. 18.

[134] Além das garantias penais consagradas nos tratados e convenções internacionais de direitos humanos, Zaffaroni apresenta dois conjuntos de princípios: princípios para a limitação da violência por carência de elementaríssimos requisitos formais (princípio de exigência máxima de legalidade em sentido estrito; princípio da máxima taxatividade; princípio da irretroatividade; princípio da máxima subordinação à lei penal substantiva; princípio de representação popular); princípios para a limitação da violência por exclusão de pressupostos de disfuncionalidade grosseira para os direitos humanos (princípio da limitação máxima da resposta contingente; princípio da lesividade; princípio da mínima proporcionalidade; princípio do respeito mínimo à humanidade; princípio de idoneidade relativa; princípio limitador da lesividade à vítima; princípio da transcendência mínima da intervenção punitiva); e, por último, princípios para limitação da violência por exclusão de qualquer pretensão de imputação pessoal em razão da sua notória irracionalidade. Cf.: ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda de legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 239-243.

[135] Zaffaroni parte da premissa compartilhada em larga medida pelos criminólogos críticos de que é o grau de vulnerabilidade ao sistema penal que decide a maior ou menor chance de ser por ele selecionado para a imposição da pena. Assim, na sua opinião, a culpabilidade deveria ser aferida de acordo com o grau de esforço que uma pessoa realiza para colocar-se em situação de vulnerabilidade, de sorte que, "quanto maior for o esforço, e a consequente contribuição para o fortalecimento do sistema, que a pessoa fez para colocar-se em situação de vulnerabilidade ao seu poder, menor será o espaço de que dispõe a agência judicial para obstaculizar

No período decorrido entre a publicação de uma e outra obra, muita coisa mudou no contexto mundial e local. A realidade dos massacres praticados em nome do poder continuou, contudo, evidenciando-se. No lugar de redução da intervenção do sistema penal, observou-se a sua expansão a patamares dificilmente projetados por quem olhasse para o futuro no final do século passado. Ao lado dos massacres das guerras, prosseguiram sendo observados *os massacres a conta gotas* (diários, cotidianos) do sistema penal. Às categorias e às reflexões anteriores, Zaffaroni acrescentou a ideia de "pulsão tanática da vingança", que considera uma chave explicativa que se encontrava no sótão do saber penal, "enclausurada pelos cadeados da racionalização que resiste a reconhecer a quota de irracionalidade humana", guardada ao lado de "milhões de cadáveres emparedados"[136]. Essa pulsão é implementada por uma "construção de realidade midiática que mostra os mais desvalidos das sociedades como único perigo"[137]. É ela que permite a reprodução dos massacres cotidianos no manejo do sistema penal.

Diante dos danos provocados pelo persistente manejo do sistema penal, a criminologia cautelar deve atuar em três frentes: a da exploração das condições sociais para criar midiaticamente um mundo paranoico que segue demandando mais intervenção penal; a da confrontação permanente com a realidade dos danos e riscos sociais dessa intervenção penal; a da individualização dos meios adequados para neutralização (ou redução) desses danos.

Nossa pesquisa caminha no sentido dessa terceira frente, isto é, da busca por identificar as possíveis medidas para redução do "número de cadáveres antecipados" do sistema penal, por meio do mapeamento de como a sociedade civil tem se articulado para estabelecer táticas de contenção do poder punitivo. Como reconhece o próprio Zaffaroni, nessa frente da criminologia cautelar, "não há fundidores de canhões e artilheiros", eles devem se identificar na mesma pessoa, por meio de uma investigação-ação, de uma criminologia *militante*[138], na qual "os acadêmicos devem ir aprendendo no diálogo com outras pessoas, com as vítimas, com os que têm medo de ameaças reais, com os operadores do sistema penal, e com os próprios infratores"[139]. A nossa pesquisa é justamente uma pretensão

---

uma resposta criminalizante ou para diminuir a intensidade da resposta".Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda de legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 268-269.

[136] *Idem*, p. 534.

[137] *Ibidem.*

[138] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A palavra dos mortos:** conferências de criminologia cautelar. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 521.

[139] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A palavra dos mortos:** conferências de criminologia cautelar. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 518.

de estabelecer um diálogo com esses dois últimos grupos de pessoas, isto é, com representantes de movimentos sociais que lutam pelo respeito aos direitos dos presos e com operadores do sistema penal que traduzem juridicamente aquelas lutas.

Por mais que nessa última obra, Zaffaroni tenha aberto maior espaço para a terceira frente da criminologia cautelar, a mobilização social (político, jurídica e acadêmica) não se constituiu em objeto de suas reflexões mais aprofundadas. Além disso, por mais que reconheça a função destacada do colonialismo na conformação do sistema penal na América Latina, Zaffaroni parece continuar conferindo papel acessório à questão racial, defendendo que a vulnerabilidade se concentra, sobretudo, em critérios de classe social, o que o reaproxima do discurso da criminologia crítica dos países centrais.

É necessário, pois, para o seguimento desta pesquisa, complementar os pontos-cegos deixados pela abordagem criminológica, agora, com estudos de sociologia jurídica que se dediquem a compreender o fenômeno da mobilização social nos tribunais e fora deles.

2.2 COM AS LENTES DE ALICE[140]: da crítica da razão indolente à construção de um pensamento pós-abissal desde as epistemologias do sul

A crítica, por mais importante que seja para desobstruir a visão sobre a realidade ocultada pela ideologia dominante, pode produzir tanto o deslocamento daquele que é criticado da sua posição de inércia como, paradoxalmente, pode provocar um efeito paralisante para aquele que critica, mantendo-o em uma confortável posição indolente.

Ao criticarmos o funcionamento do sistema de justiça criminal brasileiro, dele fazendo parte e por ele sendo direta ou indiretamente atingido, não poderíamos correr esse risco. Por esse motivo, apoiamo-nos na sociologia crítica do direito de Boaventura de Souza Santos, para dela extrair categorias que permitissem examinar a ação dos grupos de assessoria jurídica popular ou de institutos jurídicos, que, apesar do cenário de expectativas de avanço do poder

[140] As lentes das epistemologias do Sul e do pensamento pós-abissal de Boaventura de Sousa Santos estão desenvolvidas mais recentemente no projeto *Alice – Espelhos Estranhos, Lições Imprevistas* De acordo com a página na internet do projeto, o seu objetivo é "desenvolver novos paradigmas teóricos e de transformação social para as sociedades contemporâneas a partir da partilha transnacional de experiências e de conhecimentos". Ele possui quatro principais áreas: a democratização da democracia; o constitucionalismo transformador, interculturalidade e a reforma do Estado; as economias não-capitalistas; os direitos humanos (com especial incidência no direito à saúde) e outras gramáticas de dignidade humana. Informações disponíveis em: http://alice.ces.uc.pt/en/index.php/about/?lang=pt. Acesso em: 03 jul. 2018.

punitivo, persistem insurgindo-se, também pela via judicial, contra a política criminal dominante.

As desigualdades que estruturam a sociedade contemporânea são expressadas no pensamento de Boaventura de Sousa Santos por meio da metáfora da linha abissal, a seguir comentada. Como veremos, ele começa a aportar contribuições à sociologia do direito a partir de pesquisa de caráter etnográfico realizada no Brasil. Anos depois, ao dialogar com o movimento Modernidade/Colonialidade latino-americano e com pensadores pós-coloniais de diversos países africanos e da Índia, em especial, ele constrói uma metodologia de pesquisa em ciências sociais, que, em nossa perspectiva, contribui para pensar os problemas do Sul com atenção para suas peculiaridades. Esse diálogo pode ajudar a trazer um pensamento alternativo de alternativas, essencial para observar a nossa realidade, intervindo na excludente (mono) cultura do encarceramento em massa.

Manusearemos aqui três conjuntos de categorias desenvolvidas por Boaventura de Sousa Santos. Em um primeiro momento, serão utilizados os conceitos que associam a ciência e o direito modernos ao pensamento abissal, construtor da linha imaginária que possibilita uma clivagem social radical. No capítulo destinado ao exame das razões constitutivas e dos efeitos da política criminal de encarceramento em massa, a ideia de linha abissal servirá para compreender como classe, raça e gênero se interseccionam para orientar a operação das agências estatais de controle social.

Percebida a forma como se estrutura a sociedade e o pensamento modernos ocidentais, seria preciso ainda, para superar a razão indolente, evidenciar e tornar credíveis as alternativas que estão sendo desenvolvidas por quem resiste à dominação. Nesse exercício de enfrentamento ao desperdício das experiências, serão utilizadas as ideias de sociologia das ausências e das emergências, como métodos complementares de observação da sociedade. Nesse caminhar, serão fundamentais os conceitos de tradução intercultural, de *zonas de contacto*, de hermenêutica diatópica e de intelectuais de retaguarda, como elementos de uma práxis das emergências.

Por fim, examinaremos as condições e os limites de produção daquilo que Sousa Santos chama de uma legalidade subalterna cosmopolita, pressuposto para um uso mais inclusivo de uma ferramenta hegemônica, como o é a mobilização concreta dos tribunais.

Por em diálogo o pensamento criminológico crítico e a proposta de sociologia crítica do direito de Boaventura de Sousa Santos não é algo que pode ser feito sem atentar para

alguns riscos de desentendimento. A criminologia crítica foi fundada, como visto, com as fortes vigas do marxismo. Embora também tenha sido influenciado pela teoria marxista, já na sua tese doutoral, Boaventura promoveu adaptações que não são unanimemente aceitas[141]. Além disso, a influência culturalista do pensamento pós-colonial distanciou-o ainda mais da viga-mestra. Não vislumbramos, contudo, uma ruptura inconciliável. Sousa Santos continua considerando que o capitalismo está na base das desigualdades sociais. Em sua visão, a incompletude do pensamento marxista está no fato de desconsiderar que o racismo e o patriarcado também estruturam a linha (abissal) que divide a sociedade.

Como vimos no tópico anterior, é possível observar uma tendência na criminologia crítica contemporânea de incorporar também a crítica decolonial e a crítica feminista ao instrumental de análise do funcionamento das instâncias formais do sistema de justiça criminal. Os possíveis desentendimentos tendem, pois, a ser reduzidos[142]. Compreender como se dá a reação à reação social, isto é, como ocorre a oposição às políticas de expansão do

---

[141] Confira-se, por exemplo, a crítica às leituras que Sousa Santos faz da obra de Marx em: NETTO, José Paulo. **De como não ler Marx ou o Marx de Sousa Santos.** Disponível em: https://www.odiario.info/de-como-nao-ler-marx-ou-o-marx-de-sousa-santos/. Acesso em: 31 out. 2018. Também as há em: GONÇALVES, Maurício Bernadino. **Boaventura de Sousa Santos e a "Pós-moderninade de contestação":** algumas anotações marxistas. **Aurora,** ano 5, n. 8, agosto, 2011.

[142] Aliás, o tema da justiça criminal não é um estranho desconhecido de Sousa Santos. Em manual de criminologia bastante difundido no Brasil, Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade indicam como representativos de estudos de criminologia crítica em Portugal dois textos de Boaventura de Sousa Santos. Cf.: DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia:** o homem delinquente e a sociedade criminógena. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 58). Boaventura de Sousa Santos graduou-se em direito na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, em 1963. Concluiu seu doutorado em sociologia do direito pela Universidade de Yale, em 1973. Escreveu nos primeiros anos de sua vida acadêmica textos na área do direito penal: SANTOS, Boaventura de Sousa. **O conflito de interesses em direito criminal**. Coimbra: FDUC, 1965; SANTOS, Boaventura de Sousa. **Crimes cometidos em estado de embriaguez**. Coimbra: FDUC, 1968. Os textos referidos por Figueiredo Dias e Costa Andrade não são propriamente criminológicos. Ambos são decorrentes da tese de doutorado de Sousa Santos, na qual ele pretendeu elaborar "os *prolegomena* de uma teoria marxista do direito com especial atenção ao tema da retórica jurídica". A primeira versão resumida dela é publicada, em 1977, na *Law & Society Review*, com o título *The Law of the Oppressed: the Construction and Reproduction of Legality in Pasargada.* Uma versão em português dá lugar à publicação do livro *Direito dos Oprimidos.* Cf.:SANTOS, Boaventura de Sousa. **O direito dos oprimidos**: sociologia crítica do direito. Coimbra: Almedina, 2015, p. 21. O crime e a reação social não são o objeto específico desse trabalho. Não há uma análise detida do funcionamento dos mecanismos de reação social e nenhuma referência a outros estudiosos do campo da criminologia crítica, por exemplo. Embora em suas análises sociológicas sobre o funcionamento do direito em geral ele perceba a existência desses instrumentos de controle, defini-lo como criminólogo crítico é um exagero. Definitivamente, os fenômenos ligados à criminalização não estão entre os objetivos centrais desses dois trabalhos ou mesmo dos trabalhos mais recorrentes de Boaventura de Sousa Santos. A conclusão no sentido de não ser ele um criminólogo não impede, por outro lado, que algumas de suas contribuições para a sociologia crítica do direito possam sim ser utilizadas e debatidas no campo mais específico da criminologia crítica. Como veremos a seguir, algumas das categorias por ele desenvolvidas mais recentemente podem auxiliar na compreensão mais ampla do fenômeno do encarceramento em massa no Brasil e em países do Sul global.

direito penal, desde a perspectiva de uma sociologia das ausências e das emergências, pode, em nossa visão, contribuir para ampliar a reflexão no campo da criminologia crítica.

Detalhemos, pois, as categorias e as contribuições metodológicas desse autor para a presente pesquisa.

2.2.1 Por outras epistemologias: a sociologia das ausências e das emergências e a visibilização da linha abissal

Embora não seja possível falar em fases absolutamente distintas do pensamento de Boaventura de Sousa Santos, são notáveis algumas mudanças de percurso. Um dos primeiros passos no novo trajeto pode ser identificado na obra *Toward a New Common Sense: Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*, a partir da qual outras foram desenvolvidas como a *Crítica da Razão Indolente,* primeiro volume de uma série de outros trabalhos que consolidariam a ideia de repensar e criticar explicações universalizantes sobre o funcionamento da sociedade mundial a partir da perspectiva do Norte global. No segundo volume dessa série, *A Gramática do Tempo,* são apresentados diversos conceitos que serviram de marco teórico para análise dos dados que foram observados e colhidos nesta pesquisa. Por fim, os trabalhos mais recentes sobre uma *epistemologia do Sul* também conformaram a base de sistematização de ferramentas conceituais para esta pesquisa.

A primeira dessas categorias diz respeito ao papel do sociólogo e da própria pesquisa sociológica, especialmente daquelas produzidas no Sul global. Olhar para os ausentes, isto é, para aqueles que têm sua existência frequentemente ocultada, para aqueles cujas ações sociais e saberes coletivamente produzidos são ignorados, tornados irrelevantes, é um primeiro passo para a produção de um conhecimento alternativo e para reconhecer e superar desigualdades. A sociologia das ausências busca enfrentar o *epistemicídio* de que é vítima o conhecimento produzido no Sul – e pelos do Sul – como um efeito do colonialismo.

Identificar saberes igualmente válidos onde antes se via, quando muito, práticas sociais. Estudar esses saberes e aprender com eles. Essas são as propostas da sociologia das ausências. No lugar de analisar criticamente o funcionamento das agências de controle social, o que já vem sendo feito há algum tempo, examinar (também criticamente) como os grupos sociais resistem a esse controle social é uma de nossas pretensões com este trabalho. Em outras palavras, desejamos ouvir e aprender com aqueles grupos sociais que têm, de algum

modo, oferecido resistência a essas agências e que têm apresentado propostas para a redução dos danos que elas produzem.

A ideia de construir uma sociologia das ausências surge da percepção de que há um conjunto de experiências e de saberes desenvolvidos em todo o mundo que é ocultado por uma concepção moderna de saber científico que exclui todas as demais formas de conhecimento do mundo e de seus fenômenos, se não tiverem sido empregados os cânones do positivismo cientificista.

A referência a esse método aparece tanto n´*A Gramática do Tempo* como na coletânea *Conhecimento Prudente para uma vida Decente.* Essas ideias surgem como fruto do projeto "Reinvenção da emancipação social", que tinha como objetivo investigar em que medida a globalização alternativa estava sendo produzida a partir de baixo e quais as suas possibilidades e os seus limites[143]. Em síntese, percebeu-se que há uma diversidade de experiências muito maior do que aquela conhecida e validada pela tradição científica ocidental. O problema, para Boaventura de Sousa Santos, não é a inexistência de alternativas, mas o desperdício da experiência provocado por uma racionalidade – que poderíamos dizer narcísica – por ele denominada de *razão indolente,* que esconde ou desacredita as alternativas ao pensamento dominante. Seria preciso, na visão do sociólogo português, desenvolver uma razão cosmopolita, o que poderia ser feito por meio de um conjunto de ferramentas compreendidas nos conceitos de sociologia das ausências, sociologia das emergências e de um trabalho de tradução[144].

A razão indolente é fruto da modernidade que associa o conhecimento válido ao conhecimento científico. O positivismo moderno constrói a distinção entre sujeito cognoscente e objeto cognoscível, promove a diferenciação entre natureza e sociedade por meio da cultura. Defende que o mundo pode ser explicado por leis matemáticas, concebendo a

---

[143]Foram examinados os contextos de 6 países: Moçambique, África do Sul, Brasil, Colômbia, Índia e Portugal. As análises debruçaram-se sobre 5 áreas temáticas: democracia participativa; sistemas de produção alternativos e economia solidária; multiculturalismo, direitos coletivos, pluralismo jurídico e cidadania cultural; alternativas aos direitos de propriedade intelectual e biodiversidade capitalistas; novo internacionalismo operário. Desse projeto, resultaram 7 volumes (Democratizar a Democracia; Produzir para viver; Reconhecer para Libertar; Semear outras soluções; Trabalhar o mundo). O projeto foi elaborado distante dos grandes centros de produção da ciência social. Ele implicou também o cruzamento de conhecimentos científicos e não-científicos. Debruçou-se sobre lutas, iniciativas e movimentos alternativos. SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma sociologia das ausências e uma sociologia das emergências. *In:* **Conhecimento prudente para uma vida decente.** Porto: Afrontamento, 2003. p. 735.

[144] *Idem,* p. 736

realidade por meio de um mecanicismo determinista. Julga possível a obtenção da verdade por meio da razão, a qual permitiria a representação transparente da realidade.

Essa razão indolente, que poderia ser caracterizada como uma concepção ocidental do mundo, relaciona-se com uma determinada forma de compreender o tempo e a temporalidade. Nesse modelo de compreensão, o presente é contraído e o futuro é expandido[145]. Para Sousa Santos, "o Ocidente constituiu-se como parte trânsfuga de uma matriz fundadora – o Oriente"[146]. Essa matriz contempla uma multiplicidade de mundos, terrenos e extraterrenos, e uma multiplicidade de tempos (passados, presentes, futuros). Era uma matriz antidicotômica. O que o Ocidente faz, no processo de diferenciação, é reduzir essa multiplicidade ao mundo terreno e o tempo ao tempo linear, por meio do processo, respectivamente, de laicização e da adoção do conceito de progresso e de revolução.

A razão indolente é aquela que subjaz à colonialidade do poder, no processo de constituição da modernidade. Ela é composta pela razão impotente (determinismo, realismo); razão arrogante (livre arbítrio, construtivismo); razão metonímica (a parte tomada pelo todo); razão proléptica (o domínio do futuro sob a forma do planejamento da história e do domínio da natureza).

A razão metonímica é insegura dos seus fundamentos, "não dá razões de si, impõe-se pela eficácia da sua imposição"[147]. Essa imposição ocorre pelo plano produtivo e legislativo, impõe-se pela exigência de produtividade e pela coação legitimada pela lei. Ao presente é atribuído um momento pequeno, fugaz, um intervalo entre o que já não é e o que ainda não é. A crítica da razão metonímica é imprescindível para recuperar a experiência desperdiçada. Para Sousa Santos, é preciso ampliar o presente, para aprender com experiências outras que a noção de contemporaneidade não permite perceber ou pior oculta conscientemente. Para tanto, o procedimento a ser utilizado é o de proliferar totalidades que coexistirão com a totalidade da razão metonímica e reconhecer que as partes de uma totalidade são heterogêneas e podem ter vida fora dela.

Os procedimentos para ampliação do mundo e dilatação do presente devem ocorrer no âmbito de uma sociologia das ausências. Nas palavras de Boaventura, a sociologia das ausências é uma investigação que busca demonstrar que "o que não existe é, na verdade,

---

[145] *Idem*. p. 737.
[146] *Idem*, p. 740.

activamente produzido como não existente, isto é, como uma alternativa não-credível ao que existe"[148]. O objetivo é transformar objetos impossíveis em possíveis, ausências em presenças. Uma das perguntas que ele se faz é: o que existe no Sul que escapa à dicotomia Norte/Sul?

A razão metonímica produz diversas formas de não existência: monocultura do saber ou do rigor do saber; monocultura do tempo linear; lógica da classificação social; lógica da escala dominante; lógica produtivista (critérios de produtividade capitalista). Elas se exprimem na desqualificação de uma entidade, ou em torna-la invisível, ininteligível ou descartável.

O primeiro modo de produzir não-existência é o da monocultura do saber, que consiste na invalidação de todo conhecimento que não for científico, assim como em descartar ou desqualificar a cultura que não for representativa de uma assim chamada alta cultura. Ao outro, resta a ignorância ou a incultura.

Perceber a ecologia dos saberes, por outro lado, é admitir também que os grupos vulnerabilizados produzem conhecimento – inclusive, jurídico – válido e que, por exemplo, suas interpretações sobre a aplicação do direito devem ser levadas em consideração, aceitas como credíveis.

O segundo modo é o da monocultura do tempo linear. A ideia é que a história tem um sentido único. Progresso, revolução, modernização, crescimento, globalização. Na vanguarda estariam os países centrais cujos passos deveriam e serão seguidos pelos países "em desenvolvimento" e subdesenvolvidos. São declarados não existentes todos os saberes que forem atrasados, assim compreendidos os que são concebidos em contraposição ao que é produzido nos países centrais, os avançados. A não contemporaneidade do contemporâneo é assim definida como fruto da característica primitiva, tradicional, pré-moderna, obsoleta, subdesenvolvida dos que sobrevivem à margem da sociedade de seu tempo.

É essa monocultura do tempo linear que impõe aos países periféricos seguir, como se indispensável fosse ao seu progresso, as políticas (inclusive, políticas criminais) dos países centrais.

---

[147] SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma sociologia das ausências e uma sociologia das emergências. *In:* **Conhecimento prudente para uma vida decente.** Porto: Afrontamento, 2003. p. 741.
[148] *Ibidem.*

O terceiro modo é o que naturaliza as diferenças segundo uma lógica de classificação social. Essa distribuição das populações em categorias assenta-se em uma ideia de hierarquização naturalizada, de modo que a classificação como superior ou inferior é o que justifica a dominação do primeiro sobre o segundo. A hierarquização seria decorrência da própria natureza e não intencional. O capitalismo se estabiliza com base na classificação racial e sexual[149]. Homens são apontados como superiores, racionais; mulheres são a representação da inferioridade, da submissão, da emoção e do corpo, em detrimento da razão. A mesma lógica classificatória é utilizada para a separação racial. Os brancos são os racionais, os produtivos, os que fazem a ciência; os negros são a raça inferior, voltados para o uso da força e o conhecimento que produzem é esotérico, mágico e irracional.

O quarto modo de produzir não existência se funda na ideia de tornar irrelevante todas as escalas de análise que não sejam globais e universais. É a lógica da escala dominante. O conhecimento válido é o que é capaz de explicar o universo, o que pode ser globalizado. Há realidades universais, que precisam ser conhecidas, e as realidades dependentes de contextos locais, desprezíveis. O investimento há de ser feito em empresas globais; as entidades locais são inúteis. As entidades ou realidades locais não são alternativas credíveis ao que é universal ou global.

O último modo de produção de não existência é aquele que estabelece como objetivo racional inquestionável o crescimento econômico e a produtividade capitalista, como se fossem critérios indispensáveis para alcançar o desenvolvimento. Aqui o não existente é aquele que é improdutivo (a natureza que não permite a produção de riqueza e o trabalhador desqualificado tecnicamente).

Em resumo, o não existente é o ignorante, o residual, o inferior, o local e o improdutivo. O saber da modernidade europeia se pretende universalizante, monocultural e totalitário, na linha de uma razão metonímica. Essa lógica de hierarquização e de produção de não-existência está na base do que chamamos monocultura do encarceramento em massa, isto é, na base da racionalização e difusão de uma política criminal expansionista, que pretende ser a única validada cientificamente e capaz de produzir o progresso da humanidade. Veremos que a política criminal que resulta no encarceramento em massa é produzida simultaneamente à ocultação do movimento anti-prisional e ao descrédito de políticas criminais alternativas.

---

[149] SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma sociologia das ausências e uma sociologia das emergências. *In:*

A sociologia das ausências pretende tornar essas não-existências presentes, isto é, permitir que as experiências sociais intencionalmente ocultadas possam ser consideradas alternativas credíveis à experiência dominante e possam tornar-se objeto de disputa política[150].

Não basta, contudo, uma abertura ao conhecimento ocultado. É necessário também criar condições para que o saber que se pretendia ocultar floresça, fazendo emergi-lo: é o método da sociologia das emergências. Com esse método, Boaventura de Sousa Santos pretende confrontar a razão proléptica, isto é, aquela que concebe o futuro a partir do presente, segundo a monocultura do tempo linear que expande o futuro indefinidamente por conceber um progresso ilimitado. Para ele, a crítica da razão proléptica se faz pela contração do futuro e expansão do presente. Tornar o futuro escasso permite percebê-lo como algo que, para ser viável, precisa de cuidado imediato, no presente. Assim como o futuro do indivíduo depende de gestão e cuidados no presente, o futuro da sociedade também dependeria de esforços no agora.

A sociologia das emergências vislumbra um futuro com possibilidades múltiplas, algumas mais concretas e outras mais utópicas. Trabalha, de qualquer modo, com a ideia de "ainda não", isto é, com potencialidades inscritas no presente, mas ainda não realizadas. São possibilidades concretas, mas incertas. O método da sociologia das emergências promove a investigação das alternativas que cabem no horizonte de possibilidades concretas. Ele permite identificar e maximizar saberes e práticas que ainda não se concretizaram em todas as suas potencialidades.

Para tanto, utiliza duas sortes de procedimentos: redução do desconhecimento de possibilidades e alternativas e o aumento de condições de possibilidades de realização de expectativas, desejos e esperanças. Esses procedimentos são aplicados de modo a verificar tendências e possibilidades em práticas sociais, conhecer melhor as condições de esperança, definir princípios de ação que promovam essas condições, identificar expectativas sociais e formas de satisfazer carências, equilibrar experiências e expectativas.

Note-se que essas expectativas são diferentes daquelas pensadas na modernidade ocidental, que eram caracterizadas por ser grandiosas, abstratas, distantes das experiências reais e justificadoras de mortes por uma redenção vindoura.

Conhecimento prudente para uma vida decente. Porto: Afrontamento, 2003. p. 745.

Enquanto o método da sociologia das ausências pretende expandir as experiências disponíveis, o método a sociologia das emergências almeja ampliar o domínio das experiências possíveis.

São diversos os campos de incidência desse método. Como exemplo, Boaventura de Sousa Santos aponta os do conhecimento (médico, jurídico, agricultor); o do trabalho e do desenvolvimento (*swadeshi* e economia cooperativa); o campo do reconhecimento (multiculturalismo e o constitucionalismo multicultural); experiências de democracia (orçamento participativo e *panchayats*); campo da comunicação (com redes sociais e mídias independentes)[151].

Esses métodos sozinhos não são suficientes. Embora sirvam como orientações da pesquisa, permitindo vislumbrar o que estava sendo até então negligenciado e ampliando o horizonte de possibilidades de investigação, eles não indicam a forma como se viabilizará a troca de experiências entre sujeitos oriundos de culturas distintas. É uma ilusão acreditar que o sujeito pesquisador submetido por anos a uma epistemologia que desacredita o conhecimento do outro conseguirá, só com a observação, fazer emergir as experiências alheias. A crença na autossuficiência do indivíduo cognoscente é um dos vícios epistemológicos do saber ocidental moderno. Foi justamente a pretensão de construir teorias gerais com validade universal tomando como ponto de partida as experiências particulares e limitadas do contexto ocidental que conduziram ao encobrimento das demais experiências e dos saberes que dela poderiam advir.

A alternativa à elaboração de teorias gerais universalizantes é, na perspectiva de Sousa Santos, o *trabalho de tradução*, que permite criar inteligibilidade recíproca e as trocas entre saberes. Esse trabalho de tradução pode ocorrer tanto sobre práticas e seus agentes como também sobre saberes.

A tradução de práticas busca compreender formas de organização e os objetivos de ação, de modo a permitir a conversão de práticas não-hegemônicas em práticas contra-hegemônicas, sendo o Fórum Social Mundial um exemplo de espaço privilegiado para se construir uma inteligibilidade recíproca e maximizar as potencialidades das diversas práticas

---

[150] *Idem*, p. 746.

[151] SANTOS, Boaventura de Sousa. **A gramática do tempo**: para uma nova cultura política. São Paulo: Cortez, 2006, p. 121-122.

sociais. O trabalho de tradução visa criar, nesse caso, diálogo, coerência e articulação em um mundo enriquecido por essa multiplicidade e diversidade.

A tradução de saberes, por outro lado, depende do emprego de uma hermenêutica diatópica. Essa hermenêutica parte da premissa da incompletude de todas as culturas e da ideia de que o diálogo é possível porque, havendo problemas semelhantes, reconhecer e conhecer a diversidade de respostas permite a construção de um pensamento alternativo.

O trabalho de tradução é complementar ao da sociologia das ausências e ao das emergências. É um trabalho ao mesmo tempo técnico, político, emocional e transgressivo. Para evitar o problema do diálogo forçado, que é também uma forma de opressão e de subalternização do outro, tão comum na exploração do conhecimento indígena, a tradução deve recair naquilo que Boaventura de Sousa Santos chama de *zonas de contacto*, isto é, campos sociais onde diferentes mundos da vida interagem. Esses contatos dependem de uma seletividade ativa em que cada um decide o que deve ser posto em contato. Essas zonas de contato costumam aparecer ou por inconformismo ou por experiências de carência, mas têm seu tempo próprio.

É preciso respeitar os tempos, ritmos e oportunidades que se colocam no espaço do trabalho de tradução. Não se pode impor o diálogo cultural, como no multiculturalismo reacionário. Esse trabalho de tradução há de ser realizado por representantes dos grupos sociais. Os tradutores devem ser *intelectuais cosmopolistas* e em seu trabalho empregam técnicas argumentativas e devem estar imbuídos de um desejo real de compartilhar saberes e experiências. Devem estar também abertos à emoção envolvida nessas trocas e ciente de que não há lugares comuns como ponto de partida. Os *topoi* devem ser construídos na medida em que avança o trabalho de tradução. O tradutor deve ter um cuidado redobrado com a língua que vai utilizar para evitar a dominação pela língua.

Por fim, deve-se ter em mente que o trabalho de tradução tem por finalidade constituir uma alternativa à razão indolente, estando ciente de que "a justiça social global não é possível sem uma justiça cognitiva global"[152].

Poderíamos pensar as propostas dos movimentos sociais em relação a uma política criminal alternativa como um "ainda não" e a assessoria jurídica popular como os tradutores que, do lado do hermético plano do direito, buscarão traduzir as demandas dos representantes

dos movimentos sociais (tradutores, por sua vez, do mundo marginalizado) em demandas jurídicas. O ativismo jurídico que debateremos a seguir se fundamenta em esperanças como essas. A questão é saber se são esperanças vazias ou não.

2.2.2 A linha abissal como metáfora para entender as fronteiras da exclusão (prisional)

Boaventura de Sousa Santos passou, recentemente, a congregar as ideias de sociologia das ausências e das emergências, do trabalho de tradução, da ecologia de saberes, na construção do que ele chama de pensamento pós-abissal.

A sociologia pós-abissal é uma derivação do conceito de epistemologias do Sul[153]. Tem como uma categoria fundamental a ideia de linha abissal, que divide o mundo em metrópoles e colônias. Na metrópole, predominam as lógicas da regulação e da emancipação. A primeira é orientada pelos princípios do Estado, do Mercado e da Comunidade; a segunda é conduzida pelas racionalidades da Estética, da Ciência e do Direito. Nas colônias, prevalece uma outra lógica: a da apropriação e da violência. A apropriação ocorre pelos sistemas de incorporação, de cooptação e de assimilação. A violência é concretizada de diversas formas: física, material e cultural.

Essa divisão entre metrópole e colônia não acabou com colonialismo[154]. A linha abissal continua separando a vida e a mente que valem daquelas que não valem. A exclusão abissal (ou radical), aplicada aos que estão do outro lado da linha, nega-lhes humanidade. Em conjunto, colonialidade e modernidade formam os eixos constitutivos do capitalismo e do seu padrão de poder. É com a colonialidade que se formam as identidades sociais (índios, negros,

---

[152] SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma sociologia das ausências e uma sociologia das emergências. *In:* **Conhecimento prudente para uma vida decente**. Porto: Afrontamento, 2003. p. 769.

[153] O desenvolvimento da ideia de epistemologia do Sul e das correlatas sociologia das ausências e das emergências e da ecologia dos saberes pode ser encontrado também em: SANTOS, Boaventura de Sousa. **A gramática do tempo:** para uma nova cultura política. São Paulo: Cortez, 2006.

[154] Embora Boaventura de S. Santos compartilhe do entendimento de Aníbal Quijano quantos aos efeitos continuados do colonialismo, que este chama de colonialidade, aquele autor português prefere manter a expressão colonialismo, ampliando o seu significado para além da noção de dominação territorial. Ele afirma que, da mesma forma que não se modificou a expressão "capitalismo", apesar da variação desse modo de produção, se compararmos a forma como ele ocorria no século XIX e como ocorre hoje, não há a necessidade de se utilizar outra expressão para ampliar o sentido do que foi e é, hoje, o colonialismo. Na concepção de Aníbal Quijano, a "colonialidade sustenta-se na imposição de uma classificação racial/étnica da população do mundo como pedra angular do referido padrão de poder [o capitalismo]" e opera em "todos os planos da existência social cotidiana". QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder e classificação social. *In:* SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula. **Epistemologias do Sul.** Coimbra: Almedina, 2010, p. 73.

amarelos, brancos e mestiços) e as geoculturais (América, África, Extremo Oriente, Ásia, Europa). Com efeito, para justificar a conquista territorial e a dominação política, era necessário constituir um objeto de dominação que, apesar das semelhanças, fosse algo distinto e inferior. A distinção era essencial para a identificação de quem era sujeito e de quem era objeto das ações civilizatórias. Diferenciam-se assim: os civilizados e os outros (primitivos, indígenas); os modernos e os outros (os tradicionais, os atrasados); os homens brancos e os outros (negros subumanos); os que eram da Europa e os outros (os filhos da América e de África)[155].

No século XX, houve dois abalos em sentidos opostos na linha abissal. O primeiro foi a luta anti-colonial e pela independência especialmente de países africanos, que implicaria uma contração na linha abissal. Esse abalo não foi capaz, contudo, de acabar com a separação, permanecendo a exclusão social radical sob a forma da colonialidade. O segundo abalo foi o da globalização do neoliberalismo, que provocou o movimento inverso: a ampliação do abismo.

Esse segundo abalo implicou o regresso do colonizador sob a fórmula da redução do Estado e do governo indireto. O princípio do Mercado é o que prevalece, permitindo que as relações sociais sejam autorreguladas segundo a lógica da economia. Isso produz uma nova forma de fascismo: o social, em que se substitui o controle totalitário do Estado pelo controle totalitário do Mercado. O fascismo social se verifica, assim, sob a forma contratual nos casos em que se admite a "livre" contratação entre partes com enorme discrepância de poder, o que permite a dominação da mais fraca pela mais forte, sem que haja qualquer intervenção estatal para o fim de equilibrar a relação. Ocorre tanto na flexibilização das leis do trabalho como na privatização de serviços públicos. Do mesmo modo, esse fascismo social se observa na ordenação urbana, com a criação de zonas civilizadas (bairros da elite, áreas nobres, com seus "castelos neofeudais") e de zonas selvagens (favelas, bairros perigosos). Nas zonas civilizadas, o Estado atua de forma democrática; nas zonas selvagens, o Estado atua de "forma fascizante, comportando-se como um Estado predador, sem a menor consideração, nem sequer na aparência, pelo Estado de direito"[156].

---

[155] Na base dessas diferenciações está uma outra que é transversal, fundada no patriarcado, que é entre homens e mulheres. Como veremos, patriarcado e racismo são anteriores ao capitalismo, mas são reforçados e ampliados com esse padrão de poder que se constituiu com a modernidade.

[156] Cf.: SANTOS, Boaventura de Sousa. Poderá o direito ser emancipatório? **Revista de Crítica de Ciências Sociais**, 65, p. 3-76, maio 2003, p. 19.

A tensão entre regulação social e emancipação social, evidenciada no pós-guerra, está cedendo lugar a uma globalização da agenda conservadora, impondo-se os valores ocidentais a todo o mundo[157]. O direito que exsurge dessa globalização é neoliberal e conservador. Pretende apenas fixar o quadro de funcionamento de uma sociedade civil baseada no mercado. As metas da agenda jurídica neoliberal são simples: "baixar os custos das transações, definir com clareza e defender os direitos de propriedade, fazer aplicar as obrigações contratuais, e instituir um quadro jurídico minimalista"[158].

Nesse contexto, são frequentes os fenômenos do pós-contratualismo, por meio do qual pessoas que estavam incluídas no contrato social perdem possibilidades de exercício da cidadania em função da retração dos serviços de segurança social; e do pré-contratualismo, segundo o qual grupos periféricos perdem qualquer expectativa de inclusão. Esses dois fenômenos juntos produzem uma subclasse de excluídos, um verdadeiro *apartheid* social.

O fascismo social produz, ainda, uma sociedade civil estratificada. Na "sociedade civil íntima", que representa o círculo interior feito à volta do Estado, indivíduos e grupos hiper-incluídos desfrutam de um leque completo de direitos (civis-políticos, socioeconômicos e culturais). Mantêm vínculos estreitos com o mercado e com as forças econômicas. Na sociedade civil estranha, círculo intermédio, os seus membros experimentam um misto de inclusão e exclusão. Exercem direitos civis e políticos, mas têm acesso escasso a direitos sociais, econômicos e culturais. Por fim, na "sociedade civil incivil", que constitui o círculo exterior, estão os quase invisíveis ou invisíveis. É o espaço habitado por totalmente excluídos. É o círculo do fascismo social. Não possuem expectativa estabilizada.

As epistemologias do Sul começam, pois, pela identificação dessa linha e por rejeitar os critérios de validação impostos hegemonicamente por uma epistemologia (do Norte) que apenas reconhece o conhecimento científico, moderno, como válido.

Como se pode perceber, para a sociologia pós-abissal, o conceito de *Sul* é também fundamental. Ele não se limita a um aspecto geopolítico. Não se refere propriamente a países, mas a grupos sociais que são mais vulneráveis a uma exclusão abissal. Como o próprio Boaventura Sousa Santos reconhece, a sociologia pós-abissal pertence à mesma família do

---

[157] Nas palavras de Sousa Santos: "A globalização jurídica neoliberal em curso está a substituir a tensão altamente politizada entre regulação e emancipação por uma concepção despolitizada da mudança social cujo único critério é o Estado de direito e a adjudicação judicial a um sistema judicial honesto, independente, previsível e eficaz". SANTOS, Boaventura de Sousa. Poderá o direito ser emancipatório? **Revista de Crítica de Ciências Sociais**, 65, p. 3-76, maio 2003 p. 10-11.

pensamento pós-colonial (incluindo aqui, os pensadores decoloniais), embora com eles guarde algumas diferenças.

O pensamento abissal implica distinções visíveis e invisíveis. As invisíveis fundamentam as visíveis. Ele separa a realidade em dois universos: o incluído e o excluído. O que está "deste lado da linha" é o pensamento e a existência válidos; o outro é tido por inexistente, irrelevante ou incompreensível[159]. Para ele: "a característica fundamental do pensamento abissal é a impossibilidade de co-presença dos dois lados da linha"[160].

O território onde se podia encontrar o outro lado da linha foi por muito tempo o que Sousa Santos chama de zona colonial. "A primeira linha global moderna foi, provavelmente, o Tratado de Tordesilhas"[161]. Ele argumenta, contudo, que as linhas abissais emergem com as *amity lines* do século XVI, que deram, inclusive, espaço para a formulação da máxima "para além do Equador não há pecados". A zona colonial é o espaço que serve de exemplo para os teóricos do estado de natureza. Para ele, "o presente que vai sendo criado do outro lado da linha é tornado invisível ao ser reconceptualizado como o passado irreversível deste lado da linha"[162].

Em relação aos pensadores pós-coloniais de matriz indiana e africana, a doutrina construída por Boaventura de S. Santos e sua equipe diverge do viés mais culturalista que aqueles adotam. A sociologia pós-abissal não se permite negligenciar a economia política e a observação de que o capitalismo é um mecanismo de dominação global que unifica, de algum modo, os problemas enfrentados pelos grupos vulneráveis à exclusão abissal. Frise-se, a propósito, que ela considera que o capitalismo é um dos mecanismos de dominação e não o único. Ao seu lado, operam também, como já mencionado, o colonialismo (que se fundamenta nas relações de poder de índole racial) e o heteropatriarcado (que espelha as relações de poder de gênero).

---

[158] *Ibidem.*

[159] SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia dos saberes. *In:* SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula (orgs.). **Epistemologias do Sul**. Coimbra: Almedina, 2010, p. 23.

[160] *Idem*, p. 24.

[161] *Idem*, p. 27

[162] SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia dos saberes. *In:* SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula (orgs.). **Epistemologias do Sul**. Coimbra: Almedina, 2010, p. 28.

No que se refere aos pensadores do grupo Modernidade/Colonialidade[163], a divergência está, sobretudo, na busca por descentrar o conhecimento e não de constituir um novo centro do mundo, agora, na América Latina. Boaventura de Souza Santos não considera que a modernidade e o colonialismo se constituíram a partir da América Latina[164]. Ele destaca que as experiências de dominação colonial são anteriores e foram vivenciadas em África e, de algum modo, testadas na própria Europa, do que seria exemplo a dominação do sul da Espanha, a região de Andaluzia.

A sociologia pós-abissal pretende desenvolver um pensamento alternativo por meio de um conhecimento que adote o ponto de vista dos que são oprimidos. Não quer conhecer sobre os grupos sociais vulneráveis à exclusão abissal. Deseja conhecer com eles e, para isso, julga necessário adotar uma metodologia que permita estar com eles. Não se concebe como um saber logocêntrico, mas como um saber que precisa de informações percebidas por todos os sentidos. A observação não se faz, portanto, apenas com o sentido da visão, depende tanto do aparato psíquico como do corpo, da presença.

Essa metodologia não pode, contudo, ser extrativista. O conhecimento precisa ser construído com o sujeito e não sobre um humano-objeto. Ela pretende construir um conhecimento que decorra de um inter-conhecimento e, por isso, a necessidade da tradução, ou comunicação, intercultural.

O conhecimento moderno também produziu desde cedo a sua linha abissal. A zona colonial torna-se o espaço das práticas incompreensíveis, das magias e do estranho. Não foi sem pretensão política que os humanistas dos séculos XV e XVI chegaram à conclusão de que os selvagens eram sub-humanos. Ele conclui: "a humanidade moderna não se concebe sem uma sub-hunanidade moderna"[165].

---

[163] Luciana Ballestrin, em texto no qual busca apresentar a constituição, a trajetória e o pensamento do chamado Grupo Modernidade/Colonialidade (M/C), do qual Aníbal Quijano é um dos fundadores, coloca o nome de Boaventura de Sousa Santos entre aqueles que passaram a dialogar com esse grupo a partir dos encontros dos anos 2000. BALLESTRIN, Luciana. América Latina e o giro decolonial. **Revista Brasileira de Ciência Política**, nº11. Brasília, pp. 89-117, maio - agosto de 2013, p. 97-98.

[164] Para Quijano, a modernidade se desenvolve pouco tempo depois da constituição da América (latina), como conhecimento produzido no interesse do mercantilismo e do capitalismo nascente (medição, quantificação, externalização do cognoscível). Para legitimar a acumulação de riquezas extraídas do Sul, era necessário naturalizar as relações históricas de colonialidade, de modo que, já desde o iluminismo, o europeu passa a se considerar o modelo mais avançado da espécie humana. Assim, começa-se a relacionar o conhecimento produzido segundo padrões europeus como racional e o único capaz de produzir verdade. Identificam-se, assim, modernidade e racionalidade. QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder e classificação social. *In:* SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula. **Epistemologias do Sul.** Coimbra: Almedina, 2010, p. 74.

[165] *Idem,* p. 30.

Essa sub-humanidade e a desconsideração do outro como um igual foram construções sociais fundadoras também das teorias criminológicas do positivismo racista. Foram essas teorias que permitiram e justificaram o primeiro momento da colonização, que justificaram a sua expansão por meio da escravidão e que persistem no imaginário coletivo com a nulificação da população negra, com a sua identificação como estranhos, não pertencentes aos que estão do lado norte da linha abissal. A influência dessa tentativa de justificação da sub-humanização será melhor debatia no tópico sobre o racismo estrutural como característica de funcionamento do nosso sistema de justiça criminal.

Sousa Santos defende que o pensamento abissal permanece atuante hoje e dá como exemplo Guantánamo, enquanto não-território em termos jurídicos e políticos. Também podem ser assim considerados Iraque, Palestina e Darfur. Existem também espaços como esse nas relações sociais, nas discriminações sexuais, nos guetos e, no que se refere ao objeto desta pesquisa, nas prisões. Ele argumenta que "as linhas abissais continuam a estruturar o conhecimento e o direito modernos"[166].

É a partir dessa lógica de exclusão radical, como efeito da colonialidade (ou do colonialismo, como prefere Boaventura Sousa Santos), que pretendemos examinar as características particularmente atrozes do encarceramento em massa no Brasil.

2.2.3 A legalidade cosmopolita como condição para o uso inclusivo de ferramentas jurídicas

Identificar o problema do encarceramento em massa e as condições de sua reprodução a partir da chave explicativa da linha abissal, contudo, não seria suficiente. O diagnóstico do problema, por mais grave que este seja, não poderia provocar, no sistema de pensamento de Boaventura de S. Santos, o mesmo efeito paralisante da razão indolente e da razão proléptica. A crítica há de servir, como vimos, de estímulo para o pensamento de alternativas. Aliás, no caso dele, para um pensamento alternativo de alternativas.

A construção desse pensamento se dá no âmbito de um paradigma de transição. O seu projeto desestabilizador do senso comum se empenha "numa crítica radical da política do

[166] *Idem*, p. 31.

possível, sem ceder a uma política do impossível"[167]. Ele distingue, assim, dois caminhos dentro do que projeta como o possível: a ação conformista e a *acção-com-clinamen.* Nas palavras do autor, "o *clinamen* é o que faz com que os átomos deixem de parecer inertes e revelem um poder de inclinação, isto é, um poder de movimento espontâneo"[168]. A *acção-com-clinamen* não se assenta, pois, numa ruptura dramática, mas em um desvio, que, se repetido, poderia provocar efeitos cumulativos desde combinações complexas e criativas entre os átomos (indivíduos e grupos sociais) e, desse modo, conduzir o conjunto a mudanças.

Os grupos de assessoria jurídica que recorrem ao judiciário para conter o encarceramento em massa, ainda que em alguns casos postulem políticas abolicionistas ou antiproibicionistas, dificilmente podem acreditar em rupturas radicais por intermédio do sistema de justiça, conservador por definição. O uso da institucionalidade pressupõe, de certo modo, a própria legitimação da via democrática e, por conseguinte, um modo de agir bem mais próximo da *acção-com-clinamen* que da ação revolucionária. Essa é razão pela qual julgamos compatível esse modelo explicativo com o fenômeno que pretendemos compreender.

Para Boaventura de Sousa Santos, o papel das ciências sociais em relação às ações com clinamen "será somente o de identificar as condições que maximizam a probabilidade de uma tal ocorrência e definir, ao mesmo tempo, o horizonte de possibilidades em que o desvio virá a operar"[169].

Nesse sentido, o próprio Boaventura de S. Santos já se perguntou se pode o direito ser emancipatório, isto é, se pode ele ser condutor de transformações sociais. A esse questionamento em mais de uma ocasião ele respondeu com um "sim bastante relativizado"[170]. Ele está consciente, em primeiro lugar, que a própria pergunta revela uma questão mais propriamente ocidental que global, já que o direito enquanto campo autônomo e desvinculado da política, da cultura e da religião pode não fazer sentido em diversas comunidades do globo. Além disso, são problemáticos e dificilmente unívocos também o sentido e a direção dessa pretendida emancipação social. Ainda assim, não se furtar a

---

[167] SANTOS, Boaventura de Sousa **A gramática do tempo:** para uma nova cultura política. São Paulo: Cortez, 2006, p. 90.
[168] *Ibidem*.
[169] *Idem,* p. 91.
[170] SANTOS, Boaventura de Sousa. Poderá o direito ser emancipatório? **Revista de Crítica de Ciências Sociais**, 65, p. 3-76, maio 2003, p. 4.

responder a essa pergunta torna-se uma exigência ao se perceber que o silêncio pode simplesmente permitir a permanência de um modelo excludente e conservador de aplicação do direito, isto é, conduzir a uma ação conformista.

Na opinião de Sousa Santos, seria, então, necessário reinventar a concepção do direito, *desocidentalizando-a* a partir de concepções plurais e práticas subalternas (no mundo ocidental, as marginalizadas; no mundo não-ocidental, as desenvolvidas nas colônias e nos estados pós-coloniais; além das concepções e práticas dos movimentos sociais em ambos os mundos). Para atender a essa diversidade de concepções e práticas sobre o direito, ele propõe uma *legalidade subalterna cosmopolita* e uma compreensão *intercultural* dos direitos humanos.

As condições da legalidade cosmopolita podem ser resumidas em 8 teses e foram o resultado da sociologia das emergências que, como visto, o autor desenvolveu no projeto reinventar a emancipação social.

As duas primeiras dessas condições relacionam-se à necessidade de integração entre direito e política ou a uma mobilização politizada do direito. Para Sousa Santos, a primeira condição da legalidade refere-se à possibilidade de utilização não-hegemônica de mecanismos hegemônicos. Assim, para ele, uma hipótese é utilizar um instrumento hegemônico num dado enfrentamento político; outra seria utilizá-lo de uma maneira hegemônica. Na perspectiva dele, o direito estatal e os direitos individuais podem ser usados de forma que os retirem do molde hegemônico[171].

A segunda condição estaria relacionada à consciência dos limites das ferramentas jurídicas hegemônicas. Para que elas alcancem algum objetivo emancipador, necessário seria integrá-las em mobilizações políticas mais amplas. Para Sousa Santos: "O direito estatal e os direitos [...] são, contraditoriamente, lugares ao mesmo tempo de exclusão e de inclusão. A natureza e a direção imprimida às lutas políticas é que vai determinar qual irá prevalecer"[172].

Em terceiro lugar, as formas não-hegemônicas de direito não favorecem nem promovem necessariamente as transformações sociais almejadas pelo chamado cosmopolitismo subalterno. É possível que grupos subalternos reproduzam relações de poder e defendam pautas também excludentes. Surge, então, a necessidade de cuidados com o

---

[171] SANTOS, Boaventura de Sousa. Poderá o direito ser emancipatório? **Revista de Crítica de Ciências Sociais**, 65, p. 3-76, maio 2003, p. 36.
[172] *Idem*, p. 38.

pluralismo jurídico. Sousa Santos sustenta que "o pluralismo jurídico deve ser submetido a um teste [...] que consiste em avaliar se ele contribui para a redução da desigualdade nas relações de poder, reduzindo a exclusão social ou elevando a qualidade da inclusão"[173].

Para Sousa Santos, a legalidade cosmopolita precisa, ainda, em quarto lugar, estar também atenta às escalas de legalidade. Ela tende a combinar diferentes escalas de legalidade (local, nacional, global) e sãos os objetivos concretos da mobilização política que devem determinar qual escala a se privilegiar.

A quinta condição diz respeito ao compromisso assumido com o enfrentamento das desigualdades. A legalidade cosmopolita é uma legalidade subalterna apontada à sociedade civil incivil e à sociedade civil estranha. A legalidade cosmopolita visa sobretudo reduzir a exclusão dos membros da sociedade civil incivil, os que estão do outro lado da linha abissal. Ao fazê-lo está consciente de que estará, em alguma medida, legitimando o contrato social liberal moderno, mas a inclusão ocorre como um meio para a reivindicação de um novo contrato social, radicalmente mais inclusivo. Para evitar a legitimação cega do contrato social, "a legalidade cosmopolita procura atacar os danos de incidência sistemática e não só a relação vítima/agressor, como sucede no caso da legalidade demoliberal" [174]. Isto explicaria, na opinião de Boaventura de S. Santos, porque é que a mobilização política e os momentos de confrontação e rebelião não são complementos, mas antes componentes intrínsecas, da legalidade cosmopolita.

A sexta condição refere-se à chamada hermenêutica de suspeição. Enquanto forma subalterna de legalidade, o cosmopolitismo submete os três princípios modernos da regulação a uma hermenêutica de suspeição. As relações de poder não estão apenas no Estado, mas habitam também o mercado e a comunidade. A legalidade cosmopolita capacita os mercados e comunidades subalternos para formarem a esfera pública subalterna.

A penúltima condição da legalidade cosmopolita relaciona-se com o fosso entre o excesso de sentido e o déficit de desempenho é inerente a uma política da legalidade. A legalidade cosmopolita vive perseguida por este fosso. Há uma discrepância enorme entre as expectativas sociais e as experiências sociais. Essa discrepância tenciona a relação entre o cosmopolitismo no seu todo e a legalidade cosmopolita. Contudo, em um contexto em que

---

[173] *Idem*, p. 39.
[174] SANTOS, Boaventura de Sousa. Poderá o direito ser emancipatório? **Revista de Crítica de Ciências Sociais**, 65, p. 3-76, maio 2003, p. 37.

mesmo as expectativas sociais são negativas com avanço da agenda conservadora, verifica-se o dilema do cosmopolitismo contra-hegemônico: ter de lutar por transformação social e simultaneamente pela manutenção de direitos. É preciso, então, forte mobilização política do direito.

Por fim, não obstante as diferenças profundas entre a legalidade demoliberal e a legalidade cosmopolita, as relações entre ambas são dinâmicas e complexas. As lutas cosmopolitas podem aliar com proveito estratégias jurídicas subalternas e demoliberais, originando assim híbridos político-jurídicos. As lutas pelos direitos humanos prestam-se a este tipo de hibridação jurídica. Em países periféricos, a necessidade de hibridação pode ser maior. É preciso distinguir a emancipação social em graus (finos ou espessos). Em algumas circunstâncias, o objetivo de emancipação social pode ser apenas a sobrevivência física. Quando os projetos emancipatórios se qualificam como emancipação social fina, é mais provável que as estratégias jurídicas cosmopolitas e demoliberais se aliem.

Com a satisfação dessas condições, Boaventura de Sousa Santos acreditava que seria possível utilizar as ferramentas jurídicas de um modo mais inclusivo. No exame que faremos sobre a atuação dos grupos sociais que utilizam o litígio estratégico no sentido de contenção da expansão do poder punitivo, verificaremos se essas condições estão presentes ou não.

2.2.4 Uma atualização necessária: o direito, a direita e a nova judicialização da política

Antes de avançarmos, contudo, é necessário acrescentar uma atualização. Recentemente, diante de um fenômeno que considera como uma nova judicialização da política, Boaventura de Sousa Santos tem se colocado de forma mais crítica frente às condições de uso do direito para a mudança social. Na aula de 11 de maio de 2018, intitulada "O Direito e a direita", ele atualiza a sua análise sobre a judicialização da política tomando como referência o fenômeno que ocorre no Brasil, especialmente a partir da chamada "Operação Lava Jato"[175].

Ele destaca ser possível perceber historicamente três formas de judicialização. A primeira judicialização é negativa. Muitas vezes, os tribunais se recusaram a intervir no que consideravam decisões políticas, contribuindo, assim, para a dominação política fosse mantida

sem qualquer obstáculo judicial. Na segunda fase, ela é interburguesa, isto é, conflitos entre grandes famílias e grandes empresas ou grandes propriedades de terra são decididos nos tribunais e, desse modo, a correlação de forças entre grandes proprietários acaba sofrendo alguma interferência em razão de decisões judiciais. A terceira fase é aquela em que os tribunais intervêm em um momento de fraqueza ou de decadência da ordem liberal. Nesse momento, a criação de direitos sociais e econômicos confere um papel central aos tribunais. Nesse último modelo de judicialização, os tribunais podem ter uma função dúplice e ambígua, suscetível à pressão social. Podem proteger os direitos ou restringir a inclusão.

Para Sousa Santos, historicamente, os tribunais são mais parte do problema que da solução. Ele identifica como exemplos do conservadorismo dos tribunais ocidentais durante o século XX, os julgamentos discriminatórios do Supremo Tribunal da Alemanha, na República de Weimar, que punia mais severamente os atos políticos da extrema-esquerda que os da extrema-direita. Lembra também como nos EUA, na década de 1930, a Suprema Corte se destacou pelos bloqueios das grandes reformas do *New Deal* do presidente Roosevelt. Já na década de 1970, ele ressalta a posição extremamente conservadora do sistema judicial do Chile em relação às políticas progressistas que o presidente Salvador Allende tentou implementar com base em leis antigas promulgadas ainda durante a república socialista, mas não revogadas.

No Brasil, a Constituição de 1988 ampliou direitos políticos, econômicos e sociais e, ainda, criou e reforçou mecanismos de acesso à Justiça. Sousa Santos observa, contudo, que "a constitucionalização de um conjunto tão extenso de direitos sem o respaldo de políticas públicas e sociais consolidadas, torna difícil a sua efetivação e abre espaço para uma maior intervenção judicial a partir do controlo de constitucionalidade do direito ordinário"[176]. O autor sempre esteve consciente de que uma revolução democrática da justiça "só faz verdadeiramente sentido no âmbito de uma revolução democrática da sociedade"[177].

Ele observa, entretanto, que atualmente as classes populares estão mais conscientes de que as desigualdades não são uma fatalidade. Essas classes não têm se limitado a "chorar na

[175] Neste tópico, além das anotações da referida aula, serão apresentadas também algumas referências da versão mais recente do livro *Para uma Revolução Democrática da Justiça.*
[176] *Idem*, p. 25.
[177] SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da Justiça.** Coimbra: Almedina, 2014, p. 13.

inércia da vitimização" e tem se organizado para resistir, inclusive, por meio das vias institucionais.

Ele atribui a procura mais frequente pela via judicial para a implementação de políticas públicas a um processo que chama de "curto circuito histórico", caracterizado pela previsão constitucional de direitos sociais e econômicos, sem que tenha havido uma gradual implementação e aquisição desses direitos. Além disso, ele identifica que a ambiguidade é constitutiva da própria legitimidade dos tribunais. Poder ir para um lado ou para outro é o que faz as pessoas acreditarem na possibilidade, mesmo remota, de uma vitória judicial. As raras decisões progressistas fazem crer que o sistema judicial é um sistema aberto, suscetível à pressão social.

Na atualização de seu pensamento, Boaventura de Sousa Santos observa que hoje no Brasil existe uma pressão conservadora extremamente forte, com uma politização grosseira da justiça e uma judicialização grosseira da política. Para ele, a situação no Brasil se aproximaria do conceito de *lawfare*, isto é, da guerra por via jurídica. Como ele esclarece, esse foi um conceito inventado por militares para usar o judiciário sem recorrer à guerra. Em outras palavras, seria a manipulação da justiça para neutralizar adversários. De acordo com essa perspectiva, as instâncias judiciais no Brasil estariam sendo manipuladas, em alguns casos com consentimento, para a neutralização de adversários políticos sob o pretexto de enfrentamento à corrupção. Assim, na opinião do autor, o denominado "combate" à corrupção, nos moldes como ocorre no Brasil, implicaria a despolitização da política. Para ele, a luta contra corrupção só poderia ser democrática se fosse equilibrada. As condições atuais não permitem que haja verdadeiro equilíbrio, especialmente diante da formação conservadora dos juízes.

Diante dessas novas observações, Sousa Santos afirma que as condições para que o Direito seja mais inclusivo devem ser hoje cada vez mais exigentes. No contexto de avanço da agenda e da pressão conservadora, seria quase impossível atingir essas condições. A defesa das garantias do Estado de Direito soa hoje progressista ante o retrocesso nas garantias individuais mais elementares. Estaríamos em um período de lutas defensivas.

Embora ele identifique a rede de advogados populares como um exemplo da mobilização contra-hegemônica do direito, defende que seria preciso sair do direito e incorporar os projetos de mudança social ao protesto cívico. Na visão dele, é preciso associar resistência institucional a uma extrainstitucional.

A obra de Sousa Santos, como já mencionado, apenas tangencia aspectos do sistema de justiça criminal. Por essa razão, julgamos fundamental complementar a visão dele com os recursos do realismo criminológico marginal de Zaffaroni. Esses dois pontos de vista se complementam, na medida em que o detalhamento dos efeitos do colonialismo realizado a partir das epistemologias do Sul auxilia a compreensão das estruturas que condicionam ainda hoje o funcionamento do sistema de justiça criminal e fortalecem a política criminal realista (um realismo desde o Sul) de contenção do poder punitivo proposta por Zaffaroni.

Estabelecida a perspectiva desde a qual observamos o fenômeno social objeto desta pesquisa, apresentaremos, na sequência, algumas definições que servirão também como legendas para a compreensão desta cartografia.

3 DAS RUAS PARA OS TRIBUNAIS: o ativismo social e jurídico e as legendas necessárias à compreensão desta cartografia

3.1 OS MOVIMENTOS SOCIAIS E SUA ARTICULAÇÃO EM REDES: novas formas e novas fronteiras de resistências

Desde a década de 1960, quando os movimentos sociais se tornaram tema de estudos mais sistemáticos no campo da sociologia e da ciência política, algumas teorias foram desenvolvidas para explicar o fenômeno da mobilização social e da contestação política. Retomar parte dessa literatura e as atualizações conceituais empreendidas mais recentemente pareceu-nos necessário por duas razões: em primeiro lugar, porque serão úteis à compreensão das novas práticas sociais coletivas em contextos cada vez mais complexos e mediante mecanismos de mobilização que seriam impensados há algumas décadas; em segundo, porque tais definições são pouco difundidas no campo jurídico, para o qual também se destina esta cartografia.

Os estudos sobre movimentos sociais, desde o início, deram ensejo à formação de correntes distintas de pensamento na Europa e nos EUA. Em um primeiro momento, eles repercutiram nos estudos latino-americanos sem maiores críticas e adaptações. Como ressaltam Breno Bringel e José Maurício Domingues, as teorias europeias das décadas de 1970 e 1980, concentravam-se "na questão da historicidade e da direção do desenvolvimento social", influenciadas pelos trabalhos de Touraine; enquanto as teorias norte-americanas "afunilaram na direção de estudos organizacionais (via teoria da mobilização dos recursos e, posteriormente, do processo político)"[178].

De fato, nos EUA, a primeira abordagem a ganhar notoriedade foi a Teoria da Mobilização de Recursos, que, fundada na sociologia das organizações, ressaltava os aspectos que assemelhavam os movimentos sociais a empresas, firmas e demais organizações sociais. Estudavam-se, assim, os recursos materiais e humanos empregados nas mobilizações sociais, a divisão de tarefas, a existência de hierarquia e a especialização dos membros e as estratégias

[178] BRINGEL, Breno M; DOMINGUES, José Maurício. Teoria crítica e movimentos sociais: intersecções, impasses e alternativas. *In:* BRINGEL, Breno M*;* GOHN, Maria da Glória (org.). **Movimentos sociais na era global.** Petrópolis: Vozes, 2012, p. 64.

da ação coletiva[179]. Contribuíram, por um lado, para a análise do funcionamento objetivo dos movimentos sociais, mas ocultavam aspectos políticos e subjetivos que qualificam profundamente essa forma de ação social.

A inflação da faceta racional da mobilização social e o silêncio sobre aspectos culturais envolvidos na formação da identidade coletiva foram mesmo as principais críticas dirigidas a essa corrente do pensamento sobre os movimentos sociais. Aliadas a essas, não se pode deixar de mencionar também o caráter demasiadamente conjuntural das análises que menosprezavam os processos históricos e mais estruturais que condicionavam a formação e as atividades dos movimentos sociais.

As pesquisas sobre movimentos sociais na América Latina despontaram especialmente a partir da década de 1970 e podem ser agrupadas em cinco grandes enfoques teóricos: eixos culturais, centralidade no tema da justiça social, a resistência como foco básico, teorias pós-coloniais e as teorias com ênfase nos aspectos institucionais das ações coletivas[180]. Para Maria da Glória Gohn, na década de 1970, predominou por aqui a abordagem marxista sobre os movimentos sociais, com o uso de categorias como hegemonia, contradições urbanas, campo de força popular e lutas sociais; enquanto na década de 1980, os estudos direcionavam-se para os assim chamados "novos movimentos sociais"[181].

A propósito, é comum a classificação dos movimentos sociais por um marcador temporal pouco elucidativo. Assim, denominam-se *clássicos* os grupos sociais cujo foco "eram as lutas sociais do movimento operário, predominando a abordagem marxista nas análises"[182]. Já os *novos* movimentos sociais seriam aqueles que surgem nos EUA e na Europa, entre os anos de 1950 e 1960, e que compreendem "o movimento dos direitos civis, das feministas, movimentos pacifistas, ambientalistas, e movimentos de estudantes e da cultura alternativa"[183].

Essa classificação, contudo, tem pouca correspondência com a verificação do fenômeno na América Latina, pois a industrialização tardia fez conviver ao lado dos

---

[179] ALONSO, Angela. As teorias dos movimentos sociais: um balanço do debate. **Lua Nova,** São Paulo, n. 76, p. 49-86, 2009, p. 52.
[180] GOHN, Maria da Glória. Teoria dos movimentos sociais na contemporaneidade. *In:* GOHN, Maria da Glória*;* BRINGEL, Breno M. (org.). **Movimentos sociais na era global.** Petrópolis: Vozes, 2012, p. 19.
[181] GOHN, Maria da Glória. Teoria dos movimentos sociais na contemporaneidade. *In:* GOHN, Maria da Glória*;* BRINGEL, Breno M. (org.). **Movimentos sociais na era global.** Petrópolis: Vozes, 2012, p. 21.
[182] GOHN, Maria da Glória. ***Op. Cit.*** P. 21.
[183] *Ibidem.*

chamados “novos” movimentos os recém-formados grupos de sindicalistas e ainda grupos de trabalhares rurais e camponeses na luta pela terra. Por aqui, nesse período, foi destacado também o papel dos grupos de esquerda na luta pela redemocratização do país e dos grupos pastorais progressistas vinculados à Igreja católica.

Na década de 1990, com a passagem para a democracia, iniciaram-se as discussões em torno da “crise dos movimentos sociais”. A reflexão sobre um paradigma específico para a América Latina era ainda incipiente e o debate acadêmico se concentrava no dilema entre abordagens sobre a estrutura ou sobre as ações de atores sociais; sobre visões macro ou microssociológicas; sobre a finalidade de construir estratégias (viés norte-americano) ou identidades (viés europeu). A incorporação de paradigmas de análise construídos em realidades diversas daquelas nas quais os movimentos sociais eram observados resultou em produções problemáticas, porque acolhiam categorias de forma acrítica e davam pouca relevância à produção e à prática específica dos movimentos latino-americanos[184].

A mudança na produção desses trabalhos ocorre, por um lado, muito por influência das teorias pós-coloniais e decoloniais. As abordagens nessa linha, em geral, passam a ter caráter mais fenomenológico, reflexivo, afastando-se daquelas mais estruturalistas e históricas.

Por outro lado, a teoria da mobilização política também tem repercutido no Brasil, especialmente após a tradução para o português de algumas das obras fundamentais de seus autores, como a de Sidney Tarrow. A percepção de que a ação coletiva assume, na realidade, formas híbridas, complexas, tem conduzido os pesquisadores contemporâneos a utilizar “um repertório de categorias analíticas oriundas de diferentes matrizes paradigmáticas”[185].

De fato, a globalização, a internacionalização das arenas públicas, as manifestações por democratização e fenômenos como o terrorismo impuseram redefinições nas teorias sobre os movimentos sociais. Os teóricos do processo político passaram a adotar os conceitos da c*ontentious politics*, compreendendo os movimentos sociais como uma gradação de formas de ação contenciosa.

---

[184] GOHN, Maria da Glória. ***Op. Cit.*** P. 24.
[185] GOHN, Maria da Glória. ***Op. Cit.*** P. 32.

A Teoria do Processo Político tem como expoentes Charles Tilly e Sidney Tarrow. Este último desenvolveu, por exemplo, o conceito de *estrutura de oportunidades políticas*[186], que pode ser compreendido como o conjunto de condições que favorecem o surgimento de movimentos sociais. Os autores dessa corrente incluem a ideia culturalista de solidariedade no conceito de movimentos sociais, de modo que se passa a entender a mobilização como um "processo pelo qual um grupo cria solidariedade e adquire controle coletivo sobre os recursos necessários para sua ação"[187], quando presentes oportunidades políticas favoráveis.

Charles Tilly incorpora efetivamente outros elementos ao seu conceito objetivo de movimentos sociais. Para ele, um movimento social é uma interação contenciosa. Não são os sujeitos que definem um movimento social, mas uma forma específica de fazer política. Para que um determinado modo de ação coletiva seja considerado movimento social, é necessário, segundo Tilly, que ela se caracterize pelo uso combinado de três elementos: campanhas de reivindicações coletivas dirigidas a uma autoridade-alvo; um repertório específico de ações (associações com finalidades específicas, reuniões públicas, declarações à imprensa, demonstrações); demonstrações públicas de VUNC (valor, unidade, números e comprometimento)[188]. Esse conceito, embora desconsidere aspectos subjetivos e políticos típicos dos movimentos sociais, pode ser útil para a distinguir essa maneira de fazer política das demais.

Na obra em que os teóricos da *contentious politics* estabelecem os parâmetros de sua corrente de pensamento, os movimentos sociais são uma forma de interação coletiva que envolve o confronto político[189] e, por isso, devem ser tratados com espécie do gênero de

---

[186] Angela Alonso esclarece que se pode indicar como oportunidade política "o aumento da permeabilidade das instituições políticas e administrativas às reivindicações da sociedade civil, provocadas por crises na coalização política ano poder". Cf.: ALONSO, Angela. As teorias dos movimentos sociais: um balanço do debate. **Lua Nova,** São Paulo, n. 76, p. 49-86, 2009, p. 49.

[187] *Ibidem.*

[188] TILLY, Charles. Movimentos sociais como política. **Revista Brasileira de Ciência Política,** n. 3, Brasília, p. 133-160, jan.-jul. 2010, p. 142.

[189] Eles esclarecem da seguinte forma as razões para a interação coletiva que constitui os movimentos sociais no conjunto conceitual de confronto político: "Incluímos a interação coletiva no confronto político na medida em que: (1) ela envolve confronto, ou seja, faz reivindicações vinculadas a outros interesses e (2) pelo menos um grupo da interação (incluindo terceiros) é um governo, isto é, uma organização que controla os principais meios de coerção concentrados num território definido. Movimentos sociais, ciclos de protesto e revoluções se encaixam neste âmbito de fenômenos". Cf. McADAM, Doug; TARROW, Sidney; TILLY, Charles. Para mapear o confronto político. **Lua Nova,** n. 76, São Paulo, p. 11-48, 2009, p. 12.

formas contenciosas de política[190]. Esses autores definem o confronto político afirmando que:

> o confronto político tem início quando, de forma coletiva, as pessoas fazem reivindicações a outras pessoas cujos interesses seriam afetados se elas fossem atendidas. As reivindicações vão desde súplicas humildes até ataques brutais, passando por petições, reivindicações através de palavras de ordem e manifestos revolucionários[191].

Haveria, pois, uma certa gradação no confronto político, encontrando-se os movimentos sociais em uma posição intermediária entre as ações individuais e pouco organizadas de confronto e aquelas estruturadas com base no uso da violência, visando rupturas revolucionárias.

Uma outra corrente é a que se constrói em torno dos chamados novos movimentos sociais. No contexto das sociedades pós-industriais, diluem-se os conflitos materiais do trabalho e as disputas se relacionam mais a formas de vidas, surgidas a partir de grupos marginais, que assumem uma atitude de oposição. Esses grupos não se organizam para combater o Estado ou para toma-lo. São agentes de pressão social que pretendem persuadir a sociedade civil. As disputas se dão em torno de definições de bem viver, voltada para a afirmação de identidades e se apresentam como "formas de resistência à colonização do mundo da vida". São expoentes dessa corrente Touraine, Habermas e Melucci. São teorias culturalistas.

A ideia de identidade coletiva de Melucci é bem representativa desse grupo de teorias. Os novos movimentos sociais seriam uma forma de ação coletiva, cujas demandas seriam simbólicas, relacionadas com o reconhecimento de identidades ou de estilos de vida. Caracterizam-se por organizações fluidas, não hierárquicas, descentralizadas e desburocratizadas[192].

Touraine está entre os que se preocupam com o uso indiscriminado da noção de movimentos sociais. Para ele, por um lado, não é possível restringir a utilização dessa

---

[190] Uma definição comum adotada pelos três autores é : "Um movimento social é uma interação sustentada entre pessoas poderosas e outras que não têm poder: um desafio contínuo aos detentores de poder em nome da população cujos interlocutores afirmam estar ela sendo injustamente prejudicada ou ameaçada por isso". McADAM, Doug; TARROW, Sidney; TILLY, Charles. Para mapear o confronto político. **Lua Nova,** n. 76, São Paulo, p. 11-48, 2009, p. 21

[191] *Idem*, p. 11-12.

categoria apenas às sociedades industriais e ao movimento obreiro, característico daquele perfil de sociedade. Por outro, expandir demasiadamente as fronteiras do conceito pode confundir mais que contribuir para análises elucidativas. Na opinião do pensador francês, não se devem confundir nas sociedades industriais os movimentos *históricos*[193] (o capitalismo, o socialismo ou o comunismo) com o movimento social obreiro, ainda que eles se tenham influenciado histórica e reciprocamente em alguns contextos. Do mesmo modo, não seria possível, por exemplo, na sociedade da pós-industrial, chamar de movimento social a ação coletiva anti ou alterglobalização[194], que pretende interferir na forma de organização de toda a sociedade. Para Touraine, "um movimento social é a combinação de um conflito com um adversário social organizado e da referência comum dos dois adversários a um mecanismo cultural sem o qual os adversários não se enfrentariam"[195].

Assim, com base nessa perspectiva, no âmbito da política criminal, por exemplo, não se poderiam confundir os movimentos *históricos* mais amplos, que pretendem modificar a forma de organização do controle social formal, com os movimentos sociais locais, que, influenciados por uma outra tendência político-criminal, reivindicam maior liberdade, menos repressão e tratamento digno pelos órgãos de segurança pública locais.

Fato é que as novas formas de ação coletiva têm apresentado desafios para a compreensão teórica do fenômeno, tencionando as fronteiras conceituais, às vezes ao ponto de provocar mesmo alguns rompimentos paradigmáticos.

O modo como Boaventura de Sousa Santos percebe a nova dinâmica da sociedade contemporânea foi frequentemente referenciada na literatura nacional sobre o tema. Para ele, "o isolamento político do movimento de trabalhadores facilitou o surgimento dos novos

---

[192] ALONSO, Angela. ***Op. Cit***. p. 13.

[193] Nas palavras de Touraine: "movimentos históricos [...] podem ser claramente definidos pelos conflitos surgidos em torno da gestão da mudança histórica. Falamos do movimento operário como de um movimento social central da sociedade industrial e de movimentos históricos ou políticos como o capitalismo, o socialismo, o comunismo e outros, cujo objeto foi dirigir o processo de industrialização". TOURAINE, Alain. Na fronteira dos movimentos sociais. **Sociedade e Estado,** Brasília, v. 21, n. 1, p. 17-28, jan./abr., 2006, p. 25.

[194] Merecem reprodução as palavras do autor: "É aqui que ganha todo sentido a oposição entre movimentos sociais que tendem a se tornar movimentos culturais e morais e movimentos históricos que, conduzidos pela modernização, transbordam o quadro do político para colocar em questão uma organização sistêmica e, em particular, redes de comunicação que não podem mais ser imaginadas como simples superempresas nacionais". TOURAINE, Alain. **Op. Cit.** p. 26-27. Ele complementa esse esclarecimento com o raciocínio de que não seria, pois, estranho que os altermundialistas encontrem, em algumas ocasiões dificuldades no relacionamento com movimentos propriamente sociais, que "resistem a dar importância central à mundialização", porque enraizados nos problemas locais que lhes afetam mais diretamente. *Ibidem.*

[195] TOURAINE, Alain. **Op. Cit.** p. 19.

sujeitos sociais e de novas práticas de mobilização social"[196]. Os novos movimentos sociais constituem na perspectiva desse autor "tanto uma crítica da regulação social capitalista, como uma crítica da emancipação social socialista"[197], identificando novas formas de opressão que ultrapassam as relações de produção: o machismo, o racismo, o belicismo, o desenvolvimentismo.

Esses novos movimentos sociais se voltam para transformar o cotidiano das vítimas de opressão aqui e agora. Alteram, pois, a temporalidade de suas pretensões. A emancipação desejada é a do tempo presente e não a de um futuro distante e incerto[198]. É no cotidiano que se expressam concretamente as desigualdades e exclusões das relações de produção e de reprodução.

A diversidade de interesses e de valores dentro dos chamados novos movimentos sociais fazem Sousa Santos duvidar da possibilidade de serem eles explicados em sua totalidade por uma teoria unitária. Esses novos movimentos sociais, na sua visão, não necessariamente rechaçam a política, antes politizam o social, o cultural e, inclusive, as relações pessoais, abrindo um campo amplo para o exercício da cidadania, que não se esgota na representação eleitoral de matriz liberal. Esses grupos revalorizam o princípio comunitário e isso repercute na forma como se organizam: geralmente, por meio de estruturas descentralizadas, não-hierárquicas, fluidas. O desafio estaria em conciliar, isto é, em sintetizar as esferas da cidadania, da subjetividade e da emancipação, evitando os excessos de regulação[199].

Diante dos desafios apresentados pela dinâmica dos novos ou novíssimos movimentos sociais, surgem tentativas de conceituação mais amplas que são influenciadas pelas teorias das redes sociais. No Brasil, Ilse Scherer-Warren coordenou pesquisa que conseguiu captar esse fenômeno das mobilizações em redes[200]. Ela inicia sua argumentação com a clássica distinção entre sociedade civil, Estado e mercado. Assim, para ela, a "sociedade civil é a representação

---

[196] SANTOS, Boaventura de Sousa. Los nuevos movimentos sociales. **OSAL,** Buenos Aires, ano 12, n. 29, p. 177-184, set. 2001, p. 177.
[197] *Idem,* p. 178.
[198] *Ibidem.*
[199] SANTOS, Boaventura de Sousa. ***Op. Cit.*** p. 183.
[200] Refiro-me ao Projeto "As múltiplas faces da exclusão social", do Núcleo de Pesquisa em Movimentos Sociais da UFSC, no período de 2004 e 2005. Alguns dos resultados da pesquisa foram apresentados pela autora em artigo (posteriormente ampliado para um livro) que será aqui debatido: SCHERER-WAREN, Ilse. Das mobilizações às redes de movimentos sociais. **Sociedade e Estado,** Brasília, v. 21, n.1, p. 109-130, jan./abr., 2006.

de vários níveis de como os interesses e os valores da cidadania se organizam em cada sociedade para encaminhamento de suas ações em prol de políticas sociais e públicas"[201]. Esses níveis seriam o associativismo local (associações, grupos comunitários, movimentos de base local, ONGs); as formas de articulação inter-organizacionais (fóruns da sociedade civil, associações nacionais ou redes de ONGs, redes de redes); e, em um nível mais elevado, mobilizações na esfera pública (marchas, grito dos excluídos, parada do orgulho LBGT, etc.)[202].

Ela percebe o florescimento de uma nova forma de mobilização e utiliza o conceito de *rede de movimentos sociais* para defini-lo como: um modo de articulação de diversos grupos com a mesma identidade social ou política, que se reúnem "a fim de ganhar visibilidade, produzir impacto na esfera pública e obter conquistas para a cidadania". Esses grupos atribuem "legitimidade a esferas de mediação (fóruns e redes)" e constroem redes de movimento com relativa autonomia para interagir com o poder público, seja na forma de participação com ou através do Estado para a formulação e implementação de políticas públicas, seja de uma forma mais independente como um agente de pressão[203].

Como será exposto a seguir, percebemos que a forma de ação coletiva de diversos atores do movimento de resistência jurídica ao encarceramento em massa incorpora estratégias de mobilização política típicas do *modus operandi* da contestação (político-jurídica) norteamericana com a utilização simultânea do discurso decolonial, adotando uma forma de articulação que mais se aproxima da *rede de movimentos sociais*, razão pela qual utilizaremos no trabalho categorias dessas vertentes dos estudos sobre movimentos sociais[204].

---

[201] SCHERER-WAREN, Ilse. Das mobilizações às redes de movimentos sociais. **Sociedade e Estado,** Brasília, v. 21, n.1, p. 109-130, jan./abr., 2006, p. 110.

[202] *Idem*, p. 110-112.

[203] *Idem*, p. 113-114. Essa definição se aproxima bastante daquela defendida por Mario Diani, para quem os *processos de movimentos sociais* seriam exemplos de "ação coletiva com clara orientação para o conflito com relação a oponentes sociais e políticos específicos, conduzida no contexto de densas redes interorganizacionais, por atores ligados por solidariedades e identidades compartilhadas que precedem e sobrevivem a coalizões e campanhas específicas". Cf. DIANI, Mario; BISON, Ivano. Organizações, coalizões e movimentos. **Revista Brasileira de Ciência Política,** Brasília, n. 3, p. 219-250, jan./jul. 2010, p. 221. Para esse autor, são, portanto, basicamente três dimensões a serem observadas: presença ou ausência de orientações para o conflito com oponentes claramente identificados; interações informais no contexto de pluralidade de indivíduos ou grupos reunidos em rede; e identidade coletiva forte entre os membros da rede. Scherer-Warren utiliza dimensões definidoras dos movimentos sociais semelhantes: identidade, adversários, projetos.

[204] Embora reconheça as dificuldades metodológicas e os desafios para compatibilização de teorias diversas, Breno Bringel está entre os que consideram que um certo pluralismo teórico pode beneficiar abordagens sobre os movimentos sociais na contemporaneidade. Para ele, "as teorias dos movimentos sociais também se enriqueceriam consideravelmente com um impulso ainda maior no sentido de um pluralismo teórico que articule

Definida essa primeira categoria, avancemos, agora, para compreender de que forma os movimentos sociais passaram a reivindicar também nas trincheiras do Judiciário os seus interesses, politizando a advocacia e, por conseguinte, os mecanismos de acesso à justiça.

3.2 A POLITIZAÇÃO DA ADVOCACIA E A MOBILIZAÇÃO POLITIZADA DO DIREITO

As mobilizações sociais e políticas que surgiram na década de 1960 nutriram-se do e também influenciaram o desenvolvimento do conceito de igualdade previsto em declarações e convenções internacionais de direitos humanos celebradas ao fim da Segunda Guerra. Os protestos por direitos iguais para negros, mulheres e gays, por exemplo, reverberaram nas universidades, seja pelo estímulo à reflexão crítica seja pela participação direta de estudantes nos atos de rua.

Os efeitos dessas mobilizações foram também sentidos nos tribunais. Leis (ou omissões legislativas) discriminatórias tornaram-se objeto de questionamentos mais frequentes no Judiciário. Uma maior aproximação entre o Direito e a Política refletiu a incorporação cada vez mais frequente do debate em torno do reconhecimento de direitos humanos. Advogados se tornaram militantes e um grupo crescente de ativistas buscaram na advocacia um instrumento para expressar seus desejos políticos, concretizando direitos, agora, em mais um campo: o judicial.

Evidentemente, esse fenômeno que estamos chamando de politização da advocacia transcorreu em circunstâncias de tempo e modo distintos no norte e no sul global, mesmo porque diversas foram também as circunstâncias de incorporação e de implementação dos direitos humanos nos respectivos ordenamentos jurídicos.

Pretendemos, neste tópico, apresentar uma tipologia da advocacia que permita entendermos as formas diversas de oferecimento de serviços legais e de mobilização dos tribunais e do direito, inclusive em matéria penal, a fim de podermos melhor compreender o fenômeno que estudaremos nos capítulos seguintes.

---

questões organizativas, identitárias e de dinâmica de mobilização com aspectos mais amplos da Modernidade, os quais uma teoria sociológica abrangente pode contribuir". Cf.: BRINGEL, Breno M; DOMINGUES, José

3.2.1 Da assistência judicial individual à advocacia de interesse público

Nos países anglo-saxões a nova forma de atuação da advocacia, assumidamente comprometida com o reforço político dos interesses de minorias sociais, recebeu diversos nomes. Não há consenso entre aqueles que se dedicam ao estudo desse tema a respeito de qual categoria utilizar para a definição do fenômeno. Há os que, como Sarat Austin e Stuart Scheingold, prefiram se referir à noção de *cause lawyering*[205], isto é, advocacia de causas e não de casos[206]. De acordo com esses autores, enquanto tradicionalmente a profissionalização da advocacia se vinculou ao modelo dogmático de ensino do Direito, que expurgava do saber jurídico os domínios da moral e da política; no modelo de *cause lawyering*, os advogados movem das margens para o centro de suas vidas profissionais as suas concepções políticas, os valores sociais e os modelos de sociedade que defendem[207].

Cuida-se de um novo modo de pensar a advocacia, reduzindo o seu apelo exclusivamente mercantil. Os advogados identificados com esse outro modelo passam a dedicar toda a sua vida profissional para uma causa, normalmente associada aos direitos humanos. Não se trata apenas de advocacia gratuita ou voluntária. Os advogados que se dedicam a esse modelo podem ser remunerados, mas a relação estabelecida entre os

---

Maurício. Teoria crítica e movimentos sociais: intersecções, impasses e alternativas. *In:* GOHN, Maria da Glória; BRINGEL, Breno M. (org.). **Movimentos sociais na era global.** Petrópolis: Vozes, 2012, p. 66-67.

[205] Como destaca Eliane Junqueira, diversas variações dessa expressão podem ser encontradas na literatura. Ela cita, como exemplo, as seguintes: *critical lawyering, transformative lawyering, rebellious lawyering, lawyering for the good, social justice lawyering, public interest lawyering, activist lawyering, progressive lawyering, equal justice lawyering, radical interest lawyering, radical lawyering, lawyering for social change, socially conscious lawyering, lawyering for the underrepresented, lawyering for the subordinated, alternative lawyering, politcal lawyering, viosionary lawyering.* Cf. JUNQUEIRA, Eliane. Los abogados populares: en busca de una identidade. **Revista El Otro Derecho,** n. 26-27, abr., p. 193-226, Bogotá, 2002, p. 194. É justamente em razão dessa diversidade de nomenclaturas que tentaremos aqui estabelecer uma categorização que permita algum grau de uniformidade na leitura do fenômeno no Brasil.

[206] Essa diferenciação pode ser encontrada em dissertação de mestrado de André Mendes, que utilizou também esses mesmos autores. Cf. MENDES, André Luiz Conrado. **Advocacia popular, utopia e ação política.** Rio de Janeiro: PUC-RIO, 2011, p. 62. Para ele, a advocacia de casos seria a prática profissional convencional da advocacia, voltada para a defesa dos interesses individuais dos clientes, sem compromisso político (expresso). Já a advocacia de causas seria aquela que temos identificado como advogados que se associam e se comprometem com causas defendidas por movimentos sociais e minorias ou por grupos de interesses distintos. Ele esclarece que é possível encontrar *cause lawyers* em pólos distintos de uma mesma causa e cita como exemplo os *gay and lesbian defenders* ou *as feminists cause lawyers*, de um lado, e os *christian lawayers* ou os chamados *right-to-life cause lawyers*. MENDES, André Luiz Conrado. ***Op. Cit.*** p. 68-69.

[207] SARAT, Austin; SCHEINGOLD, Stuart. The dynamics of cause lawyering. *In:* SARAT, Austin; Scheingold, Stuart (Eds.).
The worlds cause lawyers make: structure and agency in legal practice. Stanford: Stanford University Press, 2005, p. 1.

interessados não é apenas contratual. A identificação com a causa defendida é pressuposto para a relação de confiança que se estabelecerá. Eles reconectam, assim, o direito, a moral e a política, desestabilizando o entendimento dominante sobre o como fazer da atividade dos juristas. Questionam a imunidade política da advocacia, afirmando que essa postura de pretensa assepsia ideológica é contingencial e construída historicamente para assegurar a esses profissionais a aquisição de *status* social e a possibilidade de trabalhar para seus clientes sem verem ameaçadas as suas crenças pessoais e sem se comprometerem com os interesses "tecnicamente" defendidos[208].

O modelo de *cause lawyering*, de advocacia de uma bandeira, diferencia-se do modelo tradicional também porque, enquanto este está voltado para a defesa dos interesses individuais de um cliente (advocacia *client-oriented*), aquele se preocupa com questões (político-econômico-sociais) mais amplas (*issue oriented*). Está entre os objetivos desse novo modelo de advocacia pensar criativamente formas de assegurar acesso à justiça a grupos de pessoas vulneráveis, de minorias sociais ou de interesses com pouca repercussão econômica. Compreende-se, assim, o *cause lawyering* dentro de um movimento maior que já foi identificado como movimento de acesso à justiça.

Em sociedades nas quais a igualdade entre todos os seres humanos não é um valor reconhecido juridicamente, as diferenças de acesso à justiça são problemas menores ou sequer constituem um tema da agenda política. Lawrence Friedman registra, nesse sentido, que o acesso à justiça é um problema moderno e que só ganha relevo quando as sociedades deixaram de considerar naturais os privilégios de classe, de raça, de etnia ou de gênero[209]. O debate sobre a igualdade no acesso à justiça está historicamente associado à garantia de meios suficientes para a defesa dos interesses individualizados de pessoas pobres perante o Poder Judiciário. Até o final do século XIX, os serviços de apoio jurídico (*legal aid*) aos pobres eram limitados e providos individualmente, apenas para o ato (*ad hoc)*. Um retrospecto aprofundado do acesso à justiça na história da humanidade extrapola muito os objetivos deste trabalho[210]. Interessa-nos aqui retraçar o desenvolvimento mais recente das políticas de acesso à justiça, como forma de contextualizar as práticas contemporâneas nesse tema.

---

[208] *Idem*, p. 3-4.

[209] FRIEDMAN, Lawrence M. Social and historical context. *In.* CAPPELLETTI, Mauro. **Access to justice:** a world survey. v. 1. Book 1. Milan: Giufrrè editore, 1978, p. 8.

[210] Deve-se destacar, desde logo, que há uma diferença na história da assistência judicial aos pobres oferecida no âmbito penal e no âmbito civil. Consolidou-se primeiramente no âmbito penal a ideia de que a todos deveria ser

O desenvolvimento dos serviços mais estruturados de assistência judicial compreende, na visão de Deborah Rhode, três fases. Na primeira, grupos privados de caridade atendiam apenas algumas causas para determinados grupos de pessoas necessitadas. Alguns desses grupos depois expandiram suas atividades para atender todos pobres necessitados. Mais recentemente, os programas de *legal aid* recebem recursos públicos e estão focados em reformas legais, em uma atuação mais estrutural, mantendo também serviços individuais[211].

No início dos primeiros programas de assistência judiciária, havia também uma restrição na forma de atuação dos que prestavam o serviço. Eles não propunham ações

assegurada uma defesa técnica, mesmo àqueles que não pudessem arcar com seus custos. Para uma visão sobre a história da assistência judicial em matéria criminal na Inglaterra, confira-se: YOUNG, Richard; WALL, David. **Access to criminal justice:** legal aid, lawyers and the defence of liberty. London: Blackstone Press, 1996. Para uma visão sobre ao acesso à justiça na França, ver: PELLETIER, George A. Legal aid in France. **Notre Dame Law,** n. 42, p. 627-646, jun., 1967. Em Portugal, consulte-se: PEDROSO, João António Fernandes. **Acesso ao direito e à justiça**: um direito fundamental em (des)construção. O caso do acesso ao direito e à justiça da família e das crianças. Tese de doutorado. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2011. No Brasil, por todos, veja-se: ALVES, Cléber Francisco. **A estruturação dos serviços de assistência jurídica nos Estados Unidos, na França e no Brasil e sua contribuição para garantir a igualdade de todos no Acesso à Justiça.** Tese de doutorado. Rio de Janeiro: PUC-RIO, 2005. E ainda: MORAES, Humberto Peña de.; DA SILVA, José Fontenelle T. **Assistência judiciária:** sua gênese, sua história e a função protetiva do Estado. 2. ed. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1984.

[211] Segundo a autora, a primeira entidade de apoio jurídico nos EUA foi criada em 1876 como um esforço dos comerciantes alemães de Nova York para prestar assistência aos imigrantes alemães. Era a chamada *New York Legal Aid Society (NYLAS)*, que 15 anos depois passou a atender outras pessoas, mediante a cobrança de valores simbólicos e com financiamento de doações. Ela destaca também o papel da *Protective Agency for Women and Children*, que foi criada em Chicago pelo *Chicago Women´s Club* para combate à exploração sexual de imigrantes iludidas por falsas ofertas de emprego. Em 1917, existiam 41 sociedades de *legal aid* nos EUA, mas com apenas 62 advogados com dedicação exclusiva e um orçamento que somado não passa de 200 mil dólares. Esses grupos estavam preocupados em oferecer o serviço de assistência para os grupos mais vulneráveis (classe pobre de trabalhadores, imigrantes, mulheres e crianças). Na leitura de Deborah Rhode, contudo, muitos dos apoiadores dessas organizações tinham uma visão conservadora e não pretendiam sequer reformar as leis, mas apenas reforçar a credibilidade no ordenamento jurídico. A assistência legitimava o sistema judicial, atribuindo-lhe contornos de equidade, justiça e igualdade de tratamento. O caráter disciplinador e apascentador do *legal aid* é esclarecido pela autora ao citar as palavras de um jurista da época e do primeiro diretor da NYLAS, para quem o *legal aid* mantinha os pobres satisfeitos ("*keep the poor satisfied*"). O papel da *American Bar Association* no desenvolvimento dos serviços de *legal aid* é instável. Em um primeiro momento, instou-se às representações locais da associação a formarem e incentivar organizações de *legal aid* e, em 1920, criou sua própria Comissão sobre o assunto. Contudo, uma pesquisa realizada pela própria ABA em 1951 reportou que de 1919 até aquela data nenhum grande avanço havia sido registrado nesse tema[211]. Os advogados e suas empresas não se interessavam em contribuir para o financiamento dos serviços de auxílio jurídico. Por outro lado, em 1950, o presidente da ABA declarou que permitir que o governo assumisse os serviços legais seria um risco para as liberdades individuais. Havia um receio tanto político como econômico, de perda de espaço e de poder por parte da ABA e receio dos advogados de diminuição de seus lucros pela diminuição no número de clientes. Nesse contexto, as associações de *legal aid* para não entrar em confronto com os advogados escolhiam apenas os casos que eram incontroversos e que não gerariam grandes remunerações. Estabeleciam assim critérios de elegibilidade elevados e rigorosos, tanto de mérito quanto de recursos. Percebia-se uma certa política moralista. Por exemplo, em 1966, apenas 15% dos escritórios de *legal aid* atendiam de forma irrestrita casos de divórcios para pessoas pobres. Nessa época, 2/3 dos americanos de classe mais baixa nunca haviam consultado um advogado. Eram cerca de 400 advogados para 50 milhões de pessoas elegíveis. Cf.: RHODE, Deborah L. **Access to justice.** Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 58-60.

coletivas ou reformas na lei, não promoviam a educação jurídica comunitária. Havia o receio de contrariar a associação local de advogados ou de criar demandas que poderiam ser contrárias aos interesses dos que dominavam as instâncias locais de poder. Deborah Rhode ressalta, por exemplo, que, nos EUA, "até 1965, nenhum advogado de *legal aid* havia levado um caso à Suprema Corte"[212].

Essa realidade começa a mudar justamente com o surgimento dos grupos de advogados que se associam aos movimentos sociais e passam a defender nos tribunais as causas que, por muito tempo, limitavam-se às ruas e à arena política. É nesse momento que surgem também os modelos de ensino e de prática jurídica que serão internacionalizados como método de proteção de direitos humanos: o ensino clínico do direito. O movimento de acesso à justiça se ocupará, então, de encontrar soluções para dois problemas contemporâneos: como garantir que todos possam igualmente acessar mecanismos adequados de solução de conflitos (para interesses individuais, inclusive) e como assegurar que todos tenham acesso a instrumentos eficazes de efetivação dos novos direitos sociais e difusos (de caráter mais coletivo, mais estrutural).

Como reconhece Élida Lauris, a obra de Mauro Cappelletti e o Projeto Florença são referências inultrapassáveis quando se trabalha o tema do acesso à justiça[213]. O Projeto foi antecedido por estudos comparados sobre a qualidade da justiça (em 1973) e por outras duas pesquisas (em 1975) sobre apoio judiciário ou assistência judicial e sobre as formas públicas e privadas de proteção de direitos difusos e sociais. O Projeto de Florença, financiado pela Fundação Ford e pelo Conselho Nacional de Pesquisa italiano, seria, então, um terceiro passo e compreendeu também uma série de estudos comparados sobre o movimento de acesso à justiça em todo o mundo, publicados em um conjunto de quatro volumes, integrados por seis livros. No prefácio comum a todos os volumes do Projeto, o próprio Cappelletti esclarece que este se tratou mesmo de uma ambiciosa pesquisa de caráter comparativo sobre os desafios do acesso à justiça nos diversos países do globo[214].

---

[212] RHODE, Deborah. **Op. Cit.** p. 61-62.

[213] LAURIS, Élida. **Acesso para quem precisa, justiça para quem luta, direito para quem conhece:** dinâmicas de colonialidade e narra(alterna-)tivas do acesso à justiça no Brasil e em Portugal. Tese de doutoramento. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2013, p. 37.

[214] CAPPELLETTI, Mauro. Foreword to the Access-to-justice Project Series. *In:* _____. **Access to justice:** a world survey. v. 1. Book 1. Milan: Giufrrè editore, 1978, p. VII.

Esses estudos foram realizados por equipes de sociólogos, juristas, antropólogos, economistas e outros pesquisadores, representantes de cerca de trinta países, com coordenadores locais e com a supervisão geral do próprio Cappelletti. O ponto de partida era o problema social identificado, isto é, a necessidade de tornar a justiça mais acessível para todas as pessoas e para os novos direitos. Buscou-se, em seguida, verificar e analisar criticamente as soluções apresentadas pelos diversos países para esse problema; e, por fim, foram analisadas as soluções mais promissoras e regulares como possíveis tendências[215].

Apesar dos problemas comuns e das tendências de soluções semelhantes recolhidos a partir dos diversos relatórios elaborados no Projeto, o próprio Mauro Cappelletti reconhece que os países diferem largamente nas suas culturas jurídicas, nas suas estruturas legais e no seu desenvolvimento econômico[216]. O que se percebe é que a dinâmica na prestação do serviço de assistência jurídica está mesmo condicionada a circunstâncias políticas, econômicas e sociais regionais, não sendo possível delinear uma única cronologia nem mesmo uma sequência progressivamente uniforme das chamadas ondas renovatórias.

Recentemente, João Pedroso, por exemplo, tenta relacionar a política de acesso ao direito e à justiça à construção do Estado de Bem-Estar Social nos países ocidentais que estudou[217]. Ele argumenta que o problema do acesso ao direito e à justiça torna-se particularmente relevante com o surgimento do Estado-Providência. Até então, o direito cumpria uma função que se pretendia apenas limitadora da intervenção do Estado nas relações privadas[218]. As demandas judicializáveis eram, portanto, eminentemente individualizadas de um membro da comunidade contra outro. Com o Estado-Providência e a previsão de direitos

---

[215] CAPPELLETTI, Mauro. Foreword to the Access-to-justice Project Series. *In:* CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Access to justice:** a world survey. v. 1. Book 1. Milan: Giufrrè editore, 1978, p. VII-XVII.

[216] *Idem*, p. X.

[217] PEDROSO, João António Fernandes. **Acesso ao direito e à justiça**: um direito fundamental em (des)construção. O caso do acesso ao direito e à justiça da família e das crianças. Tese de doutorado. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2011, p. 131.

[218] Referindo-se ao período que antecede à instituição do *Welfare State* nos EUA e no Reino Unido, Cleber Francisco Alves também sustenta que, "como era próprio da conjuntura ideológica subjacente às instituições político-jurídicas dessa época, ainda não se esperava do Estado nenhuma medida de cunho pró-ativo para facilitar as condições de efetividade no acesso à Justiça. Bastava a postura negativa, no sentido de remover os obstáculos eventualmente existentes e de não criar quaisquer outros empecilhos formais radicados em qualificações decorrentes do *status* pessoal dos jurisdicionados". Cf.: ALVES, Cléber Francisco. **A estruturação dos serviços de assistência jurídica nos Estados Unidos, na França e no Brasil e sua contribuição para garantir a igualdade de todos no Acesso à Justiça.** Tese de doutorado. Rio de Janeiro: PUC-RIO, 2005, p. 51. Para esse autor, contudo, seguindo a leitura histórica de Thomas Humphrey Marshall, mais do que com o Estado de Bem-Estar, o direito à assistência judiciária se relacionaria especificamente com o desenvolvimento do direito à cidadania. *Ibidem.*

prestacionais e coletivos, passam a ser também judicializáveis as relações de um grupo de pessoas com os demais e as relações de um cidadão contra o Estado, provocando-lhe a implementação de direitos sociais.

É, pois, no contexto do Estado-Providência que se desenvolvem mecanismos estatais de apoio ou assistência judicial. Nesse sentido, Pedroso afirma que "o Estado-Providência é uma condição necessária para a existência dos sistemas de apoio judiciário do período pós-guerra, na medida em que as suas características delinearam a estrutura dos vários sistemas"[219]. Nos países em que há uma maior autonomia do direito em relação ao Estado, como os da *common law*, a comunidade oferece um maior número de alternativas de resolução de conflitos; por outro lado, naqueles em que o direito está basicamente codificado, as resoluções de litígios tendem a ser monopolizadas pelas vias formais, desenvolvendo-se, assim, soluções estatais de acesso à justiça[220].

De fato, com a previsão de direitos sociais e difusos, além da demanda por mecanismos mais eficazes de acesso à justiça, as disputas em torno da implementação de políticas estatais tornam-se mais facilmente judicializáveis.

Essa nova dimensão da advocacia, que se liga às ondas renovatórias do acesso à justiça, pode ser também englobada na categoria mais ampla de "advocacia de interesse público" [221], que identifica no litígio judicial uma "estratégia chave para proteger direitos e ampliar o poder de grupos dominados, particularmente quando outros canais se tornam inviáveis"[222]. Como registram José Rodrigo Rodrigues, Evorah Lusci Cardoso e outros, "a advocacia de interesse público está historicamente relacionada ao acesso à justiça por pessoas marginalizadas política ou economicamente"[223]. A expressão advocacia de interesse público

---

[219] PEDROSO, João António Fernandes. **Op. Cit**. p. 134.

[220] *Idem*, p. 134.

[221] Como esclarecem Gonzalez e Viveros, com a expressão ações de interesse público "*se pretende denotar una forma de ejercer el derecho orientada hacia ciertas áreas o materias en que se reconoce comprometido el interés de toda la sociedade".* Cf.: GONZALEZ, Felipe; VIVEROS, Felipe (ed.). Defensa jurídica del interés público: de su enseñanza a su practica efectiva. ***Cuadernos de Analisis Juridico,*** Santiago, n. 9, out. 1999, p. 7.

[222] CUMMINGS, Scott L.; RHODE, Deborah L. Public interest litigation: insights from theory na practice. **Fordham Urban Law Journal,** v. 56, n. 4, p. 603-651, 2009, p. 606.

[223] RODRIGUEZ, José Rodrigo (coord.). **Advocacia de interesse público**: a atuação das entidades de defesa de direitos da sociedade civil e sua interação com os órgãos de litígio do Estado. Brasília: Ministério da Justiça, 2013, p. 17. Apesar de utilizarem um marco teórico contemporâneo para leitura de mobilizações jurídicas seculares, Ricardo Nery Falbo e Luiz Otávio Ribas identificam sinais do uso político da advocacia no que chamam de "lutas emancipatórias" tanto durante o brasil imperial (a luta de advogados pela luta abolicionista, no período de 1822 a 1889) como no período republicano, posterior a 1889. Cf. FALBO, Ricardo Nery; RIBAS,

poderia ser, assim, entendida como um gênero, no qual as variadas formas de *cause lawyering* poderiam ser integradas. Naquela expressão, poderia ser enquadrada também a assistência individualizada, mesmo não estruturada, voltada ao interesse de pessoas em situação de vulnerabilidade. Do mesmo modo, a expressão contemplaria a atuação de órgãos públicos instituídos para a defesa de interesses difusos e coletivos, como o Ministério Público e a Defensoria Pública.

No Brasil, outras categorias podem ser encontradas em pesquisas e trabalhos acadêmicos que estudam esse tema. Fala-se, por aqui, em advocacia popular, em assessoria jurídica popular ou, ainda, em serviços legais inovadores. Por refletir com maior precisão as peculiaridades do fenômeno desde nossa margem, descreveremos com maior ênfase o surgimento dessas categorias entre nós, que nos ajudarão no diálogo com alguns conceitos de Boaventura de Sousa Santos aplicáveis nesta temática.

3.2.2 A advocacia popular como fonte de inovação dos serviços legais

Em texto publicado nos anais do 9º Encontro da ANPOCS, realizado em 1985, Joaquim Falcão já observava a formação do que chamou de organizações de serviços legais inovadores. Naquele momento, ele dividia a atuação desses serviços legais em dois períodos: o da oposição ao regime autoritário e o das transformações das instituições jurídico-políticas na transição para a democracia[224].

No primeiro período, que compreende as décadas de 1960 e 1970, na América Latina e particularmente no Brasil, os advogados que adotavam uma postura diferente da prática jurídica convencional e se comprometiam politicamente assumiam pelo menos três funções: buscavam impedir torturas e desaparecimentos, assegurar liberdades públicas e defender direitos humanos dos perseguidos pelo regime; tentavam explicitar a ilegitimidade da legislação autoritária e discriminatória; procuravam compatibilizar reivindicações locais e imediatas da população marginalizada com demandas nacionais de longo prazo (modificação do regime político).

Luiz Otávio. Advocacia e lutas emancipatórias: o que há de político na advocacia?. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 08, n.1, p. 507-555, 2017, p.

[224] FALCÃO, Joaquim. Democratização e os serviços legais. *In:* **Anais do 9º Encontro da ANPOCS**. P. 8-9. Disponível em: https://www.anpocs.com/index.php/encontros/papers/9-encontro-anual-da-anpocs/gt-10/gt15-8/6095-joaquimfalcao-democratizacao/file. Acesso em: 21 set. 2018.

Nesse contexto, Joaquim Falcão assinalava quatro diferenças entre os serviços legais inovadores na América Latina e aqueles prestados pelas *public interest law firms* e pelas *law clinics*[225]. Em primeiro lugar, ele afirmava que, na América Latina, diferentemente dos países ditos desenvolvidos, não se tratava de defender os interesses de uma minoria de desfavorecidos, mas sim os interesses da maioria dos cidadãos, que se viam alijados do poder econômico e à margem dos direitos mais comezinhos. Além disso, naquele momento, não era uma questão apenas de implementação de leis que não estariam sendo cumpridas. Por aqui, era preciso ainda mudar as leis, reconhecer legalmente os direitos humanos, "legalizar diferentemente", "reorientar a atuação do Estado", "mudar o regime político", para usar as palavras do próprio Falcão. A terceira diferença dizia respeito ao funcionamento do Judiciário. Não bastava o aperfeiçoamento das instâncias judiciais, com criação de mecanismos de acesso à justiça. Em nossa região, era preciso mudar a estrutura mesma do sistema de justiça, que estava alinhada aos comandos do Executivo, com pouca autonomia. Por fim, a quarta diferença, na opinião de Joaquim Falcão, seria concernente à formação dos advogados, que precisariam aqui apresentar aptidões extra-legais como as de negociação e liderança política e de facilitação e de estímulo à organização comunitária[226].

Existiam mesmo particularidades que tornavam mais complexa a atuação politizada da advocacia no Brasil. Falcão, ainda no texto aqui salientado, qualificava essas particularidades como dois paradoxos. O primeiro correspondia à própria aplicação do Direito. Como existiam diversas leis de cunho eminentemente autoritário, que respaldavam, por exemplo, o cerceamento de defesa e as prisões arbitrárias, a atuação jurídica havia de ser, em muitos casos, contra a lei. Ademais, já nesse momento, apresentava-se um outro paradoxo: os serviços legais precisavam ser extra-judiciais, pois o funcionamento do Judiciário era caracterizado, nas palavras de Falcão, por uma "inteira submissão" e por uma "idolatria acrítica do Poder", por não possuir uma "atitude criativa", por uma "mecânica implementação da lei estatal" e, por fim, por ser adepto de um "neutralismo pseudamente científico do positivismo jurídico dogmático"[227].

Falcão já percebia o dilema entre a atuação individualizada e a coletiva. Ainda que as violações aos direitos humanos fossem frequentemente individualizadas, ele considerava que

---

[225] FALCÃO, Joaquim. ***Op. Cit.*** p. 7-8.
[226] *Ibidem.*
[227] FALCÃO, Joaquim. ***Op. Cit.*** p. 4-5.

a prisão de um líder político ou repressão a um movimento comunitário, por exemplo, não se restringia a um conflito localizado, o que demandava a defesa com visão mais ampla, com apoio coletivo e muitas vezes não apenas local. Como situações de cassação de direitos políticos, julgamentos parciais em tribunais militares, cerceamento de defesa se davam com base na lei autoritária do momento, a atuação desses advogados não poderia se restringir a demandas pela aplicação da lei. "Revogar a lei e mudar o regime" eram "tarefas coletivas e nacionais"[228]. A necessidade de ir além da defesa individual relacionava-se também com a percepção de que as causas das violações dos direitos humanos não eram individualizadas, mas decorrentes de políticas nacionais.

Para Laura Mandach, nesse primeiro momento, a mobilização em torno dos direitos humanos se deu sobretudo por parte de uma classe média que aderia aos movimentos por democratização. Os advogados que aproximavam a militância política da advocacia estariam, pois, atuando em defesa de seu próprio grupo social. Segundo essa autora, apenas depois de 1985 é que passa a haver um sentimento de solidariedade também com o grupo social marginalizado e os advogados tornam-se também defensores dos interesses de trabalhadores rurais, posseiros, seringueiros, povos indígenas, população carcerária, meninos de rua[229].

Essas periodizações precisam evidentemente ser relativizadas. A aproximação de alguns advogados da defesa de interesses de grupos marginalizados pode ser identificada em momentos anteriores. A atuação de Francisco Julião com as Ligas Camponesas retrocede a década de 1950, embora não se possa dizer que havia já ali uma atuação articulada de advogados[230]. Deve-se reconhecer, por outro lado, a presença de um grupo de advogados ligados a setores progressistas da Igreja Católica já na década de 1970. Boaventura de Sousa Santos alude, por exemplo, à presença de advogados vinculados à Comissão de Justiça e Paz

[228] FALCÃO, Joaquim. ***Op. Cit.*** p. 3.

[229] MANDACH, Laura D. von. Militância na cabeça, direitos humanos no coração e os pés no sistema: o lugar social do advogado popular. **Cadernos de Campo,** n. 9, Universidade de São Paulo, 2001, p. 74-75.

[230] Notas sobre a biografia desse advogado pernambucano podem ser encontradas em: PORFIRIO, Pablo Francisco de Andrade. Escritos políticos de Francisco Julião no processo de democratização do Brasil (1981-1985). **Topoi,** v. 16, n. 31, Rio de Janeiro, p. 616-640, jul.dez, 2015. Durante o regime militar, a violência contra os trabalhadores rurais agravou-se, com o respaldo das forças policiais locais. As origens mais remotas da chamada advocacia popular podem ser também identificadas nos advogados que atuavam com demandas trazidas por setores da Igreja Católica. A morte do advogado Eugênio Lyra em 1977 é emblemática da perseguição e da truculência contra os que de qualquer forma se dedicavam ao apoio às lutas no campo.

em processos de interesses de ocupantes de espaços urbanos na defesa por seu direito à moradia contra os proprietários desses espaços[231].

De qualquer sorte, fato é que até 1985 a advocacia que fugia aos padrões convencionais estava associada, sobretudo, à luta pela terra, por moradia nos centos urbanos e contra as violações de direitos humanos praticadas durante o regime autoritário. A partir de então, com a redemocratização, surgem novos desafios para a teorização e para a prática do direito, o que repercute evidentemente nos serviços legais. Joaquim Falcão destaca que a advocacia desempenhou papel fundamental também no processo de transição. Entre as possibilidades de ruptura com o regime ditatorial, prevaleceu a eleitoral, com forte influência do que ele chamou de corrente de oposição política não violenta representada pela campanha das Diretas Já, patrocinada também por advogados como Mário Sérgio Duarte, Presidente do Comitê Nacional Pró-Diretas[232].

Com a Constituição de 1988 contemplando uma série extensa de direitos, civis e políticos e também econômicos e sociais, novas perspectivas de atuação de advogados em temas de direitos humanos se abriram, movimentando a academia.

Na década de 1990, desenvolveram-se nas universidades projetos de extensão e de prática jurídica que se afastaram do modelo simplesmente reprodutor de escritórios-modelo de atendimento jurídico. Esses novos projetos se aproximavam da comunidade e dos grupos marginalizados, percebiam a realidade de forma diferente e enxergavam o direito para além do Estado. Nesse momento, um movimento ligado ao chamado direito alternativo pode ser percebido nas universidades, influenciando e sendo influenciado pelas práticas dos grupos de extensão[233]. As ideias de "Direito Insurgente" de Miguel Pressburger e de "Direito Achado na Rua" de José Geraldo Junior serão difundidas, sobretudo, nessa década[234]. Aprimora-se,

---

[231] SANTOS, Boaventura de Sousa. Lutas urbanas no Recife. *In:* SANTOS, Boaventura de Sousa. **As Bifurcações da ordem:** revolução, cidade, campo e indignação. Coimbra: Almedina, 2017, p. 291-297.

[232] FALCÃO, Joaquim. ***Op. Cit.*** p. 12.

[233] Sobre o chamado direito alternativo no Brasil, confiram-se por todos os seguintes trabalhos: ARRUDA JR., Edmundo Lime de. **Lições de direito alternativo.** São Paulo: Acadêmica, 1991; CARVALHO, Amilton Bueno de. **Direito alternativo em movimento.** 3. ed. Niterói: LUAM, 1999; CARVALHO, Amilton Bueno. **Direito Alternativo:** teoria e prática. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

[234] O Instituto de Apoio Jurídico Popular de Miguel Pressburger foi formalmente fundado em 1987. São também anteriores a 1990 as ideias de Roberto Lyra Filho a sua Nova Escola Jurídica (NAIR) de onde se extraem as bases do "Direito Achado na Rua". Contudo, é a partir da década de 90, que a difusão dessas ideias ganhará corpo e maior ressonância teórica e prática nas universidades brasileiras. Sobre o Direito Insurgente, ver: PRESSBUGER, Miguel *et al*. **Direito Insurgente:** o direito dos oprimidos. Rio de Janeiro: FASE, 1990. Sobre o Direito Achado na Rua, as publicações são vastas e estão em grande medida disponíveis em: http://odireitoachadonarua.blogspot.com/p/publicacoes.html. Por todas, confira-se a tese de doutorado de José

assim, em outros lugares do país, com o apoio da academia, o que se convencionou chamar de assessoria jurídica universitária, com os SAJUs (Serviço de Assessoria Jurídica Universitária) CAJUs (Centro de Assessoria Jurídica Universitária) ou os NAJUPs (Núcleos de Assessoria Jurídica Universitária Popular)[235].

Foi também no início da década de 1990 que os assim chamados advogados populares retomaram e introduziram novas formas de articulação. Em 1995, forma-se, por exemplo, a RENAP (Rede Nacional de Advogados Populares), destinada a consolidar uma atuação jurídica mais identificada com as demandas populares[236]. Como salienta Flávia Carlet, a RENAP surge em um contexto de aprofundamento da agenda neoliberal, com a privatização de inúmeros serviços públicos, sucateamento das universidades públicas e intensificação dos conflitos no campo e nas cidades[237].

Ainda no contexto de transição para a democracia, pouco tempo depois da promulgação da Constituição de 1988, Celso Campilongo, com o apoio do Centro de Estudos Direito e Sociedade (CEDISO), da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, realizou pesquisa sobre o perfil sociojurídico de clientes e profissionais da assistência jurídica em São Bernardo do Campo. Essa pesquisa tinha como objetivo elaborar uma tipologia geral

---

Geraldo de Sousa Jr.: SOUSA JR., José Geraldo de. Direito como liberdade: o direito achado na rua experiências populares emancipatórias de criação do direito. 2008. Tese (Doutorado) – Universidade de Brasília, 2008.

[235] Para uma história recente das assessorias jurídicas universitárias populares, ver: ALMEIDA, Ana Lia Vanderlei de. **Um estalo nas faculdades de direito:** perspectivas ideológicas da Assessoria Jurídica Universitária Popular. Tese de doutorado. João Pessoa: UFPB, 2015. Como ressalta a autora, os primeiros SAJUs de que se tem notícia são os da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, fundado em 1950, e da Universidade Federal da Bahia, fundado em 1963. Esses grupos prestavam basicamente "assistência judiciária", isto é, orientação e representação em casos individuais com a perspectiva de acesso ao Judiciário. Foram precursores dos grupos atuais e sofreram fortes intervenções e suspensão de suas atividades durante o regime militar. Nas palavras da autora: "Na década de 90, enquanto o neoliberalismo se consolidava no Brasil, a assessoria jurídica popular retomava a sua organização nas universidades, um processo de todo implicado no contexto redemocratizante daquele período". *Idem*, p. 72-73.

[236] A Revista *InSURgencias* publicou recentemente as atas do seminário que é apontado como a origem da ideia da RENAP. Cf.: REDE NACIONAL DE ADVOGADOS POPULARES. Relatório do Seminário A Proteção Jurídica do Povo da Terra (1995). **Revista InSURgencia,** Ano 2, n. 2, Brasília, p. 451-459, 2016. O evento ocorreu entre os dias 15 e 17 de dezembro de 1995 e reuniu cerca de 65 advogados convidados pelo Movimento Sem Terra (MST). Os debates giraram em torno de pautas relacionadas à reforma agrária e aos conflitos no campo. Merece registro a participação ativa de Luiz Edson Facchin, hoje ministro do Supremo Tribunal Federal. É importante esclarecer que outros agrupamentos de advogados populares antecederam à RENAP, como a AATR (Associação de Advogados de Trabalhadores Rurais) e a ANAP (Associação Nacional dos Advogados Populares).

[237] CARLET, Flavia. **Advocacia Popular:** práticas jurídicas e sociais no acesso ao direito e à justiça aos movimentos sociais de luta pela terra. Brasília: Universidade de Brasília, 2010, p. 45.

dos serviços legais e comparar dois grupos prestadores desses serviços naquela cidade[238]. Para o primeiro objetivo, foram criados os tipos-ideais de serviços tradicionais e serviços inovadores. Já para o atendimento ao segundo objetivo, foram examinadas as atividades desenvolvidas pela assessoria jurídica popular promovida pelos sindicatos e aquelas prestadas pela assistência judiciária de advogados coordenada pela Ordem dos Advogados do Brasil.

Interessa-nos aqui as qualificações que ele utiliza para a definição dos tipos ideais. Como o próprio Campilongo reconhece, pouco há de original na sua tipologia, que foi baseada, entre outros, nos trabalhos de Fernando Rojas Hurtado e Joseph Thome, que foram consultados e serão aqui também mencionados[239]. Como dito, a tipologia diferencia duas grandes espécies de serviços legais, que na falta de melhor nome, foram por ele categorizadas como serviços legais *tradicionais* e serviços legais *inovadores*. Elas foram classificadas conforme dez critérios que serão a seguir melhor examinados.

Em primeiro lugar, os tipos de serviços legais foram analisados segundo uma lógica de assistência mais **individualizada** ou mais **coletiva**. Os modelos tradicionais privilegiam um atendimento individual, enquanto os mais inovadores destinam seus esforços, especialmente, para os casos de interesse coletivo. Contrapõe-se a solidariedade à lógica da competição[240]. Claro está que a diferenciação referida entre atendimento individualizado ou coletivo não significa que os serviços legais não tradicionais simplesmente não prestem o atendimento do indivíduo. A diferença está na forma de encarar os problemas jurídicos (de forma atomizada ou contextualizada), o que implica em direcionar os esforços e recursos para priorizar o atendimento individual em detrimento do coletivo ou buscar maior equilíbrio entre eles.

Além disso, Campilongo comparou os serviços legais também de acordo com uma postura mais paternalista ou mais preocupada com a organização e a autonomia das pessoas atendidas. Os serviços tradicionais são caracterizados por um perfil assistencialista, voltado para uma população considerada "carente", o que confere ao trabalho do advogado um atributo quase caritativo. Já os serviços inovadores buscam a conscientização e a organização da comunidade de cidadãos para a qual exerce suas funções. Há um trabalho de

---

[238] CAMPILONGO, Celso Fernandes. Assistência jurídica e advocacia popular: serviços legais em São Bernardo do Campo. *In:* **O Direito na Sociedade Complexa.** São Paulo: Saraiva, 2011, p. 18. A pesquisa de campo foi realizada em 1990 e os resultados publicados em 1991, no v. 315, da Revista Forense.
[239] *Idem,* p. 21.
[240] *Idem,* p.

esclarecimento e de fortalecimento da coletividade para a autodefesa de seus direitos[241]. Para facilitar a identificação dessa característica, poderíamos falar aqui de "empoderamento", um neologismo não utilizado por Campilongo, mas que expressa bem a ideia contrária à de paternalismo ou de assistencialismo.

Esse também é um bom critério diferenciador e relaciona-se com toda a simbologia e a gramática adotada no serviço prestado aos cidadãos. Assistidos, necessitados, hipossuficientes ou pessoas carentes são apenas algumas das expressões tradicionalmente utilizadas para qualificar o cidadão que é o titular do serviço legal. Essas expressões revelam mesmo o caráter assistencialista e paternalista de muitos desses serviços. Concordamos, pois, também com o uso desse critério, que está estreitamente vinculado aos próximos dois, razão pela qual trataremos deles no mesmo tópico.

A adoção de uma relação hierarquizada entre advogados e clientes é típica também dos serviços legais tradicionais. Esse aspecto é discutido por Campilongo ao tratar da dualidade apatia/participação. Na sua visão, nos serviços tradicionais, resta aos clientes comportar-se de forma apática e passiva. A indumentária e o vocabulário utilizado também contribuem para reforçar essa hierarquia. Já os serviços legais inovadores pressupõem um entrosamento diferenciado entre advogado e o cidadão atendido, uma relação horizontal e de coordenação, na qual o demandante adota uma postura "reivindicante e participativa" e o advogado um "linguajar e uma indumentária despojados"[242].

Esse critério diferenciador relaciona-se com o seguinte, por meio do qual Campilongo distingue a postura de mistério e a de desencantamento. Os serviços tradicionais reforçam uma aura mística do direito, inalcançável ao comum dos mortais. Incumbe ao advogado "mostrar o caminho"[243]. Já os serviços inovadores procuram "romper com essa sacralização"[244], por meio da educação jurídica popular e do estímulo à capacitação da comunidade para a autodefesa. Citando Boaventura de Sousa Santos, Campilongo afirma que

---

[241] Nas palavras do próprio Campilongo: "a posição de classe ou a pobreza do cliente, se bem que desempenhando um papel essencial, não podem ser tomadas como critérios exclusivos de definição de prioridades de uma tipologia inovadora dos serviços legais". Cf.: CAMPILONGO, Celso Fernandes. Assistência jurídica e advocacia popular: serviços legais em São Bernardo do Campo. *In:* **O Direito na Sociedade Complexa.** São Paulo: Saraiva, 2011, p. 24.

[242] Vale mais uma vez a citação direta: "a gravata, o palavreado difícil, a sala acarpetada, o problema constrangedor, os livros e autoridade técnica do bacharel determinam o lugar de quem fala e de que ouve". CAMPILONGO, Celso Fernandes. Op. Cit. *p. 25.*

[243] CAMPILONGO, Celso Fernandes. Assistência jurídica e advocacia popular: serviços legais em São Bernardo do Campo. *In:* **O Direito na Sociedade Complexa.** São Paulo: Saraiva, 2011, p. 27.

a superação da epistemologia da ciência moderna permite o estabelecimento de uma relação comunicativa horizontal entre saberes diversos (o pretensamente científico e o popular)[245].

Essa dessacralização do direito conduz à ampliação das estratégias pensadas para a solução dos conflitos. A ampliação não significa que os serviços tradicionais adotam a via legal, e os serviços inovadores o extralegal. Estes últimos também se valem, na concepção de Campilongo, de um "uso alternativo do direito". A diferença está no modo politizado ou meramente tecnicista como as vias legais são utilizadas. Enquanto os serviços tradicionais valorizam um direito autônomo em relação à política e uma racionalidade formal, os inovadores lançam mão frequentemente de uma politização das demandas. Buscam conscientizar-se de que os conflitos não apresentam apenas natureza jurídica, mas estão muitas vezes relacionados com a política e a economia, de modo que se mostra necessário compreendê-lo de forma articulada[246].

O papel ampliado do advogado é discutido também na contraposição entre a função de controle dos litígios e de explosão do litígio. A divisão pretendida por Campilongo não está aí muito clara. Ele aponta que tradicionalmente os serviços de aconselhamento jurídico teriam uma função de controle social, devendo a orientação jurídica servir para desencorajar o ajuizamento de demandas por parte dos mais pobres. Essa função limitadora teria sido alterada a partir da década de 1960, quando a assistência legal teria passado a assumir um papel de igualização no acesso à justiça. As crises econômicas e sociais que se seguiram teriam, então, provocado uma explosão de litígios. Nesse contexto, Campilongo atribui aos serviços inovadores a função – no mínimo paradoxal – de "enriquecer os litígios e buscar novas formas de demandas", o que implicaria, de um lado, "uma combinação entre o aumento da litigiosidade e, de outro, o desenvolvimento de mecanismos inéditos de revitalização das lides jurídicas"[247].

---

[244] *Ibidem.*

[245] *Ibidem.*

[246] Nas palavras de Campilongo: "O Judiciário é apenas um dos *locus* de atuação dos serviços legais. [...] Podem mobilizar recursos para além da arena judicial, especialmente no nível legislativo e administrativo". CAMPILONGO, Celso Fernandes. Assistência jurídica e advocacia popular: serviços legais em São Bernardo do Campo. *In:* **O Direito na Sociedade Complexa.** São Paulo: Saraiva, 2011, p. 30.

[247] CAMPILONGO, Celso Fernandes. Op. Cit. p. 32. Essa avaliação precisa ser apreciada com algumas ressalvas. Em primeiro lugar, os advogados que atuam nos serviços tradicionais costumam ser remunerados por atos processuais e ganham mais com ações ajuizadas que com mero aconselhamento. É pouco provável, portanto, que não contribuam também eles para o aumento da litigiosidade. Ademais, os serviços inovadores, desencantados com o direito, podem também acabar exercendo uma função de controle das demandas. A diferença que pode ser vislumbrada sob esse critério da litigiosidade refere-se à formação dos profissionais: os

Outra diferenciação apresentada por Campilongo refere-se à monocultura jurídica ou a um multiprofissionalismo no atendimento das questões apresentadas aos serviços legais. Os mais tradicionais limitam-se ao conhecimento jurídico e as suas estruturas costumam ser compostas apenas por advogados. Os serviços inovadores contam com equipes multiprofissionais. Como os problemas jurídicos são contextualizados de forma mais ampla, a perspectiva do advogado não é a única capaz de resolvê-los, demandando-se saberes multidisciplinares[248].

O oitavo critério diferenciador refere-se à natureza das demandas (clássicas ou de impacto social). Os serviços tradicionais por prestarem um atendimento preponderantemente atomizado, individualizado, atraem demandas dessa natureza e não estimulam uma conscientização coletiva ou comunitária dos problemas jurídicos enfrentados por cada um dos cidadãos. São separações e divórcios, despejos, reclamações trabalhistas, ações de cobrança e de danos materiais ou morais. Os serviços inovadores, na leitura de Campilongo, buscam contribuir para a afirmação do espírito comunitário e, por isso, não é incomum lidarem com demandas com interesses transindividuais. Estes serviços legais interessam-se pela perspectiva dos usuários e buscam compreender seus problemas jurídicos, mesmo quando individuais, em um contexto mais amplo[249]. É aqui que se verificaria, por exemplo, um maior recurso ao chamado litígio estratégico, ferramenta que esclareceremos nos tópicos seguintes.

Campilongo divide, ainda, os serviços legais segundo adotem o que chamou de uma ética utilitária ou comunitária. Ele relaciona a primeira com os serviços tradicionais, que funcionariam segundo a lógica da economia de mercado, fundados no individualismo e na incompatibilidade entre liberalismo, democracia e Estado de Bem-Estar Social. Já os serviços legais inovadores adotariam uma lógica de coletivismo, solidariedade e intervenção estatal, buscando compatibilizar aqueles três valores[250].

---

tradicionais, voltados para o litígio; os mais novos, voltados para soluções negociadas e conciliatórias, quando possível.

[248] CAMPILONGO, Celso Fernandes. Assistência jurídica e advocacia popular: serviços legais em São Bernardo do Campo. *In:* **O Direito na Sociedade Complexa.** São Paulo: Saraiva, 2011, p. 32-33. O autor bem exemplifica sua visão com uma questão comum à vida dos cidadãos excluídos que é a regulamentação de loteamentos nas periferias das grandes cidades. Nesses casos, o conhecimento jurídico não basta. Sociólogos, arquitetos, engenheiros, urbanistas, assistentes sociais, entre outros, têm muito a contribuir nessas demandas. Podemos citar também os casos que envolvem o reconhecimento do direito ao território de comunidades (ditas) tradicionais, como indígenas e quilombolas.

[249] CAMPILONGO, Celso Fernandes. Op. Cit. p. 33-34.

[250] *Idem.* p. 35. O autor não deixa claro, contudo, qual seria o papel do Estado nessa ética comunitária. Primeiramente, como mencionado no texto ele afirma que os serviços legais inovadores acolheriam

Por último, o menos desenvolvido dos critérios de distinção categoriza os serviços legais segundo tenham por objetivo maior a certeza jurídica ou a justiça. A busca pela certeza jurídica, patrocinada pelos serviços tradicionais, deve-se, na visão de Campilongo, a um "apego à letra da lei, aos formalismos e à observância estrita dos meios". Já os serviços inovadores se aproximariam de uma posição que busca a obtenção do consenso e uma maior compatibilidade na relação entre cidadão e Estado[251].

Podemos, pois, resumir as características dos serviços legais inovadores segundo a tipologia de Celso Campilongo do seguinte modo: uma atuação com perspectiva coletiva (1), que trabalha mecanismos de empoderamento dos interessados (2), conferindo-lhes oportunidade de participação efetiva nos rumos das ações apresentadas (3), através de uma simplificação desencantadora do linguajar e da lógica jurídica (4) e de ferramentas extralegais de intervenção político-jurídicas (5), garantindo acesso ao Judiciário e a outras formas de resolução do litígio (6), com equipes multiprofissionais (7), que privilegiam demandas de maior impacto social (8), estimulam uma ética comunitária (9) e uma interpretação criativa do Direito em busca de justiça social (10).

Eliane Junqueira identifica esses serviços legais inovadores especialmente na atuação dos advogados populares no Brasil. Para ela, é a advocacia popular no Brasil que "assume explicitamente um projeto de transformação social que pressupõe a utilização não só dos instrumentos clássicos de defesa dos direitos – ou seja da própria ordem jurídica – mas também mecanismos mais claramente politizados"[252]. Como nosso objetivo era identificar justamente o que de novo poderia ser encontrado no campo da defesa criminal ou na oposição às políticas que conduzem ao encarceramento em massa, voltamos nosso olhar para o conjunto dos grupos de advogados populares e de assessoria jurídica popular com atuação nesse campo.

Diante do caráter hermético, tecnicista e complexo de que se revestiu o saber jurídico, os serviços legais inovadores poderiam funcionar como responsáveis pelo *trabalho de*

---

positivamente a ideia de intervenção do Estado, inclusive, como contraposição à lógica da economia de mercado. Contudo, em seguida, ele afirma que: "disso resulta um conjunto de práticas jurídicas libertárias, antiestatizantes e que redundam num alargamento do acesso à justiça". Cf. CAMPILONGO, Celso Fernandes. Op. Cit p. 35. Não se sabe, pois, se os serviços legais inovadores, na visão desse autor, são favoráveis ou não à intervenção estatal.

[251] CAMPILONGO, Celso Fernandes. Op. Cit. p. 36.

[252] JUNQUEIRA, Eliane. Los abogados populares: en busca de una identidade. **Revista El Otro Derecho,** n. 26-27, abr., p. 193-226, Bogotá, 2002, p. 195.

tradução nas *zonas de contacto* com os movimentos sociais. Como vimos na primeira parte desta pesquisa, para Boaventura de Sousa Santos, o *trabalho de tradução* visa evitar justamente o desperdício de experiências por meio da construção de novas e plurais formas de emancipação social, criando uma constelação de saberes e práticas fortes e credíveis que permitam a disputa concreta das expectativas políticas por meio de alternativas realizáveis.

Para esse trabalho de tradução, é fundamental ter uma preocupação com a linguagem e com o desencantamento do Direito. O *trabalho de tradução* não é uma via de mão única. Não se trata de um monólogo em que uma pessoa detém o conhecimento e a outra não. O pressuposto do trabalho de tradução na perspectiva de Sousa Santos é exatamente o reconhecimento da insuficiência e da incompletude dos saberes, inclusive do saber jurídico, o que conduz aos dois lados buscarem o diálogo nas *zonas de contacto.* É aí onde pode ocorrer a troca e o compartilhamento de saberes e experiências.

A nossa hipótese é a de que organizações de serviços legais passaram a utilizar no Brasil com maior frequência ferramentas próprias da advocacia de interesse público com influências da prática jurídica norte-americana, especialmente do chamado litígio estratégico. De fato, a advocacia de interesse público contempla, hoje, formas diversas de mobilização jurídica por parte da sociedade civil e de entidades de defesa de direitos humanos, podendo ser citados como exemplos os seguintes mecanismos de atuação: *advocacy* no legislativo, litígio estratégico, educação em direitos, campanhas de mobilização pela proteção de direitos, pesquisas e divulgação de dados sobre violações de direitos humanos[253].

Por *advocacy*, entendemos o processo de apresentação de razões (jurídicas, sociais, políticas ou econômicas) para o acolhimento de uma proposta legislativa ou de uma pretensão judicial ou, ainda, para o direcionamento de uma determinada política pública. Ela envolve também o acompanhamento e monitoramento dessas ações no Legislativo, no Judiciário ou

---

[253] Marta Villarreal define as ferramentas que podem ser utilizadas na advocacia de interesse público: "*el Derecho de Interés Público tiene plena conciencia de que el litigio estratégico es sólo una de las herramientas legales disponibles, ya que para la consecución de sus objetivos, además del litigio estratégico, figuran el cabildeo legislativo y ante el Ejecutivo, utiliza campañas de difusión de derechos y concientización, procura la accesibilidad del derecho para todos, investiga, documenta, analiza, capacita, coopera, organiza, denuncia públicamente en las esferas local o internacional, gestiona con las autoridades, media. En pocas palabras, el Derecho de Interés Público utiliza todas las herramientas jurídicas a su alcance para lograr un cambio estructural en beneficio de toda la sociedad*". VILLARREAL, Marta. El litigio estratégico como herramienta del derecho de interés público. *In:* MATUS, Fabián Sánchez. **El litigio estratégico em México:** la aplicación de los derechos humanos a nível práctico. Experiencias de la sociedade civil. Cidade do México: OACNUDH, 2007, P. 21

em órgãos do Executivo e o exercício de pressão política no sentido da aprovação da proposta desejada ou para a rejeição daquelas não pretendidas.

A educação em direitos está fundada na ideia de formação cidadã, em uma educação como prática da liberdade, que se direcione à autonomia dos sujeitos, suas histórias e os seus contextos de vida.

As campanhas de mobilização podem se dirigir à difusão do pensamento sobre os direitos humanos ou sobre uma determinada tese relacionada com esse tema, ou pode, ainda, tomar a forma de protestos nas ruas como modo de chamar a atenção e pressionar as instâncias de poder.

É comum, ademais, que as próprias entidades de defesa de direitos promovam estudos e realizem pesquisas sobre violações de direitos humanos, destinados a produzir dados sobre realidades normalmente ocultadas e denunciar a ocorrência dessas práticas, dando visibilidade a temas que, em geral, não são objeto de pesquisa na academia. As informações produzidas servem, ainda, para subsidiar as demais ações estratégicas.

Nesta cartografia, desejamos verificar especificamente se há mesmo a utilização do litígio estratégico em matéria penal. Tratemos, pois, com maior detalhamento, desse instrumento de advocacia de interesse público.

3.3 O ATIVISMO JURÍDICO E O USO DO LITÍGIO ESTRATÉGICO EM DIREITOS HUMANOS

3.3.1 O conceito de ativismo jurídico e as origens do litígio estratégico na América Latina

Vimos que existem formas diversas de definir ação de advogados que promovem os interesses de grupos sociais minoritários e de movimentos sociais. Considerando as expressões até aqui utilizadas, poderíamos afirmar que a ideia de serviços legais é a mais ampla, já que contempla tanto a ação de advogados como a de outras entidades ou órgãos que de alguma forma prestam serviços relacionados a demandas legais. Membros do Ministério Público, por exemplo, que não se consideram propriamente advogados, prestam serviços legais. Os serviços legais podem ser realizados individualmente e de forma tradicional ou

coletivamente e de modo inovador. Nesse último caso, o conceito se aproxima da ideia de advocacia de interesse público.

Em relação ao conceito de advocacia de interesse público, observamos que ele se define mais pelo conteúdo das causas patrocinadas que pela forma de atuação. Verificamos também que nele estão compreendidos tanto os órgãos públicos de litígio como os privados.

Para nos referirmos especificamente às entidades que prestam serviços legais, do tipo inovador, com exclusão dos órgãos públicos de litígio, precisaríamos, assim, de um conceito menos amplo. No Brasil, a expressão que mais se aproximaria dessa ideia seria "advocacia popular". Historicamente, são os advogados populares que têm prestado serviços legais do tipo inovador para os grupos sociais marginalizados.

Em nossa cartografia, no entanto, identificamos como entidades que prestavam serviços legais em favor do desencarceramento a participação de institutos jurídicos formados por advogados que têm escritórios particulares e que atuam no seu dia-a-dia para clientes de elevado poder aquisitivo. Esses advogados não poderiam ser qualificados como advogados populares, mas desempenham um papel importante na mobilização dos tribunais em favor de causas de interesse público.

Necessitávamos, pois, de uma categoria conceitual que expressasse uma forma particular e politicamente consciente de prestar serviços legais em temas de interesse público que contemplasse tanto advogados populares como ONGs, associações de advogados particulares ou institutos jurídicos.

O conceito que mais se aproximaria da categoria que buscávamos foi justamente o de ativismo jurídico. Uma expressão semelhante foi utilizada por Cecília Macdowell, em pesquisa na qual ela buscava observar a mobilização de tribunais internacionais de direitos humanos. Nas palavras dela, o ativismo jurídico transnacional seria:

> um tipo de ativismo focado na ação legal engajada, através das cortes internacionais ou instituições quase judiciais, em fortalecer as demandas dos movimentos sociais; realizar mudanças legais e políticas internas; reestruturar ou redefinir direitos; e/ou pressionar os Estados a cumprir as normas internacionais e internas de direitos humanos[254].

[254] MACDOWELL, Cecília. Ativismo jurídico transnacional e o Estado: reflexões sobre os casos apresentados contra o brasil na comissão interamericana de direitos humanos. **SUR-Revista Internacional de Direitos Humanos,** N. 7, ano 4, 2007, p. 28. A autora esclarece ainda que: "o ativismo jurídico transnacional pode ser visto como uma tentativa não simplesmente de remediar abusos individuais, mas também de (re)politizar ou (re)legalizar a política de direitos humanos ao provocar as cortes internacionais ou sistemas quase judiciais de

O ativismo jurídico pode também se limitar ao espaço nacional ou ser transescalar, isto é, ter atuação nos níveis local, regional, nacional e internacional. No que se refere à forma de atuação, o ativismo jurídico que observamos incorpora os métodos de atuação típicos daquilo que Celso Campilongo qualificou como serviços legais inovadores e também mecanismos de litígio estratégico, de *advocacy* e de atuação em rede.

O ativismo jurídico envolve, assim, uma atuação politicamente consciente e que almeja a produção de impacto em questões estruturais ligadas aos direitos humanos. Como veremos, as experiências internacionais de ativismo jurídico têm lançado mão de um modo específico de mobilização dos tribunais: a litigância estratégica. A nossa hipótese é de que também no Brasil as entidades que estão empreendendo formas de ativismo jurídico contra o encarceramento em massa utilizam tais ferramentas. Como se trata de um modo específico e ainda pouco estudado no Brasil de litigância judicial, dedicaremos um espaço mais largo para a sua definição.

O litígio estratégico, que também pode ser chamado de litígio de impacto, litígio paradigmático ou litígio de caso-teste, pode ser entendido, em um sentido mais amplo, como o mecanismo que "busca, por meio do uso do judiciário e de casos paradigmáticos, alcançar mudanças sociais" [255]. Essas mudanças poderiam ocorrer pela modificação da jurisprudência dos tribunais ou pela formação de novos precedentes, que sirvam de estímulo para alterações legislativas ou que interfiram efetivamente no controle, na concepção e na execução de políticas públicas. O conceito mais amplo permite maior abrangência de estratégias de intervenção no Judiciário, mas não possibilita uma distinção entre as hipóteses de construção proativa do caso e de intervenção em casos já previamente judicializados sem maior planejamento estratégico.

Por outro lado, é possível conceber o litígio estratégico em um sentido mais estrito. Nessa linha, ele poderia ser entendido como a capacidade de selecionar um caso de alto impacto público, em situações que afetam recorrentemente muitas pessoas ou toda uma coletividade, dando início a um litígio judicial com intuito de obter mudança social por meio

---

direitos humanos e levá-los a agirem diante das arenas jurídicas e políticas nacionais e locais. As estratégias do ativismo jurídico transnacional estão situadas histórica e politicamente. Por isso, elas devem ser objeto de pesquisa empírica" *Ibidem.*

[255] CARDOSO, Evorah Lusci Costa. **Litígio estratégico e sistema interamericano de direitos humanos**. Belo Horizonte: Forum, 2012, p. 41.

da adoção, criação ou modificação de políticas públicas ou ainda por meio de mudanças incidentes sobre a legislação, sobre a conduta de autoridades públicas ou ainda sobre o comportamento da própria sociedade[256].

Esse conceito mais restrito contempla aspectos significativos que distinguem o litígio estratégico das formas tradicionais de solução de conflitos de interesses no Poder Judiciário.

Em primeiro lugar, salienta-se a escolha estratégica do caso que será judicializado e que se pretende como paradigma para outros casos. A seleção precisa ser cuidadosa e levar em consideração o maio grau de aceitabilidade ou de sensibilidade que o caso provocaria nas instâncias originárias, se houver um objetivo mais urgente, ou nas cortes superiores se o objetivo for de longo prazo. Além disso, como a midiatização do caso é uma estratégia recorrente para conferir visibilidade à questão social que ele representa, há de se levar também em conta a possibilidade de repercussão positiva ante o público.

Esse conceito mais estrito também explicita a dimensão coletiva ou transindividual da litigância. No lugar de dirigir os esforços para a satisfação de interesses meramente individuais, o litígio estratégico se volta para casos que possam ter também um impacto além do indivíduo, atendendo a interesses de um grupo determinado de pessoas em uma mesma situação jurídica ou de toda uma coletividade difusamente.

São mesmo várias as formas de definir o que seria o litígio estratégico, a sua importância para os movimentos sociais e quais as formas de exercê-lo. Há definições como a de Raquel Yrigoyen[257] que se concentram no objeto do litígio: a proteção de direitos humanos ou o interesse público. É nesse sentido também a conceituação apresentada por Juan Carlos Gutiérrez Contreras e outros, no guia, aqui já referido, que elaboraram por intermédio da *Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos* (CMDPDH):

> O litígio estratégico em direitos humanos se compõe de ações de atividade judicial destinadas a garantir a justiciabilidade dos direitos humanos perante as instâncias nacionais ou internacionais com o fim de avançar na modificação estrutural das

[256] Esse conceito mais estrito, com algumas adaptações, foi extraído do pensamento de César Duque. Cf. DUQUE, César. Por qué un litígio estratégico en derechos humanos? ***Aportes Andinos,*** 35, dez., 2014, p. 10.

[257] "*El litígio estratégico en derechos humanos es parte del ejercicio del derecho de acceso a la justicia, y tiene como objetivo final el cumplimiento efectivo de los derechos humanos, ordenado por instancias de justicia nacionales o internacionales*". YRIGOYEN, Raquel *apud* CORAL-DÍAZ, Ana Milena; LONDOÑO-TORO, Beatriz; MUÑOZ-ÁVILA, Lina Marcela. ***Op. Cit.***p. 53.

> normas e procedimentos de direito interno, de modo a abarcar com um caso ou situação pontual um câmbio legal com implicações sociais extensas[258].

Embora a litigância estratégica esteja comumente associada a outras formas de ação coletiva com projeção social (*advocacy*, campanhas de difusão/publicidade, pesquisas de capacitação, protestos de rua etc) ela não pode ser com essas confundida. A diferença está justamente nos instrumentos propriamente jurídico-processuais utilizados e no campo de atuação: os tribunais[259].

Há, ainda, um segundo grupo de conceitos que se concentram nos resultados de alto impacto do litígio estratégico. Essas definições associam o litígio judicial à pretensão de obter a adoção, o impulso, a modificação ou a criação de uma política pública[260]. Como instrumento jurídico-processual que pretende impactar políticas públicas, o litígio estratégico poderia, assim, ser também compreendido como ferramenta para fins políticos diversos. Nada impediria, por exemplo, que estratégias semelhantes de mobilização do Poder Judiciário nacional fossem utilizadas no sentido de impactar políticas públicas em direções opostas. É possível imaginar, por exemplo, a hipótese de que grupos ligados aos direitos das vítimas pretendam a elevação da punitividade de uma determinada conduta, de um lado, e grupos anti-cárcere defendam, de outro lado, a não utilização do direito penal para a tutela dos bens jurídicos em questão.

A atuação nos tribunais tem, entre outras, a função de conformar o sentido que se deseja atribuir aos princípios que asseguram direitos humanos. Balkin e Siegel destacam, por exemplo, o papel relevante dos movimentos sociais para provocar mudanças na interpretação

---

[258] Tradução livre de: "*El litigio estratégico en derechos huma-nos se compone de acciones de actividad judicial encaminadas a garantizar la justiciabilidad de los derechos huma-nos ante las instancias nacionales o internacionales cuyo fin es avanzar en la modificación estructural de las normas y procedimientos del derecho interno, a efectos de abarcar con un caso o situación puntual un cambio legal con implicaciones sociales extensas".* Cf.: CONTRERAS, Juan Carlos Gutiérrez (coord.). **Litigio estratégico en derechos humanos:** modelo para armar. México: CMDPDH, 2011, p. 13.

[259] A metáfora com o futebol é mais uma vez inevitável e foi utilizada também por Marta Villarreal: "*Así como el jugador profesional de futbol requiere de pastos y el basquetbolista de canasta, el litigante estratégico no puede renegar de su propia cancha: los tribunales*". VILLARREAL, Marta. El litigio estratégico como herramienta del derecho de interés público. *In:* MATUS, Fabián Sánchez. **El litigio estratégico em México:** la aplicación de los derechos humanos a nível práctico. Experiencias de la sociedade civil. Cidade do México: OACNUDH, 2007, p. 17.

[260] "*La tendecia actual em el movimento de derechos humanos internacional es la generación no sólo de un litigio, sino de 'litigio estratégico', principalmente en el ámbito nacional, como búsqueda y promoción de cambio social mediante la adopción, impulso, creación o modificación de políticas públicas en la matéria".* SANCHEZ, CORAL-DÍAZ, Ana Milena; LONDOÑO-TORO, Beatriz; MUÑOZ-ÁVILA, Lina Marcela. ***Op. Cit.***p. 53.

de princípios constitucionais. Para eles, os princípios são inteligíveis e dotados de normatividade apenas enquanto pressupõem um certo consenso sobre casos paradigmáticos, práticas e áreas da vida social sobres os quais eles seriam aplicáveis apropriadamente. Os princípios sempre vêm com uma cena regulatória imaginada (ou um horizonte de expectativas) que permitem que eles façam sentido para um conjunto significativo de pessoas. É aí que, na visão dos autores, a "contestação política desempenha um papel importante em reformar entendimentos sobre o sentido e a aplicação dos princípios constitucionais"[261].

O litígio estratégico se desenvolve, pois, como um método apropriado para a advocacia de interesse público particularmente em temas ligados a direitos humanos.

Em revisão bibliográfica sobre o tema, a partir de publicações na América Latina, entre os anos de 1990 e 2010, Coral-Díaz, Londoño-Toro e Muñoz-Ávila identificaram que, por aqui, o desenvolvimento conceitual e prático do litígio estratégico foi promovido especialmente por organizações não-governamentais (ONGs) e, nas universidades, por meio das clínicas jurídicas ou de direitos humanos, também conhecidas como *clínicas de interés público*[262].

As organizações pioneiras seriam o *Centro de Estudios Legales e Sociais* – CELS, da Argentina; o *Instituto Latinoamericano para uma Sociedad y un derecho Alternativos* – ILSA, da Colômbia; e a *Comisión Andina de Juristas,* do Peru[263]. Essas ONGs teriam papel destacado na mudança das estratégias de ações com projeção social, deixando de lado as meras comunicações públicas de violação dos direitos humanos para utilizar, com predominância cada vez maior, mecanismos legais no plano nacional e, especialmente, no plano internacional.

As clínicas de direitos humanos ou de interesse público, por sua vez, foram disseminadas na região, em uma primeira etapa, entre 1960 e 1990, particularmente por influência da Fundação Ford, que buscava replicar aqui os programas clínicos desenhados

---

[261] BALKIN, Jack M.; SIEGEL, Reva B. Principles, practices and social movements. **University of Pennsylvanina Law Review,** Pensilvânia, v. 154, p. 927-950,2006, p. 928.

[262] CORAL-DÍAZ, Ana Milena; LONDOÑO-TORO, Beatriz; MUÑOZ-ÁVILA, Lina Marcela. El concepto de litigio estratégico en América Latina: 1990-2010. **Vniversitas Bogotá,** n. 121, p. 49/76, jul./dez. 2010, p. 71.

[263] CORAL-DÍAZ, Ana Milena; LONDOÑO-TORO, Beatriz; MUÑOZ-ÁVILA, Lina Marcela. ***Op. Cit.*** P. 55. De fato, o CELS e o ILSA foram fundados, segundo a descrição de suas respectivas páginas na internet, no fim da década de 1970. A Comissão Andina de Juristas foi criada no início da década de 1990. Embora não mencionada pelas autoras, nesse mesmo período, merece destaque também a criação do Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL, em sua sigla em inglês).

para as universidades norte-americanas[264]. As diferenças evidentes entre as matrizes dos dois sistemas jurídicos (o *common law* norte-americano e o *civil law* latino-americano), por óbvio, constituíam um obstáculo à mera importação dessa metodologia. O fracasso inicial não impediu, contudo, que as clínicas de direitos humanos se desenvolvessem por aqui a partir da década de 1990, agora, com uma inspiração um pouco distinta[265].

Constituiu-se, assim, sob a coordenação da Universidade Diego Portales, no Chile, a *Red Latinoamericana de Clínicas Jurídicas,* com uma aliança entre universidades da Argentina (Universidade de Buenos Aires, por exemplo), do Peru, (a Universidade Católica do Peru), da Colômbia (Universidade de Los Andes); México (Universidade Iberoamericana e Nacional de Tucumán) e Equador (Universidade San Francisco de Quito). De acordo com a definição que essa rede adota, uma característica fundamental dessas clínicas de interesse público seria a de que elas "*trabajan sus casos com base en el modelo de litigio estratégico*"[266].

Elas consideram que essa classe de litígio pretende assegurar o êxito de um processo por meio da "*elaboración de planes o programas y la organización de determinados medios, que permitan la defensa de derechos humanos amenazados o vulnerados*"[267]. As clínicas da rede utilizariam cinco grupos de estratégias: jurídica, social, política, educativa e de segurança. Na jurídica, identificam as ações e os direitos aplicáveis assim como os sujeitos que são os titulares dos direitos ameaçados. Na social, buscam a construção do

---

[264] Esses programas foram inspirados na metodologia pensada por Jerome Frank no início do século XX. Influenciada pelo realismo norte-americano, a proposta dele estava voltada a buscar um ensino jurídico fundado na prática real, no estilo das faculdades de medicina. Cf.: CONTRERAS, Juan Carlos Gutiérrez (coord.). **Litigio estratégico en derechos humanos:** modelo para armar. México: CMDPDH, 2011, p. 9-10. Identificam-se quatro razões para a persistente influência norte-americana: as clinicas norte-americanas são o antecedente próximo das nossas; nos anos 60, a Fundação Ford apoiou com recurso financeiros esta iniciativa; a maioria dos professores clínicos na América Latina se formaram em universidades norte-americanas; no período pós-1990, fortaleceram-se alianças por meio da figura do *amicus curiae* nos tribunais nacionais e no sistema interamericano de direitos humanos. CORAL-DÍAZ, Ana Milena; LONDOÑO-TORO, Beatriz; MUÑOZ-ÁVILA, Lina Marcela. ***Op. Cit.*** P. 57

[265] Como destaca Juan Carlos Gutiérrez Contreras: "*Las clínicas del litigio de Estados Unidos sufrirán un cambio mayúsculo en 1978 tras la influyente publicación de The Lawyering Process, de Gary Bellow y Bea Moulton [...]En este sentido, las clínicas de derechos humanos e interés público son un espacio de práctica de litigio de interés público y reflexión jurídica, en el que se trabaja sobre casos reales de violaciones de derechos humanos para que a través de ellas se genere, entre estudiantes y profesionales del derecho, un mayor grado de conciencia social así como la interacción con situaciones que se están llevando a cabo en la realidad y no sólo de manera hipotética*". CONTRERAS, Juan Carlos Gutiérrez (coord.). **Litigio estratégico en derechos humanos:** modelo para armar. México: CMDPDH, 2011, p. 10.

[266] RED LATINOAMERICANA DE CLINICAS JURÍDICAS. **Litígio estratégico.** Disponível em: http://www.clinicasjuridicas.org/litigio-estrategico.htm. Acesso em: 11 jun. 2018.

[267] *Ibidem.*

reconhecimento entre esses sujeitos de que eles são verdadeiros titulares de direitos. Na política, tentam identificar as instituições que podem servir como aliadas na defesa da mesma causa. Na estratégia educativa, realizam capacitações e cursos com a comunidade sobre os direitos e sobres os possíveis mecanismos de proteção. Por fim, na de segurança, examinam-se os riscos e as ameaças de corrupção ou de intimidação que podem ocorrer[268].

Estabelecidas essas bases conceituais e o seu breve desenvolvimento recente na América Latina, vejamos, agora, as fases mais comuns nas quais se pode desenvolver a litigância dita estratégica.

3.3.2 Os momentos e os trajetos possíveis do litígio estratégico

O litígio estratégico pode se desenvolver de formas diversas. Para Marta Villarreal, a criatividade do litigante estratégico é um dos requisitos para o sucesso de sua empreitada[269]. A criatividade deve ser exercida tanto na construção das teses jurídicas, na ressignificação de institutos do Direito, como nas combinações dos mecanismos processuais e extra-processuais que serão utilizados.

A indeterminação dos caminhos possíveis de serem seguidos em um litígio estratégico não impede, contudo, que, a partir das experiências consideradas exitosas, já tenham sido traçadas linhas gerais ou etapas que comumente devem ser observadas em uma atuação estruturada. Contreras e outros, no guia elaborado com apoio da CMDPDH, aponta as seguintes etapas: conhecer a situação do conflito; buscar um plano adequado; conhecer o direito aplicável; escolher um caso paradigmático; pensar em termos de justiça[270].

Examinemos com mais vagar cada uma dessas etapas.

No primeiro momento, é necessário um trabalho de investigação e de monitoramento da situação apresentada como violadora dos direitos humanos. A compreensão do caso precisa ocorrer de modo a permitir o recolhimento de elementos concretos que possam servir mais adiante como elementos probatórios nos tribunais[271].

---

[268] *Ibidem.*

[269] VILLARREAL, Marta. ***Op. Cit.*** p. 28.

[270] CONTRERAS, Juan Carlos Gutiérrez (coord.). **Litigio estratégico en derechos humanos:** modelo para armar. México: CMDPDH, 2011, p. 26-34.

[271] CONTRERAS, Juan Carlos Gutiérrez (coord.). ***Op. Cit.*** p. 26. No tópico sobre limites e desafios do litígio estratégico apresentaremos os problemas que identificamos nessa fase crucial do litígio, especialmente quando ele é realizado por ONGs internacionais ou desvinculadas do território e da comunidade onde a violação ocorre.

Marta Villarreal indica, ainda, situações em que pode ser apropriado o uso do litígio estratégico. Para ela, tais situações seriam aquelas nas quais: as boas leis são letra morta; quando a aplicação do direito é incerta, imprevisível; quando há restrições legais para o exercício de direitos humanos; quando existem normas internacionais que podem influenciar a atuação do Estado em um sentido mais favorável aos direitos humanos[272].

Diante do diagnóstico da situação de conflito, de suas causas estruturais e dos específicos efeitos das violações, é necessário, então, planejar as estratégias de atuação. O plano de ação não pode ser o mesmo para todos os tipos de caso. Compreendidas as peculiaridades do caso, é possível refletir sobre qual o conjunto de ações que permite um maior e mais efetivo impacto. Podem ser utilizadas diversas ações paralelas às atividades propriamente judiciais como: publicações em meios eletrônicos e escritos, para difundir informações sobre o caso e ajudar a visibilizá-lo; campanhas de sensibilização; *advocacy* com os encarregados de implantar reformas legais e também com os juízes que conhecerão o caso; trabalho em equipe com outras ONGs; intervenção como *amicus curiae* etc.[273].

Um outro momento importante é o da aproximação com o direito aplicável ao caso. O litígio estratégico, por mais que se associe a instrumentos extrajudiciais, desenvolve-se, sobretudo, nos tribunais, isto é, no marco da ordem jurídica positiva. É inevitável, ou melhor, é imprescindível que os argumentos sejam apresentados também na forma do discurso jurídico, ainda que estes sejam acompanhados de dados sobre as consequências sociais das decisões. As normas jurídicas precisam servir, ao menos, como um dos estamentos dessa argumentação, ainda que se permita ou mesmo se exija um trabalho de interpretação particularmente criativo e multidisciplinar. Além do conhecimento da legislação e da jurisprudência nacionais, o litígio estratégico, no sentido aqui trabalhado, por se direcionar à proteção de direitos humanos, não pode prescindir da legislação e da jurisprudência relevante das instâncias judiciais internacionais. São válidas referências não só às decisões que funcionam como fontes jurídicas vinculantes como também àquelas de tribunais constitucionais de outros países que tenham se manifestado sobre o tema em causa, assim

---

[272] VILLARREAL, Marta. ***Op. Cit.*** p. 22-27.

[273] No mesmo sentido, Marta Villarreal afirma que: "*El interés público puede verse favorecido con acciones jurídicas, sociales y políticas, así como con prácticas espontáneas o manifestaciones socioculturales no organizadas*". VILLARREAL, Marta. ***Op. Cit.*** p. 21.

como de tribunais internacionais de direitos humanos, que, embora não exerçam jurisdição sobre o caso, podem servir de fonte para um diálogo argumentativo[274].

O litígio estratégico se diferencia das demais formas de litigância judicial também porque se estrutura sobre a escolha de um caso paradigmático, que facilite a adesão à tese sustentada e que seja representativo das violações aos direitos humanos sobre as quais se pretende incidir. Embora não haja um critério único para a escolha, influenciam na seleção a qualidade probatória do caso, o relacionamento com a vítima, a possibilidade de esgotamento dos recursos da jurisdição interna, a capacidade de suscitar discussões que transcendam o caso individual e a representatividade do problema estrutural que provoca a situação de conflito[275].

Por último, a CMDPDH sugere aos litigantes estratégicos "*pensar en términos de justicia".* Diferencia-se aqui a forma como os advogados costumam raciocinar diante dos casos que lhe são apresentados. Na visão dos autores do trabalho da CMDPDH, em geral, ao serem apresentados a um problema jurídico, os advogados costumam pensar imediatamente em quais as normas aplicáveis[276]. A proposta é que, ao ser apresentado às situações concretas, imagine-se, desde logo, como garantir a justiça, isto é, como assegurar uma solução sensível para as injustiças identificadas. Somente depois, refletir-se-ia sobre as estratégias jurídicas para se buscar, judicialmente se necessário, aquela solução. Isso porque, não raramente, as leis e regulamentos aplicáveis à espécie poderão ser contrários aos interesses dos grupos (não à toa) marginalizados. Portanto, iniciar a construção do raciocínio por meio dessa legislação eventualmente mais conservadora poderá inibir soluções criativas e desestimular a busca da solução almejada.

Essas fases expressam apenas o primeiro momento do litígio estratégico: o de construção do caso. Pode-se pensar em pelo menos mais duas: a fase propriamente judicial e, se esta for bem-sucedida, a fase – tão complexa e tão difícil quanto as demais – de implementação da decisão favorável. Essas outras duas fases dependerão fortemente de cada

---

[274] CONTRERAS, Juan Carlos Gutiérrez (coord.). ***Op. Cit.*** p. 30.

[275] *Idem,* p. 31.

[276] *Idem,* p. 33. Temos dúvidas se é assim mesmo que raciocinam os juristas. Tendemos a concordar com a ideia de que os juristas, de um modo geral, primeiro escolhem a solução do caso concreto e depois procuram no ordenamento argumentos jurídicos que fundamentem aquela decisão. De qualquer modo, compreendemos que intenção dos autores seja a de ressaltar que os litigantes estratégicos não devem conter suas atuações quando eventualmente não identifiquem em um primeiro momento respaldo jurídico para a tese que atenderia aos interesses da comunidade vulnerabilizada.

ordenamento jurídico e da regulamentação dos instrumentos processuais que serão utilizados nos tribunais.

Um ponto nodal da litigância estratégica está, a propósito, na definição de quando ela foi bem-sucedida. Os critérios para avaliação dos resultados do litígio são diversos e não estão uniformizados na literatura sobre o tema. É o que discutiremos no tópico seguinte.

3.3.3 Objetivos e os critérios de avaliação dos resultados da litigância estratégica

Intenta-se com o litígio estratégico, de um modo geral, a proteção e a promoção dos direitos humanos, por meio de ações judiciais destinadas a produzir impacto social, político e jurídico, combinadas ou não com outras estratégias extrajudiciais. Por evidente, os critérios de avaliação dos resultados do litígio serão tão diversificados quanto os forem os objetivos para ele estabelecidos.

Pode-se, por exemplo, adotar um critério jurídico-judicial e definir como bem-sucedido apenas aqueles casos em que houve a vitória total da demanda judicial apresentada, com o reconhecimento da procedência da integralidade dos pedidos. Essa visão, que poderíamos considerar binária, nos moldes de um "ou tudo ou nada", é claramente limitada. Em primeiro lugar, são bastante frequentes os casos de procedência parcial e a hierarquização pelos próprios demandantes de pedidos cumulados. Assim, é possível que sejam julgados procedentes os pedidos tidos como principais e improcedentes alguns pedidos acessórios. Pode haver, ainda, situações de pedidos alternativos ou de pedidos subsidiários. Não é incomum, ademais, que se obtenha a vitória no processo de conhecimento, mas que se encontrem enormes obstáculos para a implementação ou execução da decisão. O litígio foi bem-sucedido nessa última hipótese?

Até mesmo quando não há um provimento jurisdicional de mérito, dados os objetivos políticos e de mobilização social envolvidos nessas espécies de demandas, o só ajuizamento da ação, a sua admissibilidade pelo Poder Judiciário ou, ainda, decisões liminares podem já significar vitórias relevantes para os peticionantes.

Em muitos casos, o objetivo do litígio estratégico não se resume à obtenção da tutela jurídica favorável. A repercussão social ou midiática que o simples ajuizamento da ação pode ensejar, muitas vezes, é suficiente para estimular o debate sobre o tema, para visibilizar a situação de violação aos direitos humanos, podendo servir ainda de estímulo a iniciativas

legislativas. Assim, mesmo quando o resultado final da ação judicial não seja aquele almejado nos pedidos da peça inicial, é possível avaliar positivamente o processo de litígio estratégico se esses outros desejos de impacto foram alcançados[277]. Como veremos, é possível identificar resultados positivos inclusive nas derrotas[278].

De qualquer sorte, mesmo quando o objetivo central definido para o litígio estratégico é a mudança social, não é fácil estabelecer quando uma determinada mudança foi efetivamente decorrente de um litígio judicial. Há limites evidentes à intervenção do Poder Judiciário, especialmente quando a implementação da decisão depende de políticas públicas, sujeitas a circunstâncias econômicas, políticas, administrativas e sociais, e também à ação de outros Poderes da República. Além disso, por maior autonomia que tenham, os juízes estão inseridos no ambiente da sociedade, de sorte que são também influenciados pela correlação de forças que nesse espaço social interagem. Não é simples, portanto, definir se a mudança social expressada, confirmada ou formalizada em uma decisão judicial já não refletia, na realidade, transformações sensíveis naquela correlação de forças.

Mesmo possuindo uma visão pessimista sobre a capacidade que teriam os tribunais de provocar o câmbio social, Gerald Rosenberg, a partir do exame de casos de litígio judicial nos EUA e da combinação das visões restritivas e dinâmicas sobre o *judicial review*, observou que, quando se atribui a mudança social à intervenção do Poder Judiciário, ela estaria sujeita à superação de três obstáculos e à presença de pelo menos uma de quatros condições[279].

Para ele, uma decisão judicial só consegue provocar mudança social se superar os três obstáculos que a Suprema Corte norte-americana costuma impor a demandas dessa natureza: ausência de um precedente favorável; ausência de suporte político ou social ou custo político

---

[277] Marta Villarreal descreve bem esses objetivos diversos do litígio estratégico: "*Así tenemos que algunas de las tareas del litigio estratégico están encaminhadas a apoyar las acciones sociales como el despertar de conciencia, el empoderamiento de grupos, la reivindicación de minorías, la modificación de estândares culturales, dar visibilidad a la situación o a algunos grupos. Asimismo, preparar acciones políticas como la incidencia en la proyección de políticas públicas, la inclusión de temática en la agenda política; incluso para fortalecer acciones jurídicas distintas del litigio, ya sea aportando datos que justifiquen elaboración de iniciativas de ley, mostrar deficiencias sustantivas o procesales, denunciar malas prácticas, sentar precedentes, preparando el cambio de foro hacia el internacional, por ejemplo. La multiplicidad de usos y objetivos del litigio no excluye la tradicional meta del mismo, en especial si se tiene como objetivo el acceso a la justicia para los más desfavorecidos, en donde, sin embargo, el objetivo del litigio estratégico se torna más tradicional".* VILLARREAL, Marta. ***Op. Cit.*** p. 30.

[278] Sobre a forma como se podem extrair efeitos positivos da derrota na litigância estratégica, o trabalho de Douglas NeJaime é referência incontornável. Cf. NEJAIME, Douglas. Winning through losing. **Iowa Law Review,** v. 96, p. 941-1012, 2011. Apresentaremos algumas contribuições desse autor um pouco mais adiante.

[279] ROSENBERG, Gerald N. **The hollow hope:** can Courts bring about change?. Chicago: The University of Chicago Press, 1991, p. 21-36.

elevado em tomar a decisão; carência de poder de implementação ou dificuldades para superar rejeições impostas pela administração pública[280].

Além disso, para ele, é necessário que se verifique ao menos uma das quatros condições necessárias à implementação da mudança. É preciso, por exemplo, que outros atores sociais ou políticos identifiquem incentivos, principalmente financeiros, na efetivação da mudança. Outra condição também relacionada a aspectos financeiros é a percepção pelos setores responsáveis pelo cumprimento da decisão de que não a implementar implicará em custos mais elevados que a hipótese oposta. Ele observa, ainda, uma terceira condição favorável à mudança que seria a possibilidade de o próprio mercado ou a própria sociedade civil concretizar as mudanças previstas na decisão independentemente da vontade de agentes do Estado. Por fim, uma quarta condição seria a percepção por agentes administrativos relacionados ao cumprimento da decisão sobre a possibilidade de angariarem benefícios corporativos[281].

Alcançar a satisfação dessas condições pode ser um objetivo mais imediato de um litígio estratégico que esteja em estágio inicial. Assim, por exemplo, pode-se avaliar como positiva a estratégia de um litígio de caso-teste que permitiu a formação de um precedente favorável, possibilitando, desse modo, em futuras demandas, a obtenção mais fácil de êxito e a consolidação dos direitos fundamentais em disputa. As pequenas vitórias podem ter, ademais, o efeito de estimular a articulação sobre o tema e incentivar uma ampliação de expectativas[282].

Douglas NeJaime, por seu turno, dialogando com o próprio Rosenberg e também com a literatura mais otimista sobre *legal mobilization,* defende que esses efeitos positivos do litígio estratégico podem ser verificados mesmo em situações de derrotas judiciais. Para ele, os efeitos positivos da derrota podem ser internos e externos[283]. Os internos são aqueles observados nos casos em que a derrota judicial serve como incentivo para a formação de uma identidade organizacional mais forte e para a mobilização do grupo social envolvido. Diante da derrota, o grupo social pode perceber a necessidade de estreitar laços, de reforçar

---

[280] *Idem,* p. 21.
[281] *Idem,* p. 36.
[282] Veremos, por outro lado, que o litígio estratégico, ao incentivar o uso de vias institucionais por meio de advogados ligados aos movimentos sociais, pode produzir o efeito oposto, isto é, o efeito de desmobilização e de estímulo à passividade nos que atuam nos movimentos de base.
[283] NEJAIME, Douglas. Winning through losing. **Iowa Law Review,** v. 96, p. 941-1012, 2011, p. 969-1010.

articulações e de ampliar mobilizações. No mesmo sentido, no plano externo, a derrota judicial pode estimular as discussões sobre o tema que foi objeto do litígio com outros atores estatais (no Legislativo ou no Executivo, por exemplo) e também a extensão do debate para o público em geral, caracterizando o Judiciário como um adversário ou como um obstáculo institucional a ser vencido em outras instâncias ou em outras esferas de poder.

A partir dessas observações, da experiência da prática forense e da coleta dos dados, para os fins desta pesquisa, poderíamos pensar em três categorias de objetivos/resultados a serem alcançados com o litígio estratégico: impactos jurídicos, impactos políticos e impactos sociais.

No primeiro grupo, poderíamos classificar as vitórias jurídicas como formais, substanciais ou de câmbio legislativo. As formais são aquelas relacionadas com a admissibilidade da ação ou com a superação de outros obstáculos formais (processuais) inerentes aos procedimentos eleitos para a estratégia judicial. Pode-se vislumbrá-las nas hipóteses em que o tribunal reconhece a admissibilidade de determinada ferramenta jurídica inovadora, ainda que, no mérito, julgue improcedentes os pedidos formulados. A aceitação desse novo mecanismo processual poderá ser útil em futuras demandas. Do mesmo modo, pode-se considerar vitória formal a admissão de novos legitimados para ações coletivas ou para o controle concentrado de constitucionalidade, ampliando, desse modo, o acesso a tais instrumentos processuais.

As vitórias jurídicas substanciais são aquelas em que se reconhece a procedência parcial ou total dos pedidos, de modo provisório, em tutelas de urgência, ou de modo mais definitivo, em juízos de cognição exauriente. Destaque-se que, em um mesmo caso, as vitórias substanciais pressupõem, por evidente, a superação dos obstáculos processuais, isto é, incluem também vitórias formais.

Por fim, a vitória jurídica com câmbio legislativo é aquela em que a produção posterior de um enunciado jurídico vinculante em sentido favorável ao defendido no litígio pode ser considerada como decorrente de decisões judiciais. É o caso da chamada Lei Maria da Penha, que se atribui, entre outros fatores, ao êxito obtido em demanda perante o sistema interamericano de direitos humanos.

O impacto jurídico do litígio poderia ser ainda avaliado segundo a extensão territorial de sua repercussão em: local (ou nos limites de um estado); regional; nacional ou internacional. Aqui a extensão territorial pode dizer respeito à repercussão jurídica da decisão

enquanto um precedente ou ao impacto mais imediato do caso concreto deduzido em juízo. Assim, é possível que uma decisão do STF prescreva a reforma de um presídio em um determinado estado. O resultado positivo do litígio seria, assim, classificado como nacional, pela extensão territorial da repercussão jurídica da decisão da Corte (o precedente produzido pode beneficiar outros estados em toda a nação), e a vitória no caso seria de impacto imediato no nível local.

Já no grupo dos resultados políticos, poderíamos considerar como critério o grau de mobilização ou de articulação política em torno do tema e avalia-lo segundo tenha se tornado majoritário/dominante ou não. Na correlação de forças políticas, é natural que os litigantes almejem tornar a sua posição política a dominante. Assim, o resultado ótimo de uma mobilização política seria a vitória no processo de deliberação, no plano legislativo, ou de implementação, no plano da administração pública. É possível, contudo, pensar em momentos, níveis ou fases de articulação intermediários. Assim, a formação de um grupo estável de pressão poderia ser considerada um primeiro nível de articulação e o crescimento desse grupo ou sua transformação em redes locais, regionais, nacionais ou internacionais poderiam ser examinados como níveis seguintes dessa articulação. As observações de Douglas NeJaime sobre os resultados positivos em termos de articulação política mesmo em caso de derrota judicial são aqui bastante pertinentes.

Por último, os resultados do litígio estratégico poderiam ser avaliados segundo o grau de obtenção da mudança social pretendida. Já registramos que não é fácil examinar o impacto social de decisões políticas ou jurídicas. Os fenômenos sociais estão frequentemente condicionados a múltiplos fatores, alguns inalcançáveis apenas por decisões meramente judiciais. Os objetivos da transformação social podem ser mais ou menos estruturais; de curto, médio ou longo prazo. Aqui as observações de Rosenberg são úteis e poderiam ser consideradas passos ou etapas no caminho da mudança social.

Por outro lado, para viabilizar alguma análise mais especifica dos impactos sociais do litígio estratégico, julgamos que os resultados de mudança social podem ser coerentes com aqueles formulados nos pedidos da demanda judicial especificamente examinada, normalmente de menor dimensão. Assim, se se pretende a reforma de um determinado estabelecimento penal, é possível examinar após a tomada de decisão judicial favorável se a reforma foi alcançada ou não. Se o objetivo é reduzir a prisão provisória com a realização de

audiências de custódia, é possível verificar tanto se as audiências estão sendo realizadas, como se elas estão resultando em uma quantidade menor de prisões.

Nos limites desta pesquisa, examinaremos apenas os resultados jurídicos obtidos com os casos considerados emblemáticos de litígio estratégico em matéria penitenciária, realizando quando muito avaliações mais gerais sobre o impacto social com base nos dados secundários recolhidos. Não se descarta, contudo, em futura ocasião, o avanço para avaliar também os resultados políticos e sociais com outras ferramentas metodológicas.

3.3.4 O litígio estratégico em matéria penal: ressalvas elementares

É preciso, desde logo, salientar que o uso do litígio estratégico em matéria penal certamente provocaria forte desconfiança, particularmente entre os criminólogos críticos. Em primeiro lugar, desacredita-se da capacidade do Judiciário e das engrenagens do sistema de justiça criminal de exercer ou mesmo admitir a (auto) limitação do poder punitivo. Além disso, apostar em medidas judiciais, utilizando o próprio sistema de justiça criminal, ainda que para contê-lo, implicaria, em alguma medida, relegitimá-lo como instrumento supostamente neutro e capaz de romper com a ordem sócio-política em que está inserido.

Algumas das possíveis críticas e das ponderações que devem ser feitas na utilização do litígio estratégico serão aprofundadas no último capítulo. Por ora, desejamos verificar algumas experiências em que o litígio estratégico foi utilizado como ferramenta de mobilização do Direito em temas relacionados com um dos efeitos do encarceramento em massa: violação recorrente de direitos humanos em estabelecimentos prisionais.

Quando se fala de litígio estratégico em matéria penal, no sentido da contenção da penalidade, é possível pensar em áreas diversas de atuação. Pode-se utilizar o litígio estratégico tanto para tentar a descriminalização de condutas (como no caso da disputa no pela descriminalização da posse de substância entorpecente para uso pessoal)[284]; como para

[284] Marta Villarreal também fornece um exemplo de litígio estratégico nesses moldes: "*Un ejemplo de ello podría ser la identificada necesidad de eliminar los tipos penales que sancionan la migración indocumentada en México: las herramientas jurídicas a utilizar incluyen desde la propuesta del texto de reforma legislativa hasta provocar una aplicación para buscar litigar la constitucionalidad del tipo penal (poco factible, conociendo el foro). Pero el efecto de las mismas tendría mayor impacto si se acompaña, por ejemplo, de un cabildeo que garantice la suma de fuerzas en el Legislativo o incluso ante el Ejecutivo para que éste presente la iniciativa de reforma, y quizá la única vía de llamar el interés de los legisladores y el Ejecutivo por el tema, sería utilizando los medios masivos de comunicación, reuniendo datos duros de los efectos negativos de la presencia de las*

reforçar garantias fundamentais do processo penal (como no caso do reconhecimento da constitucionalidade e da convencionalidade das audiências de custódia, por exemplo). Tem sido mais comum observar, contudo, referências às tentativas de assegurar o respeito aos direitos fundamentais das pessoas presas[285].

No Brasil, tendo em vista as condições degradantes e a característica atroz do encarceramento em massa, é compreensível que a mobilização do direito nesse tema tenha-se dedicado primordialmente ao enfrentamento das condições de privação de liberdade e ao sistema prisional, em particular. Apesar disso, o movimento de resistência ao encarceramento em massa parece ter em seu horizonte de propostas uma visão mais sistêmica e estrutural do problema.

Antes de examinarmos como esse movimento tem atuado especificamente no caso brasileiro, vejamos algumas experiências internacionais que servem de inspiração e de exemplo para o litígio no Brasil. A seguir, analisaremos, especialmente, de forma breve, casos que foram referidos em decisões do Supremo Tribunal Federal, que, por seu turno, serão apresentadas no último capítulo.

---

sanciones penales, movilizando a los familiares de migrantes económicos que incidan en la voluntad política de cambio". VILLARREAL, Marta. **Op. Cit.** p. 22.

[285] Em artigo no qual defende a necessidade de que todas essas formas de utilização do litígio estratégico em matéria penal sejam examinadas e trabalhadas com uma visão sistêmica dos problemas que envolvem o sistema de justiça criminal, Michele Deitch argumenta que é preciso reconhecer que a luta pela melhoria das condições nas prisões está umbilicalmente ligada aos esforços para as reformas processuais sobre a diversificação de penas, à oposição à expansão da privatização das prisões, a mudanças nas práticas policiais, e também à abolição da pena de morte. Esses são temas, portanto, que também podem ser compreendidos no interior da ideia de litígios reformistas. Cf.: DEITCH, Michele. Thinking outside the cell: prison reform litigation and the vision of prison reform. **Pace Law Review,** v. 24, issue 2, 2004, p. 850.

4 A NOVA ONDA PUNITIVA E OS MOVIMENTOS PARA SUA CONTENÇÃO: no rastro das experiências internacionais de encarceramento em massa e de ativismo anti-prisional

4.1 SOBRE COMO CHEGAMOS ATÉ AQUI: a formação da monocultura do encarceramento e de uma política criminal expansionista tipo exportação

A expressão "encarceramento em massa" está carregada de sentidos. Na sua versão mais intuitiva, pode ser entendida como uma dinâmica social de aprisionamento de um número elevado de pessoas. Essa noção quantitativa, contudo, não é a única possível. A categoria em exame - e seus sinônimos[286] – tem sido utilizada com frequência para descrever um fenômeno social que, para além de sua notoriedade aritmética, destaca-se também por seu perfil visivelmente discriminatório. Esse fenômeno, na forma como o percebemos, não nasce espontaneamente. É resultado da racionalização de uma política criminal determinada que atende a interesses previamente estabelecidos.

David Garland é um dos autores que ressalta a necessidade de se associarem dois aspectos definidores para a caracterização desse fenômeno: o quantitativo e o qualitativo (ou seletivo). Para ele, a prisão de indivíduos se torna *encarceramento em massa* quando, além de uma taxa elevada de aprisionamento, há uma concentração em determinado grupo social dos seus efeitos[287]. O grupo atingido por esse fenômeno é, para Garland, no caso dos Estados Unidos da América (EUA), o de jovens negros dos grandes centros urbanos[288].

É nesse sentido mais específico que trabalharemos o conceito nesta pesquisa.

Antes de prosseguirmos, uma ressalva se faz necessária. Embora se trate de uma expressão a que já se tenha atribuído o contorno de uma categoria sociológica, não se pode perder de vista que a sua verificação nas distintas realidades sociais está condicionada pelas conjunturas locais. Não é possível, pois, admitir explicações pretensamente universalistas para

---

[286] Na literatura acadêmica e em documentos que versam sobre o tema é possível encontrar expressões como *hiperencarceramento*, *grande encarceramento*, *superencarceramento* e outras variantes. Optamos aqui por aquela que temos percebido predominar.

[287] GARLAND, David. Introduction: the meaning of mass imprisonment. *In:* GARLAND, David (ed.). **Mass Imprisonment:** social causes and consequences. Londres: SAGE, 2001, p. 1-2.

esse fenômeno. A ideia de Loïc Wacquant[289], por exemplo, de que o encarceramento em massa é uma decorrência da política neoliberal de redução do Estado de Bem-Estar Social, de um lado, e da ampliação do Estado Policial, de outro, embora encontre forte correspondência na realidade norteamericana (e até na de alguns países europeus), pode ser questionada se examinada a realidade de algumas experiências latino-americanas, em que políticas de inclusão social foram associadas também a uma expansão do Estado Penal[290]. Por outro lado, considerando que a versão contemporânea do encarceramento em massa se concretiza no contexto de um mundo já globalizado, de um sistema-mundo capitalista, não é incomum vislumbrar algumas semelhanças ou regularidades que tornam úteis o diálogo com as perspectivas elaboradas desde realidades distintas.

No início da década de 1970, era possível falar nos Estados Unidos da América na interrupção da construção de prisões, tendo em vista a concordância de teóricos e práticos quanto ao fracasso da instituição carcerária. Marc Mauer cita, por exemplo, o relatório da *National Advisory Commission on Criminal Justice Standards and Goals*, de 1973, segundo o qual se recomendava que nenhuma nova instituição para adultos fosse construída naquele país e que as instituições juvenis fossem fechadas[291]. O que se verificou nos anos seguintes a esse relatório, entretanto, nas palavras desse autor, foi um "frenesi sem precedentes de construção de presídios", provocado pela alta demanda no número de detenções[292].

De fato, em 1972, a população carcerária dos EUA era de 200.000 pessoas presas. Três décadas depois, esse número ultrapassou o patamar de 2.000.000 de presos. A abrupta inflação carcerária provocou perplexidade em diversos acadêmicos. Em quatro décadas a composição étnico racial da população prisional dos EUA se reverteu, saindo de 70% de brancos, na metade do século XX, para quase 70% de negros e latinos no fim desse mesmo

---

[288] Citando o trabalho de Mauer e Huling, Garland afirma que, em 2001, 30% dos jovens negros entre 20 e 29 anos estariam sob custódia penal ou sob supervisão condicional nos Estados Unidos. GARLAND, David (ed.). **Mass Imprisonment:** social causes and consequences. Londres: SAGE, 2001, p. 2

[289] Cf. WACQUANT, Loïc**. Punir os pobres:** a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 15.

[290] A crítica que Máximo Sozzo faz à aplicação do pensamento de Wacquant em alguns países da América Latina, no sentido em que expressado no texto, será examinada mais adiante.

[291] MAUER, Marc. The causes and consequences of prison growth in the United States. *In:* GARLAND, David (ed.). **Mass Imprisonment:** social causes and consequences. Londres: SAGE, 2001, p. 5.

[292] *Idem.*

século[293]. Em 1994, um em cada três homens negros entre 18 e 34 anos de idade estavam sob alguma forma de supervisão penal[294].

Como explicar esse fenômeno? Qual o contexto – social, político e econômico – que contribuiu para a sua ocorrência? Como algumas das ideias que provocaram e justificaram esse fenômeno aportam ao Brasil?

Para responder essas perguntas, antes é preciso ponderar que um crescimento tão vertiginoso no número de pessoas presas em um período tão curto de tempo exige a reunião de um conjunto complexo de fatores e uma ação política integrada. Prender e custodiar tantas pessoas por longo período de tempo e ainda manter a imagem interna e externa de se estar vivendo em uma democracia exige, além de grande investimento financeiro, esforço administrativo, político e discursivo, com a intermediação de ações compartilhadas por diversas instituições. Não é possível imaginar o aprisionamento de um grupo bem delineado de pessoas sem que haja um relativo consenso (de viés classista e racista, como veremos) entre instituições legislativas, da burocracia administrativa do Estado (policiais, agentes carcerários), do sistema de justiça criminal (juízes, membros do ministério público, advogados) e de parte significativa da sociedade civil. Sair de um estágio onde se reconhecia a falência da prisão para, em menos de 10 anos, passar considera-la o principal instrumento de gestão dos problemas sociais é um fenômeno que demanda mesmo um movimento coletivo e concertado politicamente, tolerado por uma cultura forjada sobre uma estrutura de segregação racial, que tolera a (manutenção da histórica) exclusão do outro.

4.1.1 O encarceramento em massa como um "novo" modelo de segregação racial

Não há consenso sobre a singularidade do encarceramento em massa na história dos Estados Unidos. Garland entende que aquilo que ocorreu nesse país a partir da década de 70,

---

[293] WACQUANT, Loïc. Deadly symbiosis: when ghetto and prison meet and mesh. *In:* GARLAND, David (ed.). **Mass Imprisonment:** social causes and consequences. Londres: SAGE, 2001, p. 82.

[294] No mesmo sentido, Mauer destaca que o resultado da política de segurança pública fundada na guerra às drogas é que um terço dos homens negros nascidos hoje pode ter a expectativa de passar um período de suas vidas na prisão. Cf. MAUER, Marc. The causes and consequences of prison growth in the United States. *In:* GARLAND, David (ed.). **Mass Imprisonment:** social causes and consequences. Londres: SAGE, 2001, p. 7. Ampliando a dimensão do problema, Katherine Beckett e Bruce Western ressaltam, ainda, que, em 1998, cerca de 6 milhões de pessoas estavam sob alguma forma de supervisão penal nos EUA. Cf.: BECKETT, Katherine; WESTERN, Bruce. Governing social marginality: Welfare, incarceration, and the transformation of state policy.

como examinaremos a seguir, não encontra precedentes; Alex Lichtenstein, por sua vez, sustenta que é possível identificar continuidades históricas entre esse fenômeno e o controle sócio-penal exercido sobre os negros recém-libertos da escravidão na segunda metade do século XIX[295].

Lichstenstein afirma que, até 1860, a escravidão mantinha uma taxa estável e pequena de encarceramento[296]. Escravos estavam submetidos a formas privadas de justiça executadas por seus proprietários. Entretanto, quando houve a emancipação de 4 milhões de negros com o fim da escravidão, o sistema de justiça sofreu uma profunda transformação. Em 1871, na Geórgia, por exemplo, segundo o mesmo autor, existiam 385 presos; duas décadas e meia mais tarde, esse número aumentou para 2.357. Em 1871, a média de aprisionamento era de 38 por 100 mil habitantes nessa localidade e saltou para o patamar de 100 por 100 mil, em 1896. Tratar-se-ia de uma primeira explosão carcerária, portanto.

Quanto à característica racializada desse fenômeno, ele destaca, ainda, que a taxa de encarceramento de brancos, em 1896, era de 15 por 100 mil e a de negros, no mesmo período, era de 150 por 100 mil. No último quarto do século XIX, o controle do crime também explicitamente foi direcionado para os negros emancipados[297].

Na sua contribuição à coletânea de artigos editada por David Garland, Loïc Wacquant adota uma linha de raciocínio que se fundamenta em uma leitura histórica semelhante da questão racial nos EUA colocando a instituição carcerária no espectro das instituições que serviram à divisão e à dominação etnorracial[298]. A prisão deve, assim, na opinião dele, ser situada na linhagem completa de instituições de segregação racial naquele país. Para ele são 4 as chamadas instituições peculiares: a escravidão (até a guerra civil – 1619-1865), o sistema Jim Crow (da emancipação até o movimento de Direitos Civis – 1865-1965), o gueto (nas cidades industrializadas do Norte – 1914-1968) e o sistema carcerário em expansão[299].

In: GARLAND, David (ed.). **Mass Imprisonment:** social causes and consequences. Londres: SAGE, 2001, p. 35

[295] LICHSTENSTEIN, Alex. The private and the public in penal history: a commentary on Zimring and Tonry. GARLAND, David (ed.). **Mass Imprisonment:** social causes and consequences. Londres: SAGE, 2001, p. 173-175.

[296] *Ibidem.*

[297] *Ibidem.*

[298] WACQUANT, Loïc. Deadly symbiosis: when ghetto and prison meet and mesh. *In:* GARLAND, David (ed.). **Mass Imprisonment:** social causes and consequences. Londres: SAGE, 2001, p. 83.

[299] *Idem,* p. 85.

Essas instituições tinham por função a exploração do trabalho (recrutar, organizar e explorar o trabalho) dos negros e, ao mesmo tempo, a ostracização social (demarcar o espaço em que eles deveriam permanecer). As contradições internas nelas existentes e a resistência dos negros somadas às pressões externas provocavam a sua substituição pelo regime seguinte.

De fato, há coincidência temporal entre as rebeliões da população negra e as reações institucionais conservadoras de segregação racial[300]. No século XIX, negros escravizados do Sul se rebelaram durante a Guerra Civil e o medo da reprodução da Revolução Negra do Haiti reforçou a necessidade de se admitir a abolição da escravidão. Como resposta institucional, houve, primeiro, a promulgação da Décima Terceira Emenda, em 1865, que reconhecia a cidadania aos negros, mas continha em si mesma a possibilidade da imposição de trabalhos forçados nos casos de infrações penais. Em seguida, foram editadas leis de criminalização da vadiagem, foram inviabilizadas tentativas de reforma agrária e eclodiram campanhas racistas, mobilizadas por seitas como a Ku Klux Klan, de exclusão radical da população negra.

Estabeleceu-se também na sequência a ordem social (e racial) das leis de segregação (Jim Crow). Essa ordem de segregação racial foi mais enfaticamente questionada nas ruas e nos tribunais, a partir das décadas de 1940 e 1950. Os movimentos de direitos civis mobilizavam um grande contingente de pessoas até que a pressão social tornou possível uma decisão favorável da Suprema Corte dos EUA, como no caso *Brown v. Board of Education*, declarando a inconstitucionalidade da segregação racial nas escolas.

A comunidade negra não lutava apenas por igualdade. Já na década de 1960, o Partido das Panteras Negras organizava a luta antirraciacista nas suas comunidades, por meio de programas de autocuidado e de monitoramento da ação policial nessas comunidades. A reação à organização dessas lutas ocorria por meio da prisão ou da morte de seus líderes. O assassinato de George Jackson, membro da Família da Guerrilha Negra, foi um dos fatores que desencadeou, por exemplo, a revolta dos prisioneiros de Attica, ocorrida em 9 de setembro de 1971 em uma penitenciária de segurança máxima de Nova Iorque. Como primeira resposta, o governador do estado decretou a invasão militar da prisão para conter a rebelião, o que resultou na morte de 39 pessoas.

---

[300] A narrativa do texto segue a mesma linha da pesquisa realizada por Rodolfo de Almeida Valente e encampada pela Pastoral Carcerária: PASTORAL CARCERÀRIA. **Luta antiprisional no mundo contemporâneo:** um estudo sobre experiências de redução da população carcerária em outras nações. Disponível em: http://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2018/09/relatorio_luta_antiprisional.pdf. Acesso em: 31 out. 2018.

A partir da década de 1970, como veremos, a resposta oficial passa a ser o encarceramento em massa. A interconexão entre a prisão e o gueto se dá, na visão de Wacquant, pela equivalência funcional (confinamento coercitivo de uma população estigmatizada) e homologia estrutural (constituídas pelo mesmo tipo de relações sociais e padrões de autoridade). Com isso elas formariam uma mesma instituição desenhada para cumprir a missão historicamente atribuída às instituições peculiares norte americanas. Para Wacquant, essa tese é reforçada na contemporaneidade pelo *timing* da transição racial. Em doze anos o cárcere nos EUA enegreceu[301].

A resistência a esse fenômeno era difícil, porque os protestos realizados nos guetos chamavam mais a atenção e eram mais dificilmente enfrentados. Os protestos nas prisões não despertavam tanta simpatia e eram mais fácil e violentamente contidos[302]. Nessa leitura, ele se aproxima bastante daquela também sustentada por Michelle Alexander. Para ela, o encarceramento em massa é mais uma das políticas segregacionistas adotadas historicamente nos EUA[303].

Franklin Zimring está entre aqueles que percebem uma singularidade histórica no fenômeno recente do encarceramento em massa. Ele sustenta que, se examinada a taxa de aprisionamento no período de 1925 a 1973, é possível observar uma nítida divisão em duas regularidades[304]. Até 1973, a taxa se manteve estavelmente oscilante em torno de 110 presos por 100 mil habitantes, variando não mais que 30 pontos para cima ou para baixo. Já no período posterior a 1973, observa-se um crescimento constante, um movimento de aceleração sequenciado e sempre na direção da elevação[305].

Ele ressalta, contudo, que esse período de cerca de 25 anos (de 73 a 98), embora seja identificado como um fenômeno só (o encarceramento em massa), poderia também, mais adequadamente, ser repartido em três lapsos de crescimento distintos. No primeiro, o crescimento no encarceramento acompanha a repressão aos crimes de menor gravidade, em seguida, de 82 a 95, o crescimento pode ser basicamente atribuído à repressão às drogas, e,

---

[301] WACQUANT, Loïc. Deadly symbiosis: when ghetto and prison meet and mesh. *In:* GARLAND, David (ed.). **Mass Imprisonment:** social causes and consequences. Londres: SAGE, 2001, p. 102.
[302] *Idem,* p. 105.
[303] ALEXANDER, Michelle. **A nova segregação:** racismo e encarceramento em massa. São Paulo: Boitempo, 2017, p. 50.
[304] ZIMRING, Franklin E.. Imprisonment rates and the new politics of criminal punishment. *In:* GARLAND, David (ed.). **Mass Imprisonment:** social causes and consequences. Londres: SAGE, 2001, p. 145-146.
[305] *Ibidem.*

por fim, o último período é caracterizado pelo crescimento na taxa de encarceramento apesar da redução na taxa de criminalidade[306].

O debate sobre a singularidade ou sobre a continuidade do fenômeno histórico reflete, em verdade, a adoção de perspectivas epistemológicas distintas sobre a própria noção de fatos históricos. Pensamos que um fenômeno social não pode ser isolado do seu contexto histórico e que, especialmente em sociedades estruturadas sobre a questão racial, essa estrutura tende a se manifestar de formas diversas, mas com o mesmo perfil racializado, ao longo da história. Comungamos, pois, da simbiose percebida por Wacquant e por Alexander entre os modos diversos de segregação racial. Por outro lado, não é possível deixar de reconhecer as características próprias do fenômeno contemporâneo, decorrentes especialmente das mudanças sociais ocorridas em quase dois séculos.

4.1.2 O encarceramento em massa como produto de um movimento prático e teórico de política criminal

O encarceramento em massa na sua versão mais recente é, como dito, um fenômeno complexo que demandava uma articulação bastante elaborada de políticas sociais, econômicas e criminais e também um contexto cultural no qual o medo e a demanda por controle fossem elementos fundamentais de um círculo vicioso.

Esse movimento mais contemporâneo de segregação racial inicia-se com a incorporação do tema das drogas e da criminalidade de rua nas campanhas políticas presidenciais nos EUA e como uma reação aos movimentos por direitos civis de mulheres e, especialmente, de negros. Já na campanha de 1968, Richard Nixon, candidato do partido republicano, promoveu o lançamento no plano federal do lema do *law and order*, trazendo a questão da criminalidade para o centro do debate político partidário. Nixon declarou simbólica e retoricamente o início da guerra ao crime e, em particular, da guerra às drogas. Se o discurso segregacionista do Sul dos EUA já não poderia ser aceito legalmente, o discurso de guerra às drogas, mais palatável, produziria o mesmo efeito.

No âmbito acadêmico, poucos anos antes do desenvolvimento prático da política de guerra às drogas e de defesa da ordem social capitaneada pelos EUA, do outro lado do

[306] ZIMRING, Franklin E.. Imprisonment rates and the new politics of criminal punishment. *In:* GARLAND,

Atlântico Norte, ganhava espaço um movimento de revalorização transnacional do controle social: o novo movimento de defesa social (MDS). Segundo Rosa del Omo, as bases teóricas desse movimento foram apresentadas por Filippo Gramatica, durante o V Congresso Internacional de Direito Penal, em 1947, e nos anos seguintes recebeu adesão internacional, de tal modo que as Nações Unidas, em 1948, criaram a sua Seção de Defesa Social[307].

Esse movimento retoma os estudos sobre o delinquente e passa a defender a necessidade de pesquisas e medidas médico-psico-sociais para o tratamento desses indivíduos, visando a sua ressocialização e, por conseguinte, a prevenção do delito. Coube a Marc Ancel o desenvolvimento do programa e a racionalização jurídica da ideologia da defesa social, garantindo que, diferentemente da proposta de Filippo Gramatica, não houvesse o rompimento por completo das bases da dogmática penal[308].

O discurso de defesa da sociedade e de valorização do ser humano individualmente considerado amoldava-se à pretensão de legitimação que a Organização das Nações Unidas pretendia no pós-guerra. Buscava-se garantir a paz (e a ordem), nos planos nacional e internacional, por meio de um discurso pretensamente humanista da pena. Humanizar para expandir[309].

David (ed.). **Mass Imprisonment:** social causes and consequences. Londres: SAGE, 2001, p. 145-146.

[307] O intercâmbio entre a produção do conhecimento formal, a política governamental e as práticas penais e penitenciárias é destacado por Rosa del Olmo na exposição retrospectiva que ela faz dos congressos internacionais das sociedades de direito penal. Esse intercâmbio retroage, ao menos, à criação, em 1888, da União Internacional de Direito Penal. Como ela destaca, "desde sua fundação, a União contou com o interesse dos dirigentes latino-americanos, para quem o direito tinha uma importância fundamental como meio de garantir 'a ordem e o progresso' de suas respectivas sociedades". Cf.: DEL OLMO, Rosa. **A América Latina e sua criminologia.** Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 98. Ainda segundo essa autora, a primeira participação brasileira na União Internacional de Direito Penal ocorreu em 1891 com João Vieira de Araújo, professor de direito penal da Faculdade de Direito do Recife. O Brasil, como veremos a seguir, participará continuadamente do debate internacional sobre política penal e penitenciária, importando experiências externas, não raras vezes, de forma descomprometida com as peculiaridades nacionais.

[308] Rosa del Olmo reproduz trecho da obra fundacional de Marc Ancel, que vale ser aqui também exposto, no qual esse autor indica os princípios norteadores do movimento de defesa social e diferencia-os do pensamento do positivismo penal: "existem claras diferenças entre o positivismo e a defesa social: 1º a defesa social não é determinista; 2º desaprova a classificação rígida dos delinquentes tipos e sublinha a individualidade da personalidade humana; 3º crê na importância dos valores morais; 4º aprecia o dever da sociedade em relação ao delinquente e trata de estabelecer um equilíbrio entre este e a sociedade, negando-se a empregar medidas de segurança contra aquele como simples instrumentos administrativos; 5º embora utilize os recursos da ciência moderna, nega-se a ser dominada por esta, substituindo o cientificismo dos positivistas por um sistema moderno de política criminal". DEL OLMO, Rosa. **A América Latina e sua criminologia.** Rio de Janeiro: Revan, 2004, 119.

[309] Essa frase está inspirada no interessante trabalho de Adalton Marques sobre a genealogia da segurança pública em São Paulo, no qual relaciona os discursos de segurança pública, democracia e direitos humanos como elementos basilares que permitiriam a ampliação do sistema penal nesse estado. Cf.: MARQUES, Adalton.

Os EUA não se opuseram, no primeiro momento, ao discurso da defesa social como política universal sustentado por meio das Nações Unidas[310]. Inspiradas nessa ideologia da defesa social (leia-se de defesa dos valores sociais dominantes) e de tratamento individualizado do delinquente, as políticas criminais com pretensões universalistas passaram a ser desenvolvidas e debatidas, quinquenalmente, nos Congressos sobre a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente[311].

Por intermédio da ONU, buscou-se transnacionalizar tanto regras mínimas para o tratamento do delinquente como compromissos internacionais criminalizantes, em particular para o combate às drogas.

A Convenção Única sobre Entorpecentes, aprovada em 1961, é um bom exemplo dessa política transnacional de controle social justamente por reproduzir muito daquele discurso de defesa social, ao elevar a droga e os seus comerciantes ao patamar de um mal que ameaçava a "saúde física e moral da humanidade", representando um "perigo social e econômico"[312]. Como lembra Salo de Carvalho, "a estratégia de globalização do controle penal sobres as drogas ilícitas obteve êxito com a ratificação por mais de cem países, durante os anos sessenta, da *Convenção Única sobre Estupefacientes*"[313].

Humanizar e expandir: uma genealogia da segurança pública em São Paulo. São Paulo: IBCCRIM, 2018. O fenômeno que ele identificou nesse estado brasileiro parece poder ser percebido também no plano internacional.

[310] Sobre o poder de ingerência dos EUA nas Nações Unidas, Rosa del Olmo reproduz trechos do artigo publicado por Sanford Bates, intitulado "Um mundo em penologia", publicado na Revista Penal e Penitenciária, que merecem ser aqui também destacados por seu caráter revelador da pretensão neoimperialista norteamericana: "Os Estados Unidos entraram na luta para salvar o mundo...os Estados Unidos estão pagando quase metade dos gastos da Organização das Nações Unidas... É perfeitamente lógico que estudemos nossos problemas penais e correcionais tendo em conta sua significação universal [...]Nós, os norte-americanos, não temos a certeza de que nossas políticas penais sejam superiores às do resto do mundo... Contudo, baseados em nossos padrões, o resto do mundo tem ainda muito a aperfeiçoar". Cf. DEL OLMO, Rosa. **Op. cit.** p. 121.

[311] O ciclo desses congressos internacionais patrocinados pelas Nações Unidas inicia-se em 1955, em Genebra. A partir deles serão debatidas e submetidas à deliberação normas e convenções internacionais. Um dos resultados do primeiro congresso foi a adoção das Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos, que servem de referência, como veremos, para decisões judiciais sobre o tema até hoje.

[312] No preâmbulo da Convenção, lê-se que "as Partes, preocupadas com a saúde física e moral da humanidade [...]reconhecendo que a toxicomania constitui um mal grave para o indivíduo e representa um perigo social e econômico para a humanidade, conscientes de sua obrigação de prevenir e combater esse mal [...] pela presente acordam o seguinte[...]". Essa política transnacional de controle das drogas se consolidará com a aprovação do Convênio sobre Substâncias Psicotrópicas, em 1971, em Viena.

[313] CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil:** estudo criminológico e dogmático. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 21. No mesmo sentido, Rodrigo Uprimny, citando Boaventura de Sousa Santos, afirma que "a política antidrogas é, conforme a terminologia proposta por Santos, um típico localismo globalizado em matéria jurídica". UPRIMNY, Rodrigo. Drogas, derecho y democracia**.** *In:* QUINTERO, Miguel Rujana (org.). **El fracaso de la política criminal oficial:** seminário en homenaje al profesor Alessandro Baratta. Bogotá: Ibáñez, 2006, p. 109.

Se a ideologia da defesa social é uma produção europeia que não se opõe aos valores da responsabilidade individual capitalista e permite a conservação dos valores sociais ocidentais hegemônicos, os EUA produziu, por outro lado, um novo movimento de natureza político criminal que também valorizava o controle social e, particularmente, a pena de prisão: o Movimento de Lei e Ordem (MLO)[314].

No contexto da Guerra Fria, além dos valores político-criminais, os EUA pretendiam também a hegemonia sobre os valores sociais e econômicos. Interessava, portanto, enfrentar tanto a "ameaça" aos valores puritanos representada pela contra-cultura dos *hippies* como a "ameaça" comunista dos novos movimentos sociais. Dissemina-se, assim, a ideia de que o incentivo ao uso de drogas seria uma estratégia de países comunistas, liderados por Lênin, Mao Tsé-Tung e Ho Chi Min, para a destruição do mundo ocidental. Forja-se, então, a dicotomização "mundo livre" versus "países inimigos"[315].

A descrença na função reabilitadora da pena amplia-se com o discurso neoliberal de redução do Estado social. Nos EUA, as discussões políticas sobre a criminalidade foram retomadas justamente na campanha de Ronald Reagan, após um período de suspensão do debate provocado pelo caso *Watergate*. Sua campanha relacionou os crimes de rua violentos às políticas de bem-estar e ao declínio dos valores morais tradicionais[316]. Reagan elevou a guerra às drogas ao nível de uma "cruzada nacional", ampliando o foco antes proposto por Nixon. O surgimento do *crack*, na década de 1980, serviu de combustível para o aumento do medo coletivo em torno do uso de drogas e incentivou o reforço do discurso de endurecimento da repressão ao consumo e à venda desses produtos. Em três anos, o orçamento para o combate às drogas triplicou. Aprovou-se também nesse período a lei que estabelece penalidades obrigatórias mais altas para infrações penais relacionadas à droga.

Esse movimento coincidiu com a declaração de "guerra às drogas" realizada no governo de Ronald Reagan, no início dos anos 80, e prosseguiu sendo agravado com a nova geração de *mandatory sentencing penalties*, de que são exemplos os *Anti-Drug Abuse Acts*, de

[314] Salo de Carvalho mais uma vez observa acertadamente que: "as campanhas de Lei e Ordem brotam na década de 60 como movimentos de resistência à contracultura e de reivindicação da salvaguarda dos princípios éticos, morais e cristãos da sociedade Ocidental. Originárias dos Estados Unidos, as primeiras manifestações se articulam no sentido de orientar a (re)produção legislativa em matéria criminal/punitiva, ganhando a droga, neste contexto, papel de destaque". CARVALHO, Salo de. **Op. cit.** p. 42**.**

[315] *Idem*, p. 22.

1986 e de 1989, que impunham períodos de prisão obrigatória de 5 anos para quem fosse detido na posse de quantidades pequenas como 5 gramas de crack, por exemplo[317].

De fato, nos anos 80-90, a crise econômica que assolava os EUA provocou um desemprego em massa, a precarização das condições de trabalho e uma redução da proteção social do Estado. Tudo isso contribuiu para o aumento das revoltas urbanas. Como resposta, influenciado pelo discurso de lei e ordem nascido ainda na era Nixon e aprofundado na gestão de Reagan, construiu-se nos EUA um "novo bom senso punitivo", que promovia o desmantelamento do Estado de Bem-Estar Social, de um lado, e, de outro, aumentava o Estado Penal com a criminalização da pobreza (aquilo que Wacquant chama de *doxa* neoliberal)[318].

Essas duas políticas, a penal e a social, refletem uma mudança na governança da marginalidade social. Para Becket e Werstern, as políticas de assistência social e as políticas de repressão constituem o mesmo bloco ou o mesmo regime de políticas públicas destinadas a solucionar problemas de desvio e de marginalidade social. Existiriam dois tipos de regimes: o inclusivo e o excludente[319]. O primeiro se caracteriza por programas mais generosos de assistência social e políticas anti-crime menos punitivas. Em oposição, os regimes excludentes se caracterizariam por políticas menos generosas de assistência social e políticas anti-crime mais punitivistas.

A *doxa* político-criminal do tipo neoliberal é exemplo de política excludente, constituída a partir de demandas mercadológicas racionalizadas academicamente. Essa

---

316 SIMON, Jonathan. Fear and loathing in late modernity: reflections on the cultural sources of mass imprisonment in the United States. *In:* GARLAND, David (ed.). **Mass Imprisonment:** social causes and consequences. Londres: SAGE, 2001, p. 23.

317 Mauer destaca, por exemplo, o exponencial crescimento no financiamento da "guerra às drogas", que teria saído de 1,5 bilhões de dólares, em 1981, para 6,6 bilhões, em 1989. Além disso, o número de detenções por infrações relacionadas às drogas dobrou nos anos 80 e atingiu o patamar de 1,6 milhões em 1998. Cf. MAUER, Marc. **Op. Cit.** p. 6.

318 Becket e Werstern também identificam uma relação segundo a qual, nesse período, ao aumento do Estado Penal correspondeu uma diminuição do Estado de Bem Estar Social. Citam como exemplo o fato de que, em 1981, orientado pela filosofia da autossuficiência e justificado por denúncias de fraude, o governo estadounidense reduziu consideravelmente os recursos destinados a programa de assistência social, o *Omnibus Budget Reconciliation Act*, retirando o benefício de ajuda às famílias com crianças dependentes (AFDC) de cerca de 500.000 famílias. Entre 1993 e 1998, o número de famílias recebendo esse benefício sofreu uma redução de 44%. BECKETT, Katherine; WESTERN, Bruce. Governing social marginality: Welfare, incarceration, and the transformation of state policy. *In:* GARLAND, David (ed.). **Mass Imprisonment:** social causes and consequences. Londres: SAGE, 2001, p. 35.

319 Essa dicotomia não se aplica ao contexto latino americano, pois, como veremos a seguir, um terceiro tipo de regime, que poderíamos chamar de ambíguo, também foi empregado: um regime que combinava programas sociais generosos com políticas anti-crime punitivistas.

racionalização tem por fundamento uma pragmática punitiva e se desenha a partir de experiência na gestão da segurança pública de cidades como Nova Iorque. É aí que se desenvolverão e se experimentarão as teses do *zero tolerance* e da *broken windows theory*, que, juntamente com a ideia californiana de *three strikes*, formam o conjunto de medidas que será exportado sob o rótulo da política penal "bem sucedida" de lei e ordem.

A gestação dessas teses é patrocinada especialmente pelo *Manhattan Institute* que se encarrega da promoção e difusão das ideias delas decorrentes[320]. No site do instituto consta até hoje o comentário de Fred Kaplan, publicado em fevereiro de 1998, no *The Boston Globe*, com o título *Think Tank helps Giuliani set his Agenda*, no qual se destaca a proximidade de Rudolph Giuliani com os ideais conservadores do instituto. Também no site desse instituto está disponibilizado o célebre artigo de James Q. Wilson e George L. Kelling, publicado no *Atlantic Monthly*, em que os autores resumem a Teoria das Janelas Quebradas[321].

Como ressalta Jonathan Simon, a questão criminal foi decisiva também na campanha de George Bush, que associou as ações do candidato democrata Dukakis à liberação de Willie Horton, um negro que, depois de solto, teria praticado um estupro e, em seguida, matado uma mulher branca[322].

A permanência da questão criminal no debate político estadounidense se confirmou pelo consenso formado entre os principais partidos. Depois de sucessivas derrotas, os democratas também se renderam à tentação punitivista. A campanha de Bill Clinton já foi centrada no discurso de uma maior e mais rigorosa repressão aos crimes de rua, o que se confirmou durante o seu governo. Em 1994, 60 novos tipos penais foram sancionados com pena de morte; aprovou-se a lei do "*Three Strikes and You´re Out!*", segundo a qual a prática de crimes graves implicaria uma condenação à pena perpétua[323]. Condicionou-se o financiamento federal para prisões à exigência de que as penas fossem nominalmente

---

[320] É possível supor que esse comentário jornalístico tenha servido de fonte ao trabalho de Wacquant, pois os detalhes da circulação da revista do instituto (10.000 exemplares distribuídos gratuitamente), chamada *City Journal*, e dos seus leitores (políticos, jornalistas, homens de negócios) são exatamente os mesmos. Cf.: KAPLAN, Fred. **Think Tank Helps Giuliani Set His Agenda.** Disponível em: https://www.manhattan-institute.org/html/bostonglobe-manhattaninst-1998.html. Acesso em: 02 jun. 2018: Confira-se também: WACQUANT, Loïc. **Prisões da miséria**. Rio de Janeiro: Zahar, 2011, p. 33.

[321] Disponível em: https://www.manhattan-institute.org/pdf/_atlantic_monthly-broken_windows.pdf e também em https://www.theatlantic.com/magazine/archive/1982/03/broken-windows/304465/?single_page=true.

[322] WACQUANT, Loïc. **Prisões da miséria**. Rio de Janeiro: Zahar, 2011, p. 33.

[323] *Ibidem.*

cumpridas em um patamar de pelo menos 85%, por meio da lei *Truth in Sentencing*[324]. É também desse período a *Federal Crime Bill*, que permite o financiamento de ações para segurança pública no patamar de trinta bilhões de dólares, permitindo a construção de novos estabelecimentos penais e a disponibilização de cerca de 100 mil policiais nas ruas.

Entre as divergências do movimento de Lei e Ordem com o movimento de defesa social, está o papel atribuído aos juízes. Enquanto o programa da defesa social sustenta a necessidade de máxima individualização das penas, admitindo uma política de sentenças indeterminadas; a política de Lei e Ordem demanda sentenças determinadas, que prevejam e assegurem uma incapacitação dos infratores por maior tempo.

Para Marc Mauer, aliás, o crescimento da população prisional nos EUA estaria também relacionado a essa mudança na política de condenações e da regulamentação das sentenças criminais[325]. De um modelo de sentenças indeterminadas, isto é, em que o magistrado possuía maior liberdade para a definição do *quantum* da pena a ser aplicada a cada crime; passou-se a um modelo de sentenças determinadas, em patamares mais elevados, com linhas gerais definidas também no plano federal.

Na opinião de Wacquant, essas políticas de segurança fundadas no discurso de Lei e Ordem têm em comum os seguintes aspectos: 1) intentam atacar as chamadas incivilidades, as desordens urbanas, pondo fim à era de complacência; 2) usam instrumentos como novas leis e dispositivos burocráticos tecnológicos novos (comitês de vigilância da vizinhança, tratamento judicial em tempo real, vídeo-vigilância, monitoramento eletrônico, mapeamento genético); 3) adotam um discurso alarmista, difundido midiaticamente e por partidos políticos, com tom belicista; 4) sustentam-se na guerra crime com público-alvo definido por jovens de bairros decadentes, desempregados, sem-tetos, prostitutas, imigrantes, mendigos e drogados; 5) perfilham uma abordagem gerencial do cárcere em substituição à ideia terapêutica de reabilitação, com incentivo à privatização; 6) não temem um aumento absurdo da população atrás das grades[326].

Formula-se, desse modo, a tese de que, para o novo problema das sociedades industrializadas (crise econômica, desemprego, criminalidade e imigração), a solução é a

---

[324] *Ibidem.*

[325] MAUER, Marc. Causes and consequences of prison growth in the United States. *In:* GARLAND, David (ed.). **Mass Imprisonment:** social causes and consequences. Londres: SAGE, 2001, p. 6.

[326] WACQUANT, Loïc**. Punir os pobres:** a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 25.

transição do Estado de Providência para o Estado-Penal ou Estado Carcerário. O Estado Carcerário se caracteriza pela expansão vertical do cárcere (com o aumento exponencial da população detida); pela expansão horizontal do sistema penal (com o aumento de casos de *probation*, *parole*, de vigilância de dados eletrônicos); pelo aumento desproporcional do orçamento com segurança pública; pela redução de gastos com educação e assistência social, pela ampliação da indústria privada de detenção; e, ainda, pela política de ação carcerária afirmativa[327].

Esse *know-how* penitenciário e de controle social é exportado para o mundo como um caso de sucesso na redução dos índices de criminalidade. A política estadounidense voltada ao encarceramento torna-se, assim, uma espécie de "localismo globalizado", isto é, um "produto" local que pode ser (e é vendido como) globalizável, universal[328]. Como lembra Wacquant, já em 1998, o então presidente do México lançou uma cruzada nacional contra o crime, que se inspirava no programa de "tolerância zero" de Nova Iorque; também nesse ano, o secretário de Justiça e da Segurança de Buenos Aires afirmou que aplicaria a "doutrina elaborada por Giuliani"; e, em janeiro de 1999, foi a vez do governador de Brasília, Joaquim Roriz, anunciar que implantaria uma política de "tolerância zero"[329].

Ainda que discorde da leitura que Wacquant faz sobre as condições para a expansão do castigo, David Garland reconhece que a cultura do controle do crime no Ocidente foi moldada por duas forças centrais de matriz conservadora, presentes tanto nos Estados Unidos como na Grã Bretanha, especialmente a partir da década 1980, nos governos de Ronald Reagan e Margareth Tachter: o modo especial de organização social da pós-modernidade e a economia de mercado[330]. Essas matrizes, aliadas ao que Garland considera altas taxas de criminalidade, possibilitaram o desenvolvimento de uma cultura do controle, no seio da qual as propostas de política criminal mais severas foram desenvolvidas e exportadas como modelo de sucesso no enfrentamento da criminalidade para todo o mundo. É mais um exemplo de localismo que se globaliza pelo efeito totalizante da razão metonímica do Norte.

---

[327] WACQUANT, Loïc. **Prisões da miséria**. Rio de Janeiro: Zahar, 2011, p. 89-104.

[328] SANTOS, Boaventura de Sousa. **A gramática do tempo:** para uma nova cultura política. São Paulo: Cortez, 2006, p. 438

[329] WACQUANT, Loïc. **Prisões da miséria**. Rio de Janeiro: Zahar, 2011, p. 39. Como mencionamos na introdução esse discurso foi reforçado na campanha do candidato eleito nas disputa presidencial brasileira de 2018.

[330] GARLAND, David. **A cultura do controle:** crime e ordem social na sociedade contemporânea. Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 36.

Além disso, não é possível descurar para o papel que a midiatização do crime e do debate sobre a segurança pública tem na propagação global da *doxa* panpenalista e encarceradora. Nesse sentido, Thomas Mathiesen, na coletânea de artigos organizada para pensar justamente a questão do encarceramento em massa, argumenta que não é exagerado associar o encarceramento em massa às mudanças no espaço público provocadas pelo surgimento da televisão[331]. Obviamente, não se trata de culpar a mídia pelo encarceramento em massa, mas de buscar compreender como a televisão contribuiu para o fenômeno. No caso, a televisão favoreceria a formação de um grupo e sua identificação como tal: a coletividade de consumidores[332]. Essa coletividade se identificaria como um grupo pretensamente uniforme de proprietários igualmente ameaçados pela desordem e pela possível subtração de seus bens pelos "crimes de rua".

A televisão enfatiza a imagem. A tabloidização do jornal, as tomadas na cena do crime, a mensagem rápida e instantânea suspendem o debate e favorecem assimilação de ideias simplificadoras. A televisão cumpre a função de informar e entreter, não necessariamente nessa ordem. O "crime atende perfeitamente a demanda pelo entretenimento" com suspense, mistério, vingança[333]. É difícil duvidar do que se vê. A televisão retrataria, desse modo, a verdade sobre o crime. O caráter de semelhança da verdade da televisão é, para Mathiesen, parecido com a revelação da religião pela fé[334]. Para ele, na atualidade, a política penal é governada por notícias de casos midiáticos de alguns crimes e por argumentações pragmáticas que têm dispensado o respaldo científico[335].

---

[331] MATHIESEN, Thomas. Television, public space and prison population: a commentary on Mauer and Simon. GARLAND, David (ed.). **Mass Imprisonment:** social causes and consequences. Londres: SAGE, 2001, p. 28.

[332] MATHIESEN, Thomas. **Op. Cit.**, p. 28-29. Em sentido semelhante, Eugnio Zaffaroni, no prólogo à obra de o Lola Aniyar de Castro, afirma que: "pouco importa hoje o que diga a academia e nem sequer importa muito o que nos dizem os próprios fatos, mas sim o que é criado pelos meios de comunicação, em especial a televisão. A realidade cotidiana das pessoas é criada por esses instrumentos de publicidade; não temos mais remédio que lutar no mesmo campo". ZAFFARONI, Eugenio Raul. Prólogo. *In:* CASTRO, Lola Aniyar de. CODINO, Rodrigo. **Manual de Criminologia Sociopolítica.** Rio de Janeiro: Revan, 2017, p. 15. É necessário ressaltar, contudo, que, embora concordem com o diagnóstico, os mencionados autores discordam da postura que diante dele se deve adotar. Enquanto Mathiesen acredita que programas de televisão ou marcadamente midiáticos não proporcionam espaço adequado para debates críticos sobre o poder punitivo, razão pela qual não deveriam ser utilizados; Zaffaronir defende que seria preciso disputar também esses espaços.

[333] *Idem*, p. 30.

[334] *Idem*, p. 31.

[335] Percebendo o mesmo fenômeno desde a realidade espanhola, Díez Ripollés afirma que "o afã por satisfazer, antes e mais do que o outro, as mais superficiais demandas populares, conduziu os partidos majoritários e seus aliados a uma imprudente corrida por demonstrar que são mais duros diante do crime e a uma corrida surpreendente de propostas político-criminais, que, para alguns deles, supõe a perder de sua identidade

Se essas teses ajudam a compreender a expansão da onda punitiva no Atlântico Norte, o mesmo não pode ser dito para a repercussão dessa política de segurança pública na América Latina, que vivenciou período – breve, é verdade – em que projetos políticos que poderiam ser caracterizados como pos-neoliberais governaram a região.

Compreender as causas e consequências desse fenômeno nos EUA e como ocorreu a sua exportação para outros países pode ajudar a entender o porquê de lermos o que se passa no Brasil sob a mesma categoria sociológica do *encarceramento em massa*. A origem comum da política que incentiva o aprisionamento não pode, contudo, limitar a observação das peculiaridades da disseminação e da incorporação dessa cultura da prisão do nosso lado da margem.

4.1.3 O giro punitivo à direita e à esquerda na América Latina

Apesar de úteis para compreender a forma como foi concebido e, em seguida, exportado o modelo de encarceramento em massa condizente com as políticas econômicas neoliberais produzidas nos EUA, as ideias de Wacquant precisam ser lidas, como já ressaltamos, com cautela e com alguma desconfiança para a compreensão do fenômeno, ainda mais complexo, vivenciado ao sul da linha do equador.

Nesse sentido, Máximo Sozzo faz observações que precisam ser debatidas e que contribuem para compreender o fenômeno do encarceramento em massa na América Latina. Ele afirma que, em 1992, países como Argentina, Peru, Equador e Brasil possuíam taxas de encarceramento com padrões escandinavos[336]. Esse panorama mudou radicalmente em duas décadas. Ele registra que o crescimento da taxa de encarceramento, entre 1992 e 2013, foi de 305% no Brasil; 242% no Peru; 212% na Colômbia; 182% no Uruguai; 173% na Argentina; e 123% no Equador.

O giro punitivo, segundo Sozzo, foi associado na sociologia da penalidade, à ascensão do neoliberalismo, na esteira da explicação de Wacquant. O giro punitivo nessa tradição se fundamentaria em três pilares: na eliminação da intervenção estatal na economia; no achatamento e na mutação da lógica de suas intervenções sociais – do *welfare* para o *workfare*

ideológica". RIPOLLÉS, Jose Luis Díez. **A política criminal na encruzilhada.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 28.

–; e na mudança da lógica de reabilitação para a da dissuasão e a da incapacitação, no que se refere à intervenção penal[337].

Sozzo questiona a capacidade desse modelo explicativo para compreender o fenômeno do encarceramento na América Latina. Isso porque, especialmente na primeira década do século XXI, processos de mudança política decisivos emergiram nos diversos contextos nacionais da América do Sul. Alianças de esquerda, com distintos níveis de radicalidade, assumiram o poder em diversos países latino-americanos com discurso e programa políticos que pretendiam exercer um forte antagonismo ao neoliberalismo. É nesse sentido que ele fala em projetos políticos pos-neoliberais.

No caso da Venezuela, esse momento iniciou-se em fevereiro de 1999 com a assunção de Hugo Chávez, que foi reeleito em 2000, 2006 e 2012, sendo seu projeto continuado com Nicolás Maduro. Na Bolívia, a mudança começou em janeiro de 2006 quando Evo Morales assumiu a presidência, tendo sido reeleito em 2010 e 2014. No Equador, o início se deu em março de 2007, com chegada de Rafael Correa à Presidência em 2007, tendo sido ele reeleito em 2009 e 2013. Em comum, esses governantes assumiram o propósito de implantação de uma nova versão do socialismo, com a ativação da mobilização e da participação popular. Nos três casos, foram instalados também processos constituintes. Além disso, o programa político incluia uma forte intervenção estatal, a reestatização de diversas atividades produtivas e expansão das políticas sociais.

Em um outro nível de mudança política, encontram-se o Brasil, a Argentina e o Uruguai. No Brasil, esse novo momento inicia-se em 2003 com a eleição de Luis Inácio Lula da Silva e prosseguiu com sua reeleição em 2007 e com a da sua sucessora, Dilma Roussef em 2011 e 2014. Na Argentina, é o início do governo de Nestor Kirchner que marca a mudança de projeto político. Eleito em 2003, o projeto foi continuado por sua esposa Cristina Fernández de Kirchner, eleita em 2007 e reeleita em 2011. No Uruguai, o novo momento se iniciou em 2005 com a assunção de Tabaré Vázquez, foi continuado por Pepe Mujica desde 2010 e seguiu com a nova eleição de Tabaré Vázquez em 2014.

Esses governos são caracterizados por uma maior moderação nas propostas e se identificam pelo cancelamento da dívida externa com o Banco Mundial e o FMI; pelo

[336] SOZZO, Máximo. Más allá de la 'tesis de la penalidad neoliberal? Giro punitivo y cambio político en America del Sur. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. v. 129/2017, p. 321-348, mar. 2017, p. 322.
[337] *Idem,* p. 326.

alinhamento com os demais Estados progressistas da região e pelo rechaço da ALCA; por uma política neokeynesiana, com intervenção mais forte na economia, com a nacionalização de empresas produtivas e com a ampliação de políticas sociais.

Apesar das suas contradições internas e das alianças assumidas para governar, Sozzo considera difícil pensar esses governos como mera continuidade do projeto político neoliberal predominante até então, com o que concordamos. Ele desenha, por outro lado, uma tabela que demonstra a evolução da taxa de encarceramento no período desses governos. Na Venezuela, a taxa cresceu 65% em 16 anos; no Brasil, em 12 anos, cresceu 119%; na Argentina, cresceu 32%; no Uruguai, 36%; na Bolívia, 84%; e no Equador, 59%.

Examinando mais particularmente o caso argentino, ele destaca que a aliança kirchnerista assumiu o governo em maio de 2003 e no seu princípio adotou uma retórica diversa daquela de apelação à mão dura, sendo exemplar a indicação de Raul Zaffaroni para juiz da Corte Suprema de Justiça da Nação. Contudo, a partir do assassinato de Axel Blumberg, ocorreu uma "eclosão de fortes mobilizações sociais em nome da vítima, apoiadas pelos meios de comunicação", que chegou a receber o nome de Cruzada Axel. Reformas legais buscavam incrementar a severidade penal em um modelo que Sozzo chama de cambio legal *express*[338]. Surge, então, um "populismo penal *desde abajo*", que, como reconhece o próprio autor, "não seria possível sem a onda precedente de populismo penal *desde arriba* que a preparou e a possibilitou"[339].

Para compreender as particularidades desse movimento ambivalente e sinuoso, Sozzo afirma que é preciso ter em conta os seguintes fatores: a composição heterogênea da aliança governamental; o papel potencial das retóricas e iniciativas de mão dura para capturar consenso político; o curto prazo da ação política pragmática; a produção de sentido pela mídia sobre a crise de inseguridade e a influência dessa visão sobre atores penais; o papel dos movimentos coletivos em nome da vítima e as pressões políticas para tomadas de decisão; o peso das visões dos atores penais e das culturas institucionais e corporativas.

Ele conclui que, para compreender nosso presente penal nesses cenários, é necessário ir além da tese da penalidade neoliberal. É necessário reconhecer que, de um lado, os governos pos-neoliberais também promoveram giros punitivos próprios, mas, de outro lado,

---

[338] SOZZO. Máximo. Más allá de la 'tesis de la penalidad neoliberal? Giro punitivo y cambio político en America del Sur. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. v. 129/2017, p. 321-348, mar. 2017, p. 330.
[339] *Ibidem.*

não se pode perder de vista que houve "tempos virtuosos" momentos em que o crescimento da punitividade foi contido ou houve efetiva redução[340].

A análise que Máximo Sozzo faz sobre o giro punitivo na América Latina se aplica, com algumas ressalvas, ao caso brasileiro. Como ele mesmo reconhece, as marcas desse giro punitivo à brasileira se aproximariam mais do caso argentino que das experiências vivenciadas na Venezuela, na Bolívia ou no Equador[341].

Essa onda punitiva transatlântica não se dispersou sem enfrentar movimentos de contenção ou de resistência. Desde o seu início, um ativismo antiprisional se desenhou tanto nas ruas como nos tribunais. Vejamos, então, algumas experiências de movimentação política contrária ao encarceramento em massa

4.2 O MOVIMENTO DE CONTENÇÃO DA ONDA PUNITIVA E ALGUMAS EXPERIÊNCIAS DE ATIVISMO ANTIPRISIONAL AO NORTE: os abolicionismos em preto e branco

Ainda que o foco deste trabalho esteja na identificação do que estamos chamando de ativismo jurídico, não seria possível deixar de comentar que, antes da mobilização dos tribunais, os presos, seus familiares e outros ativistas exerceram (e continuam exercendo) a pressão política por meio dos mecanismos tradicionais de ação coletiva fora e muitas vezes independentemente da litigância judicial. Nos limites de um trabalho monográfico com tempo e recursos limitados, evidentemente, não seria possível rastrear todas as experiências internacionais de resistência à expansão da política de encarceramento. Comentaremos, pois, a seguir, brevemente, apenas aquelas que exerceram uma influência mais destacada no ativismo nacional. Neste tópico, abordaremos, assim, algumas experiências ocorridas em

---

[340] *Idem*, p. 348.

[341] Os dados sobre encarceramento em massa no Brasil serão examinados com maiores detalhes mais adiante. De qualquer modo, é possível contrastar, desde logo, que, por aqui, desde a década de 1990, há um crescimento contínuo do encarceramento de pessoas a uma taxa média de, aproximadamente, 7% ao ano. De 1990 a 2002, se tomarmos por base os dados do último relatório do INFOPEN, saímos de 90.000 pessoas privadas de liberdade para o patamar de 239.300 indivíduos nessa situação, o que representa um aumento de 165%. Por outro lado, de 2002 a 2012, período que contemplaria o governo considerado como pertencente a um regime "pos-neoliberal", o crescimento seria de 129% (saindo de 239.300 para 514.600 pessoas privadas de liberdade). Ou seja: tanto os governos que adotaram de forma mais próxima a cartilha econômica neoliberal como aqueles que se tornaram reconhecidos por uma maior redistribuição de renda mantiveram uma política criminal voltada para o aprisionamento. Além disso, coexistiram nos dois governos leis de caráter mais repressor e leis de caráter menos punitivo; práticas judiciais punitivas e lampejos de decisões mais garantistas.

países europeus e aquelas vivenciadas nos EUA, impulsionadas sobretudo pelo movimento negro, que foram relatadas em pesquisa recentemente elaborada no Brasil pela Pastoral Carcerária.

A pretensão de abolição da prisão encontrou forte respaldo em movimentos coletivos no norte da Europa. Os órgãos mais ativos nesse sentido foram os grupos escandinavos formados ainda na década de 1960[342]. Como esclarece Thomas Mathiesen, o KRUM (grupo sueco fundado em 1966), o KRIM (grupo dinamarquês fundado em 1967) e o KROM (grupo norueguês fundado em 1968) surgiram no contexto dos levantes universitários fomentados pelos movimentos contrários à Guerra do Vietnam nos EUA e por movimentos políticos contrários aos arranjos institucionais de então[343]. A origem desse movimento é marcada também por uma conferência que congregou egressos do sistema criminal, ativistas, profissionais e pesquisadores e que ficou conhecida como "The Parliament of Thieves", realizada na cidade de Strömsund, na Suécia, em 1966.

Para Mathiesen, cinco conjuntos de ideias estavam entre os fundamentos de constituição dos grupos. Em primeiro lugar, havia o sentimento comum de que a prisão, em qualquer de suas formas, era inumana e não funcionava como planejado. Além disso, entendia-se que a inclusão dos próprios presos como participantes ativos na organização dos movimentos antiprisionais era essencial (ele esclarece que pessoas presas ou que já haviam sido presas representavam 90% dos participantes do KROM, embora hoje o percentual seja bem menor, 20%). Em terceiro lugar, havia uma forte ênfase na abolição da prisão. Em quarto lugar, considerava-se toda a mobilização como experiências de aprendizado contínuo, o que permitia abertura suficiente para aprender com os erros e corrigir percursos equivocados, possibilitava os acadêmicos a compreenderem o seu ativismo como uma pesquisa em ação e, ainda, viabilizava a continuidade do grupo, pois se entendia a ação coletiva sempre como um

---

[342] Outros grupos surgiram também em diversos países da Europa. Na França, por exemplo, o *Groupe d'Information sur les Prisons* (GIP), cujo manifesto foi lançado em 1971, também contava com a participação de ativistas, advogados e acadêmicos, entre os quais destaca-se o próprio Michel Foucault. Algumas poucas informações sobre o GIP estão disponíveis em: https://www.imec-archives.com/fonds/gip-groupe-dinformation-sur-les-prisons/. Acesso em: 31 out. 2018. Há aí a informação de que no IMEC (*Institut Memoires de l'édition Contemporaine*) encontra-se uma coletânea com os arquivos do GIP. Uma versão em inglês do Manifesto do GIP está disponível em: https://www.viewpointmag.com/2016/02/16/manifesto-of-the-groupe-dinformation-sur-les-prisons-1971/>. Acesso em: 31 out. 2018.

[343] Cf.: MATHIESEN, Thomas. **The politics of abolition revisited.** Oxon: Routledge, 2015, p. 5. Como explica o autor, KRUM era uma abreviação de Krimnalvärdens Humanisering, KRIM também estava relacionado com crime e KROM não tinha qualquer sentido e era apenas uma derivação do nome dos outros dois grupos.

projeto não concluído. Por fim, constava-se que, apesar da concretização do Estado de Bem-Estar Social nos países nórdicos, os presos haviam sido o único grupo "deixado para trás"[344].

Mesmo nos países nórdicos e, apesar do movimento antiprisional que ali se instalou, o sistema de justiça criminal permaneceu em franco crescimento, o que fez surgir questionamentos sobre a utilidade dessas mobilizações. O próprio Mathiesen responde que é justamente em momentos nos quais há uma escalada dos problemas sociais que se mostram mais necessárias as ações de protesto. As atividades do KRUM não duraram muito e se encerraram ainda na década de 1970. Já o KROM está em atividade até hoje, ainda que o próprio Mathiesen reconheça que a subsistência ocorre de forma bastante "precária"[345]. Eles realizam anualmente uma conferência de três dias, com uma frequência regular de 100 a 200 pessoas e seminários semestrais para um grupo mais restrito, que segue contando com a participação de presos e egressos.

Uma das maiores contribuições desses movimentos, além do circunstancial impacto na organização do sistema prisional de seus países, foi a produção acadêmica, que ainda hoje serve de referência na reflexão que se faz em diversos países, inclusive na América Latina, sobre ideias como a de justiça restaurativa[346] e de movimentos críticos ao sistema de justiça criminal[347].

Já a luta antiprisional nos EUA está estreitamente associada à tomada de consciência da comunidade negra quanto ao uso do cárcere pelo poder público como mecanismo de controle e de dominação racial. O Partido dos Panteras Negras, fundado em 1966, já continha na sua plataforma de reivindicações o desejo de que "todos os homens negros fossem imediatamente soltos de cadeias federais, estaduais, de condados ou municipais ou ainda de qualquer estabelecimento penitenciário"[348]. Os ideais ali estabelecidos foram por alguns anos silenciados, seja pela morte e prisão de seus principais líderes, seja por aquilo que Ana Flauzina chamou, com base no pensamento de Michele Alexander, de "desradicalização do

---

[344] *Idem*, p. 10.

[345] MATHIESEN, Thomas. **The politics of abolition revisited.** Oxon: Routledge, 2015, p. 15.

[346]Confira-se, por exemplo: ACHUTTI, Daniel. **Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal:** contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2014.

[347] Ver, por todos, a coletânea de artigos: POSTAY, Maximiliano E. (org.). **El abolicionismo penal en América Latina:** imaginación no punitiva y militancia. Buenos Aires: Del Puerto, 2012.

[348] Tradução livre do ponto 8 da plataforma de 10 pontos do Partido dos Panteras Negras, que está assim originalmente redigido: "We want all black men immediately released from federal, state, county, city jails and penitentiaries. That's right, because their constitutional right have been violated. They have no been tried by a

movimento" pelo "empoderamento de advogados como protagonistas dos pleitos", isto é, a desmobilização social provocada por algumas vitórias judiciais obtidas pelo movimento de direitos civis[349].

De fato, entre as décadas de 1960 e 1990, a Suprema Corte dos EUA acolheu demandas por ações afirmativas e, como veremos, para a reforma de prisões[350]. Nesse momento, já estavam melhor estruturadas tanto a *American Civil Liberties Union* (ACLU) como a *National Association for the Advancement of Colored People* (NAACP), que contavam em seus quadros com advogados e utilizavam estratégias de mobilização do judiciário para alcançar objetivos relacionados como as pautas do movimento de direitos civis[351].

Os resultados desse ativismo jurídico foram, contudo, bastante limitados em termos de mudanças estruturais[352]. Para Ana Flauzina, em situações como essa, o Judiciário busca "garantir a aparência de democracia nos gabinetes", almejando "projetar-se como o norte civilizatório, limitador da barbárie que se processa apesar de sua atuação, nunca em razão dela"[353]. Efetivamente, se, de um lado, a Suprema Corte estadounidense se mostrou ativa por longo período na configuração das condições de encarceramento nas prisões daquele país; de outro, assumiu uma postura de autocontenção[354] e de blindagem do sistema de justiça criminal, convalidando a sua seletividade racista por meio de um discurso de neutralidade racial[355].

---

jury of their peers, so let them go free". Disponível em: https://www.pbs.org/hueypnewton/actions/actions_platform.html. Acesso em: 31 out. 2018.

[349] As expressões entre aspas estão no texto de apresentação que Flauzina faz à versão portuguesa do livro de Michele Alexander: FLAUZINA, Ana Luíza. Apresentação. *In:* ALEXANDER, Michelle. **A nova segregação:** racismo e encarceramento em massa. São Paulo: Boitempo, 2017, p. 16.

[350] Examinaremos, a propósito, no tópico seguinte, os chamados *prison reform cases.*

[351] A história de atuação dessas duas entidades, que são criadas ainda no primeiro quarto do século XX, está disponível em seus respectivos sítios eletrônicos: https://www.aclu.org/about/aclu-history. Acesso em: 31 out. 2018. E: https://www.naacp.org/nations-premier-civil-rights-organization/. Acesso em: 31 out. 2018

[352] Gerald Rosenberg está entre os que não vislumbram transformações sociais significativas por meio da litigância judicial. Cf.: ROSENBERG, Gerald N. **The hollow hope:** can Courts bring about change?. Chicago: The University of Chicago Press, 1991.

[353] FLAUZINA, Ana Luíza. Apresentação. *In:* ALEXANDER, Michelle. **A nova segregação:** racismo e encarceramento em massa. São Paulo: Boitempo, 2017, p. 14.

[354] Para uma leitura sobre os movimentos de ativismo e de autocontenção na história recente da Suprema Corte do EUA, ver por todos: LIMA, Flávia Santiago. **Jurisdição constitucional e política:** ativismo e autocontenção no STF. Curitiba: Juruá, 2014.

[355] Cf.: ALEXANDER, Michelle. **A nova segregação:** racismo e encarceramento em massa. São Paulo: Boitempo, 2017, p. 155 e ss.

As ações judiciais pelo reconhecimento dos direitos civis e por melhorias nas condições da prisão não impediram, por exemplo, que a comunidade negra fosse constantemente sujeitada à violência policial e a prisões racialmente enviesadas. Na década de 1990, alguns casos provocaram forte comoção e serviram de estopim para uma maior articulação social. Como também destaca Rodolfo de Almeida Valente, o espancamento de Rodney King por quatro policiais brancos do Departamento de Polícia de Los Angeles, em 3 de março de 1991, associa-se à execução George Noyes por policiais do mesmo estado norte-americano, em novembro do mesmo ano, para despertar a comunidade negra dessa região para a necessidade de voltar a protestar contra o que, para além do encarceramento, revelava-se um evidente e cruel extermínio[356]. Formou-se, então, o *George Noyes Justice Comittee* que passou a articular, sob a liderança de Barbara Meredith, tia de George, a comunidade negra local para monitorar a apuração e a responsabilização dos policiais envolvidos naquela execução. A polícia de Los Angeles reagiu a essa crescente articulação com a prisão, em 16 de fevereiro de 1992, de um dos filhos de Barbara, chamado Gilbert Jones. Esses fatos, somados aos demais casos de violência institucional, desencadearam as denominadas *L.A. Riots* (Revoltas de Los Angeles), ocorridas entre abril e maio de 1992, e serviram também de estímulo para a fundação do coletivo *Mother Reclaiming Our Children – Mothers ROC*, constituído por mulheres negras e outras pessoas organizadas para denunciar a violência policial e as prisões arbitrárias[357].

Anos depois, a luta antiprisional nos EUA ganhou ainda mais corpo com a formação do coletivo *Critical Resistance*, por ocasião da Conferência organizada em 1998, em Berkeley, também na Califórnia, sobre as formas de enfrentamento do que passou então a ser identificado, com base nas ideias de Mike Davis, como Complexo Prisional Industrial (PIC, na sigla em inglês). Esse movimento, do qual Angela Davis é uma das fundadoras, até hoje é um dos principais articuladores da luta antiprisional no país. Eles seguem editando o jornal *The Abolitionist* (a última edição é a do verão de 2018) e promovendo encontros nacionais e locais.

---

[356] Confira-se a pesquisa já referida de Rodolfo de Almeida Valente e encampada pela Pastoral Carcerária: PASTORAL CARCERÁRIA. **Luta antiprisional no mundo contemporâneo:** um estudo sobre experiências de redução da população carcerária em outras nações. Disponível em: http://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2018/09/relatorio_luta_antiprisional.pdf. Acesso em: 31 out. 2018.

[357] *Idem*, p. 42-44.

Um dos papéis mais destacados do movimento do *Critical Resistance* foi mesmo o de introduzir e difundir o mencionado conceito do Complexo Industrial da Prisão, percebendo a prisão não apenas como um lugar de repressão, mas como um aparelho essencial para a estruturação racista e classista da sociedade. De acordo com a definição disponível no site do *Critical Resistance*, em tradução livre, o PIC seria o conjunto de "interesses sobrepostos do governo e da indústria que utiliza a vigilância, o policiamento e o encarceramento como soluções para problemas econômicos, sociais e políticos"[358]. Em vídeo produzido para o projeto *Breaking Down The Prison Industrial Complex* do *Critical Resistance*, Angela Davis reconhece que esse é um conceito que ainda desperta diversas dúvidas, mas esclarece que essa é justamente uma das suas virtudes, pois permite a reflexão sobre o sistema prisional e sobre o modo como ele funciona de forma mais estrutural e não como um fenômeno ou objeto isolado[359].

Abolir esse Complexo Industrial da Prisão é o objetivo do movimento, pois acredita-se que ele "ajuda e mantém a autoridade de pessoas que obtêm poder através de privilégios raciais, econômicos ou de outra ordem". O *Critical Resistance* sustenta, ainda, que esse poder é mantido "por meio da construção pela mídia de massa de estereótipos sobre a imagem de negros, pessoas pobres, comunidade LGBTIQ+, imigrantes, jovens e outros grupos minoritários como deliquentes, criminosos ou desviantes"[360]. Defendem que o PIC mantém seu poder também através de uma rede de pessoas e grupos que obtêm vantagens políticas e econômicas explorando o seu alcance e os impactos diretos e indiretos. São empresas que se relacionam e que lucram com o sistema prisional e com o fornecimento de materiais para as forças policiais; são políticos que defendem pautas simplistas de expansão do poder punitivo e que se aproveitam do sentimento de insegurança amplificado midiaticamente; são os sindicatos e as corporações de guardas, policiais e agentes de segurança, entre outros.

---

[358] Na versão original: "The prison industrial complex (PIC) is a term we use to describe the overlapping interests of government and industry that use surveillance, policing, and imprisonment as solutions to economic, social and political problems". Disponível em: http://criticalresistance.org/about/not-so-common-language/. Acesso em: 31 out. 2018.

[359] Foram produzidos diversos vídeos no âmbito desse projeto, todos disponíveis em: http://criticalresistance.org/videoproject/. Acesso em: 31 out. 2018. O vídeo de Angela Davis a que nos referimos está intitulado: "The Shifting Concept of The Prison Industrial Complex".

[360] Na versão original: "There are many ways this power is collected and maintained through the PIC, including creating mass media images that keep alive stereotypes of people of color, poor people, queer people, immigrants, youth, and other oppressed communities as criminal, delinquent, or deviant". Disponível em: http://criticalresistance.org/about/not-so-common-language/. Acesso em: 31 out. 2018.

Como um dos resultados da Conferência de 1998 e dos debates que se seguiram, Angela Davis publicou o seu *Are Prisons Obsolete?*, livro em que ela defende que a prisão é uma instituição racista e que, do mesmo modo que a escravidão já foi declarada obsoleta, também ela (a prisão) deveria sê-lo[361]. Ela argumenta também que prisão funciona ideologicamente como um lugar abstrato onde os indesejáveis são depositados, dispensando as pessoas de pensarem nos problemas que afligem as comunidades de onde eles (os indesejáveis) saem[362]. A noção de Complexo Industrial da Prisão é, para Davis, essencial na verificação, de forma mais clara, da desvinculação entre índices de criminalidade e taxas de encarceramento[363]. Mais que a soma de todos os estabelecimentos penais de um país, ele representa o conjunto de relações entre comunidades correcionais, corporações internacionais, conglomerados midiáticos, sindicatos de agentes de segurança e agendas legislativas e judiciais[364].

De acordo com a página na internet do *Critical Resistance*, o desmantelamento desse Complexo Industrial da Prisão é a finalidade do movimento antiprisional. Para Angela Davis, o primeiro passo de uma agenda abolicionista deve ser deixar de lado a ideia de que é possível encontrar uma única alternativa ao sistema de punição que representa esse complexo industrial da prisão[365]. É preciso imaginar uma constelação de estratégias alternativas, que passam pela desmilitarização da educação em todos os níveis, por um sistema de saúde que promova cuidados médicos físicos e mentais para todos e um sistema de justiça baseado na reparação e na reconciliação mais que na retribuição e na vingança[366]. Ela reconhece, contudo, que as alternativas não serão eficazes se não houver uma transformação radical da sociedade que ataque as estruturas de dominação como o racismo, o machismo, a homofobia e os preconceitos de classe social[367].

Na América Latina, a articulação em torno dos direitos das pessoas presas e da luta antiprisional esteve vinculada, especialmente durante os períodos de regimes ditatoriais, às ações exercidas pelos presos políticos, pelos setores progressistas da Igreja e também pelos

---

[361] DAVIS, Angela Y. **Are prison obsolete?** New York: Seven Stories Press, 2003, p. 25.
[362] DAVIS, Angela Y. **Are prison obsolete?** New York: Seven Stories Press, 2003, p. 16.
[363] *Idem*, p. 84-85.
[364] *Idem*, p. 107.
[365] *Idem*, p. 106.
[366] *Idem*, p. 107.
[367] *Idem*, p.108.

familiares de presos. Os grupos se organizavam em torno das lutas democráticas mais amplas, contra a violência institucional e os desaparecimentos forçados.

Entre os movimentos exemplares da luta contra o terrorismo de Estado estão as *Madres de Plaza de Mayo*, um grupo de mulheres argentinas que até hoje se mobiliza pela memória de seus filhos mortos e sequestrados durante a ditadura militar naquele país. É possível referirmo-nos, também, às *Luminosas Trincheiras de Combate (LTCs)*, formadas por membros do *Sendero Luminoso* do Peru que se encontravam presos durante as décadas de 1980 e 1990 e que tinha entre suas pautas a luta antiprisional[368]. Em sua pesquisa, a Pastoral Carcerária faz menção, ainda, como exemplo de associação de familiares de presos, ao grupo *81 Razones por Luchar* do Chile, formado a partir da tragédia ocorrida em 8 de dezembro de 2010, decorrente do incêndio no Centro de Detenção de San Miguel, na Província de Santiago, no Chile, no qual morreram 81 pessoas[369].

No capítulo 5, apresentaremos com maior detalhamento as ações de grupos brasileiros. Aqui, desejamos apenas indicar que os movimentos de contenção ao avanço da agenda de expansão do poder punitivo não se restringem ao plano acadêmico e judicial. Resumidas, assim, as experiências não-nacionais da luta antiprisional fora dos Tribunais, vejamos, agora, casos emblemáticos de litigância judicial em matéria prisional em países que exerceram alguma influência na prática judicial nacional.

4.3 ALGUMAS EXPERIÊNCIAS DE ATIVISMO JURÍDICO EM TEMA PENITENCIÁRIO NO NORTE GLOBAL

4.3.1 Os prison reform cases e o caso Brown v. Plata[370]

[368] Para um exame da ação desse grupo, confira-se: WHITFIELD, Joe**. Prison Writting of Latin America**. New York: Bloomsbury Academic, 2018, p. 108 e ss.

[369] Cf.: PASTORAL CARCERÁRIA. **Luta antiprisional no mundo contemporâneo:** um estudo sobre experiências de redução da população carcerária em outras nações [...], p. 22.

[370] Nos EUA, convencionou-se a citação dos precedentes com a indicação das partes envolvidas e a referência à fonte onde a decisão pode ser encontrada de modo que se indique o volume do repositório, a abreviatura do repositório, a página e o ano. Usaremos a citação completa apenas para os casos menos conhecidos que não sejam identificáveis com a simples disposição dos nomes das partes. Os casos paradigmáticos e facilmente disponibilizados na internet serão referidos apenas com a indicação das partes. Informações sobre boa parte deles estão disponíveis em: https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/349/881/1501708/. Acesso em: 31 out. 2018.

O uso estratégico de ações judiciais para a defesa do interesse público está comumente associado ao modelo norte-americano de controle de constitucionalidade, que foi paulatinamente internacionalizado com a formação dos sistemas internacionais de proteção dos direitos humanos. O berço do modelo de encarceramento em massa foi também o local onde a litigância estratégica em matéria penitenciária mais se desenvolveu. Os chamados *prison reform cases* são, assim, frequentemente apontados como exemplos de intervenção do judiciário na política prisional. Eles se constituem em um conjunto de ações julgadas pela Suprema Corte dos EUA envolvendo questões penitenciárias, com início nas décadas de 1960 e 1970.

A assunção do papel de protagonismo político da Suprema Corte dos EUA ocorreu, sobretudo, durante a composição liderada pelo *Chief Justice* Earl Warren, entre 1953 e 1969[371]. Questões como a constitucionalidade das políticas de segregação racial nas escolas (com destaque para o caso *Brown v. Board of Education*) passaram a ser discutidas com êxito na Suprema Corte e, desse modo, estimularam outras ações relacionadas com direitos civis e de minorias.

Em 1960, uma série de direitos e garantias fundamentais começaram a ser reconhecidas pela Suprema Corte também aos presos. Para Gerald Rosenberg, aquilo que ficou conhecido como "*The Criminal Rights Revolution*" compreende quatro espécies de casos apontados como marcos históricos: direitos relativos à abordagem policial (*Mapp v. Ohio*); os direitos dos acusados em ações penais (*Gideon v. Wainright;* e *Miranda v. Arizona*); os direitos de acusados juvenis (*In re Gault*); e os direitos dos presos[372].

Patrick Baude, em artigo publicado em 1977, observava que o litígio em torno da reforma das prisões assumia já naquele momento posturas contraditórias, ora de ampliação ora de restrição, com critérios pouco claros[373]. Casos dos mais graves aos mais simples eram discutidos nas Cortes federais, sem que fosse possível estabelecer critérios seguros para inibir,

---

[371] LIMA, Flávia Santiago. **Jurisdição constitucional e política:** ativismo e autocontenção no STF. Curitiba: Juruá, 2014, p. 63.

[372] Cf.: ROSENBERG, Gerald N. **The hollow hope:** can Courts bring about change?. Chicago: The University of Chicago Press, 1991, p. 304-305. Em relação aos direitos dos presos ele destaca casos em que se asseguraram direitos como por exemplo: o de um preso prestar assistência legal a outro (*Johnson v. Avery*); a não ter cartas censuradas (*Procunier v. Martinez*); a ter liberdade de religião (*Cruz v. Beto*); a ter adequado tratamento médico sob pena de ser a punição considerada cruel (*Estelle v. Gamble*); a buscar reparação por danos decorrentes de regulamentos disciplinares (*Haines v. Kerner*); a ter assegurado um devido processo em procedimentos disciplinares (*Wolf v. McDonell*).

de um lado, a judicialização do cotidiano da administração penitenciária e, de outro, assegurar que os abusos fossem efetivamente coibidos e reformados[374].

Da análise dos casos julgados até então, Baude conseguia observar que as Cortes começaram a assumir um modelo humanitário para a solução dos conflitos que se fundamentava nas seguintes premissas: antigamente os presos eram tratados como escravos do Estado; essa condição não é tolerável em uma sociedade moderna; e, portanto, as Cortes revisarão todas as condições de vida na prisão, conferindo, de um lado, grande deferência aos julgamentos administrativos, desde que, por outro lado, não sejam consideradas bárbaras ou desumanas, reconhecendo, de qualquer modo, que a carência econômica não é uma razão válida para tornar ineficientes os direitos constitucionais[375]. A deferência à discricionariedade dos diretores da administração penitenciária servia, de um lado, para afastar a apreciação dos casos indesejados e, de outro, a necessidade de assegurar a observância dos direitos constitucionais servia de abertura para enfrentar aqueles que eram considerados tratamentos desumanos.

Malcom Feeley e Edward Rubin, em uma das obras de referência intransponível sobre os *prison reform cases*, classificam a atuação das Cortes norte-americanas em quatro fases[376]. Na primeira, havia uma verdadeira interdição à análise judicial de casos relativos à gestão ou à política prisional, que eles denominam de *The Hands-Off Era (1776-1960)*. Como exemplar desse período, ele cita o caso *Atterbury v. Regan*, de 1956, julgado pela *United States Court of Appeals for the Seventh Circuit*, no qual reafirmou-se a opinião da Corte no sentido de que as alegações de maus tratos formuladas pelo autor não poderiam ser apreciadas naquela instância porque ao tribunal não incumbiria supervisionar o tratamento e a disciplina de presos em penitenciárias, mas apenas poderia livrar da prisão aqueles presos ilegalmente[377].

---

[373] Cf.: BAUDE, Patrick. The Federal Courts and Prison Reform. **Indiana Law Journal,** v. 52, p. 761-767, 1977.

[374] Baude relata casos como o envolvendo o direito de criar gatos no presídio (*Sparks v. Fuller*) e o de um agente que subtraiu sete pacotes de cigarro de um recluso (*Russel v. Bodner*). Por outro lado, apontou inconsistências em casos como o da ausência de proteção à reputação em caso de divulgação da imagem de pessoa que teve sua prisão posteriormente declarada ilegal (*Paul v. Davis*) e da possibilidade de presos divulgarem a associação a sindicatos (*Jones v. North Carolina Prisoner' Labor Union*). Cf. BAUDE, Patrick. The Federal Courts and Prison Reform. **Indiana Law Journal,** v. 52, p. 761-767, 1977, p. 766.

[375] BAUDE, Patrick. The Federal Courts and Prison Reform. **Indiana Law Journal,** v. 52, p. 761-767, 1977, p. 764.

[376] Cf. FEELEY, Malcom M.; RUBIN, Edward L. **Judicial Policy Making and the Modern State:** how th Courts Reformed America´s Prisons. New York: Cambridge University Press, 2000, p. 27 e ss.

[377] O caso refere-se ao pedido formulado por George Atterbury contra o diretor da penitenciária estadual de Illinois, Joseph Ragen, com afirmações de que estaria sendo agredido sistematicamente pelos guardas da prisão,

Na segunda fase (intitulada "*The Reform Instinct Begins to Emerge*"), os autores mencionam casos em que as barreiras procedimentais à intervenção judicial em temas relacionados aos direitos dos presos começaram a ser superadas. Esta fase compreenderia os cincos primeiros anos da década de 1960. Eles ressaltam que, apesar dos obstáculos impostos pelos tribunais e da rejeição massiva das ações judiciais iniciadas pelos presos, tais demandas continuavam sendo formuladas, entre outras razões, possivelmente, porque os presos viam ali uma esperança mesmo remota de melhorar suas condições e não tinham custos elevados no uso desses instrumentos processuais quando o faziam *pro se.* O contexto de escândalos envolvendo situações degradantes como as das *chain gang* da Geórgia[378] e a necessidade de, durante a Guerra Fria, expor uma imagem de decência institucional também são apontados como fatores que criaram circunstâncias favoráveis à mudança de postura[379]. A mudança começa a ganhar força especialmente quando as Cortes passam a admitir o *habeas corpus* como um remédio hábil para demandas sobre as condições da prisão (como em *Miller v. Overholer* e *Austin v. Harris*). Na medida em que elas abriam as portas para apreciar efetivamente essas demandas, os pedidos relacionados ao tema aumentavam e a situação das prisões no país ganhava ainda maior notoriedade. Característico dessa nova fase é o posicionamento da Suprema Corte dos EUA no caso *Cooper v. Pate*, em que foi revertida a decisão da *Court os Appeals for the Seventh Circuit* que rejeitava o pedido de um preso para ter acesso ao Corão da mesma forma que os demais tinham acesso à Bíblia[380]. A Suprema Corte entendeu que o caso deveria ser apreciado, superando, assim, as barreiras procedimentais que se costumava impor a demandas dessa natureza.

---

de que foi mantido em confinamento solitário por dois meses, sem roupa e sem cobertor; de que passou cinco dias sem alimentação adequada e de que sua comunicação estava sendo cerceada. Cf. FEELEY, Malcom M.; RUBIN, Edward L. **Judicial Policy Making and the Modern State:** how th Courts Reformed America´s Prisons. New York: Cambridge University Press, 2000, p. 27-28. Embora os autores tenham caracterizado essa fase como a de predomínio da *hands-off docrtine*, eles próprios referem-se ao caso *Coffin v. Reichad*, de 1944, em que foi revertida a rejeição de um pedido de habeas corpus de um preso federal que alegava tratamento cruel e em que se afirmou que o preso não um escravo do Estado. *Idem, p. 35.*

[378] O termo *chain gang* é utilizado para denominar uma prática punitiva comum nos estados do Sul dos EUA por meio da qual presos eram acorrentados coletivamente e obrigados a trabalhar dessa forma fora das prisões em condições precárias. O estado da Geórgia manteve essa prática por longo período, não sendo incomuns os casos de presos que conseguiam fugir e buscar refúgio nos estados do Norte do país. Sobre o tema, confira-se: CHILDS, Dennis. **Slaves of the State**: Black incarceration from the Chain Gang to the penitentiary. Minneapolis: University of Minnesota Press, 2015.

[379] FEELEY, Malcom M.; RUBIN, Edward L. ***Op. Cit.*** p. 36.

[380] Os autores inserem esse caso no contexto dos chamados *Black Muslim cases*, que representam um conjunto de casos patrocinados por presos negros da religião islâmica, que passaram a apresentar demandas judiciais de forma articulada e organizada. FEELEY, Malcom M.; RUBIN, Edward L. ***Op. Cit.*** p. 38.

Feeley e Rubin afirmam, contudo, que os casos exemplares dessa fase não poderiam ser identificados como efetivamente voltados para a reforma das prisões, pois diziam respeito, em sua maioria, a direitos individuais dos presos em situações bastante específicas[381]. As manifestações das Cortes, mesmo quando favoráveis, não costumavam ultrapassar o reconhecimento do direito daquele preso naquele caso. Eles representam, por outro lado, um passo essencial, pois indicavam a superação dos obstáculos procedimentais impostos ao conhecimento dos pedidos formulados judicialmente.

Dos poucos e eventuais casos que marcaram esse segundo momento, passa-se a um período oposto de extrema intervenção, que os autores denominam de *The Reform Movement in Full Stride*, equivalente ao período de 1965 a 1986. Para os autores, essa fase tem seu início marcado pelas decisões relacionadas às prisões no estado de Arkansas, que revelavam uma situação que eles qualificam como "selvagem" ou "primitiva", a tal ponto que a *United States District Court for the Eastern Discrict of Arkansas* declarou todo o sistema prisional daquele estado como violador da Oitava Emenda à constituição do país, que proíbe, entre outras, a punição cruel[382]. A mudança na posição das Cortes nos EUA é significativa, pois partiu-se um entendimento consolidado de impossibilidade de intervenção judicial na gestão prisional, passou-se pela possibilidade de se reconhecer individualmente as alegações dos presos de violações a alguns direitos e se chegou ao estágio em que se tornou admissível a adoção pelo Judiciário de decisões com forte conteúdo político e que implicam interferência na administração dos recursos públicos e dos próprios estabelecimentos penais. Das 53 jurisdições dos EUA, 48 tiveram ao menos um estabelecimento penal declarado inconstitucional[383].

Esse movimento de reformas judicialmente impostas no sistema prisional estadounidense avançou até a metade da década de 1980, quando é possível observar um recuo, um freio no impulso reformista, que redunda na diminuição sensível dos casos admitidos. Feeley e Rubin atribuem essa frenagem a três conjuntos de fatores[384]. Em primeiro lugar, o reconhecimento de que as piores situações degradantes foram eliminadas e à

---

[381] FEELEY, Malcom M.; RUBIN, Edward L. ***Op. Cit.*** p. 39.
[382] *Ibidem.*
[383] Alguns dos exemplos citados envolviam os estados de Mississipi (*Gates v. Collier)*; Oklahoma (*Battle v. Anderson*); Flórida (*Costello v. Wainwright*); Louisiana (*Louisiana v. Edwards*) e Alabama (*Pugh v. Locke*). Cf. FEELEY, Malcom M.; RUBIN, Edward L. ***Op. Cit.*** p. 39-40.
[384] FEELEY, Malcom M.; RUBIN, Edward L. ***Op. Cit.*** p. 46-47.

percepção até mesmo por parte dos advogados de que os desafios agora envolviam mais esforços administrativos que litigância estratégica. Além disso, houve nesse período uma mudança no ambiente político, marcado pelas administrações de Reagan e Bush, que tornava as demandas por direitos para os presos pouco atrativas à opinião pública. Do mesmo modo, a década de 1980 é aquela em que o discurso da guerra ao crime se intensifica, reforça a hostilidade a demandas em favor dos presos. Na opinião desses autores, o movimento de recuo é liderado pela própria Suprema Corte, sendo simbólicos os casos *Bell v. Wolfish*[385] e *Rhodes v. Chapman*[386]. Como afirmam os autores, esses casos não representaram o final do processo de reformas judicialmente impostas, mas sinalizavam claramente um movimento de autocontenção[387].

Como forma de também limitar a atuação dos tribunais e reduzir o litígio nesses temas, foi editado nos EUA o *Prison Reform Litigation Act of 1995*[388]. Algumas das limitações dizem respeito, por exemplo, à necessidade de exaurir as instâncias administrativas, salvo situações excepcionais, para apresentar a demanda judicial. Exigiu-se, ademais, o pagamento antecipado das custas judiciais, que, em casos de hipossuficiência, poderiam ser parceladas. Nessas hipóteses, o demandante tem três chances para apresentar uma demanda que não seja considerada frívola, maliciosa ou inepta. Para demandas reparatórias, exigiu-se, ainda, a demonstração de danos físicos e não apenas emocionais.

O caso mais recente e um dos mais emblemáticos, que será aqui explicitado, é conhecido como *Brown v. Plata,* em que a Suprema Corte dos EUA apreciou a situação das prisões no estado da Califórnia. O caso originou-se de duas *class actions: Coleman v. Brown*,

---

385 Em *Bell v. Wolfish,* a Suprema Corte dos EUA reverteu uma decisão proferida em instância inferior que declarava inconstitucional uma cadeia recém construída na cidade de Nova Iorque. Feeley e Rubin destacam dessa decisão a opinião do Justice Rehnquist que indicava já um alerta contrário à atitude intervencionista das demais Cortes, afirmando que a Oitava Emenda não permitia interpretações que autorizassem os juízes a se envolver nas "minúcias da operação das prisões", retomando o discurso da separação das funções. Cf.: FEELEY, Malcom M.; RUBIN, Edward L. ***Op. Cit.*** p. 47.

386 Esse caso, na opinião de Feeley e Rubin, representava uma verdadeira inflexão no escrutínio judicial sobre as condições da prisão. Em Rhodes v. Chapman o tema de fundo era justamente a tolerância com circunstâncias de superlotação. A superlotação das prisões era justamente um dos principais fundamentos para considerar uma prisão inconstitucional. Contudo, nesse caso, o Justice Powell manifestou-se no sentido de que a mera situação de ocupação dobrada nas celas não representaria uma condição inconstitucional, pois condições de desconforto, restritivas e até mesmo duras seriam inerentes à penalidade que os ofensores da lei deveriam sofrer em razão de seus atos. Cf.: FEELEY, Malcom M.; RUBIN, Edward L. ***Op. Cit.*** p. 48.

387 *Ibidem.*

388 Para um detalhamento das provisões desse instrumento normativo, ver: FEDERAL JUDICIAL CENTER. **Resource Guide for Managing Prisoner Civil Rights Litigation:** with special emphasis on the Prison Reform Litigation Act. Disponível em: https://www.fjc.gov/sites/default/files/2012/prisoner.pdf. Acesso em 24 set. 2018.

que envolvia o tratamento cruel de presos com problemas mentais sérios, ajuizado em 1990; e *Plata v. Brown*, que envolvia presos com problemas graves de saúde, ajuizado em 2001. Esta última ação fora ajuizada por uma entidade chamada *Prison Law Office*, em favor de Marciano Plata e outros, contra o então governador da Califórnia, Edmund Brown. Argumentava-se que a situação de detenção na Califórnia violava a Oitava Emenda da Constituição norte-americana que bania a punição cruel.

Depois de anos de litigância em cada um desses casos, eles foram reunidos para julgamento conjunto nos termos do *Prison Litigation Reform Act*. Entendeu-se que, como as violações eram sistemáticas e provocadas especialmente pela superlotação, a questão só poderia ser resolvida com uma ordem imediata de soltura de uma quantidade significativa de presos, de forma a superar o problema estrutural da superlotação.

No momento do julgamento, havia no sistema penitenciário da Califórnia cerca de 156.000 pessoas presas, o que representava o dobro de sua capacidade. A determinação judicial compelia, então, o Estado a reduzir a sua população prisional para o patamar de 137% da sua capacidade total. Considerou-se que as violações aos direitos dos presos persistiram por pelo menos 11 anos, período no qual o sistema californiano operou com uma população de 200% de sua capacidade.

A decisão foi submetida, então, a julgamento pela Suprema Corte. Como nenhuma outra medida se mostrou eficaz, durante o período de litígio, a Suprema Corte confirmou a ordem de redução da população prisional e de soltura dos presos.

Houve dois votos dissidentes. O *Justice* Scalia, que foi seguido pelo *Justice* Clarence Thomas, sustentou que a decisão de soltar 46.000 presos superava muito os limites constitucionais ao poder dos juízes federais. Ele argumentava, ainda, que o *Prison Litigation Reform Act* previa especificamente que a extensão da medida judicial concedida a um demandante não poderia ir além daquela estritamente necessária para a correção da violação de um direito fundamental (protegido em nível federal) desse demandante. Ele estrutura, assim, seu argumento no sentido de que os tribunais não poderiam definir regras sobre como gerir um sistema penal de forma decente, mas apenas proibir que um cidadão, individualmente considerado, receba um tratamento indecente. Além disso, ele também assenta seu entendimento contrário às *structure injunctions*, que tornariam os juízes em administradores de longo prazo de instituições sociais complexas. Em sentido semelhante, o voto dissidente do *Justice* Alito, afirmava que a Constituição não conferia aos juízes o poder

de gerir o sistema penal estatal e que o caso submetido a exame seria exatamente um exemplo daquilo que o *Prison Litigation Reform Act* buscava evitar.

Para a maioria dos membros da Corte[389], contudo, os cuidados com a saúde física e mental dos presos na Califórnia estava abaixo do padrão de decência que seria inerente à Oitava Emenda à Constituição daquele país, que proíbe penas cruéis. Na opinião do *Justice* Kennedy, acolhida pela maioria, a situação de violação sistemática demandava um remédio forte e, considerando o histórico do litígio e as tentativas frustradas de solucionar o problema, não poderia haver qualquer resolução para a demanda que não passasse por uma redução drástica na superlotação. A ordem da Corte Distrital da Califórnia de determinar a redução da população prisional para o patamar de 137% da capacidade total do sistema foi, então, acolhida[390].

Enquanto alguns autores norte-americanos, consideram que casos como esse podem ser tidos como uma revolução legal no sistema penitenciário, Gerald Rosenberg é mais cauteloso, afirmando que houve sim algumas mudanças, mas que problemas sérios nas prisões permanecem. Ele reconhece, quando muito, que as decisões da Corte, ajudadas por condições sociais favoráveis, permitiram a resolução das situações absurdas de tratamento desumano, mas não atacaram questões ainda relevantes e os problemas mais graves. Tratou-se mais dos sintomas que das causas. Para ele, não é fácil também afirmar que os gastos mais elevados na reforma das prisões se devem apenas às decisões judiciais[391].

Apresentadas as experiências norte-americanas, observemos, agora, alguns casos emblemáticos julgados pela Corte Europeia de Direitos Humanos.

4.3.2 As decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos em Ananyev v. Rússia e Torreggiani et al. v. Itália

[389] Foram 5 votos a favor da ordem de redução (Kennedy, Ginsburg, Breyer, Sottomayor e Kagan) e 4 contrários (Roberts, Scalia, Thomas e Alito).

[390] Como se verá adiante, essa taxa de ocupação máxima de 137% considerada tolerável servirá tanto para decisões do Supremo Tribunal Federal brasileiro como para regulamentações do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária.

[391] ROSENBERG, Gerald N. **The hollow hope:** can Courts bring about change?. Chicago: The University of Chicago Press, 1991, p. 306-310. Para uma visão mais otimista da litigância estratégica, confira-se: DEITCH, Michele. Thinking outside the Cell: Prison Reform Litigation and the Vision of Prison Reform, 24 **Pace Law Review**, v. 24, *issue 2*, 847, 2004. Para uma posição mais intermediária, confira-se: FEELEY, Malcom; RUBIN,

A Corte Europeia de Direitos Humanos também tem apreciado ações que de algum modo judicializam as condições ofertadas pelos Estados para o cumprimento de penas de prisão. Os casos mais destacados são *Ananyev* v. Rússia e *Torreggiani et al*. v. Itália, ambos referidos em decisões do Supremo Tribunal Federal brasileiro, particularmente no julgamento do recurso extraordinário (RE) nº 580.252/MS, em que se discutia o direito à reparação por danos sofridos pelas pessoas detidas em condições de encarceramento consideradas ilegais (violadoras de direitos humanos).

No caso *Ananyev* et al. v. Rússia, a Corte apreciou questões ligadas às condições de aprisionamento naquele país. O caso originou-se de duas ações promovidas contra a Rússia em 2007 (*Ananyev*) e em 2008 (*Barishov* e *Barishova*). Os demandantes alegaram ter sido submetidos ao aprisionamento em condições degradantes e que não dispunham de instrumentos processuais internos suficientes para fazer cessar a violação de seus direitos. *Ananyev* foi preso no estabelecimento penal identificado como IZ-67/1 de *Smolensk* e os *Barishov* foram detidos na prisão IZ-30/1 de *Astrakhan*.

Os requerentes apresentaram um relatório do *Ombudsman* de *Astrakhan*, segundo o qual o presídio onde se encontravam tinha uma capacidade máxima de 642, mas possuía, no final de 2006, cerca de 1518 presos. Esse número flutuou ao longo dos anos, mas não se observava a garantia, prevista no próprio ordenamento jurídico russo, de um espaço de 4m² por pessoa em nenhuma das duas prisões (em alguns casos, o espaço pessoal era inferior a 3m²)[392]. Segundo o programa de reformas das prisões apresentado pelo próprio governo russo, em 2007, apenas cerca de 50% das prisões atenderiam à garantia de espaço mínimo pessoal de 4m² e somente em 2016 chegar-se-ia aos 100%.

A Corte entendeu provado que *Ananyev* esteve, por algum período, submetido a uma prisão com espaço pessoal inferior a 1,25m². Considerou também provadas as alegações dos *Bashirov* sobre superlotação, considerando o relatório do *Ombudsman*. Para a Corte, a carência extrema de espaço nas celas é um aspecto que tem servido de critério para definir se as condições da prisão são degradantes nos termos do art. 3º da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Menos de 3m² de espaço individual é considerado uma situação de superlotação severa que viola esse preceito convencional. A Corte entendeu que: a) cada

---

Edward. Judicial Policy Making and Litigation against the Government, **Journal of Constitutional Law**, v. 5, 2003.

preso deve ter um lugar para dormir na cela; b) cada preso deve ter a sua disposição ao menos 3m² de espaço no chão; c) o tamanho total da cela deve ser tal que os presos possam se mover livremente entre a mobília. Além disso, devem ser considerados aspectos externos à cela, como acesso a exercícios em espaços abertos, acesso a luz e ar natural, ventilação suficiente, condições adequadas de aclimatação, possibilidade de usar banheiros privados, condições básicas de higiene e de requisitos sanitários.

Ananyev pediu uma indenização de EUR 2.000,00 (dois mil euros), que foi concedida. *Bashirov* requereu uma reparação de EUR 50.000,00 (cinquenta mil euros), tendo-lhe sido concedida uma indenização de EUR 13.000,00 (treze mil euros).

A Corte, então, considerando que a Rússia já havia sido condenada em mais de oitenta casos em razões das condições inadequadas de detenção, desde a primeira que ocorreu no caso *Kalashnikov*, em 2002, e resolveu, então, aplicar o art. 46 da Convenção. Esse dispositivo, de acordo com a interpretação que lhe foi dada pela Corte, impõe ao Estado a obrigação de implementar medidas de caráter geral e individual para assegurar a proteção aos direitos que foram considerados violados, sob a supervisão do Comitê de Ministros.

Em situações como essa, a Corte pode empregar o procedimento de julgamento-piloto, que permite "identificar no julgamento de um caso a existência de problemas estruturais por trás das violações reconhecidas e, desse modo, indicar medidas específicas e ações a serem adotadas pelo Estado para remediá-las"[393]. Esse procedimento pode servir também para induzir o Estado a criar mecanismos que permitam resolver internamente as demandas semelhantes que possam surgir.

No caso das condições das prisões na Rússia, além dos 80 casos já julgados pela Corte, havia ainda cerca de 250 pendentes de julgamento. A distribuição geográfica por toda a Rússia dos casos revelaria a dimensão e o caráter estrutural do problema. A Corte reconheceu, por outro lado, a sua incapacidade para orientar, definir e monitorar a implementação de uma reforma estrutural do sistema penitenciário russo, admitindo também que realizar algo dessa magnitude extrapolaria suas atribuições. Por isso, afirmou ser do Comitê de Ministros o dever de acompanhamento dos passos adotados pelo governo russo no cumprimento dos compromissos assumidos com a assinatura da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

[392] O Comitê de Prevenção à Tortura da Europa estabeleceu que normas sanitárias indicam que o espaço mínimo por pessoa deve ser de 7m², sendo possível que esse parâmetro seja elevado para 9 ou 10m².
[393] CF. CEDH. Caso *Ananyev et al v. Russia.* p. 55.

Ainda assim, a Corte afirmou que duas questões mereciam particular atenção: a duração das prisões provisórias e o uso abusivo dessas prisões, desconsiderando os meios alternativos.

A CEDH destacou que, apesar de ter a Suprema Corte da Rússia firmado em outubro de 2009 a tese de que a prisão provisória só deve ser aplicada quando nenhuma outra medida preventiva for satisfatória, não houve diminuição na taxa de aprisionamento. Houve uma redução em termos relativos do número de pedidos de detenção provisória, no período de 2007 a 2010. Contudo, em termos absolutos, o número continuava elevado. Em mais de 90% dos casos, os juízes acolhem os pedidos da acusação para aplicação da medida de prisão. Tais decisões continuam sendo fundamentadas essencialmente na gravidade das acusações, empregando a mesma fórmula estereotipada, sem levar em considerações os fatos concretos e específicos e sem considerar as medidas alternativas[394].

Além de mudança na legislação processual penal, para que a Rússia aplicasse expressa e efetivamente as regras da presunção de inocência e da presunção em favor da liberdade no emprego de medidas cautelares, a Corte recomendou também a adoção de medidas que possam mudar a prática judicial. Mencionou, assim, o exemplo do juiz das liberdades francês e a necessidade de constante treinamento e formação dos juízes sobre as questões da detenção provisória.

Por fim, considerando a situação realística atual dos centros de detenção provisória da Rússia e a ausência de perspectiva de melhora no curto prazo, a Corte considerou apropriado o estabelecimento de capacidade máxima (*numerus clausus)* para cada estabelecimento penal, considerando o espaço mínimo por preso previsto nas regras sobre prisões, e também a definição de uma capacidade operacional, que seja compatível com a estrutura física e de pessoal da unidade, bem como que permita adaptação a situações imprevistas.

A Corte admitiu a adoção de medidas de transição. Enquanto não for possível uma adequação integral dos estabelecimentos penais aos padrões mínimos de respeito aos direitos humanos, tais medidas de transição podem ser adotadas, desde que seja estabelecido uma duração curta e bem definida das medidas; sejam elas submetidas a supervisão judicial e haja disponibilidade para compensação (que podem ser de compensação monetária de horas extras de exercício ao ar livre ou de acesso a atividades recreativas fora da cela).

---

[394] Cf. CEDH. Caso *Ananyev et al v. Russia,* p. 63.

Por fim, destacou-se a necessidade de a Rússia passar a prever em seu ordenamento instrumentos processuais adequados para que os presos possam apresentar suas demandas sobre condições inadequadas de aprisionamento e possam ser devidamente compensados pelo tempo extraordinário de reclusão em condições indevidas.

A Corte reconheceu explicitamente que, no caso da Rússia, "a superlotação pode ser resultado de deficiências originadas fora do sistema penitenciário, por exemplo nas cortes ou nos órgãos de acusação"[395]. Registrou-se ainda que "nem uma alta taxa de criminalidade nem a ausência de recursos nem outros problemas estruturais podem ser considerados como circunstâncias que excluam ou atenuem a responsabilidade das autoridades por danos não pecuniários decorrentes das condições degradantes ou inumanas de detenção"[396].

Para assegurar resultados efetivos e mudanças em um prazo razoável, a Corte estabeleceu que a Rússia em cooperação com o Comitê de Ministros apresentasse em 6 meses um cronograma de implementação das medidas e dos remédios para a questão das condições degradantes e inumanas de detenção. Embora fosse possível o adiamento da apreciação dos casos similares pendentes de julgamento ante a adoção do procedimento do julgamento-piloto, a Corte houve por bem continuar a apreciá-los como forma de demonstrar que continuava atenta à questão particular da situação prisional na Rússia.

O julgamento final ocorreu em 10 de abril de 2012.

No ano seguinte, a CEDH apreciou mais um caso emblemático envolvendo a superlotação e as condições degradantes e inumanas na prisão. Em sentença de 8 de janeiro de 2013, foram julgados em conjunto sete recursos, datados dos anos de 2009 e 2010, de cidadãos presos na Itália, que também reclamavam das condições degradantes dos estabelecimentos prisionais de *Busto Arsizio* e de *Piacenza*. A Corte resolveu aplicar ao caso o procedimento da "sentença piloto", em virtude do art. 46, §1º, da Convenção.

Torreggiani ficou preso no instituto penitenciário de *Busto Arsizio* de 13 de novembro de 2006 a 7 de maio de 2011. Alegava que permaneceu preso em uma cela, projetada para uma pessoa, com outros dois presos, dispondo de menos de 3m² para si. Além disso, afirmava que o estabelecimento não possuía água quente, tornando impossível a higiene pessoal especialmente nos meses de frio intenso. No caso dos presos de *Piacenza*, reclamava-se também da falta de luz nas celas.

---

[395] Cf. CEDH. Caso *Ananyev et al v. Russia.* P. 72.

Nos dois casos, a questão central era também a superlotação. Em *Piacenza*, por exemplo, embora projetado para acolher 178 detentos, o estabelecimento penal possuía 411 pessoas presas, em 2010. Alegava-se violação à proibição de penas inumanas e também à igualdade, pois, no mesmo estabelecimento, havia celas de igual tamanho com dois e não três presos.

No julgamento, a CEDH, à unanimidade, decidiu que havia sim violação ao art. 3º da Convenção, razão pela qual a República da Itália deveria, em um ano, prover um recurso hábil e efetivo para oferecer uma reparação adequada e suficiente nos casos de superlotação e deveria, no prazo de três meses, pagar uma indenização aos recorrentes em valores que variaram de dez mil e seiscentos euros a vinte e três mil euros. A Corte não especificou qual deveria ser o instrumento a ser adotado pela Itália para prevenir e remediar os casos em que os cidadãos aleguem estar submetidos a condições de superlotação. Afirmou, contudo, que tal instrumento deve ser rápido e eficaz para garantir que a violação cesse imediatamente e que possa haver uma reparação em um curto prazo.

A Itália apresentou um plano de ação que continha, entre outras, medidas de estímulo a alternativas à prisão, de ampliação do uso do monitoramento eletrônico, de controle social do sistema carcerário (com uma ouvidoria nacional) e de redução de penas. Além disso, adotou-se um critério interessante de reparação pelos danos decorrentes de cumprimento de pena em condições degradantes ou desumanas. Admitiu-se a remição de 1 dia de pena para cada 10 dias de detenção nessas condições e, caso a pessoa a ser indenizada já não estivesse presa, poderia receber o equivalente a 8 euros por dia de prisão nessas condições.

Como veremos mais adiante, a solução apresentada pelo governo italiano servirá de inspiração para o voto do ministro Luís Roberto Barroso em caso de repercussão geral julgado no STF aqui no Brasil que envolvia justamente a reparação por danos decorrentes do cumprimento de pena em situações degradantes.

De fato, na construção de seus casos sobre o sistema penitenciário brasileiro, o STF dialogou com algumas experiências internacionais e também com outras latino-americanas.

Passemos, então, ao exame de casos paradigmáticos julgados na Argentina e na Colômbia.

---

[396] *Ibidem.*

4.4 ALGUMAS EXPERIÊNCIAS DE LITÍGIO ESTRATÉGICO EM TEMAS PENITENCIÁRIOS NA AMÉRICA DO SUL

4.4.1 O caso *Verbitsky* na Argentina

O tema das condições do cárcere tem sido tratado também por tribunais de países próximos ao Brasil. É o caso da Suprema Corte da Argentina e da Corte Constitucional da Colômbia.

Na Argentina, merece destaque, ante a participação de ONGs e da representação mais direta de hipótese de litígio estratégico, o caso *Verbitsky*. Ele chegou à Suprema Corte da Argentina por meio de um recurso em *habeas corpus coletivo* impetrado pelo *Centro de Estudos Legales y Sociales* (CELS)[397] em favor de todas as pessoas privadas de liberdade na província de Buenos Aires detidas em estabelecimentos policiais superlotados[398]. O *habeas corpus* foi apresentado por Horacio Verbitsky, Presidente do CELS, perante o *Tribunal de Casación Penal* da província de Buenos Aires. Nele se requeria a declaração da ilegitimidade da detenção de pessoas em condições degradantes e a expedição de ordem para cessar a situação, com a constituição de um mecanismo de diálogo entre todos os atores, supervisionado pelo Tribunal, para a adoção de medidas concretas que permitissem efetiva modificação nas condições inumanas de detenção.

---

[397] Conforme informações institucionais de sua página na internet, o CELS é um organismo de direitos humanos criado durante a ditadura militar na Argentina. Desde 2000, é presidido por Horacio Verbitsky, um escritor que integra também a direção da *Human Rights Watch-Americas*. O CELS iniciou suas atividades nas demandas por verdade e justiça nos crimes praticados pelo Estado naquele período, mas, já no fim da década de oitenta, ampliou sua agenda para violações de direitos humanos ocorridas durante os regimes democráticos. Nessa agenda mais ampla, está também "*la violência institucional y las políticas de encarcelamiento como âmbitos de violación de los derechos humanos*". Também há referência expressa ao uso do litígio estratégico: "*para llevar adelante esta agenda el CELS recurre al litígio estratégico nacional e internacional, la investigación, la alianza com otras organizaciones, la incidência en politicas publicas y la comunicación*". Tem entre seus financiadores da Ford Founation, a OAK e a Open Society Foundation. Cf. CELS. Presentación. Disponível em: https://www.cels.org.ar/web/presentacion/. Acesso em: 09 mar. 2018.

[398] Segundo o relatório do caso, existiriam na província de Buenos Aires cerca de 340 *comisarías*, cujas vagas somadas representariam um total de 3.178 lugares. Contudo, em outubro de 2001, estavam alojados nesses estabelecimentos penais cerca de 6.364 pessoas. Os impetrantes denunciavam ainda a situação degradante das celas: "*Los calabozos se encuentran en un estado deplorable de conservación e higiene; carecen por lo general de ventilación y luz natural. La humedad y, en verano, el calor son agobiantes. No cuentan con ningún tipo de mobiliario, por lo que toda la actividad (comer, dormir, etc.) que desarrollan los internos debe llevarse a cabo en el piso. Los sanitarios no son suficientes para todos y no se garantiza la alimentación adecuada de los reclusos. El riesgo de propagación de enfermedades infecto-contagiosas es, sin dudas, mucho mayor y el aumento de casos de violencia física y sexual entre los propios internos es más que significativo*". CJSN. Fallo 328:1146 (caso *Verbtsky*).

Sustentava-se a competência do *Tribunal de Casación* porque as medidas parciais adotadas por tribunais locais para fechar uma ou outra *comisaría* ou centro de detenção não resolveriam o problema. Melhorar-se-ia a situação de um local, mas se agravaria a de outro. Garantir-se-ia, além disso, o respeito à igualdade de tratamento entre os presos. Defendeu-se também que a ação de natureza coletiva era preferível por razões de economia processual, evitando a acumulação de múltiplas causas individuais com o mesmo objeto.

A Sala III do *Tribunal de Casación* julgou improcedente o pedido deduzido no *habeas corpus* por entender que não possuía competência originária e que não poderia tomar uma decisão única para todos os casos, beneficiando pessoas indeterminadas, afirmando que a ação questionava o sistema carcerário de forma genérica e não situações individuais concretas. Contra tal decisão foram interpostos recursos à Suprema Corte de Justiça da província de Buenos Aires, que, pela maioria de seus membros, declarou-os inadmissíveis. Foi, então, contra essa decisão que se interpôs o recurso extraordinário federal apreciado pela Corte Suprema daquele país.

A *Corte Suprema de Justicia de La Nación Argentina* (CSJN) resolveu, então, realizar duas audiências públicas no âmbito do julgamento do citado recurso. Foram também admitidas intervenções de diversos *amici curiae*[399]. O *Procurador General de la Nación* manifestou-se favoravelmente ao conhecimento do recurso.

O caso foi julgado em 3 maio de 2005. A CSJN, por maioria, com voto favorável do então ministro Eugenio Raul Zaffaroni, julgou procedente o recurso, revogando a decisão recorrida e declarando que o caso deveria ser regido pelas Regras Mínimas para Tratamento de Presos das Nações Unidas, acolhidas na Argentina pela Lei º 24.660. Determinou-se, ainda, no prazo de 60 dias, a soltura de menores e enfermos das *comisarías* da província de Buenos Aires. Restaram vencidos o ministro Carlos Fayt e a ministra Carmen Argibay, com dissidência parcial, e o ministro Antonio Boggiano que não admitia o *habeas corpus* na forma como proposto.

---

[399] Participaram como *amici curiae* as seguintes entidades: *Comisión Nacional de Juristas, Human Rights Watch, Organización Mundial contra la Tortura, Asociación por los Derechos Civiles, Clínica Jurídica de Interés Público de Córdoba,* a *Asociación Civil "El Agora"*, a *Asociación Civil "Casa del Liberado" de Córdoba,* e o *Centro de Comunicación Popular y Asesoramiento Legal*. A menção expressa às contribuições dessas entidades se limitou, contudo, a um parágrafo no relatório do julgamento, com a afirmação de que tais entidades aportaram argumentos de direito e jurisprudência internacional relacionados com o caso e a uma recomendação para que as entidades participem da mesa de diálogo que deveria ser criada pelo Poder Executivo para acompanhamento da execução das medidas.

Considerou-se que o recurso questionava violações a garantias de direito internacional, de sorte que a omissão em sua apreciação poderia implicar responsabilidade do Estado argentino perante a ordem jurídica supranacional. Além disso, afirmou-se que, se a Constituição outorga instrumentos de tutela coletiva de diversos direitos, há de se reconhecer possível também a existência de instrumento adequado para tutelar coletivamente o direito fundamental à liberdade. Assentou-se, ainda, a tese de que as políticas têm um marco constitucional e que compete ao Judiciário valorar se a execução dessas políticas ultrapassa os limites desse marco. Esclareceu-se que normas de direito constitucional e convencional asseguram o respeito à dignidade dos presos e impedem a imposição de penas cruéis e degradantes, não podendo as condições de detenção agravar o sofrimento que já é inerente à privação da liberdade. Ao fim, como visto, determinou que se faça cessar em 60 dias a detenção de menores e enfermos nas *comisarías* e que em trinta dias o Poder Executivo da província de Buenos Aires apresente aos juízes informe pormenorizado sobre as condições de cumprimento de detenções, a fim de que se reexamine a necessidade da prisão e a possibilidade de adoção de medidas alternativas.

Esse caso serviu de referência para o *habeas corpus* coletivo concedido pelo Supremo Tribunal Federal em favor de mulheres gestantes presas ou que tenham filhos menores de 12 anos que delas sejam dependentes, que examinaremos com mais detalhes no último capítulo.

4.4.2 A declaração do estado de coisas inconstitucional na Colômbia

A Corte Constitucional da Colômbia também possui decisões que exerceram influência no cenário brasileiro. A *sentencia* T-153/98, na qual se declarou o estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário colombiano, foi não só citada mas orientou mesmo a solução jurídica adotada no julgamento da medida cautelar na ADPF nº 347/DF e em outros julgamentos sobre as condições do encarceramento no Brasil.

Esse julgamento na Corte Constitucional da Colômbia teve origem em duas ações: uma ação proposta por Manuel José Duque Arcila, que se encontrava recluso no *Cárcel Nacional de Bellavista* de Medellín (Processo T137001) e a outra por Jhon Jairo Hernández e outros detentos, todos integrantes do *Comité Permanente de los Derechos Humanos* existente no *Cárcel Nacional Modelo* (T-143950).

No primeiro caso, o autor suplicava que "*descongestionen a Bellavista*" para "*evitar el perjuicio irremediable de tener que seguir soportando esta tortura a la cual he sido sometido desde hace año y medio*"[400]. Ele afirmava que, em um local previsto para 40 pessoas, havia 180 e que a temperatura e a falta de espaço impediam muitas vezes as pessoas de dormirem, mesmo aquelas que quisessem dormir nos banheiros. As afirmações do autor foram reconhecidas pelo Diretor do estabelecimento penal, que admitia a superlotação e as construções improvisadas, assim como a alta temperatura e a falta de espaço nos pavilhões.

Em 13 de maio de 1997, a Sala Civil do Tribunal Superior do Distrito Judicial de Medellín denegou a tutela. Argumentou que a tutela judicial não era o mecanismo adequado para a obter a realização de obras materiais por parte do Estado e para melhorar a infraestrutura das instituições carcerárias. Aduziu que o Estado colombiano é pobre e não pode arcar com os custos da realização de obras que assegurem tratamento digno aos presos. Entendeu que as violações aos direitos humanos dos presos pelas más condições do seu aprisionamento podem ensejar indenizações, que, contudo, deveriam ser requeridas ao juiz local.

Contra tal decisão o autor apresentou impugnação. Nela sustentou que a Colômbia é um Estado Democrático de Direito, de modo que devem ser protegidos os setores sociais menos favorecidos e que devem ser respeitados os direitos fundamentais. Ele esclareceu que não solicitou a realização de obras, mas que se concretizassem as garantias fundamentais previstas na ordem jurídica. Nas suas palavras, "*en Bellavista hace falta oxígeno, el aire es pesado y caliente al respirarlo y sentimos a necessidade e de un espaço adequado para que el aire entre y circule, así podríamos respirar mejor*". Ele pediu ações humanitárias.

Em 16 de junho de 1997, a *Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia* confirmou a decisão do Tribunal Superior de Medellín. Argumentou que, embora reconhecesse que a situação dos estabelecimentos carcerários do país descumpre todos os normativos internacionais e nacionais, o instrumento judicial escolhido não seria o apropriado para melhorar tal situação. A garantia de condições mínimas dependeria de recursos orçamentários que só poderiam ser ordenados segundo o procedimento não-judicial previsto na Constituição. O juiz não poderia se converter em um ordenador ou executor do ordenamento, pois isso implicaria invasão das competências de outros Poderes.

[400] Cf. Suprema Corte Colômbia. Sentencia T-153. P. 5.

Essa decisão foi submetida à apreciação da Corte Constitucional.

De modo semelhante, no Processo T-143050, em 4 de agosto de 1997, presos do *Cárcel Nacional Modelo* ajuizaram uma ação de tutela contra o INPEC (*Instituto Nacional Penitenciário y Carcelario*) por considerarem que estavam sendo violados direitos fundamentais como à salubridade, à igualdade, à privacidade e à intimidade, pois, mesmo em proposta de remodelação das celas, o INPEC previa a construção de cela para acomodar no mínimo 4 detentos em um espaço de 6,6m². Argumentavam que o regime normativo colombiano lhes asseguraria 9,9 m² de espaço para cada interno e que a proposta do INPEC implicaria cerca de 1,65m². A medida do INPEC lhes violava, ainda, o direito à visita íntima e a arquitetura das celas impedia a correta circulação do ar entre as celas e os banheiros. As condições sanitárias eram precárias, pois um estabelecimento projetado há mais de 40 anos para acomodar 1.800 pessoas custodiava 4.500 homens. Reclamavam, ainda, que durante as obras o INPEC reacomodou cerca de 2.500 presos que estavam nas celas a ser reformadas para outras celas já ocupadas, aumentando ainda mais a superlotação.

Em sua resposta, o INPEC afirmou que as obras visavam melhorar as condições das celas e que, na verdade, o espaço total das celas para acomodar 4 pessoas seria de 8,73m², incluindo dentro desse espaço o banheiro. Reconheceu que, de fato, na primeira versão do projeto não se cogitou de colocar um ducto de ventilação nos banheiros, mas garantiu que estariam sendo estudadas outras soluções.

Em 21 de agosto, o *Juzgado Cincuenta Penal Municipal* de Bogotá rejeitou o pedido afirmando que a questão poderia ser resolvida no âmbito da jurisdição contenciosa administrativa, já que o próprio INPEC reconhecia que as obras foram adjudicadas mediante licitação e que não foram observadas as regras mínimas sobre condições prisionais estabelecidas no plano nacional e internacional.

Por meio de recursos, a questão chegou também à Corte Constitucional. Foram determinadas, então, inspeções judiciais. Durante as inspeções, constatou-se entre outras coisas que, no *Cárcel Nacional Modelo,* por exemplo, só têm acesso às celas os presos que podem pagar; os demais dormem ou nas escadas ou nos banheiros. A *Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional* (STRCC) julgou, então, a partir de tais inspeções que, tanto no estabelecimento de Bogotá como no de Medellín, as condições de reclusão são “ *absolutamente infrahumanas, indignas de una persona humana, cualquiera sea su condición*

personal" e, ainda, que elas são "*motivo de vergüenza para un Estado que proclama su respeto por los derechos de las personas y su compromiso con los marginados*"[401].

Após proceder a um exame detalhado da evolução da situação carcerária na Colômbia como um todo, a Corte Constitucional passou a caracterizá-la como um estado de coisas inconstitucional[402]. Em primeiro lugar, afirmou que a situação desumana do cárcere na Colômbia violava normas nacionais e internacionais de forma pública, por todos conhecida, reiterada e há longo tempo. Além disso, trata-se de um problema que não era pontual, observado apenas em um determinado estabelecimento ou em um determinado local. Constatou-se ainda que o Estado não adotou medidas efetivas para a solução ou minimização progressiva e durável do problema e que o tema não ocupava um lugar destacado na agenda política. Apesar da reconhecida situação desumana e violadora de tratados internacionais, não se observou uma atitude diligente dos organismos políticos. Por se constituírem em uma classe marginalizada, os presos não poderiam simplesmente depender, para o exercício dos seus direitos fundamentais, da vontade das maiorias. A Corte concluiu, então, que a racionalidade constitucional exige a garantia efetiva do direito também das minorias, demandando a atuação da Corte Constitucional.

Diante da declaração do estado de coisas inconstitucional, a Corte decidiu, então, comunicar tal situação às autoridades dos Poderes Executivo e Legislativos, assim como aos atores do sistema de justiça, a fim de que adotem, diante dessa situação, as medidas que estiverem ao seu alcance. Além disso, de modo mais concreto, determinou que, em um prazo de três meses, fosse elaborado pelo INPEC, com supervisão da *Defensoría del Pueblo* e da *Procuraduría General de Nación*, um plano de construção e reforma de presídios, que deveria

---

[401] Cf. Corte Constitucional da Colômbia. Sentencia T-153. P. 39.

[402] Mencionando o julgamento expressado nas sentencias SU-559 de 1997 e T-068 de 1998, a Corte reafirmou seu entendimento de que o estado de coisas inconstitucional é aquele caracterizado por (1) uma situação de violações de direitos fundamentais de caráter geral, (2) cujas causas têm natureza estrutural, (3) de modo que a sua solução exige ação conjunta de distintas entidades, (4) e que a inércia dos agentes políticos representaria grave prejuízo à administração da justiça ante a multiplicação de demandas. O tópico do reconhecimento do estado de coisas inconstitucional é aberto com um parágrafo que merece reprodução *ipsis litteris*: "*Con todo, las prescripciones de los Códigos Penal, de Procedimiento Penal y Penitenciario y Carcelario, de los tratados y acuerdos internacionales citados y la misma jurisprudencia de la Corte acerca de los derechos de los reclusos constituyen letra muerta. Las condiciones de vida en los penales colombianos vulneran evidentemente la dignidad de los penados y amenazan otros de sus derechos, tales como la vida y la integridad personal, su derecho a la familia, etc. Nadie se atrevería a decir que los establecimientos de reclusión cumplen con la labor de resocialización que se les ha encomendado. Por lo contrario, la situación descrita anteriormente tiende más bien a confirmar el lugar común acerca de que las cárceles son escuelas del crimen, generadoras de ocio, violencia y corrupción*". Corte Constitucional da Colômbia. Sentencia T-153. P. 73.

ser executado em 4 anos. Determinou-se, ainda, a suspensão imediata da remodulação das celas do *Cárcel Nacional Modelo*, que não atendiam aos padrões mínimos exigidos.

Ainda no plano das medidas concretas, ordenou a Corte que, em três meses, fossem separados dos presos comuns aqueles que já tenham pertencido à força de segurança, tendo em vista os riscos às suas vidas e integridade física. No mesmo sentido, determinou que, em no máximo quatro anos, fossem separados os presos provisórios (*sindicados*) dos sentenciados (condenados). Diante da constatação de que os juízes responsáveis por analisar os pedidos de liberdade provisória costumavam negá-los mesmo quando os presos contavam com manifestação favorável da administração penitenciária e considerando, ainda, a informação de que muitos desses juízes não visitavam os estabelecimentos prisionais sob sua supervisão, a Corte resolveu solicitar à *Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura* que investigue a razão dessa situação. Por fim, expediu ordem para que o INPEC e o Ministério da Fazenda promovam a ampliação do corpo de guardas penitenciários e de agentes de ressocialização e recomendou que fossem ampliados mecanismos de participação na gestão penitenciária (como as mesas de trabalho e os Comitês de Direitos Humanos, integrados por detentos).

O conhecimento dessas experiências exteriores não é irrelevante para compreender a forma como o litígio estratégico em matéria de política criminal se desenvolve no Brasil. Como mencionado, todos esses casos foram mencionados em votos de ministros do Supremo Tribunal Federal. O diálogo com essas experiências permitiu, inclusive, a ampliação de categorias jurídicas aplicáveis ao tratamento da questão penitenciária, como o critério máximo de lotação (137,5%, do caso *Brown v. Plata*), a recomendação do *numerus clausus*, a admissão do cabimento do *habeas corpus* coletivo e a incorporação da noção de estado de coisas inconstitucional, que norteou o julgamento da ADPF 347.

Da análise dos casos aqui apresentados, percebemos que há sim situações em que demandas por melhorias nas condições gerais de estabelecimentos prisionais e por revisão de políticas judiciais de aprisionamento foram acolhidas por tribunais superiores. Observamos também que os pedidos e as decisões nessas matérias se fundamentam, sobretudo, no direito humano a não ser submetido a prisões inumanas, cruéis ou degradantes. Esses elementos serviram de estímulo para que, no Brasil, fossem trilhados caminhos semelhantes.

Verificamos, por outro lado, que essas demandas não são unanimemente aceitas, havendo fortes dissidências dentro dos próprios tribunais. Constatamos, ainda, o uso,

especialmente nas instâncias inferiores, de dispositivos processuais que impunham obstáculos ao reconhecimento de instrumentos judiciais para a apreciação de demandas estruturais.

Julgamos, pois, que compreender essas experiências serve para entender a receptividade do tema também no STF e para avaliar a experiência nacional nesse campo.

Estabelecidos, desse modo, os marcos teóricos e conceituais que julgamos essenciais, esboçado o mapa com sua devida legenda, passemos, agora, à descrição e análise dos dados que obtivemos com a pesquisa de campo, buscando posicionar os atores e responder às perguntas que nos conduziram nesse trabalho: de que forma e por quem tem sido mobilizado o direito para conter os efeitos da política de encarceramento em massa implementada em nosso país?

5 A TOPOGRAFIA DA EXCLUSÃO E O CONTEXTO DO ATIVISMO JURÍDICO NACIONAL: a linha abissal e os contornos históricos e estruturais próprios do encarceramento em massa neste lado da margem

5.1 AS PECULIARIDADES DO ENCARCERAMENTO EM MASSA EM SISTEMAS PENAIS SUBTERRÂNEOS: o encarceramento atroz em massa

Apresentaremos, agora, as razões pelas quais sustentamos que o *encarceramento em massa*, embora possua um sentido transescalar, global mesmo, não pode ser compreendido da mesma forma nos Estados Unidos e no Brasil, por exemplo. O encarceramento em massa *à brasileira* precisa ser adjetivado por uma característica particular: o grau elevado da *atrocidade* na forma como ele é aqui executado. Ainda que se considere que todo encarceramento contém em si um ato de atrocidade pela privação coercitiva da liberdade do ser humano, permitimo-nos a redundância a fim de ressaltar que neste lado da margem atinge-se com frequência elevada não apenas o direito à liberdade, mas a própria dignidade das pessoas detidas

A primeira questão a ser considerada é que os muros das prisões na América Latina parecem constituir verdadeiras representações físicas da linha abissal. Do lado de lá das prisões, não se pode falar no predomínio da lógica da regulação e muito menos da emancipação. Operam quase que exclusivamente os critérios da apropriação e da violência. É o espaço por excelência da exclusão radical. Um lugar arquitetado para receber e controlar preferencialmente os membros da sociedade civil incivil. É, enfim, a concretização no presente da zona colonial.

Para compreender como o sistema de justiça criminal opera de modo muito particular no contexto latino-americano, selecionando e conformando aquelas pessoas que serão admitidas (ou submetidas) nesse espaço de exclusão, optamos por tomar como parâmetros as descrições de Lola Aniyar de Castro sobre o funcionamento característico dos chamados sistemas penais subterrâneos, comumente verificados desde esta margem.

De acordo com criminóloga venezuelana, o sistema penal *subterrâneo* é marcado, sobretudo, por um significativo descumprimento do programa prescrito pelo Direito Penal

para as agências do sistema penal *aparente*, isto é, aquele prometido nas normas penais[403]. O sistema *subterrâneo* poderia ser observado nos países latino-americanos, com algumas diferenças entre si, mas com características estruturais muito semelhantes. A autora identifica um contexto comum aos países latino-americanos qualificado pela "espoliação historicamente permanente de nossos países"; pela "dependência dos poderes transnacionais" e pela "violência-agressão aos miseráveis", que proporcionam a "contra-violência da desnutrição, do alcoolismo, da ignorância e da midiatização cultural"[404].

Para Lola de Castro, o sistema penal subterrâneo destaca-se por seu caráter seletivo e pela nítida distinção entre a dimensão normativa e a dimensão efetiva. É nesta última que opera o sistema penal subterrâneo por meio de processos de criminalização diferenciados de condutas e de indivíduos. Na criminalização de condutas, o sistema penal subterrâneo decreta o que é bom, isto é, aquilo que, por não ser incriminado na dimensão normativa ou na efetiva, não será objeto de sua atuação. A seletividade observa-se aqui pela "não-criminalização de condutas de grave dano e custo social", em geral, praticadas pelas classes hegemônicas. A criminalização de fato de algumas condutas e a impunidade de fato de outras condutas igualmente danosas é permitida por uma certa discricionariedade, variável de acordo com os diferentes regimes com que operam os serviços de inteligência policial[405]. Do mesmo modo, a criminalização de condutas com características fortemente seletivas é uma marca do sistema penal subterrâneo, que se vale das legislações contravencionais e de ordem pública para impor um padrão de comportamento e valores culturais da classe de privilegiados em detrimento de classes subalternas (incriminam-se, assim, condutas como mendicância, vadiagem, uso de drogas, prostituição, que são marcas de uma marginalização econômica e social). Nesse ponto, ela considerou como exemplo a Lei de Desocupados e Malfeitores da Venezuela e destacou as chamadas "batidas" policiais em bairros sensíveis ou em áreas que o sistema classificava como setores perigosos[406]. Apontou ainda a enorme quantidade de presos provisórios (e nos regimes autoritários os desaparecimentos e as execuções sumárias de dissidentes políticos) como demonstração do descumprimento das promessas de garantias processuais em nosso continente.

---

[403] CASTRO, Lola Aniyar de. **Criminologia da libertação.** Rio de Janeiro: Revan, 2005, p. 128.
[404] *Ibidem*.
[405] CASTRO, Lola Aniyar de. **Criminologia da libertação.** Rio de Janeiro: Revan, 2005, p. 129.
[406] *Ibidem.*

Já no que se refere ao processo de criminalização de indivíduos, Lola de Castro ressalta que 7 pontos representam a atuação do sistema penal subterrâneo[407].

O primeiro é a *criminalização primária por meio de estereótipos* que são reproduzidos e difundidos nos diversos mecanismos de controle social, formal e informal, de modo particular pela mídia. Enquanto no sistema penal aparente a criminalização ocorreria apenas com a condenação formal, no sistema penal subterrâneo a condenação é informal e precede muitas vezes o início do processo. Assim, associa-se frequentemente a imagem do criminoso perigoso ao membro da classe baixa e àqueles que ostentam características culturais ou fenotípicas que os diferenciam dos membros das classes dominantes.

O segundo ponto seria a *manutenção da marginalidade social* que dificulta o acesso a direitos humanos elementares e à boa desenvoltura nos tribunais, o que contribui para infirmar a noção de igualdade perante a lei.

Não se verifica também estrita obediência ao *princípio da presunção de inocência*, uma vez que em toda a América Latina, como regra, a maior parte das pessoas presas é representada por um grupo que permanece nessa condição por longo período sem que sequer tenha sido formalmente condenada. Além disso, não é incomum que, ainda na fase anterior ao processo, as "batidas" policiais sejam destinadas a grupos minoritários como indígenas e migrantes, negros e jovens da periferia, prejulgados como suspeitos por não pertencerem à classe de privilegiados que é geralmente imune a essas ações policiais.

A *agência judicial* também opera no sistema subterrâneo de modo a confirmar as ações policiais seletivas, reforçando os estereótipos e o etiquetamento e, por conseguinte, as carreiras delitivas, pela vedação a benefícios processuais aos que possuem antecedentes criminais.

O caráter obscuro do sistema penal subterrâneo se revela especialmente na adoção de *procedimentos diferenciados* para as classes subalternas, tais como: violações de domicílio, violências policiais, violação do direito à própria imagem, detenções para averiguação e por prazo indeterminado; execução penal à margem dos direitos humanos, sofrimentos físicos e morais que ultrapassam os limites legais.

Ela também destaca a *violação ao julgamento por juízes naturais* pelo sistema subterrâneo, já que minorias étnicas, religiosas, ou raciais não são julgadas por seus pares.

---

[407] CASTRO, Lola Aniyar de. **Criminologia da libertação.** Rio de Janeiro: Revan, 2005, p. 131.

E por fim destaca que o *direito à igualdade na defesa* prometido pelo sistema penal aparente não é garantido no subterrâneo quando as defensorias públicas estão sobrecarregadas[408].

Embora partindo de alguns pressupostos distintos, que o próprio autor identificará como um "realismo marginal", Zaffaroni, como visto, no seu *Em busca das penas perdidas,* também procura evidenciar o distanciamento entre a programação normativa do Direito Penal e a operacionalidade real dos sistemas penais.

Esse distanciamento entre a realidade da operação do sistema penal e a sua programação normativa não é uma característica exclusiva da América Latina. Os criminólogos críticos da Europa e os Norte-americanos percebem, por exemplo, uma seletividade no e uma distribuição desigual do rótulo de criminoso também nos sistemas de justiça criminal do Norte global. Contudo, há aqui um grau de violência e de letalidade do aparelho penal do Estado e uma crueldade na forma de imposição da pena que distingue o fenômeno do encarceramento daquele observado em outras regiões do globo.

Apresentaremos, a seguir, algumas dessas peculiaridades com o intuito de apenas tracejar o contexto particular em que atuam os grupos sociais que pretendem conter o avanço do poder punitivo no Brasil. Cada aspecto sublinhado demandaria uma pesquisa própria se pretendêssemos uma aproximação detalhada desses objetos. Contudo, como mencionamos nas estratégias metodológicas, a ideia aqui é mesmo utilizar uma escala reduzida, a fim de que tenhamos uma visão geral, ainda que mais superficial e, de algum modo, distorcida, do campo em que se dá o litígio. Utilizamos nesse tracejo dados secundários e pesquisas reconhecidas sem os quais nossa pretensão seria obviamente inviável.

Tratemos, pois, dos aspectos que, em nossa opinião, denotam o caráter subterrâneo e atroz do funcionamento do sistema de justiça no Brasil: a sua estrutura racista e os papéis desempenhados na criminalização primária e secundária da população vulnerabilizada pelas instituições produzidas por essa estrutura.

---

[408] CASTRO, Lola Aniyar de. **Criminologia da libertação.** Rio de Janeiro: Revan, 2005, p. 132.

5.2 "PENALIDADE NÃO É LOTERIA"[409]: o racismo estrutural e o encarceramento como continuidade da política de segregação racial

Como ressalta acertadamente Juliana Borges, "o debate sobre Justiça Criminal no Brasil não pode jamais prescindir da questão racial como elemento pilar, inclusive para a instalação desta instituição no país"[410]. De fato, como veremos adiante, o sistema de justiça criminal é conformado historicamente no Brasil sobre bases raciais, que se combinam e se interseccionam com critérios de classe e também de gênero. Os limites deste trabalho não permitem uma visão retrospectiva mais aprofundada, mas não poderíamos deixar de olhar para o nosso passado colonial e, assim, mesmo reconhecendo a ausência de uma linearidade histórica absoluta, tentar ao menos contextualizar a forma de operação concreta das agências do sistema de justiça. As instituições que estruturam uma determinada sociedade não podem ser compreendidas de forma isolada do contexto local e temporal em que se inserem. O silêncio sobre esse passado contribui apenas para a ocultação ideologizada de uma memória colonial que não se apaga facilmente apenas com modificações no texto constitucional.

Racismo[411] e poder de morte estão mesmo ligados à nossa herança colonial e, nesse sentido, devem ser considerados estruturantes de nossa formação social. A colonização ibérica

---

[409] Ver: RABELO, Ricardo; SILVA, Dito. Hora da decisão. *In:* CRIOLO. **Espiral de Ilusão.** São Paulo: Oloko Records, 2017. 1 CD. Faixa 9.

[410] BORGES, Juliana. **O que é encarceramento em massa?** Belo Horizonte: Letramento, 2018, p.54.

[411] Tendo em vista que o debate sobre a questão racial como aspecto estruturante do campo penal é ainda recente no Brasil, julgamos necessário negritar, ainda que singelamente, alguns conceitos como os de identidade, raça, racismo e preconceito racial. Para tanto, valemo-nos das definições de Nilma Lino Gomes, que incorpora contribuições tanto acadêmicas quanto políticas desenvolvidas pelo Movimento Negro. Assim, identidade deve ser aqui compreendida como um "modo de ser no mundo e com os outros", que indica "traços culturais que se expressam através de práticas linguísticas, festivas, rituais, comportamentos alimentares e tradições populares" Cf.: GOMES, Nilma Lino. Alguns termos e conceitos presentes no debate sobre relações raciais no Brasil: uma breve discussão. *In:* HENRIQUES, Ricardo (org.). **Educação anti-racista**: caminhos abertos pela lei federal nº 10.639/03. Brasília: SECAD/MEC, 2005, p. 41. Ao falarmos de raça neste contexto não estamos nos referindo, evidentemente, ao conceito biológico utilizado nos discursos totalitários de dominação. Raça deve ser entendida como "construções sociais, políticas e culturais produzidas nas relações sociais e de poder ao longo do processo histórico" *Idem,* p. 49. Nessa mesma linha, o racismo pode ser visto tanto como um comportamento de aversão ou de ódio praticado contra pessoas que "possuem um pertencimento racial como um conjunto de ideias e imagens referentes aos grupos humanos que acreditam na existência de raças superiores e inferiores" *Idem,* p. 52-53. Ele pode ser praticado individualmente ou institucionalmente. Aqui interessa-nos, sobretudo, a forma do racismo institucional que "implica práticas discriminatórias sistemáticas fomentadas pelo Estado ou com seu apoio indireto". *Idem,* p. 53. Essa é a forma do racismo que se manifesta por meio do isolamento de negros em bairros, escolas e no emprego; que associa imagens negativas em livros didáticos amplamente difundidos; que relaciona na grande mídia os negros a uma história de exclusão, de subemprego, de marginalização; que, de forma grave e truculenta, promove "a perseguição sistemática e o extermínio físico" *Ibidem.* Para uma visão sobre a forma como a Teoria Crítica da Raça pode contribuir para as reflexões sobre a relação entre o racismo e o Direito em nosso país, confira-se: PIRES, Thula; SILVA, Caroline Lyrio. A teoria crítica da raça como

foi racionalizada numa separação entre o homem-europeu civilizado e os não-europeus então considerados incivilizados, selvagens. O racismo desempenha, assim, uma função necropolítica, isto é, uma função de "regular a distribuição da morte e viabilizar as funções criminosas do Estado"[412].

Permitimo-nos, pois, uma breve digressão nesse passado(-presente) colonial para contextualizar adequadamente a forma de atuação contemporânea desse sistema de justiça criminal. Seguiremos aqui, para tanto, a periodização elaborada por Nilo Batista e também utilizada e complementada por Ana Luiza Pinheiro Flauzina, para os sistemas penais que vigoraram em nosso país. Para Nilo Batista, uma forma possível de descrever uma história do sistema de justiça criminal seria dividi-la em quatro períodos: o colonial-mercantilista; o imperial-escravista; o republicano-positivista; e o do capitalismo tardio ou neoliberal, que seria o sistema ainda em vigor[413].

5.2.1 A grande "instituição de sequestro": o sistema penal colonial-mercantilista

Para Ana Luíza Flauzina, o primeiro período é caracterizado pela usurpação da terra provocada pela "civilização da pilhagem", orientada pelo sistema mercantilista, por um lado, e, por outro, pelo uso do discurso racista de desumanização dos povos aqui existentes e daqueles para aqui trazidos da África[414]. Ela recupera ideias de Zaffaroni para dizer que a Colônia pode ser considerada uma gigantesca instituição de sequestro, erguida com base na violência e mantida sobre essa mesma base com um sistema de controle fundamentalmente corporal[415].

De fato, a colonização ibérica (e, em especial, a portuguesa) esteve desde seu início assentada na violência e no exercício desse poder de morte. Para lograr a conquista, os

---

referencial teórico para pensar a relação entre direito e racismo no Brasil. *In:* DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho *et al.* (coord.). **Direitos dos conhecimentos.** Florianópolis: CONPEDI, 2015, p. 65.

[412] Para Achille Mbembe, "a raça foi sempre uma sombra presente na prática e no pensamento político ocidental, especialmente quando tentou imaginar a desumanidade ou a subjugação dos povos estrangeiros". MBEMBE, Achille. **Políticas da inimizada.** Lisboa: Antígona, 2017, p.116-117.

[413] BATISTA, Nilo. **Novas tendências do direito penal.** Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 105.

[414] FLAUZINA, Ana Luíza Pinheiro. **Corpo negro caído no chão:** o sistema penal e o projeto genocida do estado brasileiro. Dissertação de mestrado. Brasília: UnB, 2006, p. 42-44.

[415] *Ibidem.*

europeus exterminaram massivamente comunidades indígenas[416]. Para consolidá-la e tornar a exploração mais lucrativa, Portugal implantou e desenvolveu nesta colônia um sistema de produção que empregava violentamente o trabalho de negros escravizados[417].

A exploração econômica no Brasil colonial concretizou-se por um modo de produção extensivo, fundado no latifúndio e no uso de mão-de-obra negra escravizada. Negros de diversas nações africanas foram detidos, transferidos forçadamente para o Brasil e obrigados sob violência e ameaças a trabalhar em plantações de cana-de-açúcar. Mulheres negras foram violentadas física e sexualmente. Homens negros foram torturados e mortos[418].

Durante a escravidão, além do sofrimento imposto pelo próprio sistema de trabalho forçado, os escravos estavam submetidos também a um duplo regime de punição. Como escreve Clóvis Moura, o tronco e o pelourinho, onde se aplicavam os açoites, simbolizam os dois sistemas de justiça a que se submetiam os escravos: o privado e o público, respectivamente. Predominavam, contudo, em um primeiro momento, os castigos impostos por ordem do senhor de engenho, que usavam os mais diversos instrumentos de suplícios e aviltamento, como máscaras, palmatória, correntes, gonilhas e ferros para marcar[419].

---

[416] Nilo Batista faz referência à determinação de D. João III a Tomé de Sousa, em 1549, para que este "respondesse às hostilidades de algumas nações indígenas 'destruindo-lhes suas aldeias e povoações e matando e cativando aquela parte deles que vos parecer que basta para o seu castigo'". BATISTA, Nilo. **Novas tendências do direito penal.** Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 107.

[417] Para Clóvis Moura: "A consolidação da economia colonial intensificou o tráfico de africanos para o Brasil, especial para o Nordeste, onde um tipo de agroindústria se concentrou e floresceu com o cultivo da cana-de-açúcar". MOURA, Clovis. **História do negro no Brasil.** São Paulo: Ática, 1992, p. 8. Em sentido semelhante, destacando o papel das ideias sobre as raças inferiores no início do projeto colonizador, Ana Flauzina afirma que: "Fruto de uma colonização portuguesa de números exponenciais, responsável pelo extermínio massivo da população indígena e da mais impressionante empresa de tráfico e escravização dos povos africanos, o sistema penal brasileiro está vinculado ao racismo desde seu nascedouro". FLAUZINA, Ana Luíza Pinheiro. **Corpo negro caído no chão:** o sistema penal e o projeto genocida do estado brasileiro. Dissertação de mestrado. Brasília: UnB, 2006, p. 33.

[418] Como narra Clóvis Moura, "o negro escravo vivia como se fosse um animal. Não tinha nenhum direito, e pelas Ordenações do Reino podia ser vendido, trocado, castigado, mutilado ou mesmo morto". MOURA, Clovis. **História do negro no Brasil.** São Paulo: Ática, 1992, p. 15.

[419] A criatividade mórbida dos senhores de engenho na imposição de sanções corporais por muito tempo não teve limites legais efetivamente aplicados: "O justiçamento do escravo era na maioria das vezes feito na própria fazenda pelo seu senhor, havendo casos de negros enterrados vivos, jogados em caldeirões de água ou azeite fervendo, castrados, deformados, além dos castigos corriqueiros, como os aplicados com a palmatória, o açoite, o vira-mundo [...]". MOURA, Clovis. **História do negro no Brasil.** São Paulo: Ática, 1992, p. 18. Em sentido semelhante, Camila Prando ressalta que: "inobstante as previsões legais, o controle sociopunitivo, que se origina no Brasil colonial, está centrado especialmente nas unidades latifundiárias. São esses os centros de justiça por excelência que se desenvolvem em paralelo a todo o arcabouço legal". Cf.: PRANDO, Camila Cardoso de Mello. Sistema Penal Subterrâneo: o caso do trabalho escravo contemporâneo na Amazônia. **Revista de Estudos Criminais,** 22, p. 148-165, abr.-jun. 2006, p. 152.

Esse sistema vigorou de 1500 até 1822 e, do ponto de vista legal, foram aqui aplicadas, com as dificuldades inerentes ao projeto colonial de regulação transatlântica, as Ordenações Afonsinas (1447 a 1521), as Manuelinas (até 1603) e as Filipinas. Contudo, havia pouco controle sobre a ação dos senhores de engenho, que exerciam um poder punitivo privado sobre os cativos[420]. Como ressalta Ana Flauzina, "o sistema penal colonial-mercantil está mesmo situado nos quintais da casa-grande"[421].

Flora Thomson-Deveaux anota, por outro lado, que, desde o fim do século XVII, já havia cartas-régias que determinavam a construção de casa pública ou calabouço "onde os escravos podiam ser punidos – porém com reserva e humanidade"[422]. Nesses calabouços, os senhores de engenho delegavam à máquina pública a imposição dos açoites mediante pagamento de pequenos valores. Conviviam, pois, como dito, o sistema público e o privado de punição.

5.2.2 O sistema penal imperial-escravista

As ideias iluministas de legalidade e codificação aportaram no Brasil ainda no primeiro quarto do século XIX, mas não implicaram, como se poderia esperar, mudança radical no modo de produção (e no modo de punir os "incivilizados"). A independência do Brasil, em 1822, permitiu, por um lado, a introdução do primeiro sistema penal genuinamente nacional. Coexistiram, contudo, por aqui, o Código Criminal do Império de 1830, que tinha inspiração iluminista, e o regime do escravismo. De acordo com disposições desse código, por exemplo, ao réu escravo, se não fosse aplicada a pena capital ou a de galés, poderia ser ainda aplicada a pena de açoites[423].

---

[420] Nesse sentido, o alerta de Nilo Batista não é exagerado: "Quem ficar apenas nos textos legais nunca saberá do que realmente se passou. As Ordenações, por ora Manuelinas e a partir do início do século XVII Filipinas, são apenas um pano de fundo para um exercício pouco regulamentado, e às vezes desregulamentado, do poder punitivo". BATISTA, Nilo. **Novas tendências do direito penal.** Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 108.

[421] FLAUZINA, Ana Luíza Pinheiro. **Corpo negro caído no chão:** o sistema penal e o projeto genocida do estado brasileiro. Dissertação de mestrado. Brasília: UnB, 2006, p. 48.

[422] THOMSON-DEVEAUX, Flora. Nota sobre o calabouço: Brás Cubas e os castigos aos escravos no Rio. **Piauí,** ed. 140, maio-2018, p. 5. A palavra humanidade é aplicada aí, propositada e ironicamente, no mesmo grau de "humanização" que regulava a quantidade máxima de açoites que um escravo poderia receber por dia.

[423] O art. 60 do Código Criminal do Império prescrevia que: Art. 60. Se o réo fôr escravo, e incorrer em pena, que não seja a capital, ou de galés, será condemnado na de açoutes, e depois de os soffrer, será entregue a seu senhor, que se obrigará a traze-lo com um ferro, pelo tempo, e maneira que o Juiz designar. O numero de açoutes será fixado na sentença; e o escravo não poderá levar por dia mais de cincoenta". Esse dispositivo só foi revogado pela Lei 3.310, de 1886.

A independência dá início, na visão de Nilo Batista, a um novo sistema penal: o imperial-escravista, que se caracteriza pela continuidade do escravismo, pela aparência formal liberal e pela transição ainda retardada para a pena pública. É nesse período que se institucionaliza também o vigilantismo. A população de negros no Brasil atingia, nesse momento, patamares elevados[424]. Esse fato associado ao crescimento da força dos quilombos e das revoltas de escravos fazia emergir o chamado medo branco[425]. Ainda que por longo período tenham sido desprezados ou ocultados por historiadores, houve focos de resistência do povo negro à escravidão e, posteriormente, às políticas que contrariavam seus interesses[426].

Era preciso, então, na ótica do grupo dominante reforçar também mecanismos públicos de garantia da ordem e da propriedade privada. Por meio do Código Criminal do Império, punia-se a vadiagem (art. 295) e a insurreição (art. 113). Polícia e prisão assumem,

---

[424] Octávio Ianni, citando Celso Furtado, afirma que as estimativas indicavam que no início do século XIX havia cerca de um milhão de escravos e que esse número chegou a um milhão e quinhentos mil em 1872, quando foi realizado o primeiro censo demográfico. Cf. IANNI, Octávio. **Raças e classes sociais no Brasil.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1972, p. 14.

[425] Célia Azevedo ilustra a preocupação da elite intelectual da época reproduzindo as palavras de Frederico Leopoldo Cezar Burlamaque, que publicou em 1837 a *Memoria Analytica á Cerca do Commercio d'Escravos e á Cerca dos Males da Escravidão Domestica.* Nesse livro, Burlamaque apresenta as seguintes indagações: "convirá que fique no país uma tão grande população de libertos, de raça absolutamente diversa da que a dominou? Não haverá grandes perigos a temer para o futuro, se as antigas tiranias forem recordadas, se os libertos preferirem a gente da sua raça a qualquer outra, como é natural? Poderá prosperar e mesmo existir uma nação composta de raças estranhas e que de nenhuma sorte podem ter ligação?". A historiadora reproduz também a resposta que o próprio Burlamaque ofereceu: "Não se pense que, propondo a abolição da escravidão, o meu voto seja de conservar no país a raça libertada: nem isto conviria de sorte alguma à raça dominante, nem tampouco à raça dominada. Os primeiros teriam a sofrer as reações, e os segundos teriam sempre a suportar os resultados de antigos prejuízos, que nunca cessariam a seu respeito". As palavras de Burlamaque estão retratadas em: AZEVEDO, Célia. **Onda negra, medo branco:** o negro no imaginário das elites – Séc. XIX. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987, p. 43-45. A escravidão só será abolida definitivamente mais de três décadas depois da publicação do livro de Burlamaque, o que reflete a forte resistência pela manutenção desse regime e que as ideias de branqueamento da população brasileira foram antecedidas por propostas como essa de homogeneização social pela extradição dos libertos.

[426] Sidney Chalhoub descreve diversos eventos dessa resistência, afirmando mesmo que "a luta dos negros pela liberdade parecia não ter fronteiras, e não é difícil imaginar a apreensão causada por notícias como estas numa cidade cuja metade da população aproximadamente era constituída por escravos e libertos durante a primeira metade do século XIX". CHALHOUB, Sidney. Medo branco de almas negras: escravos, libertos e republicanos na Cidade do Rio. **Revista Brasileira de História,** São Paulo, v. 8, n. 16, p. 83-105, mar./ago., 1988, p. 88. Ademir Barros dos Santos descreve também diversas revoltas de escravos por todo o continente americano, nesse período, começando pela revolução vitoriosa comandada por Toussaint Louverture, no Haiti, no início do século XIX, seguindo-se de rebeliões no Uruguai, em Durazno (1803); em Porto Rico e em Cuba (em 1812); a Revolta dos Malês, no Brasil (1835); em Nepén no Peru (1848). Cf.: SANTOS, Ademir Barros dos. **Sobre revoltas de escravos e quilombos.** Rio de Janeiro: AMCguedes, 2018, p. 60. Para uma perspectiva mais aprofundada sobre a Revolução Haitiana e sobre os receios provocados nos constituintes brasileiros em 1823, confira-se: QUEIROZ, Marcos V. Lustosa. **Constitucionalismo brasileiro e Atlântico Negro:** a experiência constituinte de 1823 diante da Revolução Haitiana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. Ainda sobre o movimento de resistência da população negra por meio dos quilombos, confira-se: MOURA, Clóvis. **Os quilombos e a rebelião negra.** 5ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1986.

assim, paulatinamente, papel de destaque nessa "nova engenharia estatal de controle urbano"[427].

A prisão como tecnologia punitiva se desenvolve especialmente na Europa como dispositivo correcional e disciplinador, uma antessala da fábrica. Ela revela-se como instrumento adequado para o modo de produção industrial e capitalista em desenvolvimento e se associa a um discurso "humanizador" do poder punitivo, agora pretensamente afastado dos espetáculos públicos de sofrimentos corporais do regime anterior.

No Brasil imperial, essa tecnologia é incorporada legalmente, mas, contraditoriamente, concorre com as penas corporais ainda aplicadas aos negros. A primeira penitenciária da América Latina foi a Casa de Correção do Rio de Janeiro, cuja construção se iniciou ainda na década de 1830[428]. Ela mantinha, entretanto, ala destinada à punição de escravos, incorporando os antigos calabouços.

Para Nilo Batista, "as 'luzes' se refletiam apenas nos corpos brancos, pois aos escravos só eram aplicáveis as penas de morte, galés e açoites"[429]. O sistema penal imperial-escravista se qualifica, assim, efetivamente pelo verniz liberal-iluminista e pela manutenção da "grosseira corporalidade", ilustrando a continuidade da linha abissal que permanecia aqui claramente vigente.

A escravidão foi prorrogada o quanto possível. Embora o Brasil tenha assinado acordo para o encerramento do tráfico de escravos no início do século XIX com a Inglaterra, somente ao seu fim é que o escravismo foi formalmente abolido no país. A abolição da escravatura não significou, contudo, a libertação plena da população de negros residentes no país. A Lei de Terras (Lei nº 601, de 20 de setembro de 1850) proibia a cessão de terras pelo governo, exceto a título oneroso, impedindo, assim, na prática que negros pobres, recém-libertos, tivessem

---

[427] FLAUZINA, Ana Luíza Pinheiro. **Corpo negro caído no chão:** o sistema penal e o projeto genocida do estado brasileiro. Dissertação de mestrado. Brasília: UnB, 2006, p. 59. Sobre os antecedentes da polícia, confira-se o trabalho de Marcos Luiz Bretas e André Rosemberg: BRETAS, Marcos Luiz; ROSEMBERG, André. A história da polícia no Brasil**:** balanço e perspectivas. **Topoi, v. 14,** n. 26, jan./jul. 2013, p. 162/173. Os autores lembram que a Intendência Geral de Polícia é constituída em 1808 e que a Guarda Real de Polícia o é no ano seguinte. Inspirada no modelo francês, a polícia brasileira surgiu, contudo, em condições precárias. A função de produção da ordem com um policiamento mal disciplinado provocou uma constante "tensão entre a ação pública, poder local e normas tradicionais". A interação com as práticas anteriores de mando local e a disputa pelo monopólio da força conduziram, na opinião dos autores, à formação de um aparato policial violento, socialmente autorizado à utilização vagamente limitada da força física.

[428] CF.: AGUIRRE, Carlos. Cárcere e sociedade na América Latina. *In:* MAIA, Clarissa Nunes *et al.*(org.). **História das prisões nos Brasil.** v. I. Rio de Janeiro: Rocco, 2009, p. 41.

[429] BATISTA, Nilo. **Novas tendências do direito penal.** Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 110.

acesso a ela. Como veremos a seguir, a cessão de terras foi utilizada, contudo, pouco tempo depois, como instrumento de incentivo à imigração branca.

5.2.3 A República e o sistema penal republicano-positivista

O sistema penal denominado de republicano-positivista por Nilo Batista é fundado logo com a edição do Código Penal no primeiro ano pós-proclamação da República. Ainda "saudoso da intervenção corporal", esse sistema penal admitia "legalmente" o banimento de capoeiras e a deportação de imigrantes e "camufladamente" tolerava os castigos físicos nos porões de dependências policiais[430].

Para Nilo Batista, "o terceiro sistema penal brasileiro nutriu-se do positivismo criminológico, que produzia o discurso racista legitimador da hegemonia, e do positivismo jurídico, que confina o olhar à articulação lógica de parágrafos e incisos"[431]. De fato, a importação do saber criminológico positivista forneceu as razões jurídicas para considerar perigosos os negros e predominou em uma primeira fase da Primeira República.

O Código Penal de 1890, baseado no projeto de João Baptista Pereira, aboliu a pena de morte, o que representava um avanço, bastante controvertido na época, no sentido de limitação do poder punitivo. Por outro lado, as manifestações culturais da população negra eram motivo para aprisionamento[432]. Como dito, capoeiras[433] e as religiões de matriz africana

---

[430] *Idem*, p. 111. Sobre a forma como se exercia a "soberania policial" nas ruas do Recife no início do século XX, confira-se: VALENÇA, Manuela Abath. **Soberania policial no Recife do início do século XX.** Tese de doutorado. Brasília: UnB, 2018. Para essa autora, a soberania policial se verifica justamente nos espaços de poder de que dispõem as forças policiais para atuar com certo grau de discricionariedade, sem regulamentação específica da conduta desejada, conforme códigos extralegais lícitos ou ilícitos. Essa soberania policial era exercida, segundo a autora, por meio de um "duplo padrão de ilegalidade": fazer favor e reprimir com truculência. VALENÇA, Manuela Abath. ***Op. Cit.*** p. 199. Citando dados da cidade de São Paulo entre 1904 e 1916 colhidos por Boris Fausto, Evandro Piza Duarte também registra que "a forma de atuação preferencial do controle social sobre o grupo negro era evidente" e que tal grupo seria preso em proporção mais de duas vezes superior à parcela que representam na população global da cidade (constituíam cerca de 28,5% dos presos e apenas 10% dos habitantes de São Paulo nesse período). Cf. DUARTE, Evandro Charles Piza. **Criminologia e Racismo:** introdução à criminologia brasileira. Curitiba: Juruá, 2011, p. 197.

[431] BATISTA, Nilo. **Novas tendências do direito penal.** Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 112.

[432] Para uma análise da forma como os capoeiras eram submetidos à repressão penal nesse período, confira-se: TONINI, Renato Neves. A arte perniciosa, a repressão aos capoeiras na República Velha. **Discursos Sediciosos,** v. 17/18, p. 487-508, Rio de Janeiro, 2010.

[433] O art. 402 desse Código Penal previa que "Art. 402. Fazer nas ruas e praças publicas exercicios de agilidade e destreza corporal conhecidos pela denominação capoeiragem; andar em correrias, com armas ou instrumentos capazes de produzir uma lesão corporal, provocando tumultos ou desordens, ameaçando pessoa certa ou incerta, ou incutindo temor de algum mal:

Pena - de prisão cellular por dous a seis mezes".

eram consideradas subversão da ordem e permanecia a criminalização da então denominada vadiagem[434].

As teorias raciais, embora recepcionadas ainda no fim do regime imperial, desenvolvem-se sobretudo na Primeira República, com forte respaldo das faculdades de Direito e de Medicina, onde o conflito de diferentes escolas do pensamento podia ser percebido em posicionamentos às vezes ecléticos[435]. Nas revistas oficiais da Faculdade de Direito do Recife, por exemplo, no período de 1891 a 1930, como destaca Lilia Moritz Schwarz, eram recorrentes as citações de autores como Darwin, Spencer, Haeckel, Lombroso e Ferri, sobretudo até 1920[436].

O evolucionismo e o determinismo desses autores estavam mesmo presentes no pensamento de alguns intelectuais e políticos influentes desse período e a identificação da

---

[434] O art. 399 desse Código Penal previa que:"Art. 399. Deixar de exercitar profissão, officio, ou qualquer mister em que ganhe a vida, não possuindo meios de subsistencia e domicilio certo em que habite; prover a subsistencia por meio de occupação prohibida por lei, ou manifestamente offensiva da moral e dos bons costumes:

Pena - de prisão cellular por quinze a trinta dias"

[435] Nesse mesmo sentido, Rebeca Fernandes Dias, após examinar a recepção do pensamento criminológico na cultura jurídica no Recife, em São Paulo, no Rio de Janeiro, na Bahia e em Curitiba, com destaque para autores como Tobias Barreto e Pedro Lessa, conclui que: "o que pudemos perceber no processo de recepção do pensamento criminológico brasileiro foi que racismo e liberalismo, na verdade, conviveram nos mesmos locais de discurso – não eram apenas duas falas contemporâneas que partiam de lugares distintos, mas eram discursos que se conciliavam nas falas de alguns criminalistas estudados". Cf.: DIAS, Rebeca Fernandes. **Criminologia no Brasil:** cultura jurídica e criminal na Primeira República. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 427. Nesse ponto, ela diverge de Lilia Moritz Schwarz, que sustenta a existência de uma diversidade entre o pensamento dominante na Faculdade de Direito do Recife e aquele da Faculdade de Direito de São Paulo. Para esta historiadora: "enquanto na Escola do Recife um modelo claramente determinista dominava, em São Paulo um liberalismo de fachada, cartão de visita para questões de cunho oficial, convivia com um discurso racial, prontamente acionado quando se tratava de defender hierarquias, explicar desigualdades". Cf.: SCHWARZ, Lilia Moritz. **O espetáculo das raças:** cientistas, instituições e questão racial no Brasil 1870-1930. 13ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 1993, p. 243. Como se vê, Rebeca Fernandes Dias percebe a dualidade no discurso dos criminalistas tanto em São Paulo como no Recife. Já Lilia Schwarz considera que, no Recife, dominava o determinismo e, em São Paulo, havia um liberalismo, ainda que "de fachada". A divergência pode ter ocorrido, entre outras razões, pelos métodos empregados. Lilia Schwarz utilizou, sobretudo, recursos da história das ideias e observou as revistas oficiais das duas faculdades, no período de 1891 a 1930. Já Rebeca Dias, com ferramentas de uma historiografia do pensamento, com abordagem hermenêutica, examinou trabalhos de professores, publicados também em outras fontes. A leitura de Schwarz restringe-se aos artigos publicados nas revistas oficiais das faculdades, dando pouca relevância, por exemplo, à obra de Tobias Barreto, que, tendo participado da Geração dos 70, embora assumindo a influência do evolucionismo, apresentava fortes objeções ao pensamento de Lombroso e de seus seguidores, a quem chamava de patólogos do crime. Por mais tentador que seja prosseguir nesse debate, aprofundá-lo demandaria outra pesquisa. As duas autoras aqui citadas concordam que havia a dualidade referida no texto, ainda que discordem quanto ao grau de manifestação geográfico dessa dualidade no pensamento criminológico da Primeira República.

[436] SCHWARZ, Lilia Moritz. **O espetáculo das raças:** cientistas, instituições e questão racial no Brasil 1870-1930. 13ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 1993, p. 204. Ela cita, por exemplo, um artigo de Phaelante Camara, para quem "o darwinismo sentiu-se a vontade na congregação e nos bancos acadêmicos". *Idem*, p. 195.

mestiçagem racial como um problema social da nação, motivadora de degeneração e da criminalidade, produziam discursos e políticas de branqueamento da população[437][438].

Com influência ainda mais evidente do pensamento lombrosiano, de quem foi efetivo interlocutor, Raimundo Nina Rodrigues, professor na Faculdade de Medicina da Bahia, publicou em 1894 obra que serviu de referência para muitos seguidores da teoria do evolucionismo social e do determinismo no comportamento humano, tanto em cursos de Direito como de Medicina, durante a Primeira República no Brasil.

Na sua *As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil,* Nina Rodrigues parte, de fato, da ideia do evolucionismo para se contrapor, em um primeiro momento, aos pensamentos metafísicos que identificavam a noção de justiça como inata à razão humana ou a uma concessão divina. Para ele, a justiça seria um valor decorrente da fase superior de evolução de alguns grupos humanos[439]. Depois de contraditar também a ideia de livre arbítrio

---

[437] Lilia M. Schwarz destaca, por exemplo, logo na abertura de seu trabalho, a frase encontrada na tese de João Batista Lacerda, então diretor do Museu Nacional do Rio de janeiro, defendida no I Congresso Internacional das Raças, realizado em julho de 1911: "o Brasil mestiço de hoje tem no branqueamento em um século sua perspectiva, saída e solução".Cf.: SCHWARZ, Lilia Moritz. **O espetáculo das raças:** cientistas, instituições e questão racial no Brasil 1870-1930. 13ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 1993, p. 15-16. É verdade que essa mesma autora ressalta que Silvio Romero adotava uma postura própria quanto ao tema da mestiçagem, acolhendo um "elogio conformado" a isso que era considerado uma característica do povo brasileiro. Para outras manifestações e discursos que buscavam naturalizar a inferioridade dos negros, inclusive entre políticos e pensadores do abolicionismo da escravidão, confira-se: SANTOS, Gislene Aparecida dos. **A invenção do "ser negro":** um percurso das ideias que naturalizam a inferioridade dos negros. São Paulo: FAPESP, 2002.

[438] Phaelante da Camara, por exemplo, professor da Faculdade de Direito do Recife, influenciado pelas teorias raciais da época, defendia que, na África, estavam os negros de cérebro estreito, crânio alongado e nariz chato; na Ásia, encontravam-se o de raça amarela, com uma inteligência mais desenvolvida; e na Europa, estavam os criadores da civilização ocidental os mais elevados na hierarquia orgânica "e por isso mesmo o mais correcto representante do mammifero humano". A frase foi extraída de artigo publicado por ele na Revista Academica da Faculdade de Direito do Recife em 1891 e referida por Rebeca Pereira Dias em: DIAS, Rebeca Fernandes. **Criminologia no Brasil:** cultura jurídica e criminal na Primeira República. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 335.

[439] Após ter estabelecido um diálogo sobretudo com o pensamento de Gabriel Tarde e de Raffaele Garofalo, Nina Rodrigues conclui: "Que a cada phase da evolução de um povo, e ainda melhor, a cada phase da evolução da humanidade, se se comparam raças anthropologicamente distinctas, corresponde uma criminalidade própria, em harmonia e de acordo com o gráo do seu desenvolvimento intelectual; que há impossibilidade material, orgânica, a que os representantes das phases inferiores da evolução social passem bruscamente em uma só geração, sem transição lenta e gradual, ao gráo de cultura mental e social das phases superiores; que, portanto, perante as conclusões tanto da sociologia, como da psychologia moderna, o postulado da vontade livre como base da reponsabilidade penal, só se pode discutir sem flagrante absurdo, quando fôr aplicável a uma agremiação social muito homogênea, chegada a um mesmo gráo de cultura mental média". Cf. RODRIGUES, Nina. **As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil.** Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1931(?), p. 50. Consultamos a 2. edição ou reimpressão do texto publicado em 1894. Essa edição foi patrocinada por Afrânio Peixoto e, segundo ele, publicada oportunamente "quando se refaz o Código Penal", referindo-se às discussões que antecederam o Código Penal de 1940. No livro consultado não há referência à data da publicação. No texto de Afrânio Peixoto que indica a vida e a obra de Nina Rodrigues, ele menciona que a publicação ocorre "um

relativo de Tobias Barreto, com argumentos sobre a determinação no agir humano, Nina Rodrigues assume, para justificar as medidas de controle social que propõe, um argumento utilitário: evitar uma "perigosa impunidade geral"[440].

Em seguida, para a defesa de sua tese sobre a responsabilidade penal do que ele julga como raças inferiores, primeiro, sustenta que a raça negra é mais adaptável que a branca, de modo que aquela tenderia a predominar em regiões onde o clima exigisse maior grau de adaptação, o que justificaria diferenças na distribuição étnica nas regiões do país[441]. Ao responder à pergunta central de seu trabalho sobre a responsabilidade penal das "raças inferiores", por ele identificadas com os selvagens americanos, os negros africanos e os seus mestiços, ele, em princípio, afasta a responsabilidade do "índio completamente selvagem" e do "negro africano, tomado às suas hordas e transportado de repente ao nosso paiz"[442]. Para justificar as suas conclusões, dá a palavra a diversos autores que consideravam os índios e os negros uma raça inferior, como, por exemplo, a Morel[443], a Silvio Romero[444] e a Abel Hovelacque[445], para afirmar que, dada a incapacidade de alcançarem o grau de civilização do europeu e tendo em mente a fase infantil de sua evolução, deveriam ser considerados irresponsáveis, quando selvagens, ou terem a responsabilidade atenuada se tiverem mantido contato com a civilização[446].

Afastando-se do pensamento de Silvio Romero sobre a mestiçagem, ele passa a creditar a ela (à mestiçagem) a degradação e uma influência degenerativa na sociedade brasileira, afirmando que "certos cruzamentos dão origem em todo caso a produtos moraes e

---

quartel de século depois", referindo-se, ao que tudo indica, à data de falecimento de Nina Rodrigues, que ocorreu em Paris, em 1906.

[440] Nas palavras dele: "Vêde, pois, senhores: a doutrina do livre arbítrio relativo, nos leva exatamente a essa perigosa impunidade geral, a que procurava fugir Tobias Barreto. E era contra esta consequência que eu queria e tinha o dever de prevenir-nos". Cf.: RODRIGUES, Nina. **Op. Cit.** p. 72-73.

[441] Cf.: RODRIGUES, Nina. **Op. Cit.** p. 109.

[442] *Idem,* p. 112-113.

[443] Nina Rodrigues cita a seguinte passagem de Morel: "que os negros crioulos, qualquer que seja a nação de que tirem a sua origem, não conservam de sues pais e mãis senão o espirito de sujeição e a cor; que são mais engenhosos, mais racionáveis, mais astutos". MOREL, Bénédict *apud* RODRIGUES, Nina. **Op. Cit.** p. 117.

[444] De Sivio Romero, destaca o seguinte trecho, entre outros: "Não há exemplo de uma civilização negra. A única civilização africana, a do Egypto era branca". ROMERO, Silvio *apud* RODRIGUES, Nina. **Op. Cit.** p. 118.

[445] De Hovelacque, ele retira um excerto maior do qual ressaltamos o seguinte: "simplesmente eles [os negros africanos] pertencem a uma outra phase do desenvolvimento intelectual e moral. Essas populações infantis não puderam chegar a uma mentalidade muito adiantada e para esta lentidão de evolução tem havido causas complexas". HOVELACQUE, Abel *apud* RODRIGUES, Nina. **Op. Cit.** p. 120.

[446] RODRIGUES, Nina. **Op. Cit.** p. 130.

sociaes, evidentemente inviaveis e certamente hybridos"[447]. Mais adiante ele afirma que os melhores escritores, pelo menos os que na sua visão julgam as questões com base na ciência, concordariam que a característica do brasileiro mestiço seriam "a falta de energia physica e moral, a apathia, a imprevidência"[448]. Antes de passar a sustentar o seu programa de defesa social, Nina Rodrigues conclui que existiriam três tipos de mestiços: os superiores, os comuns e os evidentemente degenerados. Os primeiros seriam plenamente responsáveis, pois neles haveria a predominância da raça civilizada; os segundos, poderiam ter a responsabilidade atenuada; e os terceiros podem ser considerados total ou parcialmente irresponsáveis.

Com fundamento nessas ideias, Nina Rodrigues defende um programa de reformas penais, que corrigissem os erros da Escola Clássica e permitissem uma adequação à Escola Positiva, sustentando, entre outras medidas, a divisão da legislação conforme a diversidade das regiões do país por ele apontadas[449]. Criticando Tobias Barreto, ele afirma que somente uma "analyse physio-psychologica completa" forneceria a prova da incapacidade de adaptação social do criminoso e, desse modo, a "única base segura e indefectivel de um systema racional de repressão do crime"[450]. Propõe, enfim, substituir a "estúpida panaceia da prisão cellular" por meios educadores e pela adoção de um "systema racional de penalidade qual o que institui e propõe a escola positiva"[451].

O discurso de Nina Rodrigues se insere na linha dos que contribuíram para a naturalização entre nós do mito racista da inferioridade dos negros. A imagem negativa sobre o negro, agora pintada também com os pincéis da antropologia, emerge, na opinião de Gislene dos Santos, "com toda a força quando se faz qualquer tipo de ameaça à supremacia branca"[452].

Estimulada pelo medo branco, a publicação do Decreto nº 528, de 28 de junho de 1890, é ilustrativa da política de branqueamento da população adotada oficialmente no país.

---

[447] *Idem,* p. 132.

[448] RODRIGUES, Nina. **Op. Cit.** p. 141. Seriam essas características que justificariam, na opinião de Nina Rodrigues, a previsão do art. 399 do Código Penal recriminando os vadios. *Ibidem.* Nessa mesma linha, ele ainda afirma que "me parece razoável considerar os mestiços que tendem a voltar a qualquer das raças puras, quer a branca principalmente, quer mesmo a negra, como muito superiores aos verdadeiros mulatos". *Idem,* p. 152.

[449] RODRIGUES, Nina. **Op. Cit.** p. 175.

[450] RODRIGUES, Nina. **Op. Cit.** p. 177.

[451] RODRIGUES, Nina. **Op. Cit.** p. 209.

[452] Cf.: SANTOS, Gislene Aparecida dos. **A invenção do "ser negro":** um percurso das ideias que naturalizaram a inferioridade dos negros. São Paulo: Pallas, 2002, p. 130. Merecem reprodução também as seguintes palavras dessa autora, no contexto da análise que faz da obra de Nina Rodrigues: "Finda a escravidão, o negro, em grande quantidade no país, poderia querer alçar vôo em direção aos lugares dos brancos, poderia acreditar em sua cidadania e exigir direitos iguais, poderia crer que, de fato, era livre". *Ibidem.*

Por meio desse ato normativo, passou-se a regularizar a introdução e a localização de imigrantes na então "República dos Estados Unidos do Brazil". O reflexo da política de branqueamento está explicitado logo no seu art. 1º, que admite o acolhimento de imigrantes, salvo os "indígenas da Asia ou da Africa". Confira-se:

> Art. 1º. É inteiramente livre a entrada, nos portos da Republica, dos individuos válidos e aptos para o trabalho, que não se acharem sujeitos á acção criminal do seu paiz, exceptuados os indigenas da Asia, ou da Africa que sómente mediante autorização do Congresso Nacional poderão ser admittidos de accordo com as condições que forem então estipuladas.

Entre outros, os incentivos e benefícios à vinda dos brancos europeus consistiam em subvenção às transportadoras, conforme o art. 7º desse Decreto, e na concessão de título provisório de lotes de terra que deveriam ser pagos em um prazo não inferior a dez anos, nos termos do art. 24. As transportadoras que trouxessem 10.000 europeus por ano sem registro de incidentes seriam contempladas ainda com um prêmio financeiro, nos moldes do art. 16 do referido decreto.

Em resumo, após a abolição, sem acesso à terra e com a concorrência de imigrantes brancos para trabalho nas lavouras ou nas artes mecânicas ou industriais incipientes, se não encontrassem logo alguma ocupação e se insistissem em permanecer nos locais mais vigiados, restava a alguns contingentes de negros libertos a categorização como vadios ou desordeiros e, por conseguinte, a prisão celular, na forma do art. 399 do Código Penal de 1890[453]. Para Abdias Nascimento, era fato inquestionável que "as leis de imigração nos tempos pós-abolicionistas foram concebidas dentro da estratégia maior: a erradicação da 'mancha negra' na população brasileira"[454].

---

[453] Na pesquisa aqui já referida, Manuela Abath identifica, a partir de registros encontrados no Arquivo Histórico Estadual Jordão Emereciano (APEJE), no Recife, que "desordeiros, gatunos e vagabundos correspondem à maior parte das prisões efetuadas nos anos de 1914 e 1927". Cf.: VALENÇA, Manuela Abath. **Soberania policial no Recife do início do século XX.** Tese de doutorado. Brasília: UnB, 2018, p. 141.

[454] Cf.: NASCIMENTO, Abdias. **O genocídio do negro brasileiro:** processo de um racismo mascarado. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 2017, p. 86. Essa estratégia produziu resultados. Segundo Marcelo Paixão, em 1890, pretos e pardos representavam 66% dos residentes no Brasil, e, em 1940, o percentual foi reduzido quase à metade, para 34% da população. Ele conclui: "já em 1940 havia ocorrido uma radical mudança no perfil étnico-racial de nossa população". PAIXÃO, Marcelo J. P. **Desenvolvimento humano e relações raciais.** Rio de Janeiro: DP&A, 2003, p. 70-71.

A dualidade aparente das ideias penais no Brasil encontrava no tema da periculosidade um espaço de convergência mesmo após a virada do século[455]. Aníbal Bruno é exemplo desse pensamento que conviveu, como mencionado, no sistema penal republicano-positivista, com o tecnicismo jurídico. Em texto no qual apresenta os elementos de uma teoria da perigosidade criminal, Aníbal Bruno reflete o estado da arte do pensamento das ciências criminais do primeiro terço do século XX e sustenta a adoção de medidas de segurança como forma de defender a sociedade de indivíduos perigosos[456].

Para o jurista pernambucano, os temas centrais das ciências criminais seriam o homem perigoso que ameaça ou que fere e a sociedade que se defende. Nesse texto, depois de expor os conflitos teóricos que dominavam os Congressos da União Internacional de Direito Criminal, na tentativa de se verificar a possibilidade de conciliar as garantias da liberdade individual com a noção do estado perigoso do delinquente, Aníbal Bruno passa a defender o seu posicionamento de que a periculosidade é elemento essencial para a definição de medidas de defesa social. Para ele, "são essas medidas de segurança que deverão dirigir-se, como instrumentos de defesa da sociedade, à situação de periculosidade do indivíduo"[457].

A ideia de periculosidade em Bruno se diferencia daquela sustentada por Lombroso, pois ele não considerava a existência de criminoso nato no sentido primitivo do pensamento lombrosiano. Aníbal Bruno imaginava a existência de condições inatas de desajustamento que se manifestariam conforme condições do ambiente social e outros fatores bio-psicológicos. Ainda assim, ele inclui entre as políticas que o Estado deve adotar para a profilaxia do delito e da periculosidade "as medidas eugênicas tendentes a evitar a herança de atributos da periculosidade"[458].

---

[455] Camila Prando está entre aquelas que, como Vera Regina Pereira de Andrade, refutam a narrativa revisionista em relação ao "debate de Escolas" do pensamento penal como categorias analíticas e não como elementos discursivos de disputas políticos-penais. Para aquela autora, o discurso de conciliação entre as Escolas, patrocinado por juristas, especialmente a partir da década de 1930, permitia a preservação da legitimidade da defesa social com o verniz de proteção do indivíduo a partir da racionalidade técnico-jurídica. Cf.: PRANDO, Camila Cardoso de Mello. **O saber dos juristas e o controle penal:** o debate doutrinário na Revista de Direito Penal (1933-1940) e a construção da legitimidade pela defesa social. 2012. Tese (Doutorado) – Universidade Federal de Santa Catarina, 2012. 93 f.

[456] BRUNO, Aníbal. Teoria da perigosidade criminal. **Doutrinas Essenciais do Direito Penal**. v. 3, 37-71, out., 2010. Nascido em Palmares-PE, em 1890, Aníbal Bruno formou-se em ciências jurídicas e sociais na Faculdade de Direito do Recife, em 1910, e em medicina, em 1925. O texto a que nos referimos foi publicado na citada coletânea e representa o capítulo 1 da obra *Perigosidade criminal e medidas de segurança*, na edição publicada em 1977. O texto originário é de 1937.

[457] BRUNO, Aníbal. **Op. Cit.** p. 17.

[458] *Idem*, p. 19.

Na edição do novo Código Penal em 1940, prevalecerá o trabalho da comissão integrada por Nelson Hungria, Roberto Lyra, Vieira Braga e Narcélio de Queiroz, sobre aquele engendrado por Alcântara Machado, mais fortemente influenciado pelo tecnicismo jurídico[459].

Ao afastar os planos do ser e do dever ser, reservando este último aos juristas, erguer-se-á, nas palavras de Nilo Batista, uma "torre de marfim tecnicista"[460] no alto da qual o jurista, isolado, idealiza dogmaticamente o direito. O Código Penal de 1940 é filho desse tecnicismo jurídico, com declarada influência do Código Rocco italiano, com o "sinal de unha" de Alcântara Machado e as "impressões digitais perenemente gravadas" de Nelson Hungria[461]. Nele observam-se, de um lado, os elementos de uma cada vez mais sofisticada teoria do crime, e, de outro, uma ainda alargada adoção das medidas de segurança, que pressupunham a periculosidade do agente, conforme os arts. 75 e seguintes. Além disso, a prisão é adotada como a pena por excelência. A assunção de sua finalidade ressocializadora, orientada para o trabalho, permitirá afirmar que os tempos modernos do penalismo haviam chegado no Brasil[462].

As políticas de eugenia e de branqueamento da sociedade não foram um episódio ocasional na história recente da sociedade brasileira. O período de previsão formal de alguns direitos sociais durante o Estado Novo não foi suficiente para conter a formação racista de nossa sociedade, contribuindo, quando muito, para forjar o mito da democracia racial[463]. De

---

459 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro.** v. 1. 4. ed.Rio de Janeiro: Revan, p. 471.

460 BATISTA, Nilo. **Novas tendências do direito penal.** Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 112.

461 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro.** v. 1. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, p. 472.

462 BATISTA, Nilo. **Novas tendências do direito penal.** Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 112. Uma narrativa da formação histórica desse e dos demais códigos penais brasileiros pode ser encontrada na obra aqui já citada: ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro.** v. 1. 4ª ed. 3ª Reimpressão. Rio de Janeiro: Revan, 2017.

463 O racismo no Brasil tem a particularidade de ser mascarado pelo mito da democracia racial, isto é, pela ideia de que aqui há uma maior harmonia nas relações entre brancos e negros, decorrente de uma maior miscigenação e de uma colonização mais sutil. Há décadas, a tese freyriana vem sendo combatida, mas parece permanecer no imaginário social de uma falsa democracia que exclui, segrega e continua matando a população negra. Para Florestan Fernandes, "democracia significa, fundamentalmente, igualdade racial, econômica e política [...] O padrão brasileiro de relação social, ainda hoje dominante, foi construído por uma sociedade escravista, ou seja, para manter o negro sob a sujeição do branco". Confira-se entrevista concedida por Florestan Fernandes e reproduzida em: FERANDES, Florestan; PEREIRA, João Baptista Borges; NOGUEIRA, Oracy. A questão racial vista por três professores. **Revista USP,** São Paulo, n. 68, p. 168-179, dez./fev. 2005/2006, p. 172. Referindo-se a sua tese de cátedra, Florestan Fernandes afirma categoricamente: " Os resultados da investigação que fiz, em colaboração com o prof. Roger Bastide, demonstram que essa propalada 'democracia racial' não passa, infelizmente, de um mito social". *Ibidem.*

fato, logo após o fim da Segunda Guerra, o governo de Getúlio Vargas também editou uma nova lei de estímulo à imigração com assumido desejo de "preservar e desenvolver as características mais convenientes da ascendência europeia da população". Confira-se o teor do art. 2º do Decreto-lei nº 7.967, de 27 de agosto de 1945:

> Art. 2º Atender-se-á, na admissão dos imigrantes, à necessidade de preservar e desenvolver, na composição étnica da população, as características mais convenientes da sua ascendência européia, assim como a defesa do trabalhador nacional.

A estratégia de branqueamento aliada às políticas de exclusão da população negra executadas na aplicação seletiva da lei penal ou na aplicação clandestina das regras do policiamento das ruas conduz alguns autores como Abdias Nascimento[464] e Ana Flauzina[465] a qualifica-la como uma política efetivamente genocida. Abdias Nascimento, aliás, registra que essa política prosseguiu anos depois com a abertura do governo brasileiro para receber os brancos expulsos das ex-colônias africanas que lograram independência[466].

5.2.4 Os "novos" dispositivos de controle social (e racial): o sistema penal contemporâneo

[464] Em 1977, Abdias Nascimento denunciou o genocídio do negro brasileiro no colóquio do Segundo Festival Mundial de Artes e Culturas Negras e Africanas. Não se tratava de excesso de linguagem. Ele disputava efetivamente o sentido da expressão e apresentava a história de uma "outra estratégia do genocídio": o embranquecimento cultural do Brasil com o extermínio da cultura afro-brasileira". Cf.: NASCIMENTO, Abdias. **O genocídio do negro brasileiro:** processo de um racismo mascarado. São Paulo: Perspectiva, 2017, p. 111.

[465] Quando se afirma que é genocida a política criminal encarceradora executada no Brasil, é comum a reação de rejeição em parcela dos interlocutores. Acredita-se que a assertiva é exagerada e que não passa de uma hipérbole. O estudo de Ana Luiza Pinheiro Flauzina sobre as fronteiras raciais do genocídio demonstra que o enunciado não é desmedido e implica, ao revés, uma disputa consciente e inteiramente racionalizada pelo sentido da expressão genocídio. A autora resgata as discussões que antecederam a adoção pelas Nações Unidas da Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio, de 9 de dezembro de 1948. Relembra que o conceito de genocídio fora desenvolvido pelo advogado de origem judaica Raphael Lemkin e que este o associava intrinsecamente ao colonialismo. Lemkin observava o seu presente do imperialismo alemão com as lentes do passado colonial na América e, desse modo, definia o genocídio como um plano coordenado de diferentes ações que visam à destruição dos fundamentos essenciais da vida de grupos nacionais. Como destaca Flauzina, pretendia-se proteger a vida social, econômica, cultural e política da coletividade. O projeto de Lemkin, que contemplava um conceito mais amplo de genocídio, foi rejeitado pela Assembleia Geral da ONU em 1947. Os EUA foram contrários ao conceito de genocídio cultural e, na versão final, a definição ficou restrita à ideia de assassinato em massa com intenção expressa. Cf.: FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. As fronteiras raciais do genocídio. **Revista de Direito da Universidade de Brasília**, v. 1, num. 1, p. 119-146, jan.-jun. de 2014, p. 121.

A realidade na formação dos centros urbanos não permitirá, de fato, esquecermos a marca colonial. A existência de um contingente de ex-escravos e de seus descendentes excluída do mercado trabalho reforçará a adoção das políticas urbanas de apartação social e a criação pelos governantes, pressionados pelo medo branco, de mecanismos mais repressivos de controle social. As atividades informais ou as manifestações culturais desses filhos da escravidão serão associadas, como visto, à criminalidade e à suspeição. Para a juventude negra, serão criados serviços públicos marcados pelo caráter repressivo e excludente, ainda que adornados com discursos ressocializadores e correcionais, como o Serviço de Assistência ao Menor (SAM) e, posteriormente, a FEBEM (Fundação Estadual de Bem Estar do Menor)[467].

Entre o fim do sistema penal republicano-positivista e o início do quarto sistema penal, que seria o contemporâneo, chamado de "sistema neoliberal" por Ana Flauzina[468], é preciso destacar, ainda, o papel que desempenhou o recrudescimento das práticas repressivas a partir do golpe militar de 1964.

É especialmente a partir do regime de ditadura militar instaurado em 1964 que o Brasil se alinha à política criminal norte-americana, já comentada em tópico anterior[469]. Incorpora-se aqui a Doutrina da Segurança Nacional, que elege como inimigos internos o comunismo e as

---

[466] NASCIMENTO, Abdias. **O genocídio do negro brasileiro:** processo de um racismo mascarado. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 2017, p. 86.

[467] Para uma narrativa da constituição das redes de instituições criadas para o controle social da juventude pobre (e negra), confira-se: BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis:** drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. 2ª Reimpressão. Rio de Janeiro: Revan, 2016. Nesse trabalho, Vera Malaguti Batista dá voz a jovens, em sua ampla maioria pretos e pardos, que passaram por instituições como a Justiça de Menores, o Serviço de Assistência ao Menor, a Funabem e a Febem. São as "soldadas", como eram conhecidas as jovens abandonadas, entre 12 e 18 anos, que ficavam sob responsabilidade de famílias no início do século XX e que passavam pela Justiça quando fugiam de seu "cotidiano brutal" de exploração, e os jovens recrutados por sua "atitude suspeita" com o comércio de drogas do final desse mesmo século. Ela descreve como operavam essas instituições, marcadas pelo "olhar seletivo" dos técnicos. Vera se fez uma pergunta que permanece atual: "se as amas-de-leite, as mães pretas, e as babás ofereceram seus corpos e seu leite para os filhos da elite, o que teria acontecido com os filhos das amas-de-leite?". E a resposta dela não é diferente: "Estes [os filhos das amas-de-leite] foram sempre [considerados] um estorvo, no mundo escravo e no mundo pós-emancipação, povoando as rodas de expostos, vagando pelas cidades, realizando pequenos biscates". Cf. BATISTA, Vera Malaguti. **Op. Cit.** P. 65.

[468] FLAUZINA, Ana Luíza Pinheiro. **Corpo negro caído no chão:** o sistema penal e o projeto genocida do estado brasileiro. Dissertação de mestrado. Brasília: UnB, 2006, p. 84. Nilo Batista o chamou de "sistema penal do capitalismo tardio". Cf.: BATISTA, Nilo. **Novas tendências do direito penal.** Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 114.

[469] Maria Pia Guerra esclarece que a aproximação entre as forças de segurança brasileiras e norte-americana inicia-se no fim da Segunda Guerra, a partir dos contatos que integrantes da Força Expedicionária Brasileira tiveram com militares norte-americanos. Cria-se, por aqui, a Escola Superior de Guerra, inspirada no *National War College*, e o intercâmbio de ideias prolonga-se e se aprofunda durante o regime militar. Cf. GUERRA, Maria Pia. **Polícia e ditadura:** a arquitetura institucional da segurança pública de 1946 a 1988. Brasília: Ministério da Justiça e Cidadania, 2016, p. 13-15.

drogas[470]. A militarização da polícia ganha contornos que produzem reflexos até hoje. Ricardo de Carvalho Rodrigues está entre aqueles que observam essa continuidade autoritária em nossas instituições de repressão mesmo após o período de transição democrática. Para ele, "a persistência de um alto nível de violência ilegal e de sua consequente impunidade, talvez seja o grande legado da transição"[471]. Ele identifica sinais desse legado, por exemplo, na violência institucional simbólica e gravemente representada, logo nos primeiros quatro anos do regime democrático, com o massacre policial e a morte de 111 presos no Carandiru ou, de forma mais aprimorada, no uso abusivo de meios de prova que devassam a privacidade, como interceptações telefônicas e gravações ambientais clandestinas de longuíssima duração[472].

Essa herança autoritária permite a convivência, sob o verniz da democracia instalada em 1988, de instituições fortemente influenciadas pelo discurso de guerra aos inimigos internos, identificados como aqueles que se encontram à margem da sociedade, no estrato da sociedade civil "incivil", do outro lado da linha abissal. Para estes, as diversas transições entre os modelos de sistemas penais representaram, quando muito, uma continuidade de alterações na tecnologia da apartação e da distribuição racial do sofrimento[473].

---

[470] Para Salo de Carvalho: "Com a incorporação dos postulados da Doutrina de Segurança Nacional (DSN) no sistema de seguridade pública a partir do Golpe de 1964, o Brasil passa a dispor de modelo repressivo militarizado centrado na lógica bélica de eliminação/neutralização de inimigos. A estruturação da política de drogas requeria, portanto, reformulação: ao inimigo interno político (subversivos) é acrescido o inimigo interno político-criminal (traficante)". Cf.: CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil:** estudo criminológico e dogmático. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 24. Para esse autor, o sistema proibicionista de drogas no Brasil se sustenta no tripé ideológico representado pelos Movimentos de Lei e Ordem, pela Ideologia da Defesa Social e pela Ideologia da Segurança Nacional. *Idem,* p. 31. Já comentamos em tópico anterior neste capítulo a forma como esses movimentos político-criminais surgiram e fundamentaram a onda punitiva contemporânea. Para compreender também a forma como, durante a ditadura militar, as manifestações culturais e políticas negras foram perseguidas, confira-se: PIRES, Thula Rafaela de Oliveira. Estruturas intocadas: racismo e ditadura no Rio de Janeiro. **Revista Direito e Práxis,** Rio de Janeiro, v. 9, n. 2, p. 1054-1079, 2018.

[471] RODRIGUES, Ricardo C. de Carvalho. Continuidade autoritária: as bases para o grande encarceramento. **Revista Brasileira de Ciências Criminais,** v. 129, ano 25, p. 349-273, São Paulo, março, 2017, p. 356. As pesquisadoras Fernanda Lima da Silva, Manuela Abath Valença e Marília Montenegro percebem continuidades mais remotas, ao examinarem o cotidiano de policiais e policiados na Delegacia de Proteção à Criança e ao Adolescente (DPCA), no Recife, durante os anos de 2015 e 2016, e aquele da polícia pré-republicana. Para elas, é perceptível "na atualidade, a força de uma 'filtragem racial' muito semelhante àquela de mais de cem anos atrás e podemos apontar para o fato de que a demanda de contenção dos corpos negros não apenas se mantém como também impulsiona e talvez até mesmo sustente a manutenção da atuação policial". Afirmam, ainda, que "o jovem negro de hoje não parece ser menos exótico e perigoso aos olhos das autoridades que o moleque de casa ou o capoeira do século XIX". Cf. SILVA, Fernanda Lima da; VALENÇA, Manuela Abath; MELLO, Marília Montenegro Pessoa. Policiados e policiais: dois tempos de uma história de criminalização. **Revista Brasileira de Ciências Criminais,** v. 135, ano 25, p. 97-129, São Paulo, setembro, 2017, p. 125-126.

[472] RODRIGUES, Ricardo C. de Carvalho. **Op.cit.** p. 356-358.

[473] Juliana Borges, interpelando os que insistem em duvidar da marca estrutural do racismo no Brasil, resume assim os números que indicam as permanências da clivagem racial sobre a qual foi construída a sociedade brasileira: "Acreditar que o elemento de classe não está informado pelo contexto e elemento racializado e

O racismo que justificou a escravidão não se expressa evidentemente da mesma forma hoje. Ao menos no plano formal, desde a Lei Afonso Arinos, assumiu-se discursivamente a rejeição às discriminações raciais. Entretanto, por se tratar de componente estrutural da formação de nossa socialização, ele pode hoje conviver e se manifestar entre mitos (de democracia racial, de igualdade perante a lei, de pacificidade etc.) e instituições forjadas na democracia sem ser por todos notado. O racismo institucional é tão ou mais letal que as demais formas de manifestações do racismo[474]. Silenciosamente, sutilmente, através de políticas, planejadas ou não, de omissão nas garantias de direitos à população negra ou de privilégios continuadamente assegurados aos brancos, ele pode implicar diversas formas de extermínio: desde o epistemicídio, isto é, da produção da não existência do saber negro, passando pela destruição da identidade cultural, até as formas físicas da necropolítica, deixando morrer por desnutrição, por disseminação de doenças, por falta de acesso a serviços sociais elementares. Por outro lado, ocultado de forma às vezes menos sofisticadas, o racismo permanece no Brasil não apenas em simbolismos e em representações, mas também em ações efetivamente violentas que impõem, como veremos a seguir, mortes ou marcas corporais profundamente degradantes.

Quando em 2001, Nilo Batista escreveu o texto sobre os sistemas penais que nos serviu de fio condutor nesta narrativa histórica, atribuiu ao modelo que lhe era contemporâneo quatro aspectos distintivos, além dos aqui já mencionados. Primeiramente, ele afirmava que o sistema do capitalismo tardio se destacava pela "hipercriminalização", em que a pena se torna a solução simbólica mais utilizada para os conflitos sociais. Além disso, esse era um sistema penal qualificado por ser um "sistema de dupla face", no qual os consumidores, se caírem nas amarras das agências punitivas poderão contar com penas alternativas, transação penal e suspensão condicional do processo, enquanto aos consumidores falhos (isto é, àqueles que não são porque não têm) ou aos desajustados inúteis, destinam-se as penas neutralizantes. A terceira característica desse sistema seria, para ele, justamente a aposta cada vez maior no

colonial da sociedade brasileira é invalidar que negros são 76% entre os mais pobres do país, que 3 em cada 4 negros estão presentes entre os 10% com a menor renda do país, ou que, em 2015, negros recebiam, em média, 59% do rendimento dos brancos, mesmo com políticas afirmativas e de incentivo implementadas nos últimos anos". Cf. BORGES, Juliana. **O que é o encarceramento em massa?.** Belo Horizonte: Letramento, 2018, p. 82-83.

[474] Silvio Almeida, citando Charles Hamilton e Kwame Ture, também afirma que o racismo institucional é uma versão do colonialismo e que ele é menos evidente, menos identificável, porém não menos destrutivo da vida humana. Cf.: ALMEIDA, Silvio. **O que é o racismo estrutural?.** Belo Horizonte: Letramento, 2018, p. 33-35.

encarceramento, tendo a pena de prisão efetivamente se despojado dos mitos ressocializadores e se transformado em uma pena de simples neutralização do condenado. Por fim, nesse sistema penal, a política criminal estaria submetida aos "esgares do âncora de um telejornal de boa audiência" e a um processo de "executivização" das agências de comunicação social, que assumiram também funções de policiamento[475].

De 2001 para cá, mesmo com a assunção de governos que Maximo Sozzo poderia qualificar como pós-neoliberais, o projeto do encarceramento em massa não foi interrompido. Essa fase recente de implementação da política criminal em outras partes do mundo já foi por nós descrita no tópico anterior.

Vejamos, então, agora, como esse racismo estrutural se espelha, no presente, nos processos de criminalização primária e secundária no Brasil que contribuem para a extensão da exclusão radical (e racial) que vimos comentando.

5.3 A LEI NÃO É PARA TODOS: a criminalização primária e o papel do poder legislativo no encarceramento em massa *à brasileira*

No tópico anterior realizamos o exercício de olhar para trás com a ajuda de historiadores(as) e criminólogos(as) brasileiros(as), desejando perceber como o argumento do efeito continuado do colonialismo (ou da colonialidade) ajuda, de fato, a compreender as raízes de formação do sistema penal no Brasil. Vimos que tais raízes não se limitam a estruturar um sistema penal sujeito à seletividade de classe, conforme sustentam os criminólogos críticos vinculados a um marxismo mais ortodoxo. Recordamos como foram sendo criados, desde o período colonial, as "zonas de não ser", isto é, os espaços onde a regulação oficial é suspensa e dá lugar à incidência de uma prática (ilegal, subterrânea, clandestina) de violência que remete à "corporalidade grosseira" da intervenção das forças policiais ao longo de nossa história sobre o corpo justamente daqueles que "não são": que não são brancos, que não são considerados humanos, que não são considerados civilizados, que não são considerados cidadãos, que não são considerados consumidores.

O mapeamento do campo onde ocorre, hoje, o que temos chamado de ativismo jurídico em matéria prisional não estaria, contudo, completo, ou melhor, não seria

[475] Cf.: BATISTA, Nilo. **Novas tendências do direito penal.** Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 114-115.

minimamente delineado se não olhássemos também para o presente e para uma, mesmo imperfeita, microdescrição da forma de operação das agências de controle social.

Como já antecipado, nesse processo de cartografia do terreno em que se materializa esse ativismo, recorreremos sobretudo a dados secundários. Com base neles, observaremos a forma de atuação de três espaços formais de poder: o do Legislativo, responsável pela chamada criminalização primária; o do Executivo (policial), responsável pela implementação da política de (in)segurança; e o do Judiciário (magistratura e Ministério Público), a quem incumbe dar seguimento (ou não) à criminalização secundária, iniciada ou proposta pelas forças policiais.

A propósito, é preciso frisar: sempre que aqui nos referirmos aos papéis desempenhados pelas agências de persecução, estaremos partindo de generalizações, colhidas a partir de pesquisas quantitativas e qualitativas, que evidentemente não revelam ou não traduzem a forma de agir e de pensar de todos os seus representantes. Não se trata de julgar ou avaliar condutas individuais, mas, antes disso, examinar como a formação racial de nossa sociedade deixou marcas aparentes na cultura organizacional dessas entidades, que podem ser reproduzidas nas atividades cotidianas de seus agentes, inclusive de forma inconsciente ou involuntária.

Vejamos, então, inicialmente, uma ilustração de como ocorre a criminalização primária no Brasil contemporâneo.

Em sua tese de doutorado, Rodrigo Ghiringhelli Azevedo identifica 4 tendências na legislação penal brasileira produzida na década de 1990: 1 - expansão do direito penal como resposta para quase todos os tipos de conflitos e problemas sociais; 2 – processo penal de emergência; 3 – proteção a vítimas e testemunhas; 4 – informalização ou simplificação do processo penal[476]. Para ele, "a resposta penal se converte em resposta simbólica oferecida pelo

[476] Cf. AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli. **Tendências do controle penal na modernidade periférica:** as reformas penais no Brasil e na Argentina na última década. Tese de doutorado. Porto Alegre: UFRS, 2003, p. 190-228. Naylane Mendonça também percebeu esse movimento aparentemente contraditório, de idas e vindas, na legislação penal. Ela estudou os processos de agravamento das penas e de despenalização no Brasil, no período de 1984 a 2004. No conjunto de leis que implementaram penas alternativas e medidas despenalizadoras ela menciona a Lei nº 7.209/84, que reformou o código penal; a Lei nº 9.099/95, que regulamentou os juizados especiais e os crimes de menor potencial ofensivo; a Lei nº 10.259/01, que cria os juizados especiais federais; e a Lei nº 9.714/98. Por outro lado, entre as que agravaram as penas ou que possuem caráter mais punitivo, ela menciona a lei de crimes hediondos (Lei n 8.072/90 e suas seguidas reformas); a lei contra o crime organizado (Lei nº 9.034/95) e a Lei nº 10.792/03, que cria o regime disciplinar diferenciado (RDD). Cf. MENDONÇA, Naylane. **Penas alternativas:** um estudo sociológico dos processos de agravamento das penas e de despenalização no sistema de criminalização brasileiro (1984-2004). Tese de doutorado. Rio de Janeiro: UFRJ,

Estado frente as demandas de segurança e penalização da sociedade, expressas pela mídia, sem relação direta com a verificação de sua eficácia instrumental"[477].

Camila Prando também se dedicou à pesquisa sobre a orientação das políticas criminais no Brasil, mais especificamente no período entre 1998 e 2002. Ela examinou vinte e quatro leis promulgadas nesse período, incluindo legislações referentes à matéria penal e à processual penal[478]. Ela também percebeu uma produção legislativa no sentido de expansão do sistema penal[479]. Além disso, anotou que o interesse na produção legislativa nesse campo estava associado, sobretudo, a uma "resposta imediata a algumas demandas da população" e a uma "preocupação de ordem eleitoreira e simbólica"[480]. Ela observou que, dos 24 textos normativos, apenas dois tratavam de despenalização e nenhum possuía conteúdo descriminalizador. Verificou-se, por fim, uma "utilização do instrumento punitivo como produtor simbólico da ordem social e como fator importante de despolitização dos conflitos sociais, de modo a perpetuar a reprodução diária das estruturas hierárquicas da sociedade"[481].

Essa é também a conclusão de Marcelo da Silveira Campos, que analisou 84 leis aprovadas no período de 1989 e 2006 sobre o tema da segurança pública e justiça criminal. De acordo com a sua classificação, nesse período, 22% do total de leis analisadas ampliavam direitos; 11,9% foram consideradas leis mistas (continham normas mais punitivas e normas que reduziam penas ou aumentavam garantias processuais); 46,4% foram leis mais punitivas ou que previam a criminalização de condutas e o restante referia-se a rearranjo institucional ou a privilégios corporativos[482]. Ele também classificou as leis segundo o partido político do congressista que propôs o projeto de lei (com a ressalva de que 36 leis foram de iniciativa do Poder Executivo) e não conseguiu encontrar correlação que permitisse afirmar fortes tendências nas propostas formuladas por partidos considerados de esquerda ou de direita[483].

2006, *passim*. Para uma visão sobre a produção legislativa em um período mais alargado (de 1984 a 2015), confira-se: FERREIRA, Carolina Costa. **Estudo de impacto legislativo como possível estratégia enfrentamento a discurso punitivos na execução penal.** 2016. Tese (Doutorado) – Universidade de Brasília, 2016.

[477] *Idem,* p. 190

[478] Cf.: PRANDO, Camila Cardoso de Mello. Orientação político-criminal do estado brasileiro: uma análise de leis promulgadas no período de 1998 a 2002. **Revista de Estudos Criminais,** n. 31, p. 97-119, out.-dez 2008, p. 98.

[479] *Idem,* p. 105.

[480] *Idem,* p. 106.

[481] *Idem,* p. 117.

[482] CAMPOS, Marcelo da Silveira. **Crime e Congresso Nacional:** uma análise da política criminal aprovada de 1989 a 2006. São Paulo: IBCCRIM, 2010, p. 158.

[483] *Idem,* p. 129-144.

Ana Cláudia Cifali, em pesquisa realizada em conjunto com Rodrigo Ghiringhelli Azevedo, por seu turno, afirma que uma das particularidades do caso brasileiro está no crescimento exponencial da violência e do sentimento subjetivo de insegurança, inflacionado pela difusão inescrupulosa do medo nos meios de comunicação de massa do país[484].

Se, por um lado, é certo que as taxas de homicídios começam a crescer no início dos anos 80, saindo do patamar de 11 por 100 mil habitantes em 1980 para 29 por 100 mil habitantes em 2012; por outro, como afirmam Azevedo e Cifali[485], outros fatores contribuíram para a criação de um contexto favorável a políticas de incremento da penalidade. Na visão desses autores, alguns desses fatores são: a midiatização do tema da insegurança, que se tornou "matéria recorrente de notícias e debates nos meios de comunicação"; uma crescente politização da questão; e uma baixa confiança no sistema de justiça penal (a classe média e alta se encerram em condomínios fechados e investem em segurança privada, tornando essa indústria uma empregadora maior do que o sistema de segurança pública, enquanto nas favelas as milícias ocuparam o lugar da segurança pública). Registram, ainda, que as tentativas de construção de uma política de segurança pública comprometida com os direitos humanos têm sido obstadas pelo "populismo punitivo e pela dificuldade política para enfrentar resistências corporativas de estruturas policiais"[486].

De fato, paralelamente ao processo de implementação da agenda neoliberal que marcou, sobretudo, os governos de Fernando Henrique Cardoso, do PSDB (Partido da Social Democracia Brasileira), a legislação penal na década de 1990 foi inflada com políticas de recrudescimento que implicavam, por exemplo, a impossibilidade de progressão de regime e de concessão de liberdade provisória nos casos de crimes considerados hediondos, ampliando demasiadamente o tempo em que as pessoas permaneciam na prisão[487].

Não é possível, por outro lado, fechar os olhos para o caráter ambivalente da política governamental dos governos Lula e Dilma, ambos do PT (Partido dos Trabalhadores), que

---

[484] AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. CIFALI, Ana Claudia. Seguridad pública, politica criminal y penalidad em Brasil durante los gobiernos Lula y Dilma (2003-2014). Cambios y continuidades. *In:* SOZZO, Maximo. **Postneoliberalismo y penalidade em America del Sur**. Buenos Aires: Clacso, 2016, *passim.*

[485] *Idem*, p. 33

[486] *Ibidem.*

[487] É certo que ambas proibições foram posteriormente consideradas inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, mas contribuíram, enquanto estiveram em vigor, para ampliar os problemas decorrentes da superlotação nos presídios nacionais.

venceram as quatro eleições anteriores à de 2018. Como destacam Azevedo e Cifali[488], para viabilizar a continuidade da gestão no modelo nacional de presidencialismo de coalizão, esses governos também realizaram um movimento de "desaceleração programática", assumindo compromissos com o mercado financeiro e com um projeto de manutenção da estabilidade econômica. Em que pese a dualidade do programa, fato é que a agenda de investimentos sociais dos governos Lula e Dilma permitiu uma queda mais acentuada do índice de desigualdade social (índice GINI)[489]. Além disso, adotaram uma política de combate à miséria e uma política internacional orientada para relações mais sólidas com países do Sul Global. Isso poderia colocar os governos do PT à esquerda do espectro político.

No entanto, se se considera que governos à esquerda do espectro político terão uma postura crítica às agências penais, já que atingem prioritariamente justamente o grupo de pessoas vulneráveis que tais governos assumem como destinatários primordiais de suas políticas, no caso brasileiro, seria possível identificar alguma contradição ou ambiguidade. Isso porque o crescimento da taxa de encarceramento não foi interrompido durante os governos Lula e Dilma. Em 1990, a taxa era de 61 presos por 100 mil habitantes. Em 2013, chegou a 289 por 100 mil habitantes.

Ana Cláudia Cifali e Rodrigo Ghiringhelli Azevedo registram que a nova Lei de Drogas (Lei nº 11.343/06), aprovada durante esse governo, contribuiu para o aumento do encarceramento, tendo aumentado, inclusive, a pena para o tráfico. Tal legislação colaborou também com o aumento das prisões, porque terminou produzindo um efeito imprevisto: a opção na prática das agências de controle punitivo "por enquadrar como tráfico situações que antes eram tipificadas pela polícia como posse para uso próprio"[490]. Os pesquisadores mencionam, ainda, que, durante a tramitação do projeto da nova Lei de Drogas, o parlamentar relator, que também era do partido do governo, acolheu sem maiores ressalvas as propostas formuladas pelo grupo de parlamentares mais conservador, com a finalidade de assegurar aos usurários um tratamento mais brando. Não se discutiram, contudo, critérios mais rígidos e mais objetivos para a definição dessa diferenciação entre usuários e comerciantes. Eles

[488] *Idem*, p. 36.

[489] Esse índice se manteve praticamente estável no governo de Fernando Henrique Cardozo (FHC), e de 2002 a 2012, saiu de 0,594 para 0,526.

[490] AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. CIFALI, Ana Claudia. Seguridad pública, politica criminal y penalidad em Brasil durante los gobiernos Lula y Dilma (2003-2014). Cambios y continuidades. *In:* SOZZO, Maximo. **Postneoliberalismo y penalidade em America del Sur**. Buenos Aires: Clacso, 2016, p. 54.

destacam, inclusive, que foi um deputado do próprio partido do governo quem propôs o aumento da pena mínima de 3 para 5 anos, impedindo a aplicação de benefícios descarcerizadores[491].

Como vimos, são vários os fatores que contribuem para uma pressão inflacionária na legislação punitiva, sendo marcante o chamado populismo penal. Aprovar leis penais em um contexto de disseminação, inclusive midiática, do sentimento de insegurança não é difícil. Também não é impossível imaginar o cálculo utilitário que alguns parlamentares fazem, inclusive do campo progressista[492], no sentido de que, se aprovarem leis penais mais rigorosas, atenderão às demandas de uma opinião pública(da), difundida como assustada e favorável a medidas de cunho repressor. Como alerta Carolina Costa Ferreira, não há um estudo de impacto legislativo que permitisse agregar ao debate de proposições de leis penais argumentos baseados em evidências e uma percepção mais próxima da realidade sobre a repercussão carcerária da modificação do ordenamento jurídico[493].

Se, de um lado, fatores como os acima narrados ajudam a entender como o Poder Legislativo contribui para a expansão das hipóteses de incriminação e para um maior rigor sancionatório (leia-se, prescrição de maior tempo de duração das penas); de outro, eles não

---

[491] *Idem*, p. 69.

[492] Sobre a chamada esquerda punitiva, cf.: KARAM, Maria Lucia. Esquerda punitiva. **Discursos Sediciosos,** n. 1, Rio de Janeiro, p. 79-92, jan.-jun., 1996. Na pesquisa já referida, Camila Prando também observa os reflexos dessa chamada "esquerda punitiva" na produção legislativa no período de 1998 a 2002. Cf: PRANDO, Camila Cardoso de Mello. Orientação político-criminal do estado brasileiro: uma análise de leis promulgadas no período de 1998 a 2002. **Revista de Estudos Criminais,** n. 31, p. 97-119, out.-dez 2008, p. 110. Tem sido cada vez mais frequente a defesa pela chamada "esquerda punitiva" da criminalização do que se entende como violações aos direitos humanos. A expansão do direito penal para áreas em que costumava não incidir é resultado também do surgimento desses "novos gestores da moral". Setores dos movimentos ambientalistas, do movimento feminista e também do movimento negro defendem, por exemplo, a utilização do direito penal para enfrentar problemas sociais como os da poluição, da violência de gênero e o do racismo. Para uma visão criminológico-crítica dessa "estratégia desperdiçada", confira-se: MELLO, Marília Montenegro Pessoa de; MACHADO, Érica Babini Lapa do Amaral. O movimento social, o efeito simbólico e a estratégia desperdiçada: uma contribuição criminológica ao movimento LGBT a partir da Lei Maria da Penha". *In:* MELLO, Marília Montenegro Pessoa de. **Lei Maria da Penha**: uma análise criminológico-crítica. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 239-261. Um caso emblemático no Brasil é o da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/06). A lei, entre outras providências, amplia a punitividade sobre condutas relacionadas à violência doméstica e familiar contra a mulher. Na opinião de Evorah Lusci, "o caso Maria da Penha é um exemplo de tematização bem-sucedida, no qual reivindicações de entidades sociais foram canalizadas para um debate jurídico, seja ao apresentar o caso ao sistema interamericano, seja na proposição da lei". CARDOSO, Evorah Lusci Costa. **Litígio estratégico e sistema interamericano de direitos humanos.** Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 36. Para uma visão crítica dos impactos dessa lei, confiram-se os demais capítulos da obra referida na nota anterior: MELLO, Marília Montenegro Pessoa de. **Lei Maria da Penha**: uma análise criminológico-crítica. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

[493] Cf.: FERREIRA, Carolina Costa. **Estudo de impacto legislativo como possível estratégia enfrentamento a discurso punitivos na execução penal.** Tese de doutorado. Brasília: UnB, 2016, p. 101.

são suficientes para entender como essa expansão também é seletiva, desigual, discriminatória.

Nos limites do delineamento que temos feito do funcionamento do sistema de justiça criminal no Brasil, não seria possível examinar toda a legislação penal. Apresentaremos, portanto, apenas alguns exemplos mais evidentes da criação seletiva da legislação penal. Não é difícil identificar o desequilíbrio ou a desproporcionalidade entre os interesses das diversas classes sociais na definição dos conteúdos das normas penais. É notável o valor que a propriedade individual tem para o legislador nacional quando comparada, por exemplo, com o direito coletivo ao ambiente.

Pune-se, em nosso país, com pena de reclusão de um a quatro anos tanto aquele que pratica um furto simples (art. 155 do Código Penal) como aquele que provoca "poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora" (art. 54 da Lei nº 9.605/98).

Na perspectiva de que a pena é proporcional ao desvalor da conduta e à necessidade de proteção do bem jurídico, seria possível esperar que o comportamento que afeta a saúde humana ou os interesses da coletividade fosse mais desvalorizado que aquele violador apenas do patrimônio individual. Nessa linha de raciocínio, o furto haveria de ter uma pena inferior (se é que precisaria ser criminalizado)[494].

Ainda no plano da seletividade dos conteúdos no Direito Penal abstrato convém destacar a diferença de tratamento no que pode ser chamado de crimes dos pobres e crimes dos ricos. O art. 171, §3º, do Código Penal brasileiro prevê o crime conhecido como estelionato contra a administração pública. Não são incomuns os casos de pessoas de baixa renda e pouca instrução que já contando com idade avançada procuram auxílio para a obtenção de aposentadoria. Com ou sem boa-fé, essas pessoas podem ser levadas à contratação dos serviços de um terceiro, conhecido como "despachante", que se encarregará de representa-los nos meandros da burocracia previdenciária. É possível que esse despachante utilize meios fraudulentos para obter a vantagem – nesse caso, indevida – para o seu cliente. Considerando uma aposentadoria no valor de um salário-mínimo e que o caso só fosse

[494] Apenas como exemplo, na legislação penal portuguesa, a pena para o furto simples é de até 3 anos ou multa (que particularmente ainda considero elevada), dependendo o procedimento criminal de queixa do cidadão afetado (art. 273 do Código Penal português); enquanto a poluição é punida com pena de prisão até 5 anos.

descoberto depois de quatro anos da data da concessão, o valor do prejuízo econômico à administração pública estaria próximo dos 48 salários mínimos.

Por outro lado, o mesmo Código Penal prevê o crime do art. 337-A, conhecido como sonegação de contribuição previdenciária. Podemos imaginar, agora, o dirigente de uma empresa de médio porte[495], com renda bruta anual de R$ 4 milhões, que sonega, por exemplo, de uma só vez, R$ 100.000,00.

A pena máxima nos dois casos é a mesma: cinco anos de reclusão e multa. A desigualdade e o sinal da chamada criminalização primária são observada, entretanto, nas possibilidade diversas de se evitar a imposição da pena. Enquanto as leis de refinanciamento de dívida tributária permitiriam, especialmente para os grandes devedores, a suspensão do processo com o parcelamento da dívida e a extinção da punibilidade com o seu pagamento integral, mesmo depois de recebida a denúncia (vide art. 68 e 69 da Lei nº 11. 941/09, por exemplo); aqueles que porventura tenham praticado a conduta descrita no art. 171 do Código Penal, no máximo, poderão ter sua pena reduzida se reparem integralmente o dano, antes do recebimento da denúncia. Aos grandes empresários que tenham sonegado tributos, a lei penal assegura a extinção da punibilidade com o pagamento a qualquer tempo; aos que tenham fraudado a obtenção da aposentadoria no INSS, a pena não será extinta nem mesmo com o pagamento anterior à denúncia.

A desigualdade na lei também se observa no plano do direito processual. No caso brasileiro, assusta o fato de que ainda esteja em vigor a previsão da chamada prisão especial, que assegura tratamento diferenciado para os "diplomados por qualquer das faculdades superiores da República" (art. 295, VII, do CPP). O §4º do mesmo diploma garante que "o preso especial não será transportado juntamente com o preso comum". Se levarmos em consideração que, segundo o censo 2010 do IBGE[496], apenas 7,9% da população brasileira tem ensino superior, será possível inferir que a conclusão de cursos universitários ainda é um privilégio de poucos e que o tratamento desigual, nesse caso, não parece se justificar.

Uma outra forma de observar a criminalização primária, na opinião de Alessandro Baratta, relaciona-se com os "não-conteúdos", isto é, à não incriminação de condutas que, apesar de igualmente danosas, não são punidas porque frequentemente praticadas por

[495] No Brasil, considera-se empresa de pequeno porte aquela cuja renda bruta anual esteja entre R$ 360 mil e R$3,6 milhões de reais (art. 3º, I e II, da Lei Complementar 123, de 2006).
[496] BRASIL. IBGE. Censo 2010. Disponível em: https://censo2010.ibge.gov.br/. Acesso em: 31 out. 2018.

membros das classes dominantes. Sobre esse aspecto, Baratta afirma ser possível observar "uma lei de tendência, que leva a preservar da criminalização primária as ações anti-sociais realizadas por integrantes das classes sociais hegemônicas, ou que são mais funcionais às exigências do processo de acumulação do capital"[497].

No Brasil, essa tendência de preservação das classes hegemônicas pode ser observada com a não criminalização da denominada corrupção no setor privado. Com efeito, em nosso país, até hoje, pune-se apenas o crime de corrupção quando praticado em detrimento da administração pública. Se um empresário frauda o resultado de partidas de futebol por meio do oferecimento de vantagem indevida a jogadores ou aos árbitros, ou ainda se, no âmbito de uma federação desportiva, que tem caráter privado no Brasil, funcionários recebem vantagem indevida para influenciar na escolha de uma cidade sede para receber um evento desportivo, como um campeonato, por exemplo, tais comportamento não podem ser considerados crime de corrupção.

Esses são apenas alguns exemplos de como o Poder Legislativo tem contribuído para a expansão do poder punitivo no Brasil e de como já no plano da criação das normas jurídicas é possível perceber uma criminalização classista/racista de determinadas condutas. Nossa (hipo)tese, contudo, é a de que a maior expressão da seletividade do sistema penal ocorre no plano da concretização das leis penais e não somente no de sua criação[498].

Para verificar essa hipótese, pensar apenas no plano do dever ser não é suficiente. É preciso descer da "torre de marfim tecnicista" e olhar a "linha de montagem" do aparelho punitivo estatal, desde o seu início, isto é, desde o momento de sua alimentação. É o que faremos a seguir, ao examinar o funcionamento das polícias, isto é, das agências do Poder Executivo que concretizam no cotidiano a política real de aprisionamento.

---

[497] Cf.: BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal.** Tradução Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan-Instituto Carioca de Criminologia, 2002. p. 176.

[498] Salo de Carvalho é um dos que compartilham desse pensamento. Para ele: "são os atores que diariamente presentificam as agências de punição [que] tornam concreta a atuação desta abstração denominada sistema penal. Assim, é possível constatar que apesar do impulso punitivista ser deflagrado na órbita legislativa, são estes atores que lhe conferem efetividade". Cf.: CARVALHO, Salo de. **O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo:** o exemplo privilegiado da aplicação da pena. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 59.

5.4 A CARNE MAIS BARATA[499]: a criminalização secundária e o papel da polícia no encarceramento *atroz* em massa

A desigualdade que se busca mascarar com a ideia de uma mesma lei para todos torna-se mais evidente e se aprofunda abissalmente no momento de aplicação das normas jurídico-penais – o que, no caso do sistema de justiça criminal, inicia-se frequentemente pela ação das polícias.

A polícia é a principal porta de entrada do sistema de justiça criminal. No Brasil, a investigação criminal, que antecede a fase propriamente processual, é conduzida pela polícia civil (ou pela polícia federal, no caso de crimes federais ou interestaduais). O inquérito policial pode aqui ser instaurado por portaria do delegado de polícia ou pelo próprio auto de prisão em flagrante. O déficit de estrutura das polícias civis, aliado a fatores organizacionais, regulamentares e de gestão administrativa, contribui para uma atuação burocratizada e mais passiva que pro-ativa. Assim, a movimentação desse aparelho de investigação ocorre, sobretudo, a partir dos autos de prisão em flagrante em que aparecem como condutores especialmente os policiais militares. Examinaremos, pois, aqui, tanto o papel da Polícia Militar como o da Polícia Civil no processo de criminalização secundária e de alimentação do sistema de encarceramento.

Antes de avançarmos é preciso esclarecer que, atualmente, as duas forças policiais estão vinculadas ao Poder Executivo estadual. A Constituição da República de 1988 estabelece em seu art. 144 apenas diretrizes gerais sobre as atribuições de cada uma delas[500]. Não há, pois, um padrão único no país de atuação dessas forças, que se tornam mais suscetíveis a variações na política de segurança do governo de ocasião e às suas estratégias de

---

[499] Trecho de verso da música "A Carne": YUKA, Marcelo; CAPPELLETTI, Ulisses; SEU JORGE. A carne. *In:* SOARES, Elza. **Do cóccix até o pescoço.** Salvador: Maianga Discos, 2002. 1 CD. Faixa 6.

[500] Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:
[...]§ 4º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.
§ 5º Às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil.
§ 6º As polícias militares e corpos de bombeiros militares, forças auxiliares e reserva do Exército, subordinam-se, juntamente com as polícias civis, aos Governadores dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

atuação. Assim, a previsão de bonificação de policiais pela apreensão de drogas, por exemplo, pode repercutir diretamente nas prioridades e na forma de agir dessas corporações[501].

Com esse registro, examinemos, então, como se pode ler a atuação de cada uma dessas forças policiais.

A história recente da militarização da polícia foi bem narrada por Maria Pia Guerra. Ela esclarece, por exemplo, como as Forças Armadas, após o golpe militar de 1964, passaram a interferir diretamente na organização das polícias, ainda que estas permanecessem como órgãos vinculados à estrutura administrativa dos estados, em um processo que ficou conhecido como "federalização da segurança"[502]. O Decreto-lei federal nº 317/67 reorganizou as polícias e passou a prever expressamente a interferência do Exército nessas instituições. Houve, a partir de então, uma valorização cada vez maior do "policiamento militar em relação ao policiamento civil"[503]. Para essa autora, um dos principais legados do modelo militarizado no sistema de controle das polícias foi o distanciamento da sociedade civil, o que dificultou uma limitação democrática do uso da força física nas atividades da polícia, abrindo espaço para que a cultura autoritária de defesa da ordem permanecesse mesmo após o período de transição[504].

Como registra Zaffaroni, os membros das agências executivas, especialmente das agências militarizadas, são pessoas recrutadas entre os segmentos mais baixos da sociedade, "dos mesmos setores nos quais se produzem a vitimização e a criminalização"[505]. A relação dessas agências com a população é, assim, permeada por sinais ambíguos: ao mesmo tempo

---

[501] Sobre os efeitos da gratificação criada no estado de Pernambuco para policiais pela apreensão de *crack* e cocaína, denominada "GPPV-Repressão Crack" ou "bônus crack, confira-se: GONÇALVES, Cristhovão Fonseca. **Na central da capital:** entre drogas e o pacto – etnografando a criminalização das drogas e a cultura policial na sinfonia do Pacto pela "Vida no Grande Recife. Dissertação de Mestrado. Recife: UNICAP, 2016. Nessa pesquisa, o autor realizou estudo etnográfico na Central de Polícia do Recife, com foco nas incriminações por tráfico de drogas. Uma de suas conclusões foi que a criminalização das drogas no Grande Recife "não ocorre sem incentivos", recaindo, no caso da apreensão de *crack* especialmente sobre a população de rua. Ele afirma, ainda, que "o estabelecimento de metas, notadamente o bônus crack e os pontos debelados, acaba obliterando a autonomia da polícia civil", que teria se tornado, assim, "uma máquina de produzir flagrantes". *Idem*, p. 147-149.

[502] GUERRA, Maria Pia. **Polícia e ditadura:** a arquitetura institucional da segurança pública de 1946 a 1988. Brasília: Ministério da Justiça e Cidadania, 2016, p. 16.

[503] *Ibidem.*

[504] GUERRA, Maria Pia. **Polícia e ditadura:** a arquitetura institucional da segurança pública de 1946 a 1988. Brasília: Ministério da Justiça e Cidadania, 2016, p. 124-130. Nas palavras da autora: "São gerações de profissionais que constroem um espírito de corpo quase autorreferente, habituados a conviver com padrões violentes". *Idem*, p. 125.

[505] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda de legitimidade do sistema penal. 5ª ed. 2ª reimpressão. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 138.

em que, de um lado, se confia a elas o trabalho de estar na linha de confronto direto com a violência urbana, almejando que assumam o perfil de justiceiros de filmes de ficção e representem o "ethos guerreiro"; de outro, a carreira é subvalorizada e vista com desconfiança por casos noticiados de corrupção, extorsão e truculência[506].

A alta taxa de letalidade é, de fato, uma marca que não pode ser ocultada na ação da polícia militar em nosso país. Segundo o Anuário de Segurança Pública no Brasil, em 2017, 5.129 pessoas foram mortas por intervenção de policiais (civis e militares), em serviço ou fora dele[507]. Na edição de 2014 desse Anuário de Segurança Pública no Brasil, afirma-se que, entre 2009 e 2013, 11.197 pessoas foram mortas pelas polícias brasileiras, o que seria equivalente ao total de pessoas mortas pela polícia dos EUA em 30 anos (de 1982 a 2012)[508]. De acordo com essa mesma fonte de dados, em 2013, o total de pessoas mortas pelas polícias, no serviço e fora dele, foi de 2.202, dos quais 1.158 foram executadas por policiais militares em serviço[509].

Estimulada por uma espetacularização cotidiana da violência em jornais de grande audiência, a pressão social por segurança pública acaba traduzindo-se frequentemente em um

---

[506] Nas palavras de Zaffaroni: "as classes médias latino-americanas vêem o policial como um emergente das classes carentes e, frequentemente, têm preconceitos raciais a seu respeito". *Idem*, p. 139. Esse autor esclarece, ainda, a situação de isolamento social em que normalmente se encontra o policizado: "O homem perde as referências dos grupos originários aos quais pertencente, que passam a estranhá-lo e a trata-lo com certa desconfiança; os grupos médios não o aceitam e, em geral, o desprezam; as cúpulas o ameaçam com sanções administrativas, se não se submeter às práticas corruptas, ao mesmo tempo em que lhe impõem discursos moralizantes; simultaneamente, a conduta ideal, que o reprovam por não assumir (e que corresponde à de herói produzido pela ficção transnacionalizada), é a de um psicopata". ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda de legitimidade do sistema penal. 5ª ed. 2ª reimpressão. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 139.

[507] FORUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2018. Disponível em: http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2018/08/Apresenta%C3%A7%C3%A3o_Anu%C3%A1rio.pdf. Acesso em: 13 set. 2018.

[508] FORUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2014. http://www.forumseguranca.org.br/storage/8_anuario_2014_20150309.pdf. Acesso em: 13 set. 2018. Não é fácil estabelecer comparações com outros países, especialmente pela dificuldade na produção e da pouca confiabilidade dos dados sobre o tema produzidos no Brasil. De qualquer sorte, Renato Sérgio Lima *et al.*, citando dados apresentados por Loche, afirmam que, enquanto nos EUA, as mortes de civis decorrentes da intervenção policial representariam 3,6% do total de homicídios dolosos registrados; aqui, em cidades como Rio de Janeiro e São Paulo, por exemplo, esse índice seria de 11,8% e de 15,6%, respectivamente. LIMA, Renato Sérgio; BUENO, Samira; MINGARDI, Guaracy. Estado, polícias e segurança pública. **Revista Direito FGV,** São Paulo, v. 12, n. 1, p. 49-85, mar./abr., 2016, p. 53. Confira-se também a tese de Orlando Zaccone, na qual ele apresenta o fenômeno da "judicialização da morte" com os autos de resistência: D'ÉLIA FILHO, Orlando Zaccone. **Indignos de vida:** a forma jurídica de extermínio de inimigos na cidade do Rio de Janeiro. Niterói: UFF, 2013, p. 95. Ver ainda a dissertação de Taiguarda de Souza: SOUZA, Taiguara Líbano Soares. **Constituição, segurança pública e estado de exceção permanente:** a biopolítica dos autos de resistência. Dissertação de mestrado. Rio de Janeiro: PUC, 2010.

investimento maior em policiamento ostensivo (homens fardados, fortemente armados, com suas viaturas nas ruas), e menor na polícia civil, responsável pela investigação criminal e pela condução de inquéritos. Até 2016, em todo o país, seriam 425.248 policiais militares contra 117.642 policiais civis[510]. Em relatório apresentado pela ENASP (Estratégia Nacional de Justiça e Segurança Pública), uma das estratégias de curto prazo sugeridas para o aperfeiçoamento da prevenção e da repressão aos crimes de homicídio, por exemplo, foi justamente incentivar um maior equilíbrio nos investimentos entre as duas forças policiais, a sugerir que, atualmente, o desequilíbrio é mesmo uma realidade problemática[511].

Nesse quadro, é incumbência da Polícia Militar, formalmente, as atribuições de policiamento ostensivo nas ruas, sendo responsável, em larga medida, pela execução das prisões em flagrante e, por conseguinte, por dar início ou acionar o funcionamento concreto do sistema de justiça criminal. Ela se torna, assim, simbolicamente, os olhos e os braços do aparelho de vigilância estatal e, por isso mesmo, é através de suas atividades que filtros de seletividade discriminatórios podem ser mais facilmente percebidos[512].

Dito isto, vejamos, então, como alguns pesquisadores brasileiros têm examinado a relação entre a atividade dessa organização policial e a questão racial.

Em interessante levantamento bibliográfico realizado por Jacqueline Muniz, Haydée Caruso e Felipe Freitas sobre estudos policiais nas ciências sociais, verificou-se que, dos 400 trabalhos examinados, apenas 14 diziam respeito especificamente ao tema "polícia e relações raciais"[513]. Entre esses trabalhos, destacaremos aqui dois deles.

---

509 FORUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Ocorrências Letais - tabelas**. Disponível em: http://www.forumseguranca.org.br/estatisticas/tableau-ocorrencias/. Acesso em: 13 set. 2018.

510 Cf.: LIMA, Renato Sérgio; BUENO, Samira; MINGARDI, Guaracy. Estado, polícias e segurança pública. **Revista Direito FGV,** São Paulo, v. 12, n. 1, p. 49-85, mar./abr., 2016, p. 54.

511 ENASP. **Relatório Nacional de Execução da Meta 2:** um diagnóstico da investigação de homicídios no país. Brasília: Conselho Nacional do Ministério Público, 2012, p. 70.

512 Uma das cinco teses de Alessandro de Giorgi é a de que "não há fim para o Estado penal sem uma reforma radical do policiamento". Para o autor: "a luta contra violência policial tem que ser uma luta não só para descolonizar nossas cidades do policiamento militarizado, da vigilância *high-tech* e das muitas outras práticas excludentes do estado penal, porém, mais importante, para recuperar o controle comunitário sobre a polícia". DE GIORGI, Alessandro. **Cinco teses sobre o encarceramento em massa.** Porto Alegre: Canal Ciências Criminais, 2017, p. 37.

513 Confira-se: MUNIZ, Jacqueline; CARUSO, Haydée; FREITAS, Felipe. Os estudos policiais nas ciências sociais: um balanço sobre a produção brasileira a partir dos anos 2000. **Revista Brasileira de Informação Bibliográfica**, São Paulo, n. 84, p. 148-187, abr. 2018, p. 169. Os autores, embora tenham consultado outros materiais, compuseram o levantamento especialmente com revistas nacionais avaliadas como A1, A2, B1, B2, no quadriênio 2013-2016, nas áreas de antropologia, sociologia e ciência política.

O primeiro é a pesquisa realizada por Geová Barros na Polícia Militar do Estado de Pernambuco (PMPE) sobre o preconceito racial nas abordagens por ela realizadas. Foram aplicados questionários e analisados boletins de ocorrência em sete unidades da polícia militar. Foram 469 questionários respondidos, 24 entrevistas e 1538 boletins de ocorrência examinados em 2004.

O autor trabalha com o conceito de filtragem racial (*racial profiling*) de Paul Amar, que significaria "o conjunto de práticas racialmente tendenciosas de identificação de suspeitos usados em específico no contexto de motoristas que são parados nas rodovias"[514]. Adota também a ideia de racismo institucional, que ocorreria, como visto, quando uma organização ou estrutura social cria um fato social racial hierárquico, mesmo sem haver intencionalidade. "Assim, mesmo que os atores de uma instituição não sejam racistas ou que não tenham intenções de cometer práticas racistas, a consequência das ações é o que contará na caracterização"[515].

O autor realizou o questionário para uma população de 469 policiais, de um total de 16.520 que pertencem à PMPE. A amostragem era composta por profissionais e alunos dos cursos de formação de soldados e oficiais. Das perguntas que fez no questionário, merece destaque a resposta àquela que colocava o respondente em uma situação hipotética na qual um trio de policiais recebia por rádio a informação de que o suspeito de um crime encontrava-se em uma determinada rua e, ao nela chegar, o trio encontrava duas pessoas, igualmente vestidas, uma de um lado da rua e outra do outro lado, sendo um branco e um negro. Na situação "A", a pessoa questionada se encontrava como observadora da ação do trio de policiais e na situação "B" ela compunha o trio de policiais. A resposta que indicava que o trio abordaria o negro e depois o branco foi majoritária nos três grupos (policiais militares, alunos do Curso de Formação de Oficiais e alunos do Curso de Formação de Soldados), tendo alcançado 83% entre os alunos do CFO. Entretanto, na situação B, a resposta de maior aderência eram as "outras", que não levavam em consideração a cor da pele (isto é, o respondente abordaria os dois simultaneamente, o que estivesse mais próximo ou o que apresentasse a atitude mais suspeita). A conclusão a que chegou o autor foi a de que é mais

[514] BARROS, Geová da Silva. Filtragem racial: a cor na seleção do suspeito, **Revista Brasileira de Segurança Pública,** ano 2, ed. 3, p. 134-155, jul/ago 2008, p. , p. 136.
[515] *Idem,* p. 137.

fácil reconhecer o preconceito nos outros do que em si mesmo, confirmando o "preconceito de ter preconceito"[516].

Nas entrevistas que ele realizou, também ficaram evidenciadas outras formas de racismo. Um soldado da PM chegou a afirmar: "O cara vai logo ao negro, sempre foi assim, sempre vai ser assim". Outro disse que abordaria "de imediato o preto, digo sem medo de errar"[517]. Alguns alunos do CFSD mencionaram, inclusive, que eles próprios presenciaram abordagens preconceituosas consigo ou com conhecidos seus[518].

Em uma outra pesquisa voltada para examinar ao dinâmica institucional sobre a construção da condição de suspeito nas ações da Polícia Militar relativas ao uso e tráfico de drogas em três cidades (Brasília, Salvador e Curitiba), Evandro Piza Duarte *et al.* também perceberam um fenômeno identificado como expressão de um subjetivismo semelhante ao da filtragem racial. Para esses pesquisadores, na construção da condição de suspeito em abordagens policiais, "o subjetivismo relaciona-se com um amplo espaço de discricionariedade" e também "com um conjunto de informações que confirmam e reforçam estereótipos sociais sobres grupos sociais e lugares". Apesar do caráter exploratório da pesquisa, eles concluem que "a referência aos sinais exteriores de pertencimento à dada classe social e a dado grupo raça/cor como critérios de suspeição surgem do conjunto da análise"[519].

De fato, a fala dos policiais militares ouvidos nessa pesquisa sugere a forma como se constitui o perfil do suspeito. Ao ser perguntado sobre critérios para a abordagem, um policial militar do Paraná respondeu:

---

[516] *Idem*, p. 138.

[517] *Idem*, p. 142.

[518] É importante registrar que as abordagens discriminatórias não são um fenômeno percebido apenas no Brasil. Em pesquisa realizada na Inglaterra e no País de Gales, organizada por Eastwood *et al.*, constatou-se que entre 2009 e 2010, a taxa de abordagem policial (*stop and search*) era de 45 para mil habitantes entre os negros e de 7 para mil entre os brancos, o que significa que os negros têm seis vezes mais chances de ser parados por policiais à procura de drogas naqueles países. EASTWOOD, Niamh *et al.* **The numbers in black and White:** ethinic disparities in the police and prossecution of drug offences in England and Wales. London: Release, 2013.

[519] Cf.: DUARTE, Evandro Piza *et al.* Quem é o suspeito do crime de tráfico de drogas? anotações sobre a dinâmica de preconceitos raciais e sociais na definição das condutas de usuário e traficante pelos policiais militares nas cidades de Brasília, Curitiba e Salvador. *In:* LIMA, C.; BAPTISTA, G.; FIGUEIREDO, I. S. (Orgs.). **Segurança pública e direitos humanos:** temas transversais. Brasília: Ministério da Justiça; Senasp, 2014, p. 115. Outros pesquisadores também fazem essa correlação. Por todos, confira-se: RAMOS, Silvia; MUSUMECI, Leonarda. **Elemento suspeito:** abordagem policial e discriminação na cidade do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005, p. 44-49. Veja-se ainda: ARANDAS, Wagner Solano de. **O racismo institucional contra os negros na Polícia Militar**. Dissertação de mestrado. João Pessoa: UFPB, 2010. Para uma perspectiva histórica, examinando um período determinado da formação da polícia e de sua atuação no início da República brasileira vide a obra já referida neste trabalho: VALENÇA, Manuela Abath. **Soberania policial no Recife do início do século XX**. 2018. Tese (Doutorado) – Universidade de Brasília, 2018.

> Na maioria das vezes pelas características físicas e psíquicas, locais, onde andam ou estão, frequentam. Pelas demais pessoas que convivem. Pelos horários e locais que frequentam[520].

Na mesma direção, um policial militar da Bahia reafirmou aquilo que fora também percebido na pesquisa antes mencionada de Geová Barros. Para esse policial:

> Acho que, se tiver 2 negros de um lado e 2 brancos do outro, o policial vai abordar primeiro os negros. Isso é uma tendência já. Pode ser até uma discriminação, mas interiorizada. Para ele não é uma discriminação. É uma coisa enraizada nas nossas mentes[521].

Essas pesquisas ilustram como racismo sobre o qual se estruturou nossa sociedade historicamente se reflete ainda hoje como algo "enraizado em nossa mente", como critério quase intuitivo sobre os locais e o perfil daqueles que carregam consigo marcas consideradas suspeitas ou perigosas. Essa "filtragem" inicial não é, contudo, a única contribuição da Polícia Militar no processamento daqueles que serão (ou que continuarão) encarcerados.

No âmbito da justiça criminal, os policiais militares desempenham também outra função. Além de serem os responsáveis pela ativação do sistema com as prisões em flagrante, eles atuam também como produtores ou contribuintes privilegiados do processo de construção das verdades no processo. Pesquisa realizada pelo Núcleo de Estudos da Violência da USP (NEV-USP), coordenada por Maria Gorete Marques de Jesus, verificou que, em 74% do total de casos relacionados com tráfico de drogas estudados, ao lado da droga apreendida, há como prova apenas o testemunho do policial militar[522]. Em tais casos, a autoria do delito é confirmada apenas pela versão do policial. Essa pesquisa constatou, ainda, que, em 91% do

---

[520] DUARTE, Evandro Piza et al. ***Op. Cit.*** p. 93.

[521] *Idem*, p. 97.

[522] JESUS, Maria Gorete Marques de (coord.). **Prisão provisória e lei de drogas:** um estudo sobre os flagrantes de drogas na cidade de São Paulo. São Paulo: FUSP, 2011, p. 55. Importa esclarecer que nessa pesquisa foram examinados 667 autos de prisão em flagrante consultados no Departamento de Inquéritos Policiais do Fórum da Barra Funda (DIPO – 3 e 4), em São Paulo-SP, entre novembro de 2010 e janeiro de 2011. Desses autos, foram posteriormente consultados 604 processos por meio do sistema eletrônico do Tribunal de Justiça de São Paulo. É válido ressaltar que o tema da confiança excessiva dos juízes no depoimento exclusivo de policiais tem provocado a Defensoria Pública do Rio de Janeiro a elaborar estratégias para a superação da Súmula nº 70 do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, segundo a qual: "o fato de restringir-se a prova oral a depoimentos de autoridades policiais e seus agentes não desautoriza a condenação". Como veremos, esse é um dos casos em que o uso do litígio estratégico pode ter alguma funcionalidade.

total de casos estudados, a sentença foi condenatória, o que sugere uma crença quase absoluta dos juízes na palavra dos policiais[523].

A "produção da verdade" é justamente uma das funções que se atribui à Polícia Civil. Diz-se que esta é a polícia de inteligência, a quem incumbe a realização de diligências investigativas e a condução do inquérito policial, instrumento que respaldará a formação da opinião do titular da ação penal na fase seguinte do processo de aplicação da lei penal a casos concretos. O inquérito policial objetiva a coleta de informações sobre a materialidade (houve mesmo um crime?) e sobre a autoria do crime (quem praticou o delito?).

Para Kant de Lima, o momento da investigação policial seria regido por uma forma particular de produção da verdade. Concorreriam aqui três sistemas de produção da verdade: o da fase policial (procedimento de inquirição); o da fase judicial (procedimento de inquérito) e o do tribunal do júri (sistema de prova legal). Haveria por aqui um "mosaico de sistemas de verdade"[524].

Durante sua pesquisa de campo, ele identificou uma espécie de "regulação da tortura de acordo com a gravidade da denúncia ou queixa e conforme a posição social dos envolvidos"[525]; observou também que a "permissão da participação dos advogados nos inquéritos também de acordo com as diferentes posições que estes especialistas ocupam nos quadros profissionais". Ele conclui, desse modo, que "certas regularidades que apontam para a consistência de tais procedimentos com um verdadeiro sistema de produção de verdade, de eficácia comprovada" e que "são, sem dúvida, algumas dessas práticas institucionalizadas"[526].

A afirmação de que a tortura é um método de investigação recorrente e incorporado à atividade policial no Brasil pode parecer exagerada, mas é bem ilustrada na pesquisa desenvolvida no curso de seu doutorado por Marcelo Barros Correia, ele mesmo um delegado

---

[523] *Idem*, p. 79.

[524] KANT DE LIMA, Roberto. Polícia e exclusão na cultura judiciária. **Tempo Social Revista de Sociologia,** USP, São Paulo, v. 9, p. 169-183, maio, 1997, p. 173 e 180

[525] *Idem*, p. 175.

[526] *Ibidem.* A afirmação de que existem organizações e práticas informais na atividade de investigação policial é compartilhada por outros autores. Para Lima *et al.* "Diante do conhecimento já acumulado sobre o funcionamento das polícias brasileiras, obtido por meio de estudos de caráter etnográfico (KANT DE LIMA, 1995; MINGARDI, 1992; PAIXÃO, 1982), não se pode ignorar que, para além das estruturas formais definidas pela lei, pelos planos e políticas públicas para o trabalho policial, há organizações informais que operam as polícias por meio de redes profissionais de informações e saberes". LIMA, Renato Sérgio; BUENO, Samira; MINGARDI, Guaracy. Estado, polícias e segurança pública. **Revista Direito FGV,** São Paulo, v. 12, n. 1, p. 49-85, mar./abr., 2016, p. 60.

de polícia, que posteriormente converteu-se no livro *Polícia e Tortura no Brasil: conhecendo a caixa das maçãs podres*[527].

Ele entrevistou delegados e agentes de polícia de Pernambuco e de outras capitais brasileiras. Se muitas das pesquisas relatórios produzidos sobre a tortura policial no Brasil escutaram primordialmente a voz das vítimas, Barros ouviu a voz de alguns perpetradores da tortura. Para ele, a tortura constitui uma "práxis policial, uma espécie de técnica de investigação, considerada por muitos como dotada de certo grau de 'eficiência' na resolução de crimes e como fonte de benefícios profissionais aos torturadores"[528]. Ele considera, ainda, que a tortura não poderia ser explicada no Brasil apenas por um determinismo histórico, mas que deveria ser compreendida como resultado de uma assimilação provocada pela existência de uma "cultura organizacional" que a estimularia[529].

Quando Barros Correia perguntou a seus entrevistados se já haviam presenciado a tortura alguma vez, as respostas de alguns deles denotaram bem a forma como a cultura da tortura foi assimilada:

> Sim, logo nos primeiros contatos com a prática policial, era quase um 'brinde' ser levado para assistir ou colaborar com uma sessão de tortura para aprender a ser um policial duro. A reação imediata foi pedir para sair. Mas fui imediatamente tachada de 'boazinha' e de 'covarde', e evidentemente de mal policial. Não servia para ser policial, pelo menos não me adequava ao molde de polícia daquela época. (CA5, informação verbal).
>
> Já. Bem, a priori, a minha reação logo quando entre na Polícia Civil. Você tem aquela coisa, você leva aquele susto. É assim que funciona? Era essa imagem que eu tinha da polícia para chegar nos resultados? Mas depois vem aquela coisa pessoal, aquela busca pelo resultado. Você vê que aquilo em determinados casos chegou ao resultado satisfatório. O uso da força fez com que você realmente, diretamente praticasse a justiça. Porque você usou a força para chegar a determinado fim e através daquela força você realmente chegou naquele determinado fim. Então a priori era uma coisa que me incomodava, mas depois passou a fazer parte do serviço. Em determinados casos específicos o uso da força era necessário para chegar em determinado fim. (A2, informação verbal).
>
> Já, já presenciei. Era muito espancamento mesmo. Os amigos davam choque, botavam na cadeira amarrado, aquela coisa de saco, pau-de-arara... Isso tudo eu vi

[527] CORREIA, Marcelo Barros. **Polícia e tortura no Brasil:** conhecendo a caixa das maçãs podres. Curitiba: Appris, 2015. Tivemos acesso apenas ao livro na sua versão *e-book.* Nessa versão, os capítulos são separados em tópicos com paginação autônoma. Assim, as indicações das páginas se referem ao número da página dentro do tópico/capítulo.
[528] CORREIA, Marcelo Barros. **Polícia e tortura no Brasil:** conhecendo a caixa das maçãs podres. Curitiba: Appris, 2015, p. 2 (introdução).
[529] *Idem,* p. 6-31 (capítulo 3).

> porque passei por delegacias que era comum isso de madrugada (A4, informação verbal)[530].

Nessas entrevistas, permite-se entrever que a prática da tortura – ou a tolerância com a sua ocorrência – é justificada ora para preservar a imagem de policial duro, padrão, adequado ao modelo; ora por um desejo de integração ao grupo; ora como uma racionalização para alcançar resultados probatórios pretendidos[531].

Embora Marcelo Barros Correia reconheça, na narrativa histórica que promove no início de sua pesquisa, que a tortura no Brasil é uma "herança maldita" que antecede em séculos o período da ditadura militar, identificando-a com o período colonial, como já mencionado, ele não pretendia na pesquisa encontrar em variáveis históricas a chave explicativa para a persistência da tortura entre nós. Ele optou nitidamente por buscar na teoria da cultura organizacional, em teorias do comportamento e na teoria econômica do delito as categorias que poderiam auxiliar na resposta à pergunta: por que os policiais continuam torturando?

Sem desconhecer a importância que essa cultura organizacional tem para a perpetuação da prática da tortura entre os policiais brasileiros, partimos aqui de uma hipótese diversa ou, ao menos, complementar. Temos tentado inferir, a partir das leituras que fizemos para desenhar o encarceramento em massa no Brasil, que essa cultura organizacional é forjada no contexto de uma sociedade que tentou ocultar o racismo através do discurso da democracia racial e, por não tê-lo enfrentado adequadamente, permitiu (e continua permitindo) a sua sobrevivência ao fim do colonialismo formal com ações policiais truculentas predominantemente voltados para os bairros periféricos onde vivem os negros e os pobres[532].

Os métodos, formais e informais, de produção da verdade utilizados pela polícia durante a investigação policial estão também associados a uma tradição inquisitiva na formação dos atores da persecução penal. Para Salo de Carvalho, "a justiça criminal atual é o reflexo natural do pensamento inquisitório institucionalizado desde a colonização que se consolidou ao longo do processo de formação do Estado nacional". De fato, esse pensamento

---

[530] CORREIA, Marcelo Barros. **Polícia e tortura no Brasil:** conhecendo a caixa das maçãs podres. Curitiba: Appris, 2015, p. 10 (capítulo 3).
[531] *Idem*, p. 11 (capítulo 4).
[532] Para uma visão semelhante, confira-se: REIS, Vilma. **Atucaiados pelo Estado:** as políticas de segurança pública implementadas nos bairros populares de Salvador e suas representações, 1991-2011. Dissertação de mestrado. Salvador: UFBA, 2005.

inquisitório institucionalizado se espelha no modo como até hoje é conduzido o inquérito policial, no Brasil, com efeitos também na fase de conhecimento, como veremos.

O inquérito policial continua sendo regulamentado em nosso país por normas de duvidosa compatibilidade constitucional previstas no Código de Processo Penal de 1941, cuja estrutura elementar foi inspirada na legislação do período do fascismo na Itália[533]. Há uma margem ampla de discricionariedade na condução pelo delegado das investigações, com participação nula ou bastante reduzida da defesa técnica (não se exige sequer a presença de um advogado durante o interrogatório no inquérito policial), não se admitindo também ainda a investigação defensiva.

A produção da verdade, nas condições acima descritas, é incorporada integralmente à acusação e, desde que haja uma testemunha ratificando-a na fase de conhecimento, é toda ela imunizada e aceita como elemento de informação para a formação da convicção do juiz. A ideia de um sistema bifásico torna-se, assim, para Aury Lopes Jr., um "monstro de duas cabeças"[534]. De acordo com esse processualista brasileiro, "a fraude reside no fato de que a prova é colhida na inquisição do inquérito, sendo trazida integralmente para dentro do processo e, ao final, basta o belo discurso do julgador para imunizar a decisão"[535].

Atribuir somente aos policiais toda a responsabilidade pelo funcionamento seletivo e desigual do sistema justiça criminal implicaria, no entanto, menosprezar o papel destacado que desempenham também os demais atores do sistema de justiça criminal, que, não raramente, quando não colaboram ativamente para reforçar a desigualdade de tratamento, acabam, ao menos, tolerando que prossigam na "linha de montagem" processos que já se iniciaram viciados na fase policial.

Vejamos, pois, como se dá a seletividade também nessa outra fase da criminalização secundária.

---

[533] Não é nossa pretensão retomar aqui todas as críticas que podem ser dirigidas à nossa legislação processual. Sobre elas e sobre a necessidade de interpretação das normas processuais penais em conformidade com a Constituição, confiram-se, por todos: LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional.** 6ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. WUNDERLICH, Alexandre. Por um sistema de impugnações no processo penal constitucional brasileiro. *In:* GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Escritos de direito e processo penal em homenagem ao professor Paulo Cláudio Tovo**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2002.

[534] LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal:** introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 161.

[535] *Idem*, p. 162.

5.5 HOMENS TOGADOS, DONOS DA RAZÃO[536]: o papel do ministério público e do poder judiciário no encarceramento em massa *à brasileira*

Para compreendermos o fenômeno da burocratização do sistema de justiça criminal a que faz referência Zaffaroni, que abre espaço para a continuidade do processo de criminalização secundária, é preciso antes termos uma dimensão do perfil social e político dos membros majoritários nessas instituições.

As pesquisas sobre o perfil dos membros da Magistratura e do Ministério Público no Brasil têm revelado que, de fato, são eles oriundos, em sua maioria, das classes média e alta de nossa sociedade. Diagnóstico realizado pelo Conselho Nacional de Justiça explicita, por exemplo, que, na magistratura nacional, 64,1% são homens e 82,8% são brancos[537]. No Ministério Público, a situação não é muito distinta, 70% são homens; 78% são brancos; 60% têm pai com ensino superior[538].

Esse último dado pode ser significativo da origem social. O estudo de Lemgrumber *et al.*, ao cotejar esse dado com as informações do IBGE, chegou a tal conclusão, pois apenas 9% da população brasileira com 50 anos ou mais de idade têm ensino superior, o que permitiria supor um alto privilégio, reservado a uma elite bastante reduzida[539].

Em estudo no qual busca relacionar os campos jurídico e político a partir da aquisição de capital simbólico em determinados centros tradicionais de formação de juristas, Frederico Normanha de Almeida identifica como a justiça brasileira, especialmente aquela representada nas mais altas cortes do país, é constituída por uma elite jurídica e política, que por muito tempo saiu dos bancos das Faculdades de Direito de São Paulo e do Recife. Ainda que o

---

[536] Expressões inspiradas nos versos da música "Homens Fardados": ZÉ BROWN; TIGER; GARNIZÉ; ONI; MASSACRE. Homens Fardados. *In:* **Faces do Subúrbio.** Recife: Independente, 1997. 1 CD. Faixa 7.

[537] BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Censo do Poder Judiciário.** Brasília: CNJ, 2014, p. 33-51. Esse perfil não é muito distinto do constatado por Luiz Wernneck Vianna *et al.*, em pesquisa realizada em 1995, na qual observou o amplo predomínio de homens, com idade média de 40 anos, filhos de pais dos estratos médio e alto da sociedade brasileira. Cf. VIANNA, Luiz Wernneck *et al.*. **Corpo e alma da magistratura brasileira.** Rio de Janeiro: Revan, 1997, p. 60-135.

[538] LEMGRUBER, Julita *et al.* **Ministério Público:** guardião da democracia brasileira?. Rio de Janeiro: UCAM, 2016, p. 15-19.

[539] *Ibidem.* O perfil dos membros da Defensoria Pública também não é muito distinto, o que também pode ter sérias repercussões na assistência jurídica em matéria penal. Por atuar prioritariamente no campo da defesa dos

elenco de centros jurídicos onde se formaram ministros dos tribunais superiores tenha se diversificado, continua havendo um alto grau de concentração em universidades públicas e privadas (católicas) tradicionais, agora especialmente das regiões sul e sudeste do país. Nas palavras do referido pesquisador, "como ficou evidente no que se refere à baixíssima participação dos egressos de faculdades mais novas e menos prestigiadas no campo e das mulheres nas carreiras [...], não se trata de restrições institucionais [...] mas sim de barreiras sociais e políticas"[540].

Diante da constituição elitizada dos quadros das agências judiciais, não é surpreendente que, na fase de conhecimento e julgamento do processo penal, membros do Ministério Público e da Magistratura sejam influenciados pelos valores e padrões culturais, por *second codes* e estereótipos, comuns aos demais membros das classes dominantes. É justamente nesse contexto que Alessandro Baratta faz referência ao conceito de "sociedade dividida" de Dahrendorf, para esclarecer como se processa o fenômeno da criminalização secundária, já que, enquanto os juízes são escolhidos ou recrutados de uma metade sociedade (das classes médias e superiores), aqueles que são por eles julgados são oriundos da metade inferior, o que facilitaria a aplicação em desfavor destes, na reconstrução da verdade judicial, tanto dos preconceitos de classe (e de raça) como das chamadas "teorias do cotidiano" [541].

Nesse sentido, são ilustrativas as conclusões de Sérgio Adorno, em pesquisa realizada pelo autor em uma vara do tribunal do júri de São Paulo, no período de 1984 a 1988. Foram analisados 297 processos penais e a pesquisa privilegiou a comparação entre o perfil social dos condenados e dos absolvidos, assim como das vítimas, testemunhas e do corpo de jurados. Ele caracteriza a sua pesquisa como pertencendo ao horizonte de estudos de *sentencing* e afirma: "as conclusões sugerem arbitrariedade na distribuição das sentenças, identificam

acusados, a Defensoria não será aqui considerada entre as agências judiciais que se ocupam da persecução criminal.

[540] ALMEIDA, Frederico Normanha Ribeiro de. **Nobreza togada:** as elites jurídicas e a política da justiça no Brasil. Tese de doutorado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2015, p. 304.

[541] Cf. BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal:** introdução à sociologia do direito penal. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 177. O autor italiano ressalta, ainda, que: "pesquisas empíricas têm colocado em relevo as diferenças de atitude emotiva e valorativa dos juízes, em face de indivíduos pertencentes a diversas classes sociais. Isto leva os juízes, inconscientemente, a tendências de juízos diversificados conforme a posição social dos acusados, e relacionados tanto à apreciação do elemento subjetivo do delito (dolo, culpa) quanto ao caráter sintomático em face da personalidade (prognose sobre a conduta futura do acusado) e, pois, à individualização e à mensuração da pena destes pontos de vista". *Idem*, p. 177-178.

grupos preferencialmente discriminados e apontam algumas evidências de desigualdade no acesso à justiça penal" [542].

Apesar da peculiaridade da formação dos jurados, que não são pessoas necessariamente formadas em Direito, e que, portanto, não corresponderia necessariamente ao mesmo perfil de juízes a que nos referimos acima, Adorno conversou durante sua pesquisa com membros do Ministério Público e com juízes togados, que desempenham papel decisivo na primeira fase do procedimento nos crimes dolosos contra a vida. A partir dessas conversas informais, o autor percebeu que existem "teorias" que parecem mesclar-se com a interpretação racional dos códigos. Seriam as "teorias" dos três "Ps", a do "MIB" e a da "nordestinidade"[543].

Para Adorno, a existência de uma "densa rede de relações sociais" dentro dos tribunais "descaracteriza a dimensão exclusivamente técnica e jurídica que se procura atribuir ao desempenho dos agentes e dos aparelhos de contenção da criminalidade"[544]. Ele constata também uma sobrerrepresentação dos negros entre os condenados, já que que eles seriam 24% dos residentes no município, mas representariam cerca de metade dos condenados[545].

O perfil político (e especialmente político-criminal) dos membros do Ministério Público e da magistratura também é reveladora.

Em pesquisa realizada entre os membros do Ministério Público Federal ativos em 2008, identificou-se, por exemplo, que, dos respondentes de um questionário eletrônico, "40,1% estão totalmente de acordo com a ideia de que a legislação é excessivamente branda e 27,5% estão mais de acordo com esta afirmação"[546]. Perguntados sobre as correntes político-criminais, 34,7% dos respondentes identificam-se como adepto da Defesa Social; 15%, com o

---

[542] ADORNO, Sergio. Crime, justiça penal e desigualdade jurídica: as mortes que se contam no tribunal do júri, **Revista da Universidade de São Paulo,** ano 2, ed. 3, p. 134-155, jul/ago 1993, p. 136.

[543] Nas palavras do autor: "Pela primeira, réus são preferencialmente recrutados entre pobres, pretos e prostitutas. Pela segunda, o que leva as pessoas a delinquir são Miséria, a ignorância e a bebida. Pela terceira, os réus e vítimas são infelizes migrantes nordestinos que não conseguem se adaptar aos padrões civilizatórios da metrópole". Cf. ADORNO, Sergio. Crime, justiça penal e desigualdade jurídica: as mortes que se contam no tribunal do júri, **Revista da Universidade de São Paulo,** ano 2, ed. 3, p. 134-155, jul/ago 1993, p. 140.

[544] *Ibidem.*

[545] ADORNO, Sergio. Crime, justiça penal e desigualdade jurídica: as mortes que se contam no tribunal do júri, **Revista da Universidade de São Paulo,** ano 2, ed. 3, p. 134-155, jul/ago 1993, p. 147.

[546] AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. **Perfil socioprofissional e concepções de política criminal do Ministério Público Federal.** Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2010, p. 43 O questionário foi enviado a todos os 852 membros do MPF. Do total, 168 questionários (20%) foram respondidos. Além disso, foram realizadas entrevistas com 3 Subprocuradores e com 12 Procuradores Regionais da República.

funcionalismo penal; 13,2%, com o Garantismo Penal; 12,6% com a Tolerância Zero; e 22,8%, não se identifica com nenhuma delas[547]. Nota-se, portanto, que o quantitativo de magistrados que se associam a políticas minimalistas é significativamente minoritário.

Além dos dados quantitativos, os autores dessa pesquisa também realizaram entrevistas com alguns integrantes da carreira. Um subprocurador regional da República afirmou que:

> Eu não acredito que a legislação seja branda. *A fixação da pena eu não vejo como branda, mas o processo penal sim. O processo penal admite tantas artimanhas dos Advogados que se torna praticamente impossível aplicar uma pena.* Mas também é o funcionamento, porque até 2005 o Supremo entendia que a aplicação da pena ocorreria depois do duplo grau de jurisdição. Isso até 2005, interpretando o CPP e a Constituição. Então, uma corrente formada por Advogados e pelo IBCCrim de São Paulo e por outros juristas mais liberais e em face da mudança de composição do Supremo, passou a prevalecer que é só depois do trânsito em julgado, ou seja, há um inciso no art. quinto da Constituição que diz que só se considerará culpado depois do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. E quando isso acontece? Depois do julgamento do recurso extraordinário. Ora, dessa forma, tudo acabou: *tudo prescreve*[548].

Chama a atenção a crença identificada com teorias do cotidiano ou de senso comum de que o processo penal brasileiro torna "quase impossível aplicar uma pena" notadamente quando essa crença é confrontada com dados sobre o encarceramento no Brasil, como veremos adiante. Ademais, é interessante também notar a personificação das críticas à brandura na aplicação da lei a uma "corrente formada por advogados e pelo IBCCRIM de São Paulo", a revelar a preferência por uma corrente "menos liberal" e a suposição de uma influência de um instituto jurídico na definição de orientações jurisprudenciais do Supremo Tribunal Federal.

---

[547] *Idem*, p. 52. Em pesquisa anterior, realizada conjuntamente com Jayme Weingartner Neto, Azevedo constatou que, entre os membros do Ministério Público do estado do Rio Grande do Sul, o perfil político-criminal era um pouco diverso. Aplicou-se igualmente um questionário para todos os 683 membros do MP/RS. 331 responderam (48,5% do total). Dos respondentes, 54,4% afirmaram ser adeptos da Tolerância Zero; 26,9% do funcionalismo penal; 8,2%, do garantismo penal; 22,1% respondeu "nenhuma das anteriores". Cf.: AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli; WEINGARTNER NETO, Jayme. **Perfil socioprofissional e concepções de política criminal.** *In:* Anais do VIII Congresso Luso-Afro-Brasileiro de Ciências Sociais. Coimbra: CES, 2004, p. 15-16. Disponível em: https://www.ces.uc.pt/lab2004/inscricao/pdfs/painel36/Rodrigo Azevedo_JaymeNeto.pdf Ultimo acesso em 14 set. 2009. Esse perfil ajuda a compreender uma das razões pelas quais, segundo a pesquisa de Lemgruber *et al.*, 88% dos promotores e procuradores que dela participaram afirmaram que o controle das polícias não é uma atividade prioritária e o porquê de 70% deles declararem que essa atividade não faz parte do seu dia-a-dia. O distanciamento com destinatários de eventuais abusos da força policial e o desinteresse político-criminal em limitar a ação dessas forças de persecução penal são motivações que podem ser associadas intuitivamente ao perfil que temos descrito. LEMGRUBER, Julita *et al.* **Ministério Público:** guardião da democracia brasileira?. Rio de Janeiro: UCAM, 2016, p. 38.

No que se refere aos magistrados, Maria Tereza Sadek coordenou, em 2006, pesquisa sobre o perfil e a opinião dos juízes brasileiros sobre uma série de temas, com o apoio da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB). Foram enviados questionários a todos os associados da AMB e obteve-se cerca de três mil respostas, o que equivale a 25,1%. Para a autora, a validade dos dados seria notável pela semelhança no perfil de gênero e situação funcional entre os respondentes e o total dos associados. No tema do direito penal, além de outros questionamentos, solicitou-se que o respondente avaliasse algumas propostas com os seguintes critérios: totalmente favorável; favorável; indiferente; contrário, totalmente contrário; sem opinião. Algumas respostas revelam mesmo a aderência aos modelos neopunitivistas que mencionamos no tópico sobre a política criminal expansionista[549].

Por exemplo, segundo a referida pesquisa, os magistrados respondentes afirmaram ser totalmente favoráveis ou favoráveis à diminuição da maioridade penal (61%); a aumentar o tempo de cumprimento da pena para obtenção de livramento condicional (81,5%); a aumentar da pena mínima para delitos de tráfico de drogas (76,8%); e à proibição de liberdade provisória, com ou sem fiança, para delitos de tráficos de drogas (74,5%).

É preciso registrar, por outro lado, que esse mesmo grupo de magistrados, em sua maioria, disseram ser favoráveis ou totalmente favoráveis a ampliar a aplicação de penas alternativas (64,9%) e a priorizar o caráter de ressocialização da pena (87,1%)[550]. A contradição da proposta de ampliação do tempo de cumprimento de pena para a concessão da liberdade condicional com essas duas últimas propostas (ampliar penas alternativas e priorizar ressocialização) aponta mesmo para algum grau de ambiguidade. A pesquisa não discriminava nessas propostas as espécies de crimes a que elas seriam aplicadas. Pelas respostas apresentadas aos demais itens, é possível supor que os magistrados seriam contrários à aplicação de penas alternativas nos casos de crimes por eles considerados graves, mesmo aqueles sem violência como por exemplo o comércio de drogas. Essa contradição, contudo, pode ser apenas aparente.

---

548 AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. **Perfil socioprofissional e concepções de política criminal do Ministério Público Federal.** Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2010, p. 44.

549 SADEK, Maria Tereza (coord.). **Pesquisa AMB 2006 – a palavra está com você:** resultados. Brasília: AMB, 2006.

550 SADEK, Maria Tereza (coord.). **Pesquisa AMB 2006 – a palavra está com você:** resultados. Brasília: AMB, 2006, p. 19

Não é difícil imaginar que a ampliação das penas alternativas, no lugar de reduzir a intervenção do direito penal, torne mais tolerável a sua extensão para condutas ou conflitos que antes poderiam ser resolvidos fora do sistema penal. Além disso, o discurso de ressocialização (das teorias "re", nas palavras de Zaffaroni) é compatível com a pretensão – mais folclórica que real – de que a humanização da pena de prisão poderia contribuir para a reintegração social dos indivíduos. Vê-se, pois, que, em verdade, há apenas uma aproximação dessas respostas com o discurso "humanizar para expandir". Em um sentido ou noutro, trata-se mesmo é de ampliar o controle penal.

De fato, é possível perceber os reflexos concretos desse perfil político-criminal na atividade cotidiana dos juízes, que reduzem por meio de suas decisões os efeitos de eventuais leis ou práticas institucionais desencarceradoras. É o caso, por exemplo, da Lei nº 12.403/11, que introduziu no Código de Processo Penal novas medidas cautelares alternativas à prisão e explicitou que prisão preventiva haveria de ser compreendida como *ultima ratio* no acautelamento do processo. Segundo o INFOPEN, em dezembro de 2010, os presos provisórios, em números absolutos, eram 164.683 pessoas, o que representava 37% do total de presos. A expectativa era de que, com a aprovação da lei e com uma diversidade de medidas cautelares distintas da prisão e da fiança, fosse possível a redução de presos provisórios. O último relatório do INFOPEN (junho de 2016) revela, contudo, que o percentual de presos provisórios não diminuiu, encontrando-se, atualmente, em 38,5%[551].

Destaque-se, ainda, que, de 2011 a 2016, outra medida descarcerizadora também foi encorajada, ainda que não no plano legislativo, mas com o mesmo intuito de redução de presos provisórios. Em 2014, o CNJ lançou o projeto-piloto das chamadas audiências de custódia, que previa a necessidade de o réu ser apresentado, sem demora, ao Juiz para que este

[551] O levantamento nacional de informações penitenciárias atesta que o percentual de presos provisórios seria ainda maior, no patamar de 40%, porque considerou também os presos em delegacias. Como, para o ano de 2010, não incluímos esses presos no cálculo do percentual, optamos por excluí-los também da contagem para o ano de 2016. Cf.: BRASIL. Ministério da Justiça. **Levantamento nacional de informações penitenciárias**: INFOPEN. Brasília: DEPEN, 2017. É interessante destacar que em estudo sobre o impacto da Lei nº 12.403/11, aplicando uma metodologia específica de análise de flagrantes e acompanhamento de processos, Julita Lemgruber *et al.* constatou que, logo após a entrada em vigor da referida lei, percebeu-se, no Rio de Janeiro, uma leve diminuição no percentual de presos em flagrantes que tiveram sua prisão convertida em prisão preventiva. Segundo essa pesquisa, o percentual de prisão provisória como primeira medida cautelar após a prisão em flagrante era de 83,8%, no primeiro semestre de 2011, e foi reduzido para 72,3%. Esse estudo não permite, entretanto, afirmar qualquer tendência em âmbito nacional, pois se limita aos dados do Rio de Janeiro. Cf.: LEMGRUBER, Julita *et al.* **Usos e abusos da prisão provisória no Rio de Janeiro:** avaliação do impacto da Lei nº 12.403/11. Rio de Janeiro: UCAM, 2013, p. 12. Os dados sobre encarceramento em massa serão comentados com detalhes no tópico seguinte.

possa examinar a legalidade da prisão e a necessidade ou não de aplicação de alguma medida cautelar, conforme previsto desde a entrada em vigor no Brasil da Convenção Americana de Direitos Humanos. Mais uma vez a expectativa era de diminuição no índice de presos provisórios, considerando que a escuta pelo juiz, logo após a prisão do acusado, permitiria uma análise mais sensível do caso concreto e da real necessidade de eventual prisão preventiva.

A implementação do projeto de audiências de custódia enfrentou grande resistência tanto por parte de juízes como de outras corporações. A ADEPOL (Associação dos Delegados de Polícia) questionou, inclusive, a constitucionalidade da medida. O Supremo Tribunal Federal, que havia sustentado institucionalmente o projeto, afirmou a constitucionalidade da resolução do Conselho Nacional de Justiça que regulamentou as audiências de custódia em todo o território nacional e elas seguem sendo realizadas em parte das comarcas e seções judiciais brasileiras.

Não é possível afirmar, com os dados aqui apresentados, que essas duas medidas com caráter descarcerizador (a Lei nº 12.403/11 e o projeto de audiências de custódia) não provocaram qualquer impacto relevante na população prisional brasileira. É possível que sem essas medidas o quadro fosse ainda pior. Os dados sugerem, contudo, que mudanças legislativas ou administrativas não são suficientes para a alteração de uma *cultura jurídica do controle* instalada em nosso país há bastante tempo[552]. Eles indicam também que não há no Judiciário uma sintonia absoluta entre o discurso assumido pelos seus órgãos de cúpula (STF e CNJ, em especial) e a prática cotidiana dos juízes das instâncias ordinárias.

Pode-se, em suma, traçar um perfil mediano dos membros dessas duas instituições. São homens, brancos, oriundos das camadas mais elevadas da sociedade, com perfil político-criminal punitivista.

Esse perfil ajuda a melhor compreender uma das razões pelas quais, segundo a pesquisa de Lemgruber *et al.*, 88% dos promotores e procuradores que dela participaram afirmaram que o controle das polícias não é uma atividade prioritária e o porquê de 70% deles

[552] Lembrando Nilo Batista e Gislene Neder, Vera Malaguti destaca as possíveis raízes dessa cultura. Aqueles autores já haviam acentuado as nossas matrizes ibéricas inquisitoriais e, por isso, ela conclui que temos aqui: "uma ordem jurídica que não tolera limites, produzindo um sistema penal sem fronteiras, com a tortura como princípio, o elogio da delação e a execução como espetáculo, e articulando tudo isso com o dogma da pena". BATISTA, Vera Malaguti. Depois do grande encarceramento**.** *In:* ABROMOVAY, Pedro; BATISTA, Vera Malaguti (orgs.). **Depois do grande encarceramento**. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 29.

declararem que essa atividade não faz parte do seu dia-a-dia[553]. O distanciamento com destinatários de eventuais abusos da força policial e o desinteresse político-criminal em limitar a ação dessas forças de persecução penal são motivações que podem ser associadas intuitivamente ao perfil que temos descrito. Se o órgão responsável pela acusação acredita que a lei penal é brandamente aplicada no Brasil, não se pode estranhar que, em sua atuação cotidiana, nos crimes de ação penal pública, adote posturas que se oponham a essa brandura e que estejam, por conseguinte, alinhadas ao punitivismo: exagerar no enquadramento típico das condutas; formular pedidos antecipados e desnecessários de prisão; tolerar ou se omitir diante de abusos praticados por policiais; pedir a condenação ainda quando houver dúvidas razoáveis sobre a autoria delitiva.

O mesmo vale para a magistratura com um agravante. Ao Ministério Público, o ordenamento jurídico brasileiro incumbe a função de acusar, ou melhor, de conduzir e promover a persecução penal do Estado. É natural esperar de seus membros uma atuação que privilegie teses pró-acusação, ainda que também seja possível deles exigir uma postura mais ponderada, sem exageros e com respeito às garantias fundamentais. De outro lado, aos magistrados, em um sistema acusatório no qual prevaleça a separação das funções e a atribuição às partes da gestão das provas, incumbiria uma atuação desinteressada em relação ao resultado do processo, uma performance que os aproximassem do ideal de imparcialidade, uma atuação dentro e fora do processo que permitisse acreditar que eles não julgam comprometidos com a condenação do acusado[554].

Não é, entretanto, a postura de um terceiro imparcial que temos visto operar com regularidade no Brasil. O perfil enviesado da magistratura tem contribuído para que os juízes brasileiros assumam uma personalidade de "juiz combatente", de "juiz inquisidor", que torna, como visto, pouco eficazes as eventuais e pontuais mudanças legislativas desencarceradoras. Cada vez mais expostos à comunicação de massa, a programas televisivos e à espetacularização do processo, cedem facilmente às demandas por um Judiciário direcionado ao *combate* à criminalidade e engajado na *guerra* às drogas.

---

[553] LEMGRUBER, Julita *et al.* **Ministério Público:** guardião da democracia brasileira?. Rio de Janeiro: UCAM, 2016, p. 38.

[554] Não se trata, por óbvio, de exigir um "juiz PH7", neutro, o que seria impossível ante a sua condição humana. A sugestiva expressão é de Alexandre Morais da Rosa, que, com doses de psicanálise, filosofia da linguagem e teoria do garantismo penal, reflete criticamente sobre a construção da decisão penal com olhos voltados para o judiciário brasileiro. Cf.: DA ROSA, Alexandre Morais. **Decisão penal:** a bricolage de significantes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 249.

As expectativas da opinião pública(da) têm sido correspondidas por ações institucionais que pretendem angariar legitimidade social por meio do fiel cumprimento do papel desenhado midiaticamente, ainda que seja este contrário aos parâmetros ético-disciplinares previstos na lei[555]. Associar juízes a super-heróis tornou-se algo recorrente no jornalismo brasileiro, assim como atribuir-lhes um poder-dever salvacionista[556]. O Judiciário se aproxima, assim, do desejo de um grupo social que se vê representado na grande imprensa nacional e, por outro lado, distancia-se daquele outro grupo que, desprovido de recursos econômicos e historicamente alijado dos demais espaços de poder, tem menores possibilidades de expressar o que pensa sobre o ideal de justiça. Mais uma vez é o distanciamento social e racial que permite a reprodução de uma racionalidade seletivamente repressiva e radicalmente excludente.

Zaffaroni considera essas agências judiciais como máquinas de burocratização, que contribuem para aprofundar antagonismos e contradições sociais, destruindo vínculos comunitários, horizontais e de simpatia[557]. De fato, a forma de seleção e de treinamento dos membros das agências judiciais deteriora os laços de empatia e reforça identidades verticalizadas, criando uma casta de funcionários públicos ou uma carreira encastelada, desconectada da realidade da maior parte dos jurisdicionados[558]. Para o autor argentino, os

---

[555] A Lei Orgânica da Magistratura, em seu art. 36, III, prevê que é vedado ao magistrado: "manifestar, por qualquer meio de comunicação, opinião sobre processo pendente de julgamento, seu ou de outrem, ou juízo depreciativo sobre despachos, votos ou sentenças, de órgãos judiciais, ressalvada a crítica nos autos e em obras técnicas ou no exercício do magistério". Apesar dessa vedação, tem sido cada vez mais frequente a participação de juízes e ministros da Suprema Corte em programas de televisão, comentando abertamente decisões de processos em andamento.

[556] Manchetes como "o menino pobre que mudou o Brasil" e "ele salvou o ano" são exemplos dessas figurações. As duas estamparam capas da revista Veja, de grande circulação no país. A primeira delas, publicada em uma edição em outubro de 2012, estava associada à imagem de Joaquim Barbosa, que foi o ministro relator da ação penal nº 470, conhecida como a ação do "mensalão". A segunda apresentava a foto do juiz Sérgio Moro na edição de retrospectiva do ano de 2015 da mesma revista e continha referências às ações penais da operação conhecida como "Lava-Jato".

[557] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda de legitimidade do sistema penal. 5ª ed. 2ª reimpressão. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 141-145.

[558] No Brasil, os concursos para as carreiras jurídicas exigem algum tempo de dedicação a um processo de memorização de leis e de precedentes que beneficia especialmente os privilegiados, que podem passar longas horas do dia, mesmo depois de formados, apenas estudando, sendo mantidos por suas famílias ou por fortunas herdadas. Pelo tempo que dedicam a esse ritual, após a aprovação em seleções bastante concorridas, os aprovados consideram-se escolhidos, únicos da espécie. Alexandre Morais da Rosa, ele mesmo um juiz, assim analisa os mecanismos de seleção de juízes e os seus efeitos: "o próprio sistema de recrutamento, verdadeiro ritual de passagem, empurra o juiz para o lugar de Semi-Deus, uma vez que a realização do concurso público de provas e títulos se fundamenta muito mais na 'decoreba' de regras jurídicas do que em qualquer outra questão, talvez mais importante, impondo o auto-reconhecimento (in)consciente de que os eleitos, ou seja, os que lograram êxito no certame, são indiscutivelmente os melhores. Daí para a soberba e postura paranoica é um

juízes recém ingressos são estimulados a assumir uma postura de "assepsia ideológica", equivalente a um "modelo de 'executivo sênior' com discurso moralizante e paternalista"[559]. Esse discurso é funcional à reprodução do sistema penal, que se legitima, assim, como "super-ego" da sociedade, corrigindo os desvios e afastando do convívio comunitário os que são considerados indesejados, incivilizados, desnecessários.

Esse conjunto de elementos que caracterizam o funcionamento do sistema penal subterrâneo no Brasil produz um fenômeno social de magnitude elevada, com resultados concretos, sem sinais aparentes de desaceleração: o encarceramento de uma massa de jovens negros e pobres. Não é à toa que esse fenômeno tem se mantido em franca expansão por tanto tempo. Há uma verdadeira linha abissal que distancia representantes de representados, policiais de policiados, acusadores de acusados e julgadores de julgados. Identificar esse distanciamento permite compreender o porquê de a "pulsão tanática da vingança" a que Zaffaroni se referia, como vimos no primeiro capítulo, aqui se exercer de forma tão descarada.

Apesar das dificuldades que há no Brasil para levantamento de dados oficiais, o fenômeno do encarceramento em massa pode ser traduzido também em números. Após havermos descrito a forma como opera o sistema de justiça criminal em nossa realidade marginal, desnudemos, ainda que brevemente, os resultados (em números) dessa operação.

Explanaremos, pois, a seguir, os dados que subsidiam a afirmação de que há no Brasil algo que pode ser caracterizado como um contexto de encarceramento em massa.

5.6 DADOS QUE GRITAM, CORPOS QUE SOFREM: um retrato do encarceramento em massa no Brasil

No mundo ideal do discurso jurídico-penal, diz-se que a função da pena (ou do direito penal) é a proteção de bens jurídicos. Para os jovens negros do Brasil, essa afirmação pode não fazer sentido[560]. Segundo o Mapa da Violência, de 2003 a 2014, o número de brancos mortos por arma de fogo sofreu uma redução de 26,1%; no mesmo período, o número de

passo pequeno, uma investidura". ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão penal:** a bricolage de significantes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 281.

[559] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda de legitimidade do sistema penal. 5ª ed. 2ª reimpressão. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 141.

[560] Sobre o tema da seletividade também no gozo do direito à segurança, confira-se: OLIVEIRA JUNIOR, Almir; LIMA, Veronica Couto de Araujo. Segurança Pública e Racismo Institucional. *In:* **Boletim de Análise Político-Institucional.** Brasília: IPEA, 2011, p. 21 e ss.

vítimas negras sofreu um aumento de 46,9%[561]. Além disso, como veremos com mais detalhes a seguir, 63% da população prisional do país é negra. Ou seja: os jovens negros que não morrem violentamente têm grande chance de passar algum período de suas vidas na prisão. São os sobreviventes das persistentes zonas coloniais de nossas cidades, espaços nos quais as lógicas de regulação e de emancipação, como vimos, praticamente inexistem, onde residem aqueles para quem o direito não cumpre nem a função de tutela da vida nem a de contenção do poder punitivo estatal.

Não podemos mesmo julgar exagerada, desse modo, a assertiva, sustentada politicamente mas também no âmbito da academia, de que se vive no Brasil um processo de genocídio da população negra. Como vimos em tópicos anteriores, existem formas diversas de extermínio de um agrupamento humano e um sentido social e cultural para este. A exclusão radical de um contingente elevado de pessoas pertencentes a um determinado grupo social é também um modo de contribuir para a extinção da identidade em torno da qual se vinculam os seus membros. A incapacitação social, provocada pela forma como é executada a prisão no Brasil, significa a privação quase totalitária de direitos. Os presos no Brasil são atacados não só na sua liberdade, mas especialmente na sua saúde mental, na sua intimidade, na sua privacidade, na sua dignidade. Incapacitando uma parcela significativa desse grupo e associando a imagem dos remanescentes àquela dos incapacitados, o grupo perde sua identidade.

É comum, nas reflexões sobre encarceramento em massa, o uso e a simples repetição de dados oficiais, assim como discussões sobre eventuais vieses estatísticos e o questionamento da exatidão dos números apresentados. Tentar espelhar em tabelas e gráficos a evolução exponencial do aprisionamento é relevante para se ter uma dimensão global do fenômeno. Entretanto, não se pode perder a perspectiva de que falar de encarceramento é sempre falar de sofrimento humano, da inflição de dor, de restrição de liberdade, dadas a violência institucionalmente empregada nas detenções e as condições notoriamente precárias de boa parte dos estabelecimentos penais. Os números apresentados na sequência representam

[561] O Atlas da Violência, divulgado em 2018, produzido pelo IPEA e pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública, apresentam dados semelhantes. Segundo o relatório da pesquisa: "Em 2016, por exemplo, a taxa de homicídios de negros foi duas vezes e meia superior à de não negros (16,0% contra 40,2%). Em um período de uma década, entre 2006 e 2016, a taxa de homicídios de negros cresceu 23,1%. No mesmo período, a taxa entre os não negros teve uma redução de 6,8%. Cabe também comentar que a taxa de homicídios de mulheres negras foi 71% superior à de mulheres não negras". CERQUEIRA, Daniel (coord.). **Atlas da Violência.** Rio de Janeiro: IPEA/FBSP, 2018, p. 40**.**

vidas, em sua grande maioria vidas negras, que sofrem cotidianamente punições não apenas disciplinares, como pretendia o discurso moderno sobre as prisões, mas primordialmente castigos corporais, sobre os corpos tidos como desnecessários ao mercado.

Para o convencimento de que há uma política de encarceramento voltada para uma parcela muito específica da sociedade brasileira, melhor do que verificar os números seria acompanhar a realização de vistorias nos presídios nacionais. Bastaria um mínimo de sensibilidade ou de empatia para se perceber que ali se aglomeram seres humanos em condições insalubres, em espaços superlotados, não raras vezes com acesso limitado à agua, à alimentação e a produtos de higiene. As denúncias de tortura e de violência institucional também acompanham as prisões no Brasil há bastante tempo.

Aos que preferem manter-se distantes fisicamente dessa realidade, ainda assim seria possível conhecê-la por meio dos relatórios de Comissões Parlamentares de Inquérito sobre o sistema prisional, que são realizadas, pelo menos, desde 1976[562], ou por relatórios de organismos nacionais e internacionais de direitos humanos[563]. De qualquer forma, os números sobre encarceramento no Brasil são mesmo gritantes e não podem ser negligenciados, ainda que sejam considerados insuficientes ou incompletos.

Os dados considerados oficiais são os fornecidos pelo Ministério da Justiça por meio sistema de informação penitenciária – INFOPEN, embora eles concorram também com os que estão sendo disponibilizados pelo Conselho Nacional de Justiça. As informações do INFOPEN só começaram a ser sistematizadas em um padrão nacional em junho de 2005 e esse é um primeiro problema[564]. A carência de uma fonte segura sobre os dados penitenciários no período anterior a 2005 dificulta análises históricas[565]. Além disso, o primeiro relatório

---

[562] Solicitei por meio da lei de acesso à informação todos os relatórios de CPIs relacionadas ao sistema prisional na Câmara de Deputados e me foram fornecidos os de 1976, 1993 e o mais recente de 2017.

[563] Podem ser facilmente acessados na internet os seguintes: HUMAN RIGHTS WATCH. **O Brasil atrás das grades**. Disponível em: http://pantheon.hrw.org/legacy/portuguese/reports/presos/prefacio.htm. Acesso em: 19 set 2017. ONU. SPT. **Relatório sobre a visita ao Brasil do Subcomitê de Prevenção da Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes**. Disponível em: https://nacoesunidas.org/img/2012/07/relatorio_SPT_2012.pdf Acesso em 18 set. 2017 e, ainda, o RODLEY, Nigel S.. **Report of the Special Rapporteur**, Sir Nigel Rodley, submitted pursuant to Commission on Human Rights resolution 2000/43. Disponível em:http://acnudh.org/wp-content/uploads/2011/01/Report-of-the-Special-Rapporteur-on-Torture-Visit-to-Brazil-2001.pdf. Acesso em: 18 set. 2017.

[564] Uma análise crítica sobre a forma como são elaborados os dados do INFOPEN pode ser encontrada em: PIMENTA, Victor Martins. **Por trás das grades:** o encarceramento brasileiro em uma abordagem criminológico-crítica. 2016. Dissertação (Mestrado) – Universidade de Brasília, 2016.

[565] O levantamento do INFOPEN que será comentando a seguir contém informações sobre o número total de presos desde 1990, afirmando que se referem a dados obtidos do Ministério da Justiça. Se a confiabilidade no preenchimento dos formulários é limitada com o sistema informatizado, com maior razão há de se desconfiar

sintético disponibilizado pelo INFOPEN, no site do Ministério da Justiça, apresenta apenas os dados gerais da população prisional e as categorias de análise não foram, em sua maioria, preenchidas pelos estados.

O relatório mais atualizado produzido pelo Ministério da Justiça brasileiro foi divulgado em 2017 com dados referentes a junho de 2016. Segundo esse relatório, o Brasil possui, em números absolutos, 726.712 presos para 368.049 vagas[566]. Isso significa que há um déficit de 358.663 vagas e que a nossa taxa de ocupação está no patamar de 197,4%[567]. Esse mesmo relatório indica que, em 1990, o país possuía cerca de 90.000 pessoas presas, o que representa um crescimento de 707% no período de 26 anos.

Se considerarmos a estimativa populacional do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)[568], no ano 2000, a população brasileira era aproximadamente de 172 milhões de pessoas, tendo alcançado, em julho de 2016, cerca de 206 milhões de indivíduos. O crescimento da população em geral, nesse período, portanto, foi de 19,7%. Se voltarmos os olhos, por outro lado, para os dados do mencionado relatório do INFOPEN, em 2000, a população prisional do país era de, aproximadamente, 232 mil pessoas, e, em junho de 2016, como visto, esse número elevou-se para 726 mil presos. O crescimento, desse modo, no mesmo período de 16 anos, foi de 212%. O aumento demográfico não é suficiente, pois, para explicar a elevação do aprisionamento de pessoas em nosso país.

Para fins de definição do nível de encarceramento e para comparações internacionais, é a taxa de encarceramento que tem sido utilizada com maior frequência. A taxa de encarceramento representa o número de presos por 100.000 habitantes. No Brasil, ela, em junho de 2016, estava em 352,6 por 100.000 habitantes. O crescimento exponencial do

---

também da precisão dos dados anteriores à implantação do INFOPEN. De qualquer modo, os dados anteriores a 2005 são genéricos e não permitem, por exemplo, inferências sobre idade, raça, nacionalidade e tempo de prisão provisória.

566 BRASIL. Ministério da Justiça. **Levantamento nacional de informações penitenciárias**: INFOPEN. Brasília: DEPEN, 2017, p. 7.

567 Segundo os dados disponibilizados pelo *Institute for Criminal Policy Research (ICPR)*, o Brasil ocupa a 42ª posição no ranking de 205 países em relação à taxa de ocupação. Esse dado indica a superlotação dos estabelecimentos penais. Nesse item, somos os piores entre os BRICS (grupo de países formado por Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul) e na América do Sul só perdemos para a Bolívia e o Peru. Os três primeiros lugares desse ranking são ocupados por Haiti, Filipinas e El Salvador. O instituto em questão considerou os dados do Conselho Nacional de Justiça, que indicam que o Brasil teria uma taxa de ocupação de 165,4% de sua capacidade. ICPR. **World Prison Brief**. Londres: 2018. Disponível em: http://www.prisonstudies.org/highest-to-lowest/occupancy-level?field_region_taxonomy_tid=All. Acesso em: 1 jun. 2018.

568 IBGE. **Estimativa Populacional-2016**. Disponível em: ftp://ftp.ibge.gov.br/Estimativas_de_Populacao/Estimativas_2016/estimativa_TCU_2016_20170614.pdf. Acesso em: 31 mai. 2018.

encarceramento não ocorreu apenas em termos absolutos. A taxa de encarceramento saiu de 137 presos por 100.000 habitantes, no ano 2000, para 352,6 por 100.000, em junho de 2016.

É importante destacar que o Brasil segue na contramão das outras potências da punitividade[569]. De acordo com o relatório do INFOPEN de junho de 2014[570], com base nos dados do *International Centre for Prison Studies*, a taxa de encarceramento entre 2008 e 2014 variou negativamente nos EUA (-8%), na China (-9%) e na Rússia (-24%), países que, naquele momento, possuíam população prisional superior à do Brasil. Nesse mesmo período, a variação da taxa de encarceramento no Brasil foi positiva em 33%. Esses dados podem indicar, especialmente no que se refere à Rússia, que, enquanto lá já se encaminha para um processo de contenção e redução do encarceramento, aqui seguimos apostando no e acelerando o aprisionamento de pessoas.

Em relação aos países de colonização ibérica no continente americano, o Brasil também se destaca negativamente. A taxa de encarceramento brasileira é a mais alta (325) e é bem mais elevada que a de países como Argentina (186); Venezuela (173); Bolívia (156); Equador (222); Colômbia (226); ou mesmo que a do México (165).

Como ressalta Maximo Sozzo, não se pode deixar de reconhecer, entretanto, que esse dado – a taxa de encarceramento – é um indicador incompleto. Primeiramente, ele não reflete o nível de *penalidade*, isto é, o nível de dor e sofrimento produzido pelo sistema penal, já que não podem ser comparadas as condições de vida na prisão no Brasil ou na Argentina e na Dinamarca ou na Finlândia[571]. Além disso, as agências estatais que produzem a informação podem utilizar critérios distintos para definir a população penitenciária (podem ser excluídos os presos provisórios, os presos em cadeias, os presos em regime aberto ou semiaberto, por exemplo)[572]. Por fim, a taxa de encarceramento na forma como calculada é sempre uma fotografia de um determinado momento que não reflete o número de pessoas que efetivamente passou pelo sistema prisional, revela-se uma visão estática da população prisional.

Sobre esse último ponto, algumas considerações precisam ser realizadas. O último relatório do INFOPEN indicou que, em 45% dos estabelecimentos que têm presos provisórios

---

[569] Entendemos por *punitividade* a cultura de fomentar o controle social sobretudo por meio do exercício do poder de punir estatal.

[570] BRASIL. Ministério da Justiça. **Levantamento nacional de informações penitenciárias**: INFOPEN. Brasília: DEPEN, 2015, p. 14.

[571] SOZZO, Máximo. Postneoliberalismo y penalidad en América del Sur: a modo de introdución. *In:* SOZZO, Maximo (coord). **Postneoliberalismo y penalidade em America del Sur.** Buenos Aires: Clacso, 2016, p. 10.

[572] *Ibidem.*

e que dispunham da informação sobre o tempo da prisão provisória, cerca de 47% dos presos provisórios ali estão há mais de 90 dias. É possível, pois, inferir que há, a cada 3 meses, uma grande rotatividade (cerca de 63% do total) de presos no sistema carcerário nacional. Assim, considerando que o número total de presos provisórios, em junho de 2016, era 292.450 pessoas, a cada três meses, grosso modo, 63% desse número (184.243) entrou e saiu das prisões[573]. É possível, pois, perceber que a taxa de encarceramento não revela mesmo a quantidade total de pessoas que foram presas naquele ano, mas apenas o número, ainda assim incompleto, daquelas que se encontravam presas no momento do levantamento. Esse dado precisa, pois, ser utilizado com essas ressalvas para fins de comparação. De qualquer sorte, considerando que, apesar de sua incompletude, é esse o critério que tem sido utilizado para comparações internacionais, é com base nele que examinaremos a evolução do aprisionamento no Brasil.

Quanto ao perfil das pessoas presas, a massa de detidos em nosso país é majoritariamente negra. Segundo o próprio INFOPEN, como já antecipado linhas atrás, 64% da população prisional é negra (preta ou parda, conforme classificação utilizada pelo IBGE). A sobrerrepresentação desse grupo se destaca especialmente se considerarmos que os negros são 53% da população brasileira em geral. Em exame mais detalhado, Jacqueline Sinhoretto, na pesquisa que realizou para a Série Juventude Viva, da Secretaria Nacional de Juventude, constatou que, em 2012, "para cada grupo de 100 mil habitantes brancos acima de 18 anos havia 191 brancos encarcerados, enquanto para cada grupo de 100 mil habitantes negros acima de 18 anos havia 292 negros encarcerados", e, concluiu: "proporcionalmente o encarceramento de negros foi 1,5 vez maior do que o de brancos"[574].

O encarceramento feminino é também um fenômeno crescente. De 2006 a 2014, a população carcerária feminina aumentou 567%; enquanto a masculina, no mesmo período, foi

[573] Em artigo publicado no Boletim do Ibccrim, Antonio Eduardo Ramiro Santoro e outros realizaram cálculo semelhante com base no relatório do INFOPEN de dezembro de 2014. Eles constataram que, pela perspectiva estática, o número de presos provisórios indicado no final de 2014 seria de 249.668 pessoas. Já de acordo com a perspectiva dinâmica esse número poderia ser projetado em 803.930 presos provisórios tendo passado pela prisão naquele ano. Cf. SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; TAVARES, Natália Lucero Frias; GOMES, Jefferson de Carvalho Gomes. A perspectiva dinâmica da população provisoriamente encarcerada no contexto do superencarceramento brasileiro. **Boletim IBCCRIM,** São Paulo, v. 25, n. 300, p. 8-10., nov. 2017, p. 10.

[574] BRASIL. Secretaria Nacional de Juventude. **Mapa do encarceramento**: os jovens do Brasil. Brasília: Presidência da República, 2015, p. 34.

de 220%[575]. O Brasil ocupa, hoje, o quinto lugar no ranking dos países que mais prendem mulheres[576]. Aqui também o recorte de raça se evidencia. Do total de mulheres presas, 67% são negras[577].

Além de um perfil de presos e presas, jovens e negros(as), o encarceramento no Brasil se caracteriza por um alto índice de presos provisórios e de presos por crimes contra o patrimônio e relacionados com drogas. Do total de pessoas privadas de liberdade, cerca de 40% é de presos provisórios, isto é, sem condenação transitada em julgado[578]. E o que é pior: consoante pesquisa realizada pelo IPEA sobre penas alternativas, cerca de 37,2% dos presos provisórios são soltos ao final do processo, isto é, são sancionados com penas diversas da prisão, absolvidos ou têm seus processos extintos por qualquer outra razão[579].

A política de drogas direciona cerca de 26% das prisões no Brasil, se considerada a população prisional em geral, e 62%, se considerada apenas as prisões de mulheres[580]. Outros 38% são presos por crimes contra o patrimônio associados a uma criminalidade de rua praticada por jovens das classes subalternas. Os crimes contra a pessoa (homicídios, lesão corporal e violência doméstica, por exemplo) representam apenas 12% do total de presos no Brasil.

Essa questão pode ser vista, assim, sob o ângulo da proporcionalidade. A prisão é uma das mais graves violações à liberdade do cidadão e, nas condições em que executada no Brasil, é uma das mais cruéis formas de imposição de violência à pessoa. Contudo, ela é imposta a 320.928 pessoas (cerca de 51% do total de presos), acusadas da prática de crimes sem violência[581]. Assim, mesmo para comportamentos não violentos o Estado impõe como

---

[575] BRASIL. Ministério da Justiça. **Levantamento nacional de informações penitenciárias**: INFOPEN-MULHERES. Brasília: DEPEN, 2015, p. 10.
[576] *Idem,* p. 8.
[577] *Idem,* p. 24.
[578] BRASIL. Ministério da Justiça. **Levantamento nacional de informações penitenciárias**: INFOPEN. Brasília: DEPEN, 2017, p. 13.
[579] BRASIL. IPEA. **A aplicação de penas e medidas alternativas:** relatório de pesquisa. Rio de Janeiro: IPEA, 2015, p. 37-38.
[580] *Idem,* p. 43.
[581] Consideramos "crimes sem violência contra a pessoa" os crimes patrimoniais praticados sem violência ou grave ameaça (excluímos os roubos, o latrocínio e a extorsão); os crimes contra a fé pública e contra a administração pública, os crimes da lei de drogas, os crimes do estatuto do desarmamento e os crimes de trânsito (excluindo o homicídio doloso). Os dados foram contabilizados conforme o INFOPEN/2017. Cf.: BRASIL. Ministério da Justiça. **Levantamento nacional de informações penitenciárias**: INFOPEN. Brasília: DEPEN, 2017, p. 41-43.

resposta (penal) uma ação extremamente violenta como a prisão, afastando-se da proporcionalidade e alimentando, desse modo, as chamadas profecias autorrealizáveis.

Por onde quer que se examinem esses dados, impõe-se mesmo a conclusão de que há sim um processo de encarceramento em massa no Brasil, seja em seu aspecto quantitativo seja no aspecto qualitativo (do aprisionamento massivo de um grupo particular da sociedade).

Vimos também que o encarceramento em massa no Brasil apresenta algumas particularidades. Por aqui, além do populismo penal que caracteriza majoritariamente a produção legislativa nessa matéria, com um consenso improvável entre partidos de esquerda e de direita, enfrentamos uma dualidade no sistema de justiça criminal com diferenças significativas entre o sistema penal aparente e o sistema penal subterrâneo. Este último, que caracteriza a forma como as agências executivas e judiciais de controle social operam na realidade, foi sendo desenhado e estruturado historicamente sobre uma base racial que não pode ser ocultada.

O racismo se manifesta nas agências policiais por meio da truculência e da letalidade de sua atuação sobre a população negra. Ele se expressa também nas escolhas não inocentes dos desvios contra os quais se movimenta o aparelho repressivo militarizado. Se são os policiais militares que com frequência iniciam os processos de atuação do sistema de justiça criminal, as demais agências reforçam a seletividade por meio de mecanismos discriminatórios de produção da verdade.

Todas essas particularidades do encarceramento em massa *à brasileira* permitem compreender por que a atuação dos que pretendem confrontar essa cultura jurídica do controle não se limita à defesa individual dos acusados. Sendo esse um problema estrutural, é natural que se imagine que o seu enfrentamento há de ser feito com medidas, no âmbito judicial e fora dele, que ao menos pretendam maior impacto.

É justamente isso que intentamos verificar nos capítulos seguintes: como se têm desenvolvido, no Brasil, o movimento de resistência ao encarceramento em massa e, particularmente, como tem atuado a advocacia de impacto ou de litígio estratégico em matéria criminal, quais os seus limites e desafios no contexto que acabamos de descrever?

6 O ATIVISMO JURÍDICO EM MATÉRIA PENAL NO BRASIL: os atores e as estratégias integradas (judiciais e extrajudiciais) contra a política nacional de encarceramento em massa

6.1 O ATIVISMO ANTIPRISIONAL NO BRASIL CONTEMPORÂNEO

Identificamos no capítulo anterior registros de focos de resistência na história das demais formas de segregação e de dominação sócio-racial no Brasil. Os quilombos, as rebeliões de escravos e a luta pela abolição foram exemplos de inconformismos e de mobilização política contra aqueles modelos exclusão. Considerando, na linha do pensamento de Michelle Alexander, o encarceramento em massa como um novo modelo de segregação social, que estratégias de ação coletiva têm sido desenvolvidas na contemporaneidade? Este capítulo pretende responder a esse questionamento, tomando por base a coleta de dados que empreendemos para os fins desta cartografia, ressaltando, neste momento, as ações extrajudiciais, isto é, aquelas que se desenvolvem fora do âmbito do Poder Judiciário.

Resgatar os passos mais recentes desse ativismo não poderia começar senão pelo desenvolvimento no país das articulações em torno da questão racial e da violência policial. Com efeito, em um período mais recente, a contestação à violência policial dirigida contra a população negra esteve entre as pautas fundadoras do Movimento Negro Unificado (MNU) no Brasil[582]. Desde seu surgimento, o MNU indicava estar consciente do uso na sociedade

[582] Ao lado dessa pauta, destacava-se também a denúncia do mito da democracia racial. Sobre o tema, Milton Barbosa, narrando a constituição do Movimento Negro Unificado, afirma que: "em 18 de junho de 1978 representantes de vários grupos se reuniram em resposta à discriminação racial sofrida por quatro garotos do time infantil de voleibol do Clube de Regatas Tietê e a prisão, tortura e morte de Robison Silveira da Luz, trabalhador, pai de família, acusado de roubar frutas numa feira, sendo torturado no 44º Distrito Policial de Guaianases, vindo a falecer em consequência às torturas. Representantes de atletas e artistas negros, entidades do movimento negro (Centro de Cultura e Arte Negra – CECAN), Grupo Afro-Latino América, Associação Cultural Brasil Jovem, Instituto Brasileiro de Estudos Africanistas – IBEA e Câmara de Comércio Afro-Brasileiro, representada pelo filho do deputado Adalberto Camargo, decidiram pela criação de um Movimento Unificado Contra a Discriminação Racial". BARBOSA, Milton. **Miltão do MNU:** um pouco de história não oficial. https://www.geledes.org.br/miltao-do-mnu-um-pouco-de-historia-nao-oficial/. Acesso em: 31 out. 2018. Para uma visão sobre a história do movimento negro, em sentido mais amplo, no Brasil, confira-se: PEREIRA, Amílcar Araújo. **O mundo negro:** relações raciais e a constituição do movimento negro contemporâneo no Brasil. Rio de Janeiro: Pallas, 2013. Nesse trabalho, o autor ressalta que existem, hoje, várias manifestações de movimentos sociais que têm a questão racial como sua razão de ser. Seria, assim, possível falar em "movimentos negros". Ele destaca, contudo, que os próprios integrantes desses grupos costumam identificar-se como membros do "movimento negro". Ele sublinha, ainda, que há manifestações de ação coletiva articulada em torno da questão racial muito antes da década de 1970 e que, em um sentido amplo, seria possível reconhecer como parte da história do movimento negro todas as atividades de defesa física e cultural do negro. Citando Joel Rufino dos

brasileira das prisões como mecanismo de controle racial. Esse movimento "foi composto por diversos pequenos coletivos negros, entre os quais estava um movimento de presos da Casa de Detenção chamado *Netos de Zumbi"*[583]. De fato, na sua carta de princípios, lançada ainda em 1978, os integrantes do MNU já afirmavam, como considerações fundamentais de sua constituição, estar convencidos da existência no Brasil, entre outras sinalizações do racismo, , de "condições subumanas de vida nos presídios" e de uma "permanente repressão, perseguição e violência policial"[584].

A luta antiprisional no país é impulsionada, contudo, pelo recrudescimento da política de encarceramento, a partir da década de 1990. Essa década, aliás, é marcada, logo em seu início, pelo massacre do Carandiru, no qual, no mínimo, 111 pessoas presas foram assassinadas[585] em ação truculenta promovida por policiais do estado de São Paulo, em 2 de outubro de 1992[586]. É também nesse período que mães e familiares de pessoas presas assumiram a linha de frente desse movimento antiprisional para preservar a vida de seus filhos e o respeito a seus direitos, especialmente diante de numerosos casos de tortura praticados por agentes do estado contra adolescentes internados nas unidades da então denominada FEBEM (Fundação Estadual do Bem Estar do Menor), hoje Fundação CASA (Centro de Atendimento Socioeducativo ao Adolescente).

A partir da reunião dessas mães, de familiares e de amigos das pessoas presas, foi fundada também na década de 1990 a AMPARAR – Associação de Amigos/as e Familiares de Presos/as[587]. Na sequência, outras instituições semelhantes surgiram nas diversas regiões

---

Santos, Amílcar Pereira lembra que, ainda em 1931, foi fundada a Frente Negra Brasileira (FNB), que seria o primeiro exemplo de movimento negro em sentido estrito. *Idem*, p. 111-115. Ver também: DOMINGUES, Petrônio. Movimento negro brasileiro: alguns apontamentos históricos. **Tempo**, Niterói, v. 12, n. 23, p. 100-122, 2007.

583 PASTORAL CARCERÀRIA. **Luta antiprisional no mundo contemporâneo:** um estudo sobre experiências de redução da população carcerária em outras nações. Disponível em: http://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2018/09/relatorio_luta_antiprisional.pdf. Acesso em: 31 out. 2018, p. 65.

584 MOVIMENTO NEGRO UNIFICADO. **Carta de princípios.** Disponível em: <https://movimentonegrounificadoba.files.wordpress.com/2013/10/carta-de-princc3adpios-do-movimento-negro-unificado.doc>. Acesso em: 31 out. 2018.

585 Familiares contestam os números oficiais e afirmam que ele é ainda maior. Confira-se, por exemplo, a manifestação constante no site da AMPARAR. Disponível em: http://associacaoamparar.blogspot.com/2012/09/eventos-lembram-os-20-anos-do-massacre.html. Acesso em: 31 out. 2018.

586 Esse episódio é mencionado também como um dos que provocou a formação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), que tem sede em São Paulo. Algumas informações sobre a fundação do Instituto estão disponíveis no editorial do Boletim comemorativo dos 25 anos do Instituto: IBCCRIM. Editorial. **Boletim,** São Paulo, n. 298, set. 2017**.**

587 Em conjunto com as outras entidades representativas de familiares e amigos de pessoas presas, a AMPARAR representa, ainda hoje, aquilo que poderíamos denominar de movimento de base da luta antiprisional no Brasil,

do país, sendo exemplar a constituição do SEMPRI – Serviço Ecumênico de Militância nas Prisões, em 1997, em Pernambuco. Não havia, entretanto, nesse primeiro momento, uma atuação mais articulada entre essas organizações e os demais grupos de defesa de direitos humanos.

Essa articulação em rede é um fenômeno mais recente e foi a percepção de sua emergência que estimulou o desenvolvimento desta pesquisa. Nos tópicos seguintes, buscaremos identificar os principais contornos desse novo momento do ativismo antiprisional no Brasil, com atenção voltada para o que temos chamado de ativismo jurídico.

Antes de apresentar os traços mais específicos dessa ação coletiva contra a política de encarceramento em massa disseminada no país, necessário é repisar os elementos que indicaram o surgimento dessa mobilização do discurso jurídico de âmbito nacional.

6.2 OS INDICATIVOS DA RESISTÊNCIA: encontros e manifestos credíveis contra o encarceramento em massa

O tema dessa pesquisa foi delimitado a partir da percepção de que despontavam no Brasil sinais de organização e de articulação da sociedade civil com o intuito declarado de conter o aumento acelerado do número de pessoas presas por meio da utilização de mecanismos jurídicos. Essa hipótese foi suscitada, em primeiro lugar, pela ocorrência em Pernambuco, de dois eventos, em um curto espaço de tempo, relacionados com o tema, patrocinados ou organizados por entidades que atuam na proteção de direitos humanos no sistema carcerário estadual.

O primeiro desses eventos foi o III Seminário Internacional de Pesquisa em Prisão, promovido pela ANDHEP (Associação Nacional Direitos Humanos, Pesquisa e Pós-Graduação), organizado pelo Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos da UFPE em conjunto com representantes da Universidade de São Paulo, com o apoio do grupo de extensão universitária chamado *Além das Grades*, da Universidade Federal de Pernambuco, entre 27 e 29 de setembro de 2017. Na descrição do evento, percebe-se nitidamente a conexão

---

isto é, aquele grupo de pessoas que é diretamente afetado pelas condições de funcionamento do sistema prisional do país e que, justamente por essa razão, têm ampla legitimidade para demandar políticas relacionadas à questão carcerária. A AMPARAR participa ativamente das agendas relacionadas ao tema e também da formação política de quem se associa a essas demandas, sendo exemplar dessa última atividade a colaboração na coletânea de

entre pesquisa e ação que se pretendia com a sua realização. O objetivo declarado era reunir, de fato, pesquisadores e ativistas[588]. A intenção de influenciar políticas públicas no campo prisional também estava explicitada e associada com a justificativa do evento:

> A crise do sistema carcerário brasileiro, hoje evidenciada pelas inúmeras rebeliões ao redor do país, é oriunda de um cenário de anos de gestões irresponsáveis na condução da segurança pública do Brasil. [...]A chamada "crise carcerária" já estava sendo anunciada há muitos anos, por diversos estudos, muitos dos quais passaram pelos seminários promovidos pela Andhep nos últimos anos. Diante da urgência e refletirmos sobre a temática, pela necessidade de convergir pesquisas em debate público e influenciar políticas públicas, a Andhep acredita ser necessária a realização de mais um seminário internacional.

O evento foi estruturado nos moldes de outros tantos eventos acadêmicos. Palestras de caráter expositivo em um primeiro momento, seguidas de debates mais horizontais nos Grupos de Trabalho (GTs). Ele contou, entretanto, com algumas apresentações que conferiam um tom mais próximo da práxis política. Logo na sua abertura, foi convidada uma mulher, que já fora presa e que se tem disposto a denunciar as condições concretas da prisão em diversos espaços. Dar voz aos sujeitos que são atingidos diretamente pelo encarceramento em massa é também um ato político. Uma única manifestação como essa, em todo o evento, contudo, não revelava ainda uma abertura concreta e definitiva para saberes distintos do saber científico dominante.

Chamou a atenção, por outro lado, a participação da denominada Rede de Justiça Criminal, que disponibilizou aos participantes a experiência "Realidade Visceral", comentada mais adiante, que tem por objetivo sensibilizar o grande público para as condições da prisão no Brasil por meio de dispositivo de realidade virtual. Não é possível afirmar, no entanto, que o Seminário se destacou propriamente por seu aspecto político. Logrou congregar, de qualquer modo, ativistas e pesquisadores, sendo possível notar uma interação mais próxima entre a universidade e grupos de direitos humanos, entre pesquisa e extensão universitárias.

---

artigos organizada por Givanildo Manoel da Silva. Confira-se: SILVA, Givanildo Manoel da. **Quebrando as grades:** liberdade incondicional. São Paulo: SEFRAS, 2017.

[588] Vale citar o seguinte trecho extraído do tópico "sobre o evento": " O Seminário Internacional de Pesquisa em Prisão busca o fomento ao pensamento crítico e técnico acerca da realidade prisional brasileira e internacional, estabelecendo diálogos entre pesquisadores, ativistas, estudantes e gestores de diversas áreas do campo dos Direitos Humanos". ANDHEP. III Seminário de Pesquisa em Prisão. Disponível em: http://www.andhep.org.br/artigo.php?c=227&a=III%20Semin%E1rio%20de%20Pesquisa%20em%20Pris%E3o. Acesso em: 08 jun. 2018.

O segundo evento, de caráter menos acadêmico e com nítida proposta de articulação política, foi o II Encontro da *Agenda Nacional pelo Desencarceramento* (Agenda Nacional), promovido pela Pastoral Carcerária, com o apoio do GAJOP. Esse evento reuniu, nos dias 28 e 29 de novembro de 2017, na cidade de Olinda-PE, entidades de regiões diversas do país que militam na área de proteção dos direitos humanos em geral e, em especial, dos grupos sociais mais vulneráveis à criminalização. Participaram grupos que representam familiares e amigos de presos e também entidades que defendem pautas conexas ao tema carcerário, como as que se opõem à política de drogas (antiproibicionistas) e as que combatem o racismo (movimento negro).

Nesse evento, a horizontalidade no diálogo entre os presentes era mais facilmente percebida. Todas as pessoas que desejassem se manifestar poderiam inscrever-se e fazer uso da fala por igual período. Em espaços como esse, o eruditismo, tão comum entre os juristas, é rechaçado assim como os preconceitos enraizados na linguagem. Percebe-se um nítido cuidado com o uso de expressões que possam revelar preconceitos machistas, racistas ou homofóbicos, por exemplo. Algumas palavras ou categorias foram utilizadas com frequência revelando alguns lugares comuns, tais como: empatia, resistência, lugar de fala, território, empoderamento e interseccionalidade.

No relato que fez do II Encontro, a Pastoral Carcerária destacou que "o evento teve como objetivo promover a articulação e ações de enfrentamento ao encarceramento em massa e violações de Direitos Humanos no sistema prisional e socioeducativo brasileiros", esclarecendo ainda que se intencionava no encontro "relançar a Agenda atualizada pelo Desencarceramento, hoje assinada por 43 entidades"[589].

É válido ressaltar também, como indicativo da formação de uma articulação ampla em nível nacional, que, ainda em 2017, houve o lançamento da campanha *16 medidas contra o Encarceramento em Massa* (doravante chamada de "16 Medidas"), patrocinada pelo IBCCRIM (Instituto Brasileiro de Ciências Criminais), com a publicação de documento assinado por diversas entidades, que será examinado mais adiante.

O tema também foi objeto de encontros e mesas-redondas no âmbito do Fórum Social Mundial, realizado em Salvador, de 13 a 17 de março de 2018, fomentados particularmente por grupos que conformam a Agenda Nacional pelo Desencarceramento. O painel organizado

pela Agenda Nacional mais uma vez se distinguiu por sua natureza de articulação política. Com as cadeiras dispostas em círculo, representantes de diversos grupos (movimentos feministas, negros/as, de trabalhadores/as sem-teto, anti-proibicionistas etc.) intercambiaram os conhecimentos e as experiências acumuladas, com oportunidade, inclusive, para que a advogada que representava um grupo de assessoria jurídica popular esclarecesse os caminhos e as dificuldades do *habeas corpus* coletivo, que meses antes fora concedido em favor de presas gestantes[590].

Como destaca Boaventura de Sousa Santos, o Fórum Social Mundial é "o conjunto de iniciativas de troca transnacional entre movimentos sociais e organizações não governamentais onde se articulam lutas sociais de âmbito local, nacional ou global"[591]. É um espaço de interação entre diversos grupos da sociedade civil, que convergem no sentido de um discurso de "resistência aos diversos sistemas de dominação"[592]. A presença no Fórum Social Mundial é mais um indicativo de um compromisso coletivo com a articulação de uma pauta comum.

De fato, promover esses encontros em eventos nacionais e internacionais envolve custos elevados e demanda um esforço coletivo que só faz sentido quando se tem um projeto comum minimamente estruturado. Se a esse projeto se associam uma identidade coletiva e a definição de um adversário bem delimitado, então, na visão de Touraine, poderíamos visualizar a existência de um movimento social em sentido mais estrito.

A nossa pesquisa exploratória partiu de dois documentos publicados por um conjunto de entidades. A partir desses documentos, categorizamos o perfil das entidades que os assinam e, entre elas, examinamos o grupo que poderia ser classificado como entidades jurídicas ou com serviços jurídicos. Nesse grupo, como esclarecido no tópico sobre a metodologia da pesquisa, percebemos que havia um conjunto ainda mais articulado de entidades que se reuniam na chamada Rede de Justiça Criminal. Nos tópicos seguintes,

---

589 Informações disponíveis em: http://www.global.org.br/blog/agenda-nacional-pelo-desencarceramento-2016-2017-e-lancada-em-olinda/. Acesso em 29 set. 2018.

590 Detalhes sobre esse habeas corpus (HC nº 143.641) serão apresentados no último capítulo.

591 SANTOS, Boaventura de Sousa. **A gramática do tempo:** para uma nova cultura política. São Paulo: Cortez, 2006, p. 417.

592 No site desenvolvido para o encontro, ele foi definido como o "encontro da resistência", nos seguintes termos: "Os sonhos da humanidade hoje se defrontam com os fundamentalismos das guerras e xenofobias e dos sistemas de dominação com suas novas formas de golpear liberdades e democracias. A capacidade de resistir é violentamente desafiada. Por isso as organizações e movimentos alinhados com a Carta de Princípios do Fórum

descreveremos particularmente a atuação dos membros dessa Rede de Justiça Criminal, a partir das entrevistas e da análise de documentos coletados.

Vimos, no segundo capítulo, que toda ação coletiva de caráter político se estrutura em torno de pautas comuns. São elas que servem de orientação para a construção da identidade coletiva. A percepção de que havia algo no tema da contenção ao encarceramento em massa que se aproximava de um movimento social surgiu, assim, da verificação de que haviam sido lançados, recentemente, dois documentos de âmbito nacional, umbilicalmente ligados, que expressavam as propostas da sociedade civil para o enfrentamento do problema do hiperencarceramento: a Agenda Nacional pelo Desencarceramento e as 16 Medidas Contra o Encarceramento em Massa.

Esses documentos contemplam propostas, em sua maioria, *de lege ferenda*, relacionadas a aspectos penais, processuais penais, de execução penal e de gestão administrativa das prisões. A publicidade que foi conferida e o fato de terem sido eles assinados por um grande número de grupos sociais eram realmente fortes indícios de que haveria ali um fenômeno ainda pouco (ou mesmo não) estudado de articulação da sociedade civil em torno dessa pauta.

6.2.1 A Agenda Nacional pelo Desencarceramento

Em 8 de outubro de 2016, a Pastoral Carcerária promoveu, em São Paulo, o primeiro encontro da denominada Agenda Nacional pelo Desencarceramento. A ideia era reunir associações, movimentos sociais e outras coletividades para debater novas estratégias de atuação e construir coletivamente um verdadeiro cronograma de ações para contenção do encarceramento. O encontro atualizou algumas propostas que já haviam sido apresentadas em novembro de 2013, em audiência pública provocada pelo movimento Mães de Maio[593].

A Agenda Nacional pelo Desencarceramento tem como diretrizes as seguintes: (I) Suspensão de qualquer investimento em construção de novos presídios; (II) Restrição Máxima

Social Mundial novamente se auto-convocam para reunir sua diversidade de lutas e somar forças para a resistência". Disponível em: https://wsf2018.org/o-fsm-2018/. Acesso em: 27 jun. 2018.

[593] O Movimento Mães de Maio reúne familiares (mães, sobretudo) e amigos das mais de 560 pessoas que foram mortas entre os dias 12 e 20 de maio de 2006, no estado de São Paulo. Uma parcela dessas pessoas teria sido morta por ações de vingança dos agentes de segurança contra os ataques que praticados por membros do PCC naquele mesmo período. Algumas informações sobre o grupo estão disponíveis em: http://maesdemaio.blogspot.com/2009/. Acesso em: 31 out. 2018.

das prisões cautelares, contração do sistema penal, redução de penas e descriminalização de condutas em especial aquelas relacionadas à política de drogas; (III) Ampliação das garantias da execução penal, abertura do cárcere para a sociedade e promoção de formas pacíficas e comunitárias de resolução de conflitos; (IV) Contra qualquer forma de privatização do sistema penal; (V) combate à tortura e desmilitarização das polícias e a gestão públicas.

A Pastoral Carcerária Nacional, em sua página na internet, disponibiliza tanto o documento em que essas diretrizes são detalhadas e no qual consta a lista de entidades que assinam as propostas, como vídeos em que alguns dos atores são entrevistados. Examinando esses vídeos, é possível verificar autodescrições da articulação.

Para Monique Cruz, representante da Justiça Global, por exemplo, "a agenda é uma proposta de organização popular"[594]. Já Maria Teresa, presidente da Sociedade de Amigos e Familiares de Pessoas em Privação de Liberdade de Minas Gerais, afirma que os encontros da Agenda são necessários porque permitem compartilhar o que se sabe e aprender coletivamente, difundindo experiências de modo a evitar erros em projetos que já foram tentados e replicar boas práticas. Débora Maria da Silva, coordenadora do Movimento Mães de Maio, dá o tom político da ação coletiva: "Todo preso é um preso político". E, ainda: "a agenda é para desencarcerar as vidas de negros". Aproximando-se de alguns modelos abolicionistas, propõe-se a substituição do modelo de Justiça Penal pelo de Justiça Restaurativa.

No documento que consolida as propostas da Agenda Nacional, seus autores declaram que o eixo condutor é a "reversão do encarceramento em massa" e a "redução gradativa e substancial da população prisional", garantindo às pessoas presas e familiares um mínimo de dignidade[595]. Assume-se uma postura político criminal que oscila entre o abolicionismo e o minimalismo. O lema final do texto é: "Por uma vida sem grades; por grades menos desumanas"[596]. A primeira parte denota claramente uma postura abolicionista que se associa às palavras de ordem contidas no texto, destacadas em caixa alta, de "nenhuma vaga a mais". Por outro lado, a segunda parte indica uma pretensão de melhoria das condições da prisão, o

---

[594] As entrevistas estão em vídeo na seção "vídeos relacionados ao tema" no site da Pastoral Carcerária. Disponível em: http://carceraria.org.br/agenda-nacional-pelo-desencarceramento. Acesso em: 27 jun. 2018.

[595] Cf.: PASTORAL CARCERÁRIA NACIONAL *et al*. **Agenda Nacional pelo Desencarceramento 2016-2017.** Disponível em: http://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2016/10/AGENDA_PT_2017-1.pdf. Acesso em: 25 set. 2018.

[596] *Idem*, p. 28.

que se aproxima das políticas minimalistas. Essa aproximação, aliás, também pode ser inferida do objetivo de reduzir "gradativamente" a população prisional.

No texto que introduz as diretrizes da Agenda Nacional, intitulado "desencarceramento ou barbárie", seus autores identificam a interseccionalidade na seletividade do encarceramento no Brasil. Afirmam que a maior parte das pessoas que estão encarceradas são acusadas de crimes contra o patrimônio; salientam que o crescimento do número de pessoas presas nos últimos vinte anos foi mais acelerado entre as mulheres que entre os homens; e que esse aprisionamento é marcado particularmente pelo racismo[597]. Classe, gênero e raça são apresentados, assim, como critérios do funcionamento discriminatório do sistema penal brasileiro. A propósito, os autores acolhem explicitamente a perspectiva dos efeitos duradouros do colonialismo, como se pode inferir do seguinte excerto:

> Tal seletividade marcada pelo racismo é característica da formação social e econômica brasileira desde a colonização portuguesa. Do navio negreiro às senzalas, do pelourinho e do capitão do mato às violentas abordagens policiais, passando pela lei da vadiagem, criminalização de condutas e das culturas originárias ameríndias, o sistema penal desvela-se não como remédio à criminalidade, como oficialmente se declara, mas sim como perseguidor de corpos negros de mulheres e homens, revelando o racismo estrutural que o perpassa e o determina. Insere-se, nesta mesma lógica racista, o genocídio da juventude preta e pobre, que é historicamente marginalizada, estigmatizada e indesejada[598].

O texto também incorpora a tese de Loïc Wacquant quanto à gestão penal da miséria. No documento em questão, os que assinam a Agenda Nacional afirmam que:

> Sob uma lógica socioeconômica que converte tudo e todas/os em mercadoria, que visa à ilimitada circulação de produtos comercializáveis, que maximiza os exorbitantes lucros financeiros de alguns poucos da elite política e econômica, em resumo, dentro da engrenagem neoliberal que necessariamente produz crescente miséria social, é o Estado Penal e Policial que é imposto na vida das populações periféricas. A criminalização das pessoas pobres é um instrumento estratégico e político de manutenção da ordem injusta e desigual em que vivemos[599].

O documento em questão proclama um "programa popular pelo desencarceramento" e teve duas edições. A primeira é de 2014 e foi assinada por 14 entidades. A segunda, que reproduz essencialmente o conteúdo da anterior, com pequenos ajustes de redação, manteve as 10 propostas e os mesmos eixos estruturantes, sendo publicada como a Agenda 2016-2017.

---

[597] PASTORAL CARCERÁRIA NACIONAL *et al*. **Op. Cit.** p. 6-7.
[598] *Ibidem.*

Esse documento continuou sendo divulgado e utilizado em 2018. Essa segunda edição contou com a assinatura de 43 entidades e foi a que serviu de base para nossa pesquisa. O perfil dos grupos que assinam o programa será discutido mais adiante.

A Agenda Nacional repercutiu, ainda, na elaboração de um outro documento, que pretendia traduzir diversas das propostas do programa em medidas legislativas concretas. Em um movimento que pode nitidamente ser considerado como uma resposta à campanha institucional do Ministério Público conhecida como "10 Medidas Contra a Corrupção" (que, na realidade, consistia em um conjunto de propostas legislativas mais amplo e que assumia uma postura político criminal nitidamente expansionista e eficientista)[600], o IBCCRIM (Instituto Brasileiro de Ciências Criminais), em conjunto com a Pastoral Carcerária, produziu um outro documento/manifesto que recebeu o sugestivo nome de "16 Medidas Contra o Encarceramento em Massa". Esse documento também foi aberto à assinatura coletiva.

Vejamos com mais detalhe o seu conteúdo.

6.2.2 As 16 Medidas Contra o Encarceramento em Massa

Para aprofundar as discussões travadas no âmbito da Agenda Nacional, sob a organização do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM, um grupo de entidades (Pastoral Carcerária Nacional - CNBB, a Associação Juízes para a Democracia – AJD e o Centro de Estudos em Desigualdade e Discriminação - CEDD/UnB) elaborou um caderno com 16 propostas legislativas, que têm por finalidade "impactar a dinâmica de encarceramento em massa no país"[601]. Esse caderno, desde o seu lançamento, contou com apoio de cerca de 68 entidades, entre instituições públicas, como algumas defensorias públicas estaduais, grupos de pesquisa de diversas universidades e outras organizações sociais.

---

[599] PASTORAL CARCERÁRIA NACIONAL *et al*. **Op. Cit.** p. 9.

[600] As chamadas"10 Medidas de Combate à Corrupção" constituem um projeto institucional do Ministério Público Federal, impulsionado por integrantes da força-tarefa da Operação Lava-Jato, para reforma da legislação penal, processual penal e administrativa brasileira. Compreende campanhas publicitárias, ações de *advocacy* e mobilização social. São um bom exemplo de como a mobilização do direito pode ocorrer nos dois sentidos da política criminal: para expansão do poder punitivo ou para sua contenção. A campanha ilustra também como órgãos do poder público têm incorporados estratégias de ação coletiva típicas da sociedade civil. A mobilização daqueles que Becker chamaria de "empreendedores da moral" que apostam na expansão do direito penal pode ser objeto de futuras pesquisas, mas seria inviável no âmbito desta.

[601] IBCCRIM *et al.* **Caderno de propostas legislativas:** 16 medidas contra o encarceramento em massa. Disponível em: https://www.ibccrim.org.br/docs/2017/16MEDIDAS_Caderno.pdf. Acesso em: 25 set. 2018.

O IBCCRIM dedicou diversos de seus boletins para difundir e debater as propostas e realizou alguns atos públicos de difusão. No dia 05 de abril de 2017, o caderno com as propostas legislativas foi entregue na Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados. Em seguida, 18 de abril de 2017, foi realizado um evento para divulgação das propostas na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

As 16 Medidas relacionam-se aos seguintes temas: 1- análise de impacto econômico como pré-requisito para aprovação de legislação penal; 2- reforço dos princípios gerais da lei penal; 3- alterações no crime de furto e roubo; 4- diferenciação de condutas relacionadas a uso e tráfico de drogas; 5- mudanças na aplicação de pena de crimes “hediondos"; 6- criação do/a juiz/a de garantias; 7- validade dos mandados de busca e apreensão; 8: regras claras para interrogatório em sede policial; 9- prazo para investigação; 10- garantias sobre intimidade e proteção contra exposição midiática; 11- exigência de que haja produção de provas na fase processual; 12- extinção da hipótese de condução coercitiva; 13- nulidade do flagrante preparado e consolidação das audiências de custódia; 14- mudança de critérios e condições para flagrante e prisão provisória; 15- melhorias nas condições de cumprimento de pena; 16- ouvidorias externas no sistema de Justiça.

A apresentação do caderno de propostas inicia-se com diagnóstico semelhante ao da Agenda, acrescentando referências a um dos efeitos do hiperencarceramento e da degradação das condições de aprisionamento: o surgimento e a difusão das chamadas facções criminosas. Segundo esse texto introdutório, “facções criminosas surgiram como forma de resistência à violência estatal e, hoje, efetivamente controlam os estabelecimentos prisionais, organizando a delinquência e disputando influência dentro e fora do cárcere”[602].

Diante de um cenário de franco crescimento do número de prisões, afirmam que o primeiro desafio é consolidar “um consenso mínimo na sociedade no sentido de que o superencarceramento não é uma solução, mas sim um grande problema”. No atual contexto de divisão político-ideológica do país, pensar em consensos é mesmo um desafio. Além disso, não deixa de aparentar certa ambiguidade a propositura de reformas legislativas mesmo diante da constatação de que “diversas mudanças ao longo dos anos não foram capazes de inverter a

[602] IBCCRIM *et al*. **Op. Cit.** p. 4.

cultura encarceradora do sistema de justiça, que tão somente replica a ansiedade punitiva da sociedade" e que "a história de nossas prisões é a história de sua crise"[603].

A explicação, contudo, dessa aparente ambiguidade está no próprio texto. Os seus autores reconhecem que "a mudança de verdade é sobretudo cultural", mas acreditam que essa transformação dependeria de "um impulso político" que poderia advir justamente da "união de forças em torno desse conjunto de medidas".

No lugar de examinar cada proposta apresentada nos dois documentos, o que demandaria um estudo específico e que seria inviável no âmbito desta pesquisa, interessa-nos aqui avalia-las globalmente a fim de identificar o sentido geral para o qual apontam.

Poderíamos classificar, assim, as propostas dos dois documentos em 5 categorias. Teríamos, desse modo, propostas relacionadas a temas: econômicos[604]; processuais[605]; de execução penal[606]; penais[607]; da administração da justiça e gestão penitenciária[608].

Se considerarmos os espectros político-criminais debatidos na primeira parte desta cartografia, é possível, desde logo, perceber que não há nas 16 Medidas propostas abolicionistas (nem mesmo para a abolição da prisão), de um lado, e, de outro, todas elas evidentemente se afastam (e são mesmo contrárias) à perspectiva maximalista. Estariam, pois, essas propostas no âmbito do espectro minimalista, que aposta na redução do estado penal, mas não na sua extinção, pelo menos não nesse momento e não explicitamente.

Como vimos, dentro desse espectro político-criminal existem diversas posições, sendo mais correto falar, pois, em minimalismos, no plural. Ao examinar as propostas, é possível

---

603 IBCCRIM *et al.* **Op. Cit.** p. 5

604 Na Agenda Nacional, teríamos nessa categoria a proposta de: Suspensão de qualquer investimento em construção de novos presídios. Nas 16 Medidas, teríamos: Análise de impacto econômico como pré-requisito para aprovação de legislação penal.

605 Na Agenda Nacional, teríamos nessa categoria a proposta de: restrição máxima das prisões cautelares. Nas 16 Medidas, teríamos: mudança de critérios e condições para flagrante e prisão provisória; regras claras para interrogatório em sede policial; prazo para investigação; extinção da hipótese de condução coercitiva; nulidade do flagrante preparado e consolidação das audiências de custódia; exigência de que haja produção de provas na fase processual; prazo de validade dos mandados de busca e apreensão; garantir intimidade e proteção contra exposição midiática;

606 Na Agenda Nacional, teríamos nessa categoria a proposta de: combate à tortura e ampliação das garantias a execução penal. Nas 16 Medidas, teríamos: melhorar e cumprir as condições de cumprimento de pena.

607 Na Agenda Nacional, teríamos nessa categoria a proposta de: redução de penas e descriminalização de condutas em especial aquelas relacionadas à política de drogas. Nas 16 Medidas, teríamos: alterações no crime de furto e roubo; mudanças na aplicação de pena de crimes "hediondos"; reforçar princípios gerais da lei penal; diferenciação de condutas relacionadas a uso e tráfico de drogas.

608 Na Agenda Nacional, teríamos nessa categoria a proposta de: desmilitarização das polícias e da gestão pública; abertura do cárcere para a sociedade e promoção de formas pacíficas e comunitárias de resolução de

notar que a Agenda Nacional apresenta diretrizes mais políticas e mais abertas, colocando-se, por exemplo, contra a construção de novos presídios; a favor da desmilitarização das polícias e também da descriminalização de condutas, especialmente daquelas ligadas à política de drogas. Já nas 16 Medidas, apresentam-se propostas reformistas mais concretas (porém, menos ousadas), como regras mais claras no interrogatório policial; diferenciação de condutas relacionadas a uso e tráfico de drogas; criação do juiz de garantias etc. São, de qualquer modo, propostas minimalistas.

É importante destacar que esses programas refletem aquilo que se logrou obter a partir da convergência de diversos grupos sociais. É possível, pois, que um grupo isoladamente tenha uma postura mais próxima do abolicionismo e que tenha assinado os "manifestos" em sinal de solidariedade com um conjunto de propostas que, mesmo não sendo as que considera ideais, representa aquilo que mais próximo do ideal seria possível construir naquele momento coletivamente.

Apresentadas as pautas em torno das quais se unem os atores sociais aqui examinados, vejamos qual o perfil daqueles que, pelas características de sua composição, poderiam ser identificados como organizações de serviços legais inovadores ou de advocacia popular, se nos permitirmos um alargamento maior nesse conceito para nele incluir também os institutos jurídicos, e que teriam uma maior propensão para a judicialização dessas pautas.

6.3 IDENTIDADES EM REDE: minorias sociais reunidas no ativismo antiprisional no Brasil

Não se pretende aqui representar toda a rede de entidades que de algum modo levam ao judiciário ou mobilizam o direito para confrontar a política de encarceramento em massa. Nos limites de uma pesquisa monográfica de curto prazo, isso seria impossível. São bastante numerosos os advogados populares, os pequenos grupos e as entidades que por todo o país de alguma maneira insurgem-se contra o modelo de política criminal aqui adotado. A nossa pretensão é conhecer e apresentar aqueles que têm, por fatores que serão a seguir delineados, apresentado algum grau de articulação de maior amplitude e que, mais especificamente, têm procurado provocar algum impacto nessa política por meio de ações judiciais de repercussão transindividual.

---

conflitos; contração do sistema penal; contra qualquer forma de privatização do sistema penal. Nas 16 Medidas, teríamos: ouvidorias externas no sistema de justiça; criação do/a juiz/a de garantias.

A lista de entidades que assinam os documentos-manifestos da Agenda Nacional pelo Desencarceramento e das 16 Medidas de Combate ao Encarceramento é bem diversa. Para permitir a categorização dessas entidades, optamos por classifica-las a partir das informações que elas próprias fornecem ao público na internet em 5 categorias: (1) entidades com perfil religioso[609]; (2) entidades de familiares, amigos e pessoas que já estiveram presas[610]; (3) grupos com ligação à Universidade[611]; (4) grupos de assessoria jurídica popular e institutos jurídicos ou de direitos humanos (aqui compreendidas em um conceito mais amplo de advocacia popular)[612]; (5) grupos com pautas específicas conexas ao encarceramento[613]; (6) instituições ligadas ao poder público[614] (7) entidades diversas[615].

O gráfico 1 abaixo facilita a visualização dessas categorias:

Gráfico 1 – Perfil das entidades no Brasil.

[609] Nesse grupo, podem ser classificadas a própria Pastoral Carcerária e as demais Pastorais que assinam o documento, como as Pastorais da Juventude, da Terra, entre outras, e também a Cáritas, o CIMI (Conselho Indigenista Missionário), o Programa Magis Brasil- Jesuítas, entre outros.

[610] Nesse grupo, podem ser identificados a AMPARAR (Associação de Amigos e Familiares de Presos e Presas), a Associação de Familiares de Presos do DF e Entorno e o Grupo de Amigos e Familiares de Pessoas em Privação de Liberdade de Minas Gerais, por exemplo.

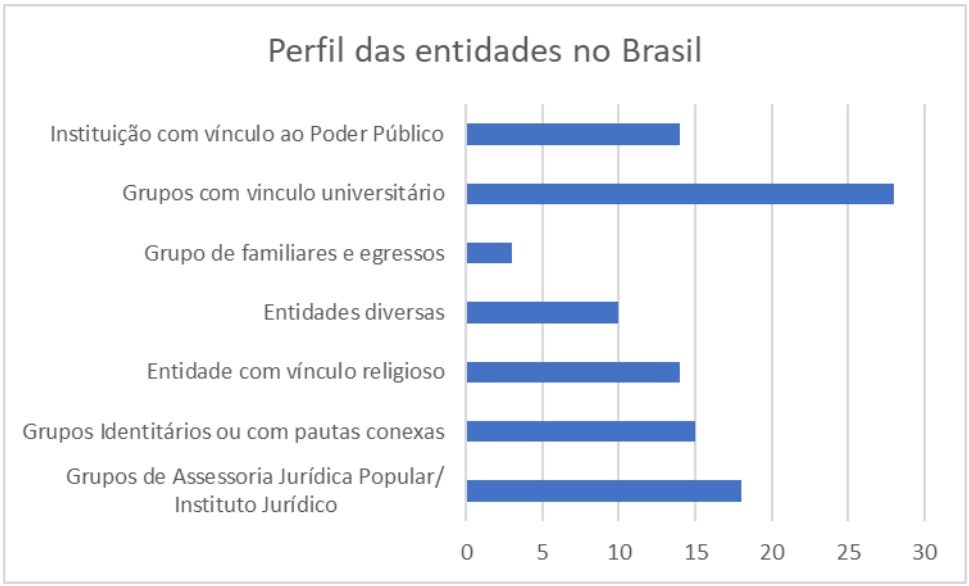
[611] Nesse grupo, podem ser colocados o Programa de Extensão CULTHIS da UFMG e os diversos grupos de pesquisa que assinam as 16 medidas CRISP/UFMG; GEVAC/UFABC; DSP/UFF; CIVAJ/UNIFESP; NEVIS/UnB; NEPAC/UNICAMP

[612] Nesse grupo, podem ser inseridos o IBCCRIM, o IDDD (Instituto de Defesa do Direito de Defesa), o ITTC (Instituto Terra, Trabalho e Cidadania), o DDH (Instituto de Defesa dos Direitos Humanos), o Instituto Praxis de Direitos Humanos, entre outros.

[613] Nesse grupo, estariam, da lista das 16 Medidas, a UNEAFRO, o GELEDES e o EDUCAFRO, por exemplo; da lista da Agenda Nacional, poderiam ser referidos o INEGRA, o Coletivo DAR, o Fala Guerreira e o Grupo Orgulho, Liberdade e Dignidade.

[614] Nesse grupo, estariam as Defensorias Públicas estaduais, as associações de Defensores e as ouvidorias externas que assinam as 16 Medidas, e também o Mecanismo Estadual de Combate e Prevenção à Tortura do Rio de Janeiro, que assina a Agenda Nacional.

[615] Esse último grupo tem caráter residual e comportaria entidades como as Brigadas Populares, o MTST (o Movimento dos Trabalhadores Sem-Teto) e o Coletivo em Silêncio (cultural), que assinam a Agenda Nacional.



Fonte: O autor (2018).

Apesar da criação de alguma identidade visual associada aos documentos referidos no tópico anterior, de sua leitura e da pesquisa sobre as entidades que o assinam, é possível perceber que não há propriamente uma identidade coletiva unificada. A heterogeneidade entre os grupos sociais assinantes é grande e suas pautas prioritárias não são necessariamente ou diretamente ligadas ao desencarceramento. Entidades como Conselho Indigenista Missionário (CIMI) e o Movimento dos Trabalhadores Sem-Teto (MTST) assinam o documento e apoiam as propostas porque, além da natural solidariedade existente entre os diversos movimentos sociais, seus integrantes ou o grupo de interesses que representam podem indiretamente ser afetados pela criminalização dos movimentos sociais ou pela truculência das agências policiais. O enfretamento ao encarceramento em massa ou a intervenção na política criminal não são, contudo, a razão de existir desses dois grupos, por exemplo.

Há, por outro lado, entidades como a Associação de Amigos e Familiares de Presos-AMPARAR e as Mães de Maio cujos membros são afetados diretamente pela política de encarceramento em massa e que, por essa razão, poderíamos considerar como o movimento de base da luta antiprisional.

Essa heterogeneidade dificulta o estabelecimento da uma identidade coletiva única e repercute também na definição de propósitos específicos da articulação. Do mesmo modo, ela prejudica a identificação clara de quem são os adversários. Ainda que a chamada indústria da pena e os empreendedores morais conservadores, representados pela denominada “Bancada

da Bala" no parlamento brasileiro, sejam identificados como os adversários mais evidentes, há circunstâncias que turvam a definição da posição dos grupos sociais que integram as articulações aqui estudadas. Dentro do movimento feminista, do movimento negro, dos grupos religiosos, entre outros, haverá tanto segmentos que defendem a criminalização de condutas e a expansão do direito penal para violações de alguns bens jurídicos, o que se convencionou chamar esquerda punitiva[616]; como também outros setores e grupos que sustentam a abolição do sistema penal como forma de proteção de seus membros mais vulneráveis.

No segundo capítulo, vimos que, segundo Charles Tilly, os movimentos sociais se caracterizam pelo uso combinado de três elementos: campanhas de reivindicações coletivas dirigidas a uma autoridade-alvo; um repertório específico de ações (associações com finalidades específicas, reuniões públicas, declarações à imprensa, demonstrações); demonstrações públicas de VUNC (valor, unidade, números e comprometimento)[617]. De acordo com esses critérios objetivos, seria mais difícil identificar a articulação pelo desencarceramento com um movimento social propriamente dito. Associações como a AMPARAR e as Mães de Maio são aquelas que, dentro da articulação maior, poderiam ser definidas como movimento social propriamente dito no tema anticárcere, porque apresentam aquelas três características e representam pessoas diretamente afetadas pelo encarceramento.

Já a articulação geral, representada especialmente na Agenda Nacional pelo Desencarceramento, exibe as características do que Ilse Scherer-Warren chama de *rede de movimentos sociais.* Como também consignado no segundo capítulo, as redes de movimentos sociais seriam um modo de articulação de diversos grupos com a mesma identidade social ou política, que se reúnem "a fim de ganhar visibilidade, produzir impacto na esfera pública e obter conquistas para a cidadania"[618]. Vimos que esses grupos atribuem "legitimidade a esferas de mediação (fóruns e redes)" e constroem redes de movimento com relativa autonomia para interagir com o poder público, seja na forma de participação com ou através do Estado para a formulação e implementação de políticas públicas, seja de uma forma mais

---

[616] Ver: KARAM, Maria Lucia. Esquerda punitiva. **Discursos Sediciosos,** n. 1, Rio de Janeiro, p. 79-92, jan./jun., 1996.
[617] TILLY, Charles. Movimentos sociais como política. **Revista Brasileira de Ciência Política,** n. 3, Brasília, p. 133-160, jan.-jul. 2010, p. 142.
[618] SCHERER-WAREN, Ilse. Das mobilizações às redes de movimentos sociais. **Sociedade e Estado,** Brasília, v. 21, n.1, p. 109-130, jan./abr., 2006, p. 113-114.

independente como um agente de pressão[619]. Por essas razões, assim como pela forma fluida e não hierarquizada como as entidades se organizam, entendemos que esse coletivo representa mais uma rede de movimentos sociais, no sentido indicado por Scherer-Warren, que um novo movimento social propriamente dito.

No que se refere mais especificamente ao grupo 4 (assessoria jurídica popular e institutos jurídicos ou de direitos humanos), foram 18 as entidades que assinaram os documentos-chave em questão. Nesse conjunto, há ONGs que prestam basicamente assistência judicial; ONGs com equipe multidisciplinar que têm em seus quadros também advogados (CONECTAS, Justiça Global, GAJOP); institutos jurídicos, formados predominantemente por juristas (IBCCRIM e IDDD, por exemplo); e institutos de direitos humanos, com composição interdisciplinar (ANDHEP, por exemplo).

Das 18 entidades referidas, 7 integram a chamada Rede de Justiça Criminal[620], que se constitui ela mesma em uma entidade com estrutura própria e que assina também em seu próprio nome as "16 Medidas". Consideramos que essa Rede contemplava as entidades que, com maior probabilidade, seriam as mais articuladas para a mobilização do discurso jurídico no tema antiprisional e, por essa razão, decidimos aprofundar a cartografia com a descrição de suas atividades. Foi aqui que se mostrou necessário o emprego da técnica das entrevistas para a coleta de dados que não estivessem evidenciados nos documentos já publicados. Foi, então, a partir da análise do conjunto desses dados (entrevistas e publicações) que logramos delinear a atuação da Rede de Justiça Criminal, aqui tomada como exemplo do ativismo jurídico em matéria prisional.

Considerando a relevância mobilizadora dessa Rede, algumas observações devem ser feitas. A Rede de Justiça Criminal foi constituída em 2010 e, de acordo com a descrição constante na sua página na internet, essa Rede é formada:

> por oito organizações não governamentais que promovem ações de *advocacy*, buscando a disseminação de informação, a promoção do debate público, a elaboração e o encaminhamento de propostas, junto aos atores do sistema de justiça

[619] SCHERER-WAREN, Ilse. **Op. Cit.** p. 114.

[620] O CeSEC, embora integre a Rede de Justiça Criminal e assine as 16 Medidas, foi classificado como entidade vinculada à universidade, uma vez que se trata de centro de estudos da Universidade Cândido Mendes. Segundo descrição disponível em seu site, o seu compromisso é: "desenvolver projetos que contribuam para o aperfeiçoamento do sistema de justiça criminal e subsidiem políticas públicas voltadas e redução da criminalidade com respeito aos direitos humanos". Disponível em: https://www.ucamcesec.com.br/o-cesec/>. Acesso em: 27 jun. 2018.

> criminal e à sociedade civil, nos eixos Dados e Transparência, Direitos e Garantias e Violência Institucional[621].

A atuação em rede é uma característica dos novíssimos movimentos sociais e tem sido estimulada como forma de auxílio recíproco em pautas comuns. Nesse contexto, entre o final de 2009 e o começo de 2010, por uma demanda do financiador comum a diversas ONGs, instituiu-se a Rede de Justiça Criminal, com a preocupação, em especial, com o uso abusivo das prisões cautelares no Brasil. Embora essa tenha sido a pauta inicial, logo se percebeu a necessidade de uma atuação em conjunto e uma visão mais estrutural do problema da prisão. Um dos entrevistados chegou a afirmar:

> O próprio trabalho em rede foi nos apontando essa necessidade de se fazer essa discussão de forma mais ampliada, que a prisão provisória tinha uma parte grave do problema, mas ela não encerra a discussão em torno da política criminal e penitenciária[622].

Ampliou-se, assim, o âmbito de atuação dessa Rede, que passou a incidir sobre três eixos. No eixo de Dados e Transparência, a Rede de Justiça Criminal visa, por exemplo, incidir na melhoria dos dados e informações relativas ao sistema de justiça criminal fornecidas pelo poder público, de modo a contribuir para um maior controle social de políticas públicas relacionadas a atuação desse sistema. No eixo de Direitos e Garantias, a atuação da Rede está orientada à promoção e à defesa de direitos e garantias fundamentais dos cidadãos que sejam ameaçados pela política de expansão do poder punitivo. Ela estabeleceu como temas prioritários nesse eixo: a busca de mecanismos alternativos ao encarceramento; o combate às discriminações de gênero na justiça criminal, especialmente no ambiente carcerário; a contrariedade ao projeto de lei que cria o flagrante provado (uma nova espécie de prisão, posterior ao fato, que por meio de provas indicaria situação de flagrância); a promoção das audiências de custódia; o acompanhamento atento das reformas legislativas em matéria penal; a revisão da política criminal de drogas; o combate às propostas de redução da maioridade penal. Por fim, no eixo da Violência Institucional, a Rede se propõe ao enfrentamento das violações aos direitos dos cidadãos na relação com as agências do sistema de justiça criminal com especial atenção para o tema da criminalização dos movimentos sociais.

---

[621] Cf. Informações disponíveis em: http://redejusticacriminal.org/pt/about/. Acesso em 18 abr. 2018.

A Rede possui um quadro próprio, mas bem reduzido, de funcionárias que auxiliam as atividades das organizações que dela fazem parte e que atuam em nome da própria Rede. São três mulheres, com formação em Direito, Ciência Política e Comunicação Social, que trabalham, respectivamente, como secretária executiva, assessora de *advocacy* e assessora de comunicação. A Rede recebe o apoio financeiro da OAK Foundation, da Open Society Foundation e do Instituto Betty e Jacob Lafer.

Entres as ações desenvolvidas sob a direção da Rede de Justiça Criminal estão os projetos de incidência mais direta no Legislativo intitulados "Pelo Fim da Revista Vexatória" e "Projetos de Lei para Protestos" e as campanhas mais voltadas para a opinião pública denominadas "Encarceramento em Massa não é Justiça: uma Realidade Visceral" e "#EleiçõesSemTruque: votando em uma política de Estado para a Justiça Criminal". Esses projetos e essas campanhas serão comentados em tópicos mais a frente

Um dos problemas que a pessoa entrevistada 6 indica no trabalho na Rede é a nítida discrepância de posicionamento entre alguns de seus integrantes. Havia também uma dificuldade para as entidades participantes da Rede terem voz. Segundo ela, "pela primeira vez esse ano os coordenadores das entidades participantes da rede se reuniram para começar a pensar em como as entidades terem voz nas decisões de quais seriam as questões da rede" (Entrevistado/a 6). Ela ressalta, ainda, que "um dos grandes trabalhos é achar um terreno comum e um posicionamento comum, que muitas vezes força algumas entidades para ir além" (Entrevistado/a 6).

A construção coletiva dos posicionamentos não é, portanto, simples e nem sempre é totalmente convergente. Essa é uma das razões pelas quais se mostra relevante conhecer o perfil de cada um dos grupos que a integram, o que faremos a partir de uma "biografia" das instituições, desenhadas a partir de informações colhidas durante a pesquisa.

6.3.1 A biografia institucional dos membros da Rede de Justiça Criminal

A Rede de Justiça Criminal é formada, atualmente, pelas seguintes entidades: Instituto Sou da Paz; ITTC (Instituto Terra Trabalho e Cidadania); CESeC (Centro de Estudos em Segurança e Cidadania); Conectas Direitos Humanos; DDH (Instituto de Defensores de

[622] Entrevistado 2.

Direitos Humanos); Justiça Global; IDDD (Instituto de Defesa do Direito de Defesa) e GAJOP (Gabinete de Assessoria Jurídica às Organizações Populares). Além dessas entidades, outras duas despertaram nossa atenção pelo papel de liderança que têm exercido na mobilização mais ampla contra o desencarceramento e foram também pesquisadas: a Pastoral Carcerária e o IBCCRIM, que capitanearam a elaboração, respectivamente, da Agenda Nacional e das 16 Medidas. Passemos, pois, ao exame da biografia institucional de cada uma delas.

O Instituto Sou da Paz começou suas atividades como uma campanha em favor do desarmamento. Ele surgiu como Instituto no fim da década de 1990, a partir da preocupação com incremento da violência no país e se volta para o desenvolvimento de políticas na área de segurança pública. Na sua trajetória, o Sou da Paz adquiriu expertise na promoção de estudos de diagnóstico da situação da violência, em seus mais diversos aspectos, e na utilização do conhecimento produzido para estratégias de *advocacy* no Congresso Nacional e em campanhas para formação da opinião pública[623].

Suas ações desenvolvem-se a partir de três eixos: conhecer (com realização de pesquisas, análises e estudos, assim como a identificação de boas práticas); desenvolver (com a elaboração de projetos de intervenção no campo da prevenção da violência e do sistema de justiça criminal); e mobilizar (com atuações em redes, participação no debate público e em Conselhos e comissões e, ainda, com a realização de *advocacy* e de busca de compromissos para suas propostas durante as eleições).

Durantes as entrevistas, esclareceu-se que a mudança no olhar sobre o sistema de justiça criminal no Instituto Sou da Paz está ligada ao financiamento obtido da *Open Society Foundation*, que também contribuirá para sua integração na Rede de Justiça Criminal. De uma preocupação quase exclusiva com as vítimas, passa-se a se ocupar com todo o sistema de justiça criminal.

Já o Instituto Terra, Trabalho e Cidadania (ITTC) nasceu a partir da provocação de um grupo de ativistas que trabalhavam no Conselho Nacional de Direitos Humanos especialmente com a questão do cárcere, mas também com o apoio aos trabalhadores rurais em conflitos agrários e à grande massa de pessoas desempregadas. Desde o início, o diferencial do ITTC

[623] Na entrevista, a pessoa que representava o Instituto Sou da Paz assim identifica o aporte de seu grupo para a Rede de Justiça Criminal: “a gente entende que o nosso papel seria mais de conseguir fazer uma atuação mais de

foi o interesse na questão de gênero. O grupo é composto por cerca de 20 pessoas, que integram uma equipe multidisciplinar, com poucos advogados. Recebem também financiamento do Fundo Brasil de Direitos Humanos e de órgãos internacionais. Elas entram na Rede de Justiça Criminal especialmente em razão de uma demanda relativa às chamadas revistas vexatórias nos presídios masculinos em relação às mulheres que visitavam seus parentes ou amigos.

O CESeC é uma instituição acadêmica voltada para pesquisas no campo da segurança pública. Fundado no ano 2000, esse centro de estudos está vinculado à Universidade Cândido Mendes, no Rio de Janeiro, e é coordenado por três pesquisadoras com amplas e reconhecidas publicações em temas ligados à segurança pública. Em folder comemorativo de seus 15 anos de atuação, registra-se que o Centro tem cinco objetivos: contribuir para formulação de políticas públicas; monitorar, avaliar e desenvolver programas e atividades em parceria com instituições públicas, privadas e da sociedade civil; desenvolver instrumentos de participação social e comunitária na execução de políticas de segurança pública; treinar e qualificar profissionais que atuem nessas áreas; construir e disseminar informações, conhecimentos e experiências nesses temas[624]. Atualmente, o CESeC trabalha com sete linhas de pesquisa: Polícia e Sociedade; Justiça e Sistema Penitenciário; Indicadores e Políticas de Segurança; Juventude, Movimentos Sociais e Cidadania; Mídia e Violência; Política de Drogas e Mediação de Conflitos. Mesmo que a atuação do CESeC não se limite ao campo acadêmico, como esclarecido em conversa informal[625], ele não tem ações voltadas para o litígio estratégico ou para a mobilização dos tribunais e sua participação na Rede de Justiça Criminal está mais relacionada com o fornecimento de informações, dados e diagnósticos que subsidiem a intervenção dos demais.

Outra entidade que compõem a Rede é a Conectas Direitos Humanos, que surgiu em 2001, a partir do encontro de defensores de direitos humanos que buscavam estabelecer um diálogo mais forte entre ativistas do Sul Global. Em março de 2001, reuniram-se em São Paulo cerca de sessenta ativistas da América Latina, da Ásia e de África para trocar informações e conversar sobre "estratégias de enfrentamento de injustiças". A entidade tem

---

advocacy na esfera federal, tanto de Congresso quando de Executivo e ter, conseguir aportar também para a Rede questões mais de comunicação em campanhas que é um pé forte do Sou da Paz".

[624] Cf.: Informações disponíveis em:https://www.ucamcesec.com.br/wp-content/uploads/2016/04/Folder15anosCESeC.pdf. Acesso em: 26 set. 2018.

sede em São Paulo e afirma promover justamente "ações de advocacia estratégica e de interesse público"[626]. A Conectas tem hoje cinco formas de atuação: em âmbito internacional, ela denuncia violações de direitos humanos perante os mecanismos internacionais de proteção, com estudos comparados e monitoramento também da política externa brasileira; promove também, nacional e internacionalmente, articulações e parcerias, respondendo a eventuais situações de ameaças ou de lesões a direitos humanos; desenvolve ações de advocacia de interesse público, com ferramentas de *advocacy* e de litígio estratégico; busca influenciar a implementação de políticas públicas; e incentiva a comunicação acessível de temas de direitos humanos e realiza campanhas de mobilização e engajamento. Ela também passou a editar a Revista Acadêmica *Sur*, que possibilita a divulgação do pensamento dos acadêmicos de países diversos.

A Conectas está entre as entidades melhor estruturadas, com cerca de 32 pessoas contratadas, metade das quais oriundas do campo do Direito. Em 2010, a Conectas passou por um processo de reestruturação e se voltou a uma atuação mais estratégica. Foi criado o "programa de justiça" com atuações em quatro eixos: pessoas privadas de liberdade, políticas de drogas, atividade policial e rede de protestos. São mais de cinquenta atuações como *amicus curiae* no Supremo Tribunal Federal e uma atuação cada vez mais forte no sistema regional e universal de proteção de direitos humanos.

O DDH (Instituto de Defensores de Direitos Humanos) é uma associação civil sem fins lucrativos, com sede no Rio de Janeiro, fundada em dezembro de 2007, meses depois da chamada Chacina do Complexo do Alemão. O instituto iniciou suas atividades com a prestação de assessoria jurídica gratuita em casos paradigmáticos de violência institucional e privação de liberdade. O DDH desenvolveu diversos projetos relacionados particularmente a temas de violência institucional e de criminalização da pobreza. O primeiro deles, em 2006, foi a elaboração de cartilha sobre abordagem policial na comunidade de Santa Marta. Em 2012, foi realizado um projeto de assessoria jurídica e acompanhamento de situações de criminalização em comunidades onde implementadas Unidades de Polícia Pacificadora. Na sequência, o DDH apresentou, em conjunto com outras entidades, denúncia ao Alto Comissariado das Nações Unidas sobre a criminalização das manifestações populares de rua

[625] Como registrado no tópico sobre a metodologia, não foi possível a realização de entrevista formal com essa entidade, tendo sido travadas apenas conversas informais com algumas de suas representantes.
[626] Informações disponíveis em: https://www.conectas.org/quem-somos/. Acesso em: 31 out. 2018.

em junho de 2013 e à Comissão Interamericana de Direitos Humanos sobre a criminalização dos manifestantes durante a Copa do Mundo de futebol. A aproximação com a Rede de Justiça Criminal ocorreu como decorrência do projeto, desenvolvido entre 2014 e 2016, relativo aos abusos no regime de prisão provisória. Mais recentemente, em 2017, lançou o projeto *Na Linha de Frente: Ações Estratégicas para contenção do Encarceramento em Massa no Rio de Janeiro,* com financiamento do Fundo Brasil. Segundo informações prestadas para a obtenção desse financiamento, "no que se refere à litigância estratégica, o projeto pretende adotar como iniciativas a atuação como *amicus curiae* no STF, bem como ajuizar Ações Civis Públicas, Habeas Corpus coletivo em temas relevantes à prisão cautelar, política de drogas e UPPs"[627]. O projeto continua em desenvolvimento no ano de 2018.

A Justiça Global é uma organização não-governamental, fundada em 1999, com o objetivo institucional de promoção de direitos humanos e o fortalecimento da sociedade civil e da democracia. Ela é composta por uma equipe multidisciplinar, sediada no Rio de Janeiro, com profissionais de serviço social, psicologia, história, comunicação, ciências sociais e direito. Nasce justamente a partir da percepção de que as organizações brasileiras de direitos humanos não acessavam ou acessavam pouco o sistema. Ela trabalha com três programas temáticos: violência institucional e segurança pública; defensores de direitos humanos; e direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais. O debate em torno da justiça criminal e do enfrentamento ao encarceramento em massa se insere no primeiro desses programas. Para suas ações no âmbito internacional, a Justiça Global realiza parcerias com entidades locais, com "organizações que estão no território, que estão no cotidiano", pois acreditam que são elas que têm mais condições de fazer as "avaliações necessárias para que seja um caso construído desde a base, desde onde as coisas de fato acontecem"[628].

O Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD) foi fundando em julho de 2000. É uma organização da sociedade civil com sede em São Paulo, formada inicialmente por um conjunto de advogados preocupados em assegurar a defesa efetiva para todas as pessoas acusadas em ações penais, especialmente as mais pobres. Compreendendo o direito de defesa em um sentido amplo, o IDDD atua também para evitar condenações antecipadas em divulgações midiáticas de ações penais e para coibir retrocessos nas garantias fundamentais

[627] As informações do projeto estão disponíveis em: http://www.fundodireitoshumanos.org.br/projeto/ddh-instituto-de-defensores-de-direitos-humanos/. Acesso em: 27 jun. 2018.
[628] As expressões entre aspas foram retiradas da entrevista com a pessoa representante da Justiça Global.

do cidadão sob o pretexto de um eficientismo penal. O Instituto tem três eixos em torno dos quais desenvolve seus projetos: atuação jurídica (com assistência jurídicas em convênio com a Defensoria e litigio estratégico, por exemplo); atuação política (intervenção projetos de lei sobre o direito defesa e articulação institucional); e sensibilização da sociedade (campanhas publicitárias, educação em direitos e projetos de reflexão crítica sobre o sistema de justiça). Hoje, o IDDD possui uma estrutura multidisciplinar e criou um setor específico para o desenvolvimento da litigância estratégica.

O GAJOP é um dos mais antigos grupos identificados, o único com sede no nordeste brasileiro e o último que aderiu à Rede. Ele foi constituído em 1981, no contexto das lutas pela redemocratização do país. Inicialmente, seu foco estava na garantia do direito à moradia para a população de baixa renda e na proteção dos interesses das crianças. Foi acompanhando o cotidiano de violência, de tortura e de mortes que atingem a população de baixa renda na periferia do Recife que o GAJOP começou a se envolver com temas ligados à segurança pública e ao sistema de justiça criminal. Contudo, nesse primeiro momento, a perspectiva do grupo era a de reforçar o aparelho punitivo do Estado para sancionar também as graves violações dos direitos humanos. Desenvolveu, assim, baseado em experiências internacionais, o PROVITA, um programa de proteção às vítimas e testemunhas que se encontrassem ameaçadas de morte. Esse programa foi executado pelo GAJOP por 20 anos.

O GAJOP se notabiliza também por sua atuação internacional, recebendo, inclusive, o *status* consultivo na ONU, que lhe permite reverberar no âmbito internacional as violações aos direitos humanos identificadas no país. Hoje, o GAJOP tem uma equipe de cerca de 22 pessoas, entre contratados e estagiários, dos quais apenas dois são advogados. Essa equipe está dividida em duas sedes: a do Recife e a de Brasília. Ambas são multidisciplinares.

Segundo a pessoa que representou o GAJOP nas entrevistas, o grupo "teve várias fases, uma fase se encerrou em 2015, que foi o ano que a gente parou de executar localmente os programas de proteção". Nesse ano, o GAJOP estava no Conselho Nacional de Direitos Humanos, monitorando a política prisional do estado de Pernambuco. O Fundo Brasil de Direitos Humanos abriu, então, um financiamento sobre superencarceramento e racismo institucional. É através desse financiamento que o GAJOP passa a atuar no tema da segurança pública e do sistema de justiça criminal em um sentido de contenção e de controle social sobre os abusos e a violência institucional.

O grupo decidiu pesquisar o tema das audiências de custódia e foi a partir dessa pesquisa que ele passou a ter contato com o IDDD, que já vinha desenvolvendo pesquisa semelhante. Esse contato inicial se converteu, posteriormente, em um Seminário realizado no Recife, a partir do qual ele é chamado a integrar a Rede de Justiça Criminal. É, até hoje, a única entidade com sede no nordeste brasileiro, o que ajuda a levar para a Rede a discussão de problemas que extrapolam o eixo Rio-São Paulo.

Essas oito entidades estão frequentemente associadas a outras duas, seja nas articulações que ocorrem no âmbito da Agenda Nacional, seja na atuação em demandas judiciais estratégicas. A Pastoral Carcerária e o IBCCRIM são entidades cuja atuação não pode ser simplesmente olvidada quando se observa o aqui denominado ativismo jurídico em matéria prisional e, por essa razão, também as apresentaremos brevemente.

A Pastoral Carcerária é um grupo vinculado à Igreja Católica e, mais especificamente, à Confederação Nacional dos Bispos do Brasil. Ela promove o serviço de escuta e acolhimento a pessoas presas e um processo de evangelização que também compreende o enfrentamento às violações de direitos humanos que ocorrem dentro do cárcere. Ela está orientada pelas "Diretrizes Gerais da Ação Pastoral da Igreja no Brasil de 1983-1986 e de 1987-1990", teve como um de seus primeiros documentos o Estudo nº 4 da CNBB, produzido ainda em 1973 e, desde de 2008, assumiu oficialmente "a luta por um mundo sem cárcere"[629]. Para a Pastoral Carcerária, "está claro que encarcerar mais pessoas, em sua maioria pobres e negras, não diminui a violência; ao contrário, o encarceramento serve para torturar as pessoas mais pobres e gerar ainda mais violência"[630]. Eles entendem, ainda, que "é urgente e necessário que se paute e defenda um urgente e necessário programa de redução da população carcerária"[631]. Por essa razão, em conjunto com outras organizações, a Pastoral Carcerária, que tem atuação nacional e representantes em todos os estados brasileiros, lançou em 2013 a Agenda Nacional pelo Desencarceramento, que foi recentemente atualizada, tendo sido o primeiro encontro dessa Agenda, realizado, como visto, em outubro de 2016. A Pastoral Carcerária já integrou a Rede de Justiça Criminal e hoje fomenta a realização dos encontros

[629] Cf.: PASTORAL CARCERÁRIA. **Luta antiprisional no mundo contemporâneo:** um estudo sobre experiências de redução da população carcerária em outras nações. Disponível em: http://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2018/09/relatorio_luta_antiprisional.pdf. Acesso em: 31 out. 2018.
[630] Cf.: Seção Institucional da página da Pastoral Carcerária. Disponível em: http://carceraria.org.br/a-pastoral-carceraria. Acesso em: 19 mar. 2018.
[631] Idem.

da Agenda Nacional pelo Desencarceramento, hospedando em seu site os documentos e a memória dos eventos que a inauguraram.

Por último, o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais surgiu no início da década de 1990 como uma resposta ao massacre do Carandiru, em que 111 pessoas presas foram mortas durante ação policial naquele estabelecimento penal. Desde sua fundação, o IBCCRIM tem se dedicado à difusão do conhecimento crítico sobre as chamadas ciências criminais. O Instituto promove anualmente o Seminário Internacional com pesquisadores e professores destacados nos temas das ciências criminais. Ele patrocina também diversas publicações, como o Boletim e a Revista Brasileira de Ciências Criminais, e realiza projetos de estímulo à pesquisa científica como o concurso de monografias e o laboratório de ciências criminais. Pelo conhecimento acumulado, o IBCCRIM tradicionalmente é consultado em projetos legislativos em matérias penais e, mais recentemente, criou um setor específico para o desenvolvimento do que chamou de "atuação política". No âmbito dessa atuação política, são mencionados 5 grupos de ações: atuações como *amicus curiae*, elaboração de críticas ao projeto de novo Código Penal, a execução do projeto "Maria, Marias", a realização de um núcleo de pesquisas e o desenvolvimento de um departamento de Estudos e Projetos Legislativos por meio do qual o IBCCRIM se manifesta "junto aos membros do Poder Legislativo", o que, embora não esteja expresso, aproxima-se bastante de ações de *advocacy*.

Diante dessas descrições, ainda que breves, podemos perceber algumas características gerais das organizações que participaram da presente pesquisa. Em primeiro lugar, nota-se que a maior parte delas são relativamente novas. O GAJOP é o mais antigo, tendo sido constituído em 1981. O IBCCRIM e o Instituto Sou da Paz são da década de 1990 e todos os demais são grupos criados após o ano 2000. Evidencia-se também a concentração territorial dessas entidades no eixo Rio-São Paulo. Ainda que todas elas desenvolvam projetos de interesse ou de repercussão nacional, fato é que a única cuja sede está fora desses estados é o GAJOP.

Em termos de estrutura, há uma grande diversidade. Há grupos pequenos, compostos por menos de 10 pessoas, todas voluntárias, e entidades mais robustas, com mais de 20 profissionais contratados. O Instituto Sou da Paz apresentou-se como a entidade mais estruturada profissionalmente, com 30 a 35 funcionários contratados, com equipe multidisciplinar e estrutura ampla de gestão. A multidisciplinaridade das equipes é algo que

também merece ser destacado e que, como vimos, é uma das características do que Celso Campilongo chama de serviços legais inovadores.

A linha geral de pensamento a Rede de Justiça Criminal foi bem destacada pela pessoa Entrevistada 3: "costumo dizer que a nossa lente é: tudo que amplia o direito penal, o processo penal, a gente vai ser contra e tudo que reduz a gente costuma ser a favor, é um pouco a lente dessa atuação da Rede" (Entrevistado/a 3).

Quanto à forma de financiamento, a ampla maioria dos que atuam com a litigância estratégica já recebeu financiamento do Fundo Brasil, constituído logo no seu início por aportes da Fundação Ford[632]. Aliás, como referido por dois entrevistados, a própria constituição da Rede de Justiça Criminal foi resultado de incentivo dos agentes financiadores.

A influência de órgãos de financiamento externo de origem norte americana contribui para esclarecer a transferência também do *modus operandi* das instituições ligadas aos direitos humanos, isto é, do modelo de *cause lawyering*, envolvendo ações de *advocacy*, campanhas de divulgação, litígio estratégico e atuação em rede.

Identificados alguns dos principais sujeitos que praticam o ativismo jurídico em matéria prisional no Brasil, vejamos, agora, com mais vagar, os exemplos de suas estratégias extrajudiciais de atuação.

6.4 O ATIVISMO JURÍDICO FORA DO FORO

Quando nos perguntamos o que de novo havia no campo da atuação daqueles que se posicionavam contra a expansão do poder punitivo, não tínhamos a dimensão da articulação existente no Brasil e das diversas estratégias, conectadas ou não com demandas judiciais, que eles utilizavam. Imaginávamos que havia uma tendência a empregar preferencialmente o litígio estratégico em sentido estrito e que seria possível observar também alguns mecanismos de *advocacy* e a realização de campanhas publicitárias. A aproximação ao campo, realizada

[632] O Fundo Brasil foi constituído logo no seu início por aportes da Fundação Ford, e tem papel destacado na constituição da Rede de Justiça Criminal. Em 2014, em parceria com a OAK Foundation, e, em 2015, em parceria com a Open Society Foundation, foram lançados editais que contemplaram boa parte dessas entidades estudadas e é a partir desse financiamento comum que se inicia a maior articulação da Rede. A participação da Fundação Ford no incentivo à litigância estratégica em matéria penal não se limita ao caso brasileiro. Já em 1970 ela destinou fundos para financiar uma comissão criada para acompanhar estabelecimentos penitenciários pela American Bar Association. Cf. ROSENBERG, Gerald N. **The hollow hope:** can Courts bring about change?. Chicago: The University of Chicago Press, 1991, p. 308.

com a pesquisa empírica, revelou, contudo, que as estratégias são mais amplas, interconectam-se e se tornam cada vez mais elaboradas. Não foi fácil, assim, categorizá-las.

A campanha contra a revista vexatória promovida pela Rede de Justiça Criminal é um bom exemplo[633]. Ela contou com a participação de atores famosos que gravaram vídeos com a leitura de cartas de familiares de presos que se submetem a esse tipo de procedimento durante as visitas em presídios. Além disso, a campanha permitia, por meio de um *link* em seu *site*, que a pessoa interessada enviasse uma mensagem para o Presidente do Congresso Nacional, manifestando apoio ao Projeto de Lei nº 7764/2014, que previa a vedação à revista vexatória. Esse projeto apresenta, assim, características tanto de campanha publicitária como de uma ação de mobilização política de pressão perante o Legislativo.

A divisão a seguir delineada visa apenas facilitar a visualização dessa diversidade de estratégias, que, aliás, são frequentemente vinculadas também a demandas ou manifestações judiciais.

6.4.1 O confronto político no Congresso Nacional: o advocacy como uma forma de tencionar a produção das leis

A mobilização do direito realizada por essas entidades se concretiza por meio de ações que integram o chamado modelo de advocacia de interesse público, ou ainda advocacia de uma causa (mais do que de um cliente), comentado no capítulo anterior. Na área criminal, esse modelo de advocacia está relacionado com a defesa da liberdade e, por isso, poderia ser designada também como defesa criminal sistêmica e transindividual da liberdade. Esse modelo de defesa criminal transindividual envolve: ações de *advocacy*, campanhas de divulgação, litígio estratégico e atuação em rede.

Consideramos *advocacy* as atividades de divulgação e de sustentação de teses perante órgãos do poder público. O diálogo com parlamentares, representantes do poder executivo ou com membros do sistema de justiça criminal não é algo pouco comum na prática dessas entidades. Elas utilizam normalmente *notas técnicas* ou *memoriais* como documentos que respaldam essas atividades.

---

[633] As informações sobre essa campanha podem ser encontradas em: http://www.fimdarevistavexatoria.org.br/ Acesso em: 30 set. 2018.

O IDDD, por exemplo, contratou recentemente uma advogada com o objetivo específico de acompanhar com maior proximidade projetos de lei que tramitam no Congresso Nacional. A Conectas também dispõe de uma estratégia de acompanhamento do processo legislativo. Eles dispõem de uma estrutura que funciona como um "radar" das propostas legislativas em matéria criminal. Sobre o mecanismo do "radar", durante as entrevistas, a pessoa que representa a Conectas esclareceu que:

> a gente chama isso de radar... O radar é assim: temas que podem nos interessar a gente avalia caso a caso se ele entra numa lista de acompanhamento mesmo ou se a gente deixa para um segundo momento ou se a gente rejeita na hora.

A pessoa entrevistada 3 forneceu um exemplo de atuação, considerado exitoso, desse *advocacy*. Durante os protestos de 2013/2014, um projeto de lei começou a ter sua tramitação acelerada e pretendia tipificar como crime a conduta de vandalismo, o que representaria, na prática, a criminalização dos movimentos sociais. Diante dessa iniciativa legislativa, entrou em cena a mobilização para conter o avanço do poder punitivo:

> E aí nós fizemos o seguinte, a gente ficou muito preocupado, monitorando muito forte e aí contratamos um parecer técnico sobre o PL, montamos, fizemos meio que juntos, articulamos com entidades de direitos humanos, levamos para Brasília, despachamos com quase os oitenta e um senadores que existem. E na CTJ, na última comissão em que ia ser aprovado, e o clima era de aprovação, não tinha jeito de discutir trânsito. Nós tínhamos "briefado" muito, principalmente senadores dos partidos considerados da esquerda, e eles pegaram o nosso parecer, fizeram uma grande bagunça lá na comissão, aquela simples bagunça estudantil, e o projeto foi arquivado, foi rejeitado, ainda não foi para votação e eles conseguiram rejeitar. E eu vi, eu não estava em Brasília, o nosso representante estava lá, mas eu vi pela TV Senado e foi incrível eles pegando o parecer, lendo e foi o uma coisa que o timing foi perfeito (Entrevistado/a 3).

Essa atuação de *advocacy* no Congresso Nacional encontra forte e cada vez maior antagonismo. A pessoa entrevistada 7 esclareceu quem são os grupos e quais são os interesses que se colocam na posição que favorece recrudescimento penal:

> Aí a gente tem enfim, alguns grupos que são, de fato, antagonismo explicito à atuação da Rede e em especial acho que essa frente de segurança né, que é liderado pelo Alberto Fraga, que enfim, é uma, é popularmente conhecida como bancada da bala. É, e aí tem a questão das categorias do sistema de justiça, então, as categorias da Polícia Militar, as associações das Polícias Militares, as categorias de policiais civis, em especial delegados que são bem representados na Câmara, acho que o lobby do Ministério Público também é um lobby muito forte, que está muito bem

> posicionado e eles acabam tendo acho que muito recurso e muito acesso a tomadores de decisão (Entrevistado/a 7).

Essa mesma pessoa mencionou também as dificuldades que a Rede tem encontrado mais recentemente, até mesmo para expor com os deputados federais os argumentos de posições contrárias ao encarceramento em massa:

> [E]m 2008, 2009, na Câmara dos Deputados, que enfim, mesmo você pegando alguém que era claramente oposto ao que você estava defendendo se conseguia sentar na mesa para conversar com a equipe, expor os argumentos de uma forma bem mais civilizada que hoje... ficou de fato muito mais difícil.

A pessoa entrevistada 5 também teve a mesma percepção do contexto político de surgimento da Agenda e das dificuldades encontradas para fazer avançar as pautas perante a opinião pública:

> [A] gente encontra muita resistência da opinião pública, no trabalho que desenvolvemos, pelo encarceramento a gente está num contexto extremamente positivista, extremamente conservador, reacionário, é um ambiente que, acirrado, né, inclusive de ódio em alguns momentos, a gente percebeu que precisava fortalecer parcerias regionais e parcerias nacionais pra conseguir avançar nesse tema de maneira mais efetiva.

O monitoramento dos projetos de lei em matéria penal também pode ser associado às estratégias para convencimento e sensibilização da opinião pública e dos parlamentares. É o caso, por exemplo, do acompanhamento de 59 projetos de lei sobre protestos realizado por uma parceria entre a Rede de Justiça Criminal e a ONG Artigo 19, que defende a liberdade de expressão. A ideia seria manter em um site, com linguagem amigável, mais simples e mais acessível, um detalhamento de todos esses projetos com informações sobre sua tramitação, última movimentação, parlamentar relator, entre outras[634].

Esse *advocacy* não se limita ao Poder Legislativo e incide também em órgãos e conselhos do Poder Executivo e no Conselho Nacional de Justiça, no âmbito do Judiciário, por exemplo.

Um caso de atuação além do Legislativo, citado também nas entrevistas, foi o da audiência de custódia. Com o apoio da estrutura de *advocacy* da Rede de Justiça Criminal

[634] O *site* ainda pode ser acessado, mas a última atualização dos dados sobre os projetos é março de 2017. O projeto continua sendo válido por compilar em um só local informações sobre esses projetos e por permitir inferir como a criminalização primária sobre protestos está sendo desenhada em nosso país. Informações disponíveis em: http://www.fimdarevistavexatoria.org.br/. Acesso em: 30 set. 2018.

descobriu-se que havia um projeto de lei do Senado que estava parado e que, além disso, tinha um conteúdo avaliado como muito ruim, que permitia, por exemplo, a antecipação do interrogatório. Iniciou-se, assim, o trabalho de acompanhar o andamento do projeto de lei e dos substitutivos apresentados, com elaboração de notas, de pareceres, de conversas "corpo a corpo", inclusive, com o Conselho Nacional de Justiça.

Foi justamente depois do trabalho de articulação e de pressão realizado por diversas organizações que se logrou convencer o então presidente do CNJ, Ministro Ricardo Lewandowski, a implementar o projeto piloto da audiência de custódia. O CNJ celebrou, assim, um termo de cooperação com o IDDD, que já desenvolvia pesquisa sobre o tema, para que este, representando a sociedade civil, realizasse um monitoramento das audiências de custódia.

As ações de *advocacy*, em um sentido mais amplo, podem ocorrer também por meio da participação em conselhos e espaços interinstitucionais. De acordo com a pessoa entrevistada 2, a atuação em conselhos e comitês mistos, com representantes da sociedade civil e do poder público, compõem uma estratégia de *advocacy* que vai além do Poder Legislativo e permite influir em políticas públicas a ser implementadas pelo Poder Executivo. Assim, as algumas das entidades da Rede integram, por exemplo, o Conselho Nacional de Direitos Humanos, a Comissão de Pessoas Privadas de Liberdade, o Comitê Nacional de Prevenção e Combate a Tortura, entre outros.

6.4.2 A disputa de narrativas: a opinião pública(da), a mídia, a pesquisa científica e a educação em direitos como ações coletivas integradas com o litígio estratégico

A influência da mídia na formação da opinião pública não pode ser desconsiderada e, por isso mesmo, as entidades da sociedade civil têm investido, cada vez mais, em publicidade e na produção de campanhas voltadas ao convencimento da população em geral. Para a pessoa entrevistada 7: "a gente vê que não basta ter os melhores argumentos técnicos, o melhor diagnóstico, você precisa ter uma adesão a essas propostas, senão você não consegue avançar com esses pontos" (Entrevistado/a 7).

Para conquistar essa adesão ou, pelo menos, para reduzir os obstáculos a ela, é inegável a necessidade de ampliar a interação com os meios de comunicação. Exemplar, nesse sentido, é o projeto "Olhar Crítico", do IDDD, por meio do qual se iniciou uma conversa com

os jornalistas, com os editores de jornais e com os representantes de canais de comunicação. Elaborou-se uma espécie de *clipping* com matérias jornalísticas consideradas boas e ruins e, assim, diretores do Instituto conversavam com esses representantes de redes de comunicação sobre a necessidade de a boa matéria jornalística considerar as versões da defesa e da acusação. Tentava-se demonstrar que a flexibilização das garantias individuais poderia também repercutir posteriormente na flexibilização da liberdade de imprensa, na quebra do sigilo da fonte, por exemplo.

No mesmo caminho, há o projeto "Repórter do Futuro", em que se promove uma formação com estudantes de jornalismo. No âmbito desse projeto, foi realizado, em uma parceria do IDDD com o IBCCRIM, um seminário sobre o crime e a notícia, ocasião em que foi lançado um manual com conceitos necessários para uma boa reportagem.

Além de promoção da disputa de narrativas na grande mídia, foi frequente também a menção à realização de pesquisas e campanhas de divulgação.

Nesse sentido, merece ser salientada, tendo em vista o período eleitoral do ano de 2018, o lançamento do projeto da Rede de Justiça Criminal intitulado "#EleiçõesSemTruque". A campanha foi concebida para "ajudar a munir eleitores e eleitoras de informação e questionamentos para que possam identificar propostas ilusionistas" e não se deixarem seduzir por frases identificadas como senso comum, repetidas como fundamentos de promessas de mais segurança através do recrudescimento do Direito Penal. Em tom jocoso, foram criados "produtos" com mensagens e informações que desmistificavam as mais comuns bravatas proferidas em tempo de eleição. Parte significativa das informações foram extraídas justamente de pesquisas realizadas pelas próprias entidades que compõem a Rede, estando tais pesquisa consolidadas e disponibilizadas no site da campanha[635].

O CESeC, por exemplo, disponibilizou pesquisa de opinião sobre o que pensam os cariocas em relação à expressão "bandido bom é bandido morto", revelando que 37% dos cariocas afirmaram ter algum grau de concordância com ela[636]. Apresentou ainda um estudo sobre as audiências de custódia no Rio de Janeiro, em que se descrevem as condições do

---

[635] As informações sobre a campanha "#EleiçõesSemTruque estão disponíveis em: https://redejusticacriminal.org/eleicoessemtruque/. Acesso em: 30 set. 2018.

[636] A pesquisa é bem mais profunda e disseca a opinião dos entrevistados, por exemplo, em relação a quais situações ele considera que a polícia deve prender ou matar (assalto, estupro, homicídio, corrupção etc.), se ele foi vítima nos últimos 12 meses de roubo, se tinha receio de sofrer violência policial, se era favorável à pena de morte ou a linchamentos, relacionando também essas variáveis. Cf.: LEMGRUBER, Julita *et al*. **Olho por olho:** o que pensam os cariocas sobre 'bandido bom é bandido morto'. Rio de Janeiro: CESeC, 2017.

flagrante, o perfil dos presos, o impacto das audiências no número de prisões provisórias, a dinâmica das audiências e, ao fim, são formuladas recomendações para torná-las mais eficazes para os fins a que se propõem[637]. Foi divulgado também pelo CESeC um trabalho direcionado para o empoderamento de comunidades da periferia do Rio de Janeiro chamado: "Movimentos: drogas, juventude e favela". Um dos frutos desse trabalho foi a edição de uma cartilha com dados sobre a política de criminalização drogas e da juventude que reside nas favelas do Rio de Janeiro[638].

A Conectas Direitos Humanos, por seu turno, apresentou uma pesquisa sobre o exame dos casos de tortura nas audiências de custódia, revelando a postura reticente e de blindagem das instituições do sistema de justiça diante de pessoas presas que exibiam lesões ou que manifestavam ter sido vítimas de tortura[639]. Ofertou também um caderno com 10 propostas consideradas urgentes para a reforma do sistema prisional[640].

O IDDD também disponibilizou sua pesquisa sobre o panorama da implementação das audiências de custódia no Brasil[641]. Entre as conclusões está a de que o projeto enfrentou e ainda enfrenta muitos obstáculos a sua efetiva implementação, o que dificulta a satisfação de dois de seus objetivos: permitir imediato controle da legalidade da prisão e coibir situações de

---

[637] Quanto ao impacto das audiências, a pesquisa afirma que a entrada em vigor da lei de medidas cautelares, que ampliou o leque de alternativas à prisão cautelar, provocou um impacto reduzido (diminuição da taxa de conversão prisão em flagrante em preventiva de 83,8 para 72,3%, ou 14% a menos), mas ainda assim "superior à ocasionada pelas audiências de custódia observadas pelo CESeC (de 72,3 para 64,5, ou 11% a menos)". Cf.: LEMGRUBER, Julita *et al.* Audiências de custódia no Rio de Janeiro. **Comunicações do ISER,** n. 70, ano 35, 2016, p. 124.

[638] A cartilha está disponível em:http://www.movimentos.org.br/publicacoes. Acesso em: 30 set. 2018.

[639] Entre as conclusões da pesquisa está a de que as audiências de custódia, embora representem um avanço há muito almejado na implementação da Convenção Americana de Direitos Humanos, estão se tornando um ambiente hostil, burocratizado e protocolar. Para os pesquisadores da Conectas: "A presença de policiais militares, as algemas, a baixa receptividade e acolhimento dos relatos de violência por parte de juízes(as) e promotores(as), que muitas vezes duvidam do relato trazido, e valorizam a palavra dos policias, os possíveis agressores em detrimento das versões postas em audiência, contribuem com a hostilidade do ambiente da audiência de custódia". Cf. CUSTÓDIO, Rafael (coord.). **Tortura blindada:** como as instituições do sistema de justiça perpetuam a violência nas audiências de custódia. São Paulo: Conectas Direitos Humanos, 2017, p. 111.

[640] O caderno de propostas está disponível em: https://www.conectas.org/publicacoes/download/dez-medidas-urgentes-para-o-sistema-prisional. Acesso em: 30 set. 2018.

[641] Essa é certamente a pesquisa mais ampla sobre o tema. Isso porque o projeto inicial de implementação das audiências de custódia no Brasil foi resultado justamente de uma cooperação técnica entre o Conselho Nacional de Justiça, o Ministério da Justiça e o próprio IDDD. Assim, o Instituto conseguiu monitorar de perto e desde o início a execução do projeto nos estados. Além do acompanhamento das audiências no estado de São Paulo, o IDDD celebrou parcerias em 9 estados replicando neles a pesquisa inicialmente realizada na capital daquele estado.

violência policial durante a prisão. Diante dos resultados da pesquisa, o IDDD sugeriu, ainda, uma agenda para o fortalecimento das audiências de custódia composta por sete desafios[642].

Além da pesquisa sobre as audiências de custódia, o IDDD disponibilizou também um caderno com 6 propostas emergenciais para enfrentar o superencarceramento, reforçando o caráter também propositivo da atuação dos grupos que integram a Rede de Justiça Criminal[643].

O Instituto Sou da Paz, por sua vez, apresentou quatro pesquisas: uma sobre a apreensão de drogas em São Paulo; duas sobre o processamento ineficiente dos crimes de homicídios; e uma sobre o impacto da lei das medidas cautelares no uso da prisão provisória no Rio de Janeiro e em São Paulo. Esta última consiste, na verdade, em um relatório que reúne as conclusões de pesquisas sobre o tema das prisões provisórias desenvolvidas pela Associação pela Reforma Prisional (ARP/CESeC), no Rio de Janeiro, publicada em 2013, e a do próprio Instituto Sou da Paz, realizada em São Paulo e publicada em 2014[644].

Essas pesquisas tornaram-se uma pesquisa-campanha bastante interessante, patrocinada pela *Open Society Foundation,* relativamente ao perfil e ao custo dos presos provisórios no Rio de Janeiro, chamada "Presos Provisórios, Danos Permanentes"[645]. Em 2013, foram examinados todos os presos provisórios que tiveram sua privação de liberdade iniciada por auto de prisão em flagrante. Examinou-se o perfil de cada preso e para a exposição dos resultados, na medida em que o leitor avança na linha do tempo, pontos são automaticamente acrescidos em um gráfico, que se inicia simbolizando 86 pessoas, nos primeiros dias de janeiro, e termina com 7.734 nos últimos dias de dezembro daquele ano. Apresentou-se, então, o custo total a partir do tempo em que essas pessoas permaneceram

---

642 O detalhamento dos resultados da pesquisa e dos desafios estão em: IDDD. **Audiências de custódia:** panorama nacional pelo Instituto de Defesa do Direito de Defesa. Disponível em: http://www.iddd.org.br/wp-content/uploads/2017/12/Audiencias-de-Custodia_Panorama-Nacional_Relatorio.pdf Ultimo acesso em 30 set. 2018.

643 As propostas do IDDD estão compiladas e disponíveis em: http://www.iddd.org.br/wp-content/upload/2017/02/Encarceramento-2.pdf. Acesso em: 30 set. 2018.

644 O relatório indica que, no Rio de Janeiro, antes da entrada em vigor da Lei nº 12.403/11, a prisão em flagrante era convertida em prisão preventiva em 83,8% dos casos; depois da lei, esse número teria reduzido para 72,3%. Do mesmo modo, observou-se um impacto considerado positivo também em São Paulo, onde a prisão preventiva era aplicada em 87,9% dos casos, antes da lei, e passou a ocorrer em 61,3% dos casos, depois dela. Cf. INSTITUTO SOU DA PAZ; ARP. **Monitorando a aplicação da lei das cautelares e o uso da prisão provisória nas cidades do Rio de Janeiro e São Paulo.** Disponível em: http://www.soudapaz.org/upload/pdf/pesquisa_lei_das_cautelares_comparativo_sp_e_rj.pdf. Acesso em: 30 set. 2018.

645 Disponível em: http://danospermanentes.org/index.html. Acesso em: 30 set. 2018.

presas preventivamente, comparando-se com o custo para manutenção de alunos no ensino básico, para construção de postos de saúde e para construção de casas populares. Analisou-se, ainda, que, daquele total de presos provisórios, apenas 18,6% foram condenados ao regime fechado e 54,4% foram considerados presos indevidamente, porque foram absolvidos, tiveram seus processos arquivados, foram sancionados com penas alternativas ou com regime aberto ou semiaberto.

Segundo informado nas entrevistas, os dados dessa pesquisa-campanha foram utilizados em estratégias de *advocacy* e serviram especialmente para reforçar a implementação da audiência de custódia no Rio de Janeiro[646].

O ITTC concentra suas pesquisas com um recorte de gênero. Entre os diversos estudos que já patrocinou, destacam-se aqueles sobre presas estrangeiras no cárcere e, atualmente, sobre o impacto da política de drogas no encarceramento feminino. Essa pesquisa, por exemplo, vem sendo desenvolvida em São Paulo e Salvador. Deve ser ressaltado também o estudo que estão desenvolvendo sobre as audiências de custódia nos casos de prisões de mulheres. Como indicou a pessoa que representou o ITTC nas entrevistas, o grande interesse é saber se as questões de gênero estão sendo atendidas ou não também nessas audiências. Para a campanha "#EleiçõesSemTruque", o ITTC sugeriu a consulta a quatro de seus trabalhos: o relatório MulhereSemPrisão, construído a partir de dados coletados em processos judicias e entrevistas com mulheres presas em São Paulo[647]; o relatório sobre pessoas LGBTI presas no Brasil[648]; um infográfico sobre política de drogas na América e na Europa[649]; e, com caráter

[646] A pessoa que representou o Instituto Sou da Paz referiu, na entrevista, que: "Na época do lançamento desse projeto, a gente acabou dando muita sorte porque a gente lançou ele muito próximo do outro começo de projeto piloto de audiência de custódia lá no Rio, então foi muito bom ter esse dado de uma forma bem impactante, teve uma cobertura ampla de mídia para vencer a resistência do Judiciário que foi forte no Brasil inteiro, como uma resistência do Judiciário e do Ministério Público, então conseguir trazer esses dados e mostrar o quanto de, de pessoas que ficam presas indevidamente no sistema e da importância dessa audiência de custódia, do contato pessoal foi bem importante".

[647] Cf. ITTC. **MulhereSemPrisão**:desafios e possibilidades para reduzir a prisão provisória de mulheres. Disponível em: http://ittc.org.br/mulheresemprisao/. Acesso em: 30 set. 2018.

[648] Esse relatório simplificado foi apresentado, em outubro de 2015, ao Relator Especial do Conselho de Direitos Humanos da ONU sobre tortura e outros tratamentos ou punições cruéis, desumanos e degradantes. Disponível em: http://ittc.org.br/wp-content/uploads/2017/12/breve-relatorio-sobre-pessoas-lgbt-privadas-de-liberdade-no-brasil.pdf. Acesso em: 30 set. 2018.

[649] O infográfico apresenta uma relação entre a política de drogas e o encarceramento nos continentes americano e europeu. Está disponível em: http://ittc.org.br/wp-content/uploads/2016/07/infografico-encarceramento-e-politica-de-drogas.pdf. Acesso em: 30 set. 2018.

propositivo, a Agenda Municipal para Justiça Criminal, que contém propostas para a área de segurança pública que poderiam ser adotadas no nível dos municípios brasileiros[650].

Por último, a Justiça Global trouxe para a campanha geral da Rede dois estudos. O primeiro refere-se à situação de pessoas presas sem condenação no Rio de Janeiro, realizado em parceria com o Mecanismo Estadual de Prevenção e Combate à Tortura do Rio de Janeiro. Além do exame das audiências de custódia em sentido aproximado daquele apresentado pelas demais entidade, nesse estudo, a Justiça Global realizou também visitas aos locais onde as pessoas são mantidas presas "provisoriamente", descrevendo as condições em que essas medidas "cautelares" são impostas[651]. O segundo estudo também apresenta as condições de aprisionamento, desta vez, no Estado do Maranhão, onde se localiza o Complexo Penitenciário de Pedrinhas[652].

As pesquisas servem como instrumento para a produção de informação técnico-científica sobre um tema que carece de dados e de transparência. Os resultados também são usados como argumentação baseada em evidência tanto para a atividade de *advocacy* como para o litígio estratégico.

Além dessas pesquisas, mais voltadas para os auditórios técnicos dos espaços de poder, as entidades entrevistadas também afirmaram que utilizam campanhas publicitárias com o objetivo de estabelecer um maior diálogo com a opinião pública, comumente apresentada como avessa ao discurso de proteção dos direitos humanos dos presos.

---

[650] A agenda está dividida em quatro momentos nos quais órgãos municipais poderiam intervir, desde o início dos conflitos até o término do cumprimento da pena. Cf.: ITTC. **Agenda Municipal para a Justiça Criminal:** propostas de políticas municipais. Disponível em: http://ittc.org.br/wp-content/uploads/2017/02/Agenda-Municipal-online.pdf. Acesso em: 30 set. 2018.

[651] JUSTIÇA GLOBAL; MEPCT/RJ. **Quando a liberdade é exceção:** a situação das pessoas presas sem condenação no Rio de Janeiro. Disponível em: http://www.global.org.br/wp-content/uploads/2016/09/quando-a-liberdade-e-excecao.pdf. Acesso em: 30 set. 2018.

[652] Entre novembro e dezembro de 2013, eclodiram nesse Complexo Penitenciário uma série de rebeliões, que resultaram na morte de 22 presos, alguns decapitados, além de diversas pessoas feridas. Em razão desses fatos, o Brasil foi acionado na Comissão Interamericana de Direitos Humanos, que outorgou medidas cautelares. Desde então, a Conectas e a Justiça Global, que atuavam como co-peticionárias nessa demanda, passaram a acompanhar as condições do encarceramento nesse Complexo. O relatório dos dois anos de monitoramento resultou na publicação: JUSTIÇA GLOBAL *et al*. **Violação Continuada:** dois anos da crise em pedrinhas. Disponível em: http://www.global.org.br/wp-content/uploads/2016/03/relatorio_pedrinhas.pdf. Acesso em: 30 set. 2018. A Justiça Global também produziu diversos outros relatórios sobre os casos que acompanha em organismos internacionais e sobre temas ligados à violência institucional e segurança pública. Além dos dois aqui já mencionados, estão publicados outros 14, disponíveis em: http://www.global.org.br/blog/category/visp/visp-relatorios/. Acesso em: 30 set. 2018.

Merece destaque, nesse sentido, a campanha do Instituto Sou da Paz sobre penas alternativas, chamada "Caminho de Volta"[653]. Por meio de infográficos dinâmicos e interativos, com animações e com a possibilidade de compartilhamento em redes sociais como o *facebook* e o *twitter*, foram coletadas informações e apresentados argumentos para tentar convencer a população sobre a necessidade, nos casos de tráficos de pequena quantidade de drogas, de adoção de medidas alternativas à prisão, que seriam, na visão do Instituto, punições mais educativas.

Ainda voltado para o grande público, foi referido também o fato de o IDDD ter participado da elaboração do documentário "Sem Pena", que traz exemplos reais do impacto e do funcionamento do sistema de justiça criminal a partir de relato de pessoas que foram por ele diretamente atingidas e de entrevistas com especialistas.

Na mesma linha, as entidades reunidas na Rede de Justiça Criminal produziram uma campanha mais ousada chamada "Realidade Visceral", em que, por meio de técnica de gravação em 360º, permitia-se ao espectador que utilizasse o dispositivo de realidade virtual a sensação de estar dentro de uma cela masculina lotada com 25 presos. Durante a experiência de interação, o espectador escuta pedidos frequentes e desesperados de ajuda dos presos e, ao fim, após retirar o dispositivo, uma das pessoas que atua na encenação aparece diante do espectador e se dispõe a conversar sobre o tempo em que permaneceu efetivamente detida no sistema prisional, antes de receber o livramento condicional[654].

As pesquisas e as campanhas ajudam também no trabalho de litigância estratégica. É através da interação com a imprensa e com a divulgação dos pontos favoráveis ao discurso que será defendido na disputa judicial que se acredita poder influenciar na velocidade do julgamento e "no humor e na posição dos Ministros". Nas palavras de uma das pessoas entrevistadas: "vai se criando um caldo ao redor dessa nossa posição" (Entrevistado/a 7).

A educação em direitos também é uma forma atuação utilizada pelas entidades entrevistadas. O IDDD tem, nesse sentido, um projeto de educação para cidadania no cárcere, por meio do qual advogados(as) voluntários(as), acompanhados(as) por uma pedagoga contratada, ministram duas aulas por semana, por dois meses, sobre temas de direitos

[653] Disponível em: http://soudapaz.org/caminhodevolta/. Acesso em: 29 set. 2018.
[654] Informações sobre o projeto Realidade Visceral estão disponíveis em: http://www.prisaonaoejustica.org/. Acesso em: 29 set. 2018.

humanos, de execução penal e processo penal, ou temas mais específicos como violência doméstica.

Uma outra forma de empoderar as pessoas atingidas pelo encarceramento foi a de utilizar a arte. Em 2005, o IDDD lançou o projeto "Direito do Olhar", que se constituiu em um concurso cultural, promovido em parceria com a Associação Novolhar, envolvendo todos os estabelecimentos prisionais, unidades de internação e casas de custódia femininos da cidade de São Paulo-SP. O universo de presas era, então, de 3.700 mulheres, entre jovens internadas e adultas presas. Do total, 680 mulheres e meninas se inscreveram e foram selecionadas 120 em cada uma das três categorias artísticas contempladas (fotografia, desenho e literatura). Depois de oficinas promovidas com as selecionadas, os melhores trabalhos foram expostos em cerimônias públicas com a participação das autoras e, posteriormente, foram reunidos em um livro[655].

Os grupos entrevistados têm mesmo percebido a necessidade de integração entre as diversas estratégias de mobilização. Partem da compreensão de que os juristas têm uma propensão a acreditar na autossuficiência do Direito para a solução de todos os conflitos sociais e para a transformação da realidade. Como veremos a seguir, os representantes dos grupos entrevistados parecem ter, ao menos discursivamente, consciência dos limites da litigância judicial (ainda que estratégica), apesar de, sem esconderem algumas incongruências, persistirem no caminho institucional como meio para a mudança social.

6.5 A ATUAÇÃO JUDICIAL: da defesa dos interesses individuais à litigância estratégica, a coletivização como uma das novidades nos serviços legais em matéria penal

Alguns dos grupos entrevistados começaram suas atividades prestando assistência judicial gratuita individual (*client oriented*) e só mais recentemente migraram para a litigância estratégica. É o caso, por exemplo, da Conectas, do DDH e do IDDD.

Logo, em seu início, a Conectas, paralelamente ao monitoramento da política externa brasileira em tema de direitos humanos, lançou um projeto chamado "Artigo Primeiro", que tinha dois advogados para acompanhar casos de tortura e violência na Fundação Casa, entidade responsável pela aplicação das medidas socioeducativas no estado de São Paulo.

[655] RAHAL, Flávia *et al.* (org.). **O direito do olhar:** publicar para replicar. São Paulo: IDDD/Petrobrás, 2009.

Havia uma parceria com as mães dos internos e, quando ocorria uma denúncia de violência ou tortura, a equipe do Conectas prestava auxílio e acompanhava em depoimentos e até mesmo no ajuizamento de ações de reparação ou assistência em investigações criminais.

O DDH, ainda em 2012, desenvolvia projetos com o modelo tradicional de assessoria jurídica à população mais vulnerável. O projeto "Paz sem voz é medo" tinha por finalidade a atuação em processos judiciais em áreas de Unidade de Polícia Pacificadora nas comunidades do Complexo do Alemão, no Rio de Janeiro. Eles atuaram tanto em casos civis de reparação por violência policial, em que jovens foram mortos durante incursões policiais ou das forças armadas, como em ação penal na qual trabalhadores foram acusados de desacato e ameaça a integrantes das Forças de Pacificação[656].

O IDDD também inicia suas atividades com advogados voluntários prestando assistência judicial em casos individuais, especialmente por meio de mutirões realizados em delegacias e nos centros de detenção. Logo se percebe, contudo, que essa atividade não provocava impacto estrutural mais significativo. O Instituto passa, então, por volta dos anos 2006/2007 a realizar "mutirões mais focados".

O primeiro mutirão nessa linha foi realizado para compreender como os tribunais haviam recepcionado as mudanças implementadas na lei de medidas cautelares, a Lei nº 12.403/11. Mais recentemente foi realizado o mutirão de atenção à primeira infância, com cerca de 200 mulheres presas gestantes ou responsáveis por filhos menores, na região de Pirajuí, em São Paulo, onde a Defensoria Pública não atuava.

Antes da realização do mutirão, ocorreram reuniões prévias e um *workshop* de formação dos advogados que dele participariam. A atuação em parceria com instituições que já atuavam no campo específico da questão de gênero no cárcere foi também um destaque dessa experiência. Nesse caso, participaram do projeto o ITTC, o Instituto Alana e o CADHU. Foi aplicado um formulário com 120 perguntas e se fez uma pesquisa de julgados, nacionais e internacionais, que permitissem a formulação, posteriormente, de teses jurídicas que beneficiassem a população atendida.

O mutirão se torna, assim, um espaço também de produção de informação, de construção de indicadores, de elaboração de diagnósticos que permitam avaliar e (re)pensar políticas públicas. A partir dos relatórios produzidos foi possível expandir, ainda, os trabalhos

de pesquisas acadêmicas e as publicações voltadas para a população em geral. Alimenta-se, além disso, a atuação na litigância estratégica. A experiência colhida em Pirajuí contribuiu para as teses defendidas no *habeas corpus* coletivo proposto no Supremo Tribunal Federal[657]. A coletivização desse instrumento processual tradicionalmente utilizado para proteção da liberdade individual é um fenômeno recente no Brasil e ainda em fase muito inicial, já que o precedente foi firmado em decisão de Turma e não do Pleno do Supremo Tribunal Federal.

De qualquer modo, a percepção de que a defesa individual dos acusados não provocaria impactos mais estruturais nas condições degradantes das prisões ou mesmo no fenômeno do encarceramento em massa foram algumas das razões apontadas para a mudança de estratégia.

A utilização de mecanismos do chamado litígio estratégico está especialmente atrelada à atuação nos sistemas internacionais de direitos humanos e, nesse sentido, merece ser ressaltado o trabalho da Justiça Global, que, logo nos primeiros anos de suas atividades, propôs-se a assumir a litigância estratégica também no que se refere às violações de direitos humanos que ocorriam nos estabelecimentos prisionais no Brasil.

A Justiça Global aciona prioritariamente o sistema interamericano e não atua, ou atua muito pouco, na jurisdição interna. Costuma utilizar o período de audiências temáticas da Comissão Interamericana para pautar os temas ligados aos seus programas, provocando o Estado brasileiro para discutir as políticas públicas relacionadas nas audiências com a sociedade civil.

Um caso mais remoto de intervenção da Justiça Global foi o caso da "76ª DP", no qual a entidade requereu à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, entre 2006 e 2007, medida cautelar em favor de pessoas privadas de liberdade na 76ª Delegacia de Polícia, em Niterói, no Rio de Janeiro. A medida cautelar fora deferida em 19 de outubro de 2007 e, na sequência, os presos foram efetivamente transferidos para outras unidades, ainda que o Estado brasileiro não tenha esclarecido para que locais e sob que condições ocorreram essas transferências.

Recentemente, a Justiça Global requereu à Comissão a adoção de medidas cautelares urgentes em dois casos ligados ao sistema carcerário nacional (Complexo Penitenciário de

[656] Cf. Relatório final do projeto "Paz sem voz é medo". Disponível em: https://www.ddh.org.br/#3. Acesso em: 26 set. 2018.
[657] Vide o último capítulo em que examinamos as experiências nacionais.

Pedrinhas, no Maranhão; e Complexo Penitenciário do Curado, em Pernambuco) e um relacionado ao sistema de medidas socioeducativas (Unidade de Internação Socioeducativa do Espírito Santo). Esses casos converteram-se em medidas provisórias adotadas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos e serão comentados no último capítulo.

No âmbito nacional, o uso mais consolidado dos instrumentos de litígio estratégico pode ser percebido especialmente nos últimos dez anos. A Conectas, por exemplo, passou por uma reestruturação nas suas estratégias de atuação entre 2010 e 2011. A pessoa que representou a entidade nas entrevistas esclareceu a mudança na atuação jurídica nela ocorrida:

> Aí nós criamos esse programa de justiça, no fim de 2011 e começo de 2012, [...] E a ideia foi fortalecer essas atuações judiciais, jurídicas, mas com um universo maior de temas e hoje é a organização que mais influência o Supremo Tribunal Federal através dos *amici curiae,* são mais de cinquenta até hoje impetrados. Então o Supremo Tribunal se tornou um ator importante entre a gente, a gente pode falar mais daqui a pouco talvez, mas basicamente hoje o programa, que é um programa de justiça, trabalha com as pessoas por quatro temas. O primeiro é pessoas privadas de liberdade, o segundo é política de drogas, o terceiro é polícia e o quarto é rede de protesto. Então é um programa hoje que é o maior em recursos e de recursos humanos e tem aí na estratégia jurídica talvez a sua principal ferramenta. A diferença talvez para a Conectas antiga é que antes se fazia a estratégia jurídica e ela terminava nela mesma, hoje a gente faz a estratégia jurídica combinada, alinhada com as outras estratégias que nós temos muito claras, por exemplo, a estratégia de comunicação, a estratégia de denúncia internacional, a estratégia de advocacy nacional e internacional, produção de pesquisas. Enfim, então hoje a estratégia jurídica não está muito solta, ela não termina nela mesma, quando a gente pensa na ação jurídica, ela já vem, já traz nela, provavelmente ela vai trazer várias conexões com outras estratégias da própria organização.

É nesse período também – em meados de 2010, mais precisamente – que o IBCCRIM cria a Comissão Especial de *Amicus Curiae*, por meio da qual o Instituto passaria a intervir mais diretamente nas discussões constitucionais no âmbito do Supremo Tribunal Federal. No ano seguinte, o Instituto firmou convênio com a Escola de Direito da FGV-SP para a realização de pesquisas que auxiliassem na seleção dos casos e na preparação dos memoriais. Desde então, contabilizam-se cerca de 38 intervenções em processos diversos na Suprema Corte.

O IDDD também criou há dois anos um grupo de trabalho especial para cuidar de questões relacionadas ao litígio estratégico[658] e somente em 2017 conseguiu obter

[658] Esclareceu-se, ainda, nas entrevistas que esse grupo surgiu como um laboratório, uma atividade experimental. No *site* do Instituto, registra-se que "para subsidiar esse trabalho foi constituído em 2016 um grupo que tem como objetivo pensar em temas e formas inovadoras e criativas de litigar estrategicamente, bem como monitorar casos que impactem no direito de defesa, nos quais o IDDD possa atuar, buscando sempre a construção de uma

financiamento para um projeto específico de litígio estratégico relacionado com decisões condenatórias baseadas apenas em testemunho policial. As estratégias de sensibilização do Judiciário, nesse caso, ilustram bem a diversidade de meios para a construção e a pavimentação da litigância estratégica.

Nas entrevistas, a pessoa que representou o IDDD revelou que, considerando que já existiam precedentes diversos em sentido contrário à tese defendida pelo IDDD, os seus membros julgaram necessário começar com discussões prévias, mais dogmáticas, por meio de seminários, com a participação de Ministros e de palestrantes internacionais que pudessem apresentar como são as experiências sobre o tema em outros países. Só depois desse primeiro diálogo no espaço acadêmico é que se apresentariam as demandas propriamente judiciais. A pessoa entrevistada esclareceu, ainda, que, no IDDD, o grupo de litigância estratégica funciona como um "centro nervoso de criação de demandas". As ideias podem partir diretamente do grupo ou da direção do Instituto. De qualquer modo, elas precisam estar alinhadas à finalidade institucional e se submetem a um controle pelo conselho deliberativo.

A partir das entrevistas e do acompanhamento da história institucional dos grupos que compõem a Rede de Justiça Criminal, é possível perceber que o emprego de mecanismos de litígio estratégico é mesmo algo mais recente, particularmente dos últimos dez anos, na atuação dessas organizações, o que permite inferir que há sim um grau de "novidade", no Brasil, no manejo dessa ferramenta político-jurídica.

Nota-se também o uso mais frequente de manifestações e intervenções como *amicus curiae*, que demandam menos energia e menos custos do que a construção desde o início do litígio estratégico propriamente dito, isto é, daquele que demanda uma atuação mais pro-ativa com a escolha do caso-teste e o seu acompanhamento durante todas as instâncias até chegar eventualmente na corte superior[659].

Apesar das críticas que fazem aos limites do litígio estratégico, as entidades entrevistadas vislumbram alguma utilidade nessa forma de mobilização do direito. A pessoa entrevistada 2, por exemplo, afirmou que:

---

jurisprudência que zele pelos direitos fundamentais do cidadão. Os integrantes desse grupo também são responsáveis por confeccionar os pedidos de habilitação como *amicus curiae* para esses casos". Informações disponíveis em:http://www.iddd.org.br/index.php/litigancia-estrategica/
. Acesso em: 27 set. 2018.

[659] Outros obstáculos ao uso do litígio estratégico em sentido estrito serão discutidos no último capítulo.

> A nossa compreensão é que a partir dessa atuação de casos concretos conseguimos trazer para o âmbito do Sistema Interamericano, trazer para a jurisdição do Sistema Interamericano, uma discussão sobre a política em curso no país e as questões estruturais no que tange ao sistema prisional e socioeducativo (Entrevistado/a 2).

E com maior otimismo, esse mesmo entrevistado/a declarou ter a convicção "de que a partir da litigância de casos individuais, a gente pode também fazer as discussões mais estruturais sobre os sistemas, como inclusive uma estratégia de incidência política" (Entrevistado/a 2).

Esse otimismo é percebido também nas palavras da pessoa entrevistada 3:

> [P]ara a mudança desejada ou para repararmos alguma situação de injustiça ou para reformarmos algum modelo institucionalizado de violência em seres humanos, enfim, o diagnóstico é que não dá para ignorar o sistema de justiça e o seu papel nisso.

A atuação no âmbito judicial, seja a assistência judicial individual, seja aquela promovida de forma mais estratégica, aproxima-se em grande medida daquela que no Brasil está compreendida também entre as funções de um órgão público de litígio: a Defensoria Pública. Diante desse cenário, desejamos saber também como as entidades entrevistadas interagiam com a Defensoria Pública.

6.6 A INTERAÇÃO ENTRE OS LITIGANTES PRIVADOS E A DEFENSORIA PÚBLICA

6.6.1 Pontos de convergência

Embora nosso objetivo nessa cartografia não incluísse diretamente um olhar sobre a mobilização do direito pelos órgãos oficiais ou públicos de litígio, no mapeamento da atuação da sociedade civil não poderia mesmo deixar de ser examinada a forma como os atores privados interagem com esses órgãos oficiais, notadamente com a Defensoria.

O Ministério Público também é um órgão oficial de litígio, que poderia ser incluído no interior do conceito mais amplo de advocacia de interesse público. Contudo, nenhum órgão ou entidade associada ao Ministério Público assinou os documentos-manifestos aqui tomados por

base[660]. Por outro lado, identificamos que algumas unidades da Defensoria Pública assinaram as 16 Medidas e a Associação Nacional dos Defensores Públicos Federais assinou a primeira edição da Agenda Nacional pelo Desencarceramento. Examinaremos, portanto, apenas a interação da sociedade civil com essa instituição de defesa.

Uma das formas tradicionais de interação entre os grupos de assessoria jurídica e a Defensoria é a que ocorre no âmbito da tradicional assistência judicial individualizada, seja por meio dos encaminhamentos seja por meio dos convênios.

Várias das entidades que prestavam o serviço de assistência judicial individualizada deixaram de o fazer quando da criação das defensorias públicas. Esse serviço de atendimento passou a ser oferecido pelo órgão público de maneira mais regular em alguns locais, permitindo às ONGs concentrar mais esforços no litígio estratégico e nas demais formas de mobilização do Direito. Muitas delas quando recebem demandas de natureza individualizada encaminham os pedidos à Defensoria. Outras, porém, continuam prestando a assistência individualizada, com ou sem convênio, especialmente nos locais onde a atuação da Defensoria Pública é deficitária ou simplesmente inexistente.

É o caso, por exemplo, do convênio entre a DPE/SP (Defensoria Pública do estado de São Paulo) e o IDDD para atuação de advogados a este vinculados no Tribunal do Júri nas comarcas em que não há atuação da Defensoria. Mencionou-se nas entrevistas a atuação conjunta com a Defensoria para que o cidadão que fosse absolvido no Tribunal do Júri pudesse ser solto imediatamente. Anteriormente, mesmo com a absolvição, o cidadão era levado novamente ao presídio para que, somente então, fosse verificada a existência de outros mandados de prisão em seu nome. A atuação articulada permitiu que essa verificação fosse feita antes da sessão do pleno do Tribunal do Júri, permitindo a soltura imediata do cidadão que fosse absolvido.

---

[660] O Ministério Público também pode ser considerado um órgão oficial de litígio de interesse público. Em matéria penal, contudo, mais frequentemente, o MP, que é o órgão titular da ação penal pública, constitucionalmente incumbido da persecução penal, manifesta-se institucionalmente como favorável a políticas de expansão do encarceramento e da punitividade, como se pode perceber na campanha por ele patrocinada chamada de "10 Medidas de Combate à Corrupção". Há evidentemente membros desse órgão que assumem postura bastante crítica quanto à política de encarceramento em massa, de que são exemplares algumas manifestações de integrantes do movimento "Transforma MP" já referido acima. Não é possível dizer, contudo, que essa é uma posição majoritária. Como em todas os órgãos do sistema de justiça criminal, há disputas internas, inclusive nas Defensorias, em torno da linha político criminal que o órgão adotará. Aqui, pelas razões mencionadas no texto, examinaremos apenas a interação das entidades entrevistadas com a Defensoria e não com o MP, embora não se descarte, em outro momento, um maior avanço nesse tema.

Outra forma de interação pode ocorrer na própria gestão da Defensoria Pública. Em alguns casos, há mecanismos de participação social, com abertura para intervenções da sociedade civil. É o caso da Defensoria Pública de São Paulo que tem uma Ouvidoria Externa, realiza conferências para definição de sua atuação e tem também o "momento aberto", um espaço para dar voz à sociedade civil nas reuniões do Conselho Superior da instituição.

O Instituto Sou da Paz referiu também um convênio para produção de pesquisas e informações úteis à reflexão sobre a segurança pública e o funcionamento do sistema de justiça criminal. Em parceria com a Defensoria Pública do Estado de São Paulo, estão sendo coletados dados sobres presos provisórios nos Centros de Detenção Provisória, de modo a buscar georreferenciar a residência dos presos e tentar quantificar quanto o Estado investiu (ou deixou de investir) naquela região e naquela pessoa. A ideia é verificar como, em muitos casos, o investimento público é mais forte em segurança e encarceramento do que em outras políticas públicas.

A pessoa entrevistada 1 esclarece como pode ocorrer a escolha do caso e como se dá a discussão para identificação do caso emblemático para fins de litígio estratégico. Referindo-se a um projeto que está sendo desenvolvido em parceria com uma unidade da Defensoria Pública, ela diz que:

> A ideia desse projeto é eventualmente a gente conseguir alguns casos da Defensoria para a gente atuar como *amicus* nos casos, pensando na súmula 70, mas a gente pode pensar um pouco quais são esses casos, tentar escolher, de repente, pensar como seria essa estratégia, se seria um HC, se seria recurso ordinário (Entrevistado/a 1).

A importância da interação com a Defensoria também foi destacada pela pessoa entrevistada 4:

> A Defensoria vê um Direito Penal mais humano, mais no dia-a-dia, em que a gente considera importante trazer esse olhar da Defensoria para as nossas decisões, porque o nosso foco é justamente atingir o maior número de pessoas e, evidentemente, que o maior número de pessoas está dentro do universo que é atendido pela Defensoria.

Na mesma linha, a pessoa entrevistada 7 mencionou que "para a gente é muito natural esse diálogo com a Defensoria Pública" e, mais adiante, afirmou que a Defensoria Pública "continua sendo, perto das outras instituições da justiça, realmente uma exceção, uma instituição que ainda consegue dialogar". Ele/a acredita que, ainda hoje, a Defensoria "representa um sopro de arejamento na justiça".

De fato, observa-se que o intercâmbio de experiências com os serviços legais da sociedade civil tem ocorrido em encontros institucionais com maior frequência. Esse foi o caso, por exemplo, dos diálogos iniciados em 2011 no Encontro Nacional da RENAP, em Fortaleza/CE, que resultaram na edição de uma coletânea com 31 artigos versando sobre as relações entre a Defensoria Pública, a Assessoria Jurídica Popular e os Movimentos Sociais[661].

A pessoa entrevistada 6 destaca, ainda, as possibilidades e potencialidades que a atividade de defensor público pode envolver:

> Quem é defensor tem a possibilidade de criar teses justamente para ajudar as populações mais vulneráveis que, neste momento da história do Brasil, estão perdendo tudo. E não tem mais ninguém que por vocação deve defende-los. Que, por vocação, por profissão, por ligamento jurídico, deve defende-los.

O/a Entrevistado/a 6 ressalta, contudo, que a atuação da Defensoria Pública precisa ir além da assistência judicial individual e buscar soluções mais estruturais para problemas sociais que ultrapassam o indivíduo.

Além disso, avaliam positivamente, de um modo geral, o relacionamento com a Defensoria Pública. Afirmam que é comum o encaminhamento de demandas a essa instituição, especialmente porque, como dito, muitas das entidades que antes prestavam a assistência judicial, com a estruturação das defensorias, passaram a se dedicar mais a ações de *advocacy* e de litigio estratégico e menos à defesa individual.

As novas ferramentas da chamada advocacia de interesse público despertaram a simpatia de membros da Defensoria Pública para uma maior aproximação com o tema. Em 2017, a Defensoria Pública do estado do Rio de Janeiro, o Fórum Justiça e o CEJUR realizaram, com apoio também da Fundação Ford, o seminário nacional intitulado "Litigância Estratégica em Direitos Humanos: usos, sentidos e práticas na Defensoria Pública"[662]. Algumas situações de atuação em casos de litigância estratégica envolvendo também a Defensoria Pública serão comentadas no último capítulo.

---

[661] Cf.: ROCHA, Amélia *et al.* (org.). **Defensoria Pública, Assessoria Jurídica Popular e Movimentos Sociais e Populares:** novos caminhos traçados na concretização do direito de acesso à justiça. Fortaleza: Dedo de Moças, 2013.

[662] Informações sobre os debates travados no seminário estão em relatório disponível em: http://www.forumjustica.com.br/wp-content/uploads/2015/08/Relatorio-Semin--rio-de-Litig--ncia-Estrat--gica.pdf. Acesso em: 27 set. 2018.

6.6.2 Pontos de dissonância

Não são poucas, entretanto, as críticas à atuação da Defensoria Pública.

Além daquelas dirigidas à falta de estrutura e de cobertura no atendimento da instituição, foi recorrente, por exemplo, a afirmação de que a qualidade do serviço prestado e o comprometimento com o tema variavam demasiadamente de acordo com o defensor que acompanhava os casos. O compromisso com a população vulnerável e com uma atuação pro-ativa dependeria muito mais da pessoa do defensor que do cargo. Isso é avaliado como extremamente prejudicial para uma política de acesso à justiça que se pretende institucionalizada, pois, nos momentos de afastamentos dos defensores considerados comprometidos, a política poderia sofrer (e, segundo as entrevistas, sofre efetivamente) solução de continuidade.

Além disso, mais de uma pessoa entrevistada registrou um crescente encastelamento na postura dos defensores, isto é, um distanciamento cada vez maior das pautas relacionadas com os movimentos sociais e um fechamento da instituição em si mesma e em torno de pautas corporativas[663].

Houve também a preocupação com a perda de autonomia da instituição e de uma aproximação exagerada com o governo. A fim de viabilizar repasses orçamentários, a postura combativa e de enfrentamento ao governo cedia lugar a omissões e ações contrárias aos interesses dos grupos vulneráveis.

A pessoa entrevistada 1 foi categórica: "A Defensoria está se fechando muito". Para ela, é perceptível o "fortalecimento de uma pauta corporativista". Como exemplo desse fechamento, ela destacou que, na mesma semana em que se pediu o aumento da remuneração dos defensores, decidiu-se internamente a redução do critério de renda, restringindo, assim, o atendimento à população. Na opinião dela, cresce a discussão por igualdade com o Ministério Público e a magistratura, especialmente em relação aos "penduricalhos". Na visão dela, a pauta remuneratória é conduzida "sem escrúpulo". Sustenta-se, por exemplo, que o defensor tem que ganhar mais para fazer uma audiência de custódia, para visitar um presídio,

[663] Luciana Zaffalon também já percebeu esse fenômeno da cooptação da instituição por pautas corporativas, a exemplo do que já ocorre no Ministério Público e na Magistratura: Cf.: CARDOSO, Luciana Zaffalon Leme. **Uma espiral elitista de afirmação corporativa:** blindagens e criminalizações a partir do imbricamento das disputas do Sistema de Justiça paulista com as disputas da política convencional. 2017. Tese (Doutorado) – Fundação Getúlio Vargas, Escola de Administração de empresas de São Paulo, 2017.

atividades que seriam próprias ou inerentes ao exercício da função de defensor, já contempladas, portanto, no subsídio.

A pessoa entrevistada 7 também mencionou uma certa cooptação da Defensoria Pública pelo governo estadual:

> Ao nascer com uma estrutura deficitária, com recursos deficitários, com uma capacidade mesmo de articulação muito limitada, a Defensoria logo percebeu que ela precisava dialogar com o governo, porque é o governo que tem a faca e o queijo na mão também. Então por ser precária eu preciso dialogar e para deixar de ser precária eu preciso dialogar.... O problema é que o governo não é bobo nem nada, ele também logo percebeu que a Defensoria pode ser uma grande pedra no sapato.... A Defensoria Pública, nesse processo de aproximação com o governo talvez...Ou não...Talvez, não... Na minha opinião ela está reproduzindo esse caminho que o Ministério Público fez. Ou seja, ela está, por uma razão que pode até ser nobre, que é a própria estruturação etc. e tal tendo que fazer compromissos políticos, tendo que dialogar demais com aquele que é talvez o grande violador do estado (Entrevistado/a 7).

A pessoa entrevistada 1 também tem, sobre esse tema, a mesma percepção:

> [A] gente sente falta de mais autonomia, a gente sente falta de um pouco menos de corporativismo. Eu não sei se é uma postura individual (entende?) dos defensores, mas sempre isso é um entrave. Quando a gente fala em mutirão, sempre é meio: 'não isso aqui é trabalho da defensoria e, se vocês quiserem sugerir isso, estão dizendo que a gente não está executando bem o trabalho'.

Ela acredita que seria necessária uma "abertura talvez maior para o diálogo com a sociedade civil e que esse diálogo com a sociedade civil fosse de ponta a ponta da Defensoria" (Entrevistado/a 1).

O distanciamento da população mais vulnerável e o comodismo burocrático chegou ao ponto de defensores requererem aos juízes que requisitassem os presos aos fóruns para a realização de conversa reservada. Os estabelecimentos prisionais costumam ser localizados em regiões afastadas e não ser dotados de espaços confortáveis. É o oposto dos fóruns, geralmente situados nos grandes centros e em prédios suntuosos. O preso, então, se submetia à condução nos "camburões" - veículos que contém celas improvisadas no porta-mala e que fazem o transporte de presos algemados – sem qualquer conforto. Conclui dizendo: "tem uma galera que como defensor são excelentes promotores e juízes, entendeu?" (Entrevistado/a 1).

.

Mesmo os espaços de abertura à sociedade civil têm sofrido reduções, havendo relatos de tentativa de mudança nos critérios de seleção dos ouvidores externos e de desrespeito por parte dos Conselheiros às pessoas que se dispunham a participar dos órgãos de gestão da Defensoria, como os Conselhos Superiores.

A questão da pessoalidade também foi problematizada por mais de um entrevistado. O/a entrevistado/a 2, por exemplo, afirmou que:

> Existem casos onde defensores ou defensoras que estão destacados para aquele caso têm um comprometimento inequívoco com os direitos humanos e as questões que envolvem os direitos humanos que estão colocadas no caso em questão, e há defensores e defensoras que não têm a mesma sensibilidade, não se afetam tanto (Entrevistado/a 2).

Para a pessoa entrevistada 6, aquele que trabalha na Defensoria apenas para passar o tempo, que atende burocraticamente as pessoas e que não se envolve com a população não pode ser considerado um defensor. Ela menciona o caso de uma unidade da Defensoria Pública estadual que para atender a população de rua fora da sede exigia uma gratificação: "então uma vez que você o tirou extra na Defensoria Pública do Estado, você não tem defensora que queira ir" (Entrevistado/a 6).

Ela estende as críticas também à Defensoria Pública da União. Ela relata, como exemplo, o processo de instalação de uma unidade em determinado local por pressão dos movimentos sociais. Ela afirma que a população que lutou pela instalação "ficou frustrada porque os primeiros defensores não eram muito ligados ao povo... Tinha que brigar para eles irem nas reuniões". Diz, ainda, que: "Não existe um canal organizado na Defensoria Pública da União para contato com a sociedade civil. Isso é uma grande falha" (Entrevistado/a 6).

A pessoa entrevistada 6 também ressalta a existência de estruturas rígidas de atribuições que acabam servindo como escusas para a não prestação da assistência jurídica. Na opinião dela, "quando você quer, dá para quebrar as estruturas... para que cresça a defesa de indígenas, da população tradicional, que eu acho que é um viés que a Defensoria Pública tem que entrar" (Entrevistado/a 6).

O/a Entrevistado/a 6 identifica ainda como uma das origens do problema do distanciamento a forma de seleção dos Defensores Públicos. Para ele/a, "os concursos também pelo seu formato dificultam a entrada de defensores com viés social". Sugere que

uma das formas de minimizar esse problema seria exigir do defensor recém aprovado, durante o estágio probatório, “fazer um plano de atendimento social e executar” (Entrevistado/a 6).

A pessoa entrevistada 7 reconhece, por seu turno, que esse problema da pessoalidade é agravado por uma mudança no perfil dos defensores que têm passado a integrar a carreira na medida em que ela passou a se tornar mais atrativa em termos remuneratórios. Para ela, a equiparação salarial com o Ministério Público trouxe o seguinte problema:

> Porque hoje então o concurseiro vai prestar os dois e ele vai entrar em um dos dois e vai fazer um dos dois, óbvio, ele não vai deixar de fazer Defensoria. Agora, muita gente percebe que o perfil do defensor, realmente, tem se transformado um pouco. Muitas vezes pessoas sem nenhum tipo de alinhamento ideológico, envolvimento, ou nenhum tipo de conforto mesmo em lidar nessa situação de defesas entrou na instituição (Entrevistado/a 7).

Registrou-se, ainda, uma participação reduzida nas atividades de *advocacy* ligadas ao tema do enfrentamento ao encarceramento em massa. O/a entrevistado/a 7, por exemplo, afirmou que: “eu sinto a Defensoria Pública e as entidades *lincadas* à Defensoria, a Defensoria da União, os defensores dos estados muito menos presentes no debate em Brasília”. Ainda que compreenda as dificuldades estruturais da instituição, esse mesmo entrevistado identifica faltar à Defensoria “um olhar estratégico” para “conseguir propor e enfrentar essas coisas de políticas públicas". Ele/a cita, como exemplo, o controle da atividade policial:

> [E]u acho que tem um vácuo que na prática deveria estar sendo feito pelo MP, mas a gente sabe que não acontece, que é melhorar controle externo das organizações policiais, como conseguir provocar a mudança de política, como conseguir fazer algumas litigâncias que gerem uma questão de indenização forte nesse estado que isso ajude a movimentar a política pública e ajudar a reformar as instituições. Eu acho que falta um pouco esse, esse olhar estratégico de como conseguir fazer uma incidência que consiga gerar efeitos mais rápidos e efeitos em maior escala (Entrevistado/a 7).

Ao comentar o atendimento oferecido por unidade da defensoria pública para a população de rua, a pessoa entrevistada 6 afirma “infelizmente com a população em situação de rua, acaba indo atrás dos benefícios previdenciários ou fundo de garantia, esse tipo de coisa. Não é um atendimento com o viés de mudar a situação do povo”.

6.7 A REDE DE JUSTIÇA CRIMINAL É UM SERVIÇO LEGAL INOVADOR?

Para examinar o quadro descrito nos tópicos anteriores, buscaremos estabelecer aqui um diálogo entre as ideias de Boaventura de Sousa Santos sobre o trabalho de tradução e as características apresentadas por Celso Campilongo para a tipologia dos serviços legais. Contribuirão também para nossa análise os resultados de estudo realizado pelo Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (CEBRAP) sobre a advocacia de interesse público em outras áreas que não apenas a penal.

Como visto no capítulo anterior, Celso Campilongo aponta dez características para diferenciar os serviços legais inovadores daqueles outros tidos como tradicionais. É possível observar na forma de atuação das entidades aqui entrevistadas algumas dessas características "inovadoras".

Em primeiro lugar, há mesmo uma atuação com perspectiva coletiva preponderante. Os entrevistados narraram justamente a migração ou o próprio surgimento de projetos de atuação coletiva em matéria penal nas entidades, seja no âmbito nacional seja no plano internacional. As demandas da Justiça Global no sistema interamericano de direitos humanos para melhoria das condições de presídios, a impetração de *habeas corpus* coletivo, a busca por julgamentos favoráveis em recursos extraordinários com repercussão geral no STF são exemplos dessa coletivização também no âmbito da matéria penal.

Esse fenômeno da coletivização da atuação judicial das entidades de defesa de direitos da sociedade civil foi também identificado na pesquisa sobre advocacia popular realizada pelo (CEBRAP). Nesse estudo, verificou-se que "a tendência geral das entidades é a de deixar de trabalhar com ações judiciais individuais ou a de alterar o modo como este recurso é utilizado" e também que "há um movimento de aposta na coletivização da atuação judicial"[664]. Nessa pesquisa, também foram apontados como fatores que contribuem para esse fenômeno a criação da Defensoria Pública, que absorveria as demandas individuais, e o diagnóstico da "ineficiência da via judicial para a solução de problemas estruturais"[665]. Pensar coletivamente implicaria, assim, pensar também além da solução de conflitos interpessoais pelo judiciário, expandindo a contestação coletiva para outras vias além dos tribunais.

A segunda característica se refere aos mecanismos de empoderamento dos titulares dos direitos em questão. Vimos que há entre as entidades que integram a Rede de Justiça

---

[664] RODIGUEZ, José Rodrigo (coord.). **Advocacia de interesse público no Brasil:** a atuação das entidades de defesa de direitos da sociedade civil e sua interação com os órgãos de litígio do Estado. Brasília: Ministério da Justiça, 2013, p. 63-65.

Criminal alguma preocupação com a tomada de consciência por parte daqueles que são mais diretamente atingidos pelo fenômeno do encarceramento. Foram mencionados, como exemplos, os projetos do IDDD de educação em direitos com a população prisional e com seus familiares e, ainda, projeto que buscava por meio do incentivo à formação artística provocar autorreflexão e oportunidades de expressão de seus interesses. Além disso, foi salientado também como uma prática que simboliza o apoio ao fortalecimento político dos grupos marginalizados o projeto "Movimentos: drogas, juventude e favela" que conta com o apoio do CESeC.

Não se percebeu, por outro lado, uma participação mais efetiva ou um incentivo mais sistemático – e não apenas pontual – à auto-organização dos familiares e amigos de presos e dos egressos. Há poucas associações como a AMPARAR e as Mães de Maio, que congregam essas pessoas e que lhes permite efetivamente disputar espaços de poder[666]. Ainda que algumas dessas associações participem e tenham voz ativa na Agenda Nacional, o que seria um indicativo da terceira característica dos serviços legais inovadores (participação efetiva na condução das ações políticas do grupo), não foram mencionadas nas entrevistas nem se identificaram nos respectivos *sites* ações sistemáticas de fomento à organização coletiva dos familiares de presos por parte das entidades da Rede de Justiça Criminal. O DDH ainda apresentou nos projetos "Paz sem voz é Medo" e na "Cartilha do Santa Marta de Abordagem Policial" ações de capacitação de moradores de comunidades da periferia do Rio de Janeiro, mas não há informações sobre a continuidade do projeto e eles não se destinavam à capacitação específica dos familiares de presos sobre seus direitos.

Há, por outro lado, uma preocupação na forma de atuação dos membros da Rede com a simplificação do linguajar e da lógica jurídica, especialmente nas campanhas dirigidas ao grande público e nos projetos de educação em direitos. Também é possível observar esse despojamento nas participações das entidades nos encontros da Agenda Nacional. Não se observam pessoas engravatadas ou com as indumentárias típicas da atividade jurídica tradicional e também não se visualiza hierarquia no uso dos momentos de fala. As salas ou os espaços onde ocorrem os encontros são em regra organizados em forma de círculo, justamente para simbolizar a horizontalidade do diálogo entre todos os participantes.

---

[665] *Idem*, p. 63.

Vimos também que o uso de ferramentas extralegais é mesmo uma das características da atuação dos integrantes da Rede de Justiça Criminal. Realização e divulgação de pesquisas, uso de campanhas publicitárias, diálogo com meios de comunicação, monitoramento e intervenção em projetos de lei e participação em conselhos ilustram essas estratégias extralegais de incidência na política de (des)encarceramento. Essa característica é fomentada pela composição multidisciplinar das equipes que participam da Rede. Em algumas das entidades, como no GAJOP e no ITTC, a maior parte dos integrantes sequer tem formação jurídica. São cientistas políticos, sociólogos, antropólogos, assistentes sociais, que vislumbram a realidade do fenômeno jurídicos além do plano do dever ser e contribuem, assim, para a formação do olhar crítico dos advogados e advogadas que ali atuam.

Mesmo com críticas à formação dos magistrados e à postura político-criminal de boa parte do Judiciário, as entidades que integram a Rede persistem, contudo, na mobilização dos tribunais. Instrumentos de litigância estratégica em sentido amplo são empregados, com destaquem para manifestações conjuntas e intervenções no controle de constitucionalidade de dispositivos legais no âmbito do STF na qualidade de *amicus curiae.* Essa forma estratégica de litigância, por sua própria natureza, pretende causar impactos sociais mais estruturais (característica 7). A construção das teses jurídicas é orientada pela política criminal previamente definida de contenção do poder punitivo e, por enxergar a injustiça social representada pela seletividade do sistema penal, engendra-se por uma perspectiva de redução de danos.

Por fim, a ética comunitária tem sido incentivada especialmente por meio da participação nos recém-criados Fóruns Populares de Segurança Pública, com destaque para a Conferência Popular de Segurança Pública em Pernambuco, promovida por diversas entidades entre as quais o GAJOP.

Boa parte dessas características são essenciais também para o trabalho de tradução entre práticas na forma como concebido por Boaventura de Sousa Santos. Vimos que para ele a tradução é uma condição para a articulação entre práticas contra-hegemônicas, uma vez que a diversidade de demandas entre elas pode provocar intelegibilidade. De fato, verificamos que há uma diversidade grande de demandas na Agenda Nacional. A Agenda, além de se

[666] Das 43 entidades que assinam a Agenda Nacional, além das duas referidas no texto, identificamos com características similares apenas a Associação de Familiares do Distrito Federal e Entorno e o Grupo de Amigos e Familiares de Pessoas em Privação de Liberdade-MG.

constituir em rede de movimentos sociais, proporciona uma verdadeira *zona de contacto,* na qual interagem os movimentos de base (aqui identificados como as associações de familiares e amigos de presos) e os grupos de assessoria jurídica, por exemplo.

Ela é, de fato, composta por um conjunto bastante heterogêneo de movimentos sociais. Há grupos feministas, grupos ligados ao movimento negro, grupos religiosos com pautas diversas ligadas aos direitos humanos, grupos de assessoria jurídica popular, entre outros. Essa diversidade requer mesmo a construção de mecanismos horizontais de diálogo que permitam a mútua compreensão e a articulação entre as práticas diversas. Algumas entidades estão preocupadas, por exemplo, com processos de vitimização de pessoas mais vulneráveis à violência policial e podem, em alguma medida, demandar o exercício do poder punitivo (inclusive, com pedidos de prisão) contra os agentes estatais acusados de tal violência. Outras serão opostas à ideia mesmo de encarceramento de seres humanos em qualquer situação. A legitimação das prisões e a criminalização de violações aos direitos humanos podem, pois, ser pontos da referida intelegibilidade.

Em situações tais, é preciso definir o que traduzir. Na perspectiva de Sousa Santos, essas definições são estabelecidas justamente nas *zonas de contacto,* que, como campos sociais onde diferentes mundos se encontram, se chocam e interagem, seriam propícios para delimitar os pontos e pautas comuns, isto é, aquilo que pode ser negociado. Ele lembra que a seleção desses pontos pode ocorrer ativamente (com escolhas democráticas) ou passivamente (com a ocultação de temas considerados inegociáveis).

Vimos que algumas entidades apresentam separadamente as medidas que julgam fundamentais para o desencarceramento, mas convergem no âmbito da Agenda Nacional (e no das 16 Medidas) em torno daquelas propostas que refletem um dos resultados do processo de tradução. A tradução entre práticas ocorre, assim, diante de uma sensação comum de inconformismo com o encarceramento em massa. Do mesmo modo, a incorporação de práticas jurídicas, ou mais precisamente judiciais, para o controle da política de encarceramento pode representar, assim, a consequência do sentimento compartilhado de que o Congresso Nacional, diante de sua composição considerada conservadora, tem se tornado uma *zona de contacto excludente.*

A questão do tempo e dos ritmos do trabalho de tradução também pode ser observada a partir das propostas e das práticas da Agenda Nacional e, particularmente, da Rede de Justiça Criminal. A noção de tempo constitui a própria denominação dessa *rede de*

movimentos sociais. A Agenda não trabalha, contudo, com a mesma lógica da monocultura do tempo linear, em que o presente é contraído e o futuro expandido. O lema "por uma vida sem grades; por grades menos desumanas" traduz a dualidade temporal das propostas. De um lado, a utopia de um mundo sem prisões é concretizada como ideal a ser perseguido hoje. De outro, a realidade do presente exige que este seja dilatado para que as preocupações concretas das entidades possibilitem também aos excluídos ver respeitados, ainda que minimamente, as promessas dos programas de direitos humanos.

O trabalho de tradução, na visão de Boaventura de Sousa Santos, é uma via de mão dupla. A realidade do sofrimento, da ausência de privilégios, do funcionamento concreto do aparelho punitivo do Estado é conhecida, sobretudo, por aqueles(as) que se identificam como movimentos de base e que, ao se articularem e compartilharem suas experiências e conhecimentos, conseguem traduzir em demandas concretas judicializáveis os interesses dos que lhe são próximos. O hermetismo propositalmente criado do Direito, por outro lado, gera uma dimensão excludente e também uma demanda por tradução. A característica dos serviços legais que desmistificam o Direito e utilizam uma linguagem simplificada facilita o trabalho de tradução, mas, ainda assim, mantêm-se as dificuldades inerentes aos contornos preponderantemente conservadores do Direito e ao seu distanciamento da realidade vivenciada pelos que compõem a sociedade civil incivil.

Esse contato entre os movimentos sociais e a assessoria jurídica popular é histórico. Vimos, porém, que em temas penais no Brasil trata-se de um fenômeno só mais recentemente evidenciado. A pesquisa aqui já mencionada do CEBRAP, por exemplo, foi realizada com 103 organizações não-governamentais ligadas a temas de direitos humanos. Desse total, apenas 6 se apresentavam como atuantes na área temática "criminal"[667]. A aceleração continuada do encarceramento em massa impulsionou, no campo dos que se manifestam contrariamente à expansão do poder punitivo, a construção de alternativas e a necessidade de "aumentar o campo das experiências". A Agenda Nacional e as 16 Medidas consolidam propostas que se pretendem alternativas credíveis à política de expansão desse poder de punir. Busca-se assentar a credibilidade dessas propostas justamente nas pesquisas patrocinadas

[667] RODIGUEZ, José Rodrigo (coord.). **Advocacia de interesse público no Brasil:** a atuação das entidades de defesa de direitos da sociedade civil e sua interação com os órgãos de litígio do Estado. Brasília: Ministério da Justiça, 2013.

pelas organizações da sociedade civil e com base nelas é que se dá também a disputa de narrativas perante a opinião pública.

É possível, pois, afirmar que as entidades que integram a Rede de Justiça Criminal constituem ou se aproximam da ideia de serviços legais inovadores, na linguagem de Campilongo, e podem desempenhar o trabalho de tradução na zona de contato representada na questão do encarceramento em massa pela Agenda Nacional.

Dito isto, resta-nos responder no último capítulo às seguintes indagações: de que forma as demandas dos movimentos sociais foram traduzidas em medidas judicializáveis? Quais os seus resultados? Quais os desafios e limites dessa litigância?

7 CASOS EMBLEMÁTICOS DE ATIVISMO JURÍDICO NO FORO: entre expectativas vazias e resultados concretos, uma análise dos limites e dos desafios da via judicial para a contenção do encarceramento em massa

Neste último capítulo, após haver apresentado o modo como os grupos sociais pesquisados afirmam mobilizar o direito (e, particularmente, os tribunais), confrontaremos o que foi dito com a experiência nacional (e regional) de litígio estratégico, com foco na matéria prisional, em alguns casos considerados emblemáticos. Partiremos da experiência regional, que, de certo modo, serviu de guia ou contribuiu para a litigância nacional em torno do tema do sistema carcerário nacional.

Foram considerados emblemáticos os casos referidos pelos entrevistados e aqueles que, de alguma forma, serviram de (auto)referência ou de precedentes para as Cortes aqui examinadas (Corte Interamericana de Direitos Humanos e Supremo Tribunal Federal). Será aqui também o momento de analisarmos criticamente o uso do litígio estratégico como ferramenta para a mudança social.

7.1 AS PRISÕES BRASILEIRAS SOB JULGAMENTO NO SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS[668]

Em matéria penal, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CtIDH) adota um discurso ambivalente. De um lado, assume como necessária a intervenção e investe no direito penal como forma de resolver problemas ligados a violações de direitos humanos. Por outro, tem se manifestado recorrentemente em favor da observância de garantias processuais penais e também sobre as condições das prisões[669].

---

[668] Os relatos contidos neste tópico estão fundamentados, sobretudo, nos relatórios das Resoluções da Corte Interamericana de Direitos Humanos, disponíveis em: http://www.corteidh.or.cr/. Acesso em: 31 out. 2018.

[669] O caráter "punitivista" da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CtIDH) já foi destacado em alguns estudos produzidos no Brasil. Raquel da Cruz Lima, por exemplo, examinou 82 casos julgados pela CtIDH, entre julho de 2001 e dezembro de 2011, que tinham por objeto a aplicação do direito penal, e constatou que 74,4% deles referiam-se a violações pelo não cumprimento pelos Estados do dever de punir. LIMA, Raquel da Cruz. **O direito penal dos direitos humanos:** paradoxos no discurso punitivo da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Dissertação de mestrado. São Paulo: USP, 2013, p. 94. Do mesmo modo, Mariângela Gama de Magalhães Gomes, em análise crítica do que chamou de "jurisprudência punitivista" da CtIDH, concluiu que ela tem priorizado a proteção das vítimas e assumido que o direito penal seria a *prima ratio* para a tutela adequada dos direitos humanos. Além disso, essa autora considerou também que a CtIDH tem tolerado violações a princípios garantidores de direitos fundamentais dos cidadãos acusados sob o pretexto da excepcionalidade das

Não há, ainda, na Corte Interamericana de Direitos Humanos nenhum caso contencioso envolvendo o Brasil que verse especificamente sobre a matéria carcerária. No campo contencioso, a primeira condenação do país ocorreu em caso relacionado com uma instituição total, mas se tratava de um hospital psiquiátrico e não propriamente do sistema carcerário nacional.

Até hoje, na CtIDH, no tema específico das prisões, o Brasil tem sido demandado apenas por meio das chamadas medidas provisórias. Já foram deferidas medidas provisórias nos casos Penitenciária Urso Branco, Penitenciária de Araraquara, Complexo Penitenciário de Pedrinhas, Instituto Penal Plácido Sá de Carvalho e Complexo Penitenciário do Curado. Os três últimos casos foram objeto de uma resolução conjunta em 2017 e, por isso, serão aqui também abordados conjuntamente.

7.1.1 O caso da Penitenciária Urso Branco-RO

O primeiro caso a chegar à Corte relacionado com as más condições de encarceramento foi o da Casa de Detenção José Mario Alves, conhecida como Penitenciária Urso Branco, situada em Rondônia, na cidade de Porto Velho. No início de 2002, uma rebelião nesse estabelecimento resultou na morte de 27 pessoas presas. A Justiça Global, entidade que integra a Rede de Justiça Criminal, e a Comissão Justiça e Paz da Arquidiocese de Porto Velho noticiaram o caso à Comissão Interamericana de Direitos Humanos e, em 6 de junho de 2002, foi formulado o pedido de adoção de medidas provisórias de urgência.

Segundo o relato acolhido pela Comissão, até dezembro de 2001, havia na Penitenciária Urso Branco cerca de 60 presos recolhidos em celas especiais (celas de "segurança"), isolados dos demais presos, por serem acusados de crimes considerados imorais entre os próprios presos (crimes de estupro e de violência contra ascendentes ou descendentes,

---

violações aos direitos humanos da vítima, o que a aproximaria do discurso que defende o direito penal do inimigo e acabaria dando margem a "uma tendência ao alargamento do campo de incidência de tal entendimento, o que tende a ser verificado, igualmente, nas esferas nacionais – causando riscos ainda maiores a todos os indivíduos". GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **Direito penal e direitos humanos:** análise crítica da jurisprudência punitivista da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Tese para concurso de professor titular. São Paulo: USP, 2017, p. 407. Por outro lado, Nereu José Giacomolli, destaca diversas decisões da mesma CtIDH que reafirmam garantias fundamentais do devido processo legal no âmbito penal, previstas no Pacto de São José da Costa Rica.GIACOMOLLI, Nereu José. **Devido processo penal:** abordagem conforme a Constituição federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014, *passim.* Há, ainda, como vimos, manifestações da Corte sobre os sistemas prisionais que caminham em um sentido oposto ao da simples expansão do direito penal (e da prisão, que é sua espécie de sanção predominante).

por exemplo) ou por estarem ameaçados de morte. Outros presos conviviam em “celas livres”, isto é, em locais com maior liberdade de movimento dentro da penitenciária.

Um juiz da execução penal determinou, então, que esses presos das “celas livres” fossem colocados em celas comuns e tratados como os demais presos. Em 1º de janeiro de 2002, as autoridades da Penitenciária promoveram as mudanças, colocando os presos considerados mais violentos e perigosos em celas localizadas fora dos pavilhões e os demais em celas da população geral, distribuindo nessas celas, inclusive, aqueles com os quais os demais presos não admitiam conviver.

Encerrado o processo de realocação, na noite desse mesmo dia, iniciou-se, então, o assassinato sistemático das pessoas que antes estavam nas “celas de segurança”. No dia seguinte, a polícia interveio na Penitenciária e o relatório da autoridade encarregada dessa operação destacava que foram encontrados 45 corpos, alguns decapitados e outros com braços e pernas mutilados[670].

Os presos que sobreviveram e que antes estavam na cela de segurança foram transferidos para uma cela específica, mais isolada. Contudo, mesmo após a contenção da rebelião, continuaram sendo ameaçados de morte. Em fevereiro de 2002, houve mais um episódio de rebelião, com destruição de 11 celas. Em março desse mesmo ano, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CmIDH) solicitou a adoção de medidas cautelares. Apesar desse pedido, nos meses seguintes, prosseguiram sendo noticiadas mortes entre os presos.

A pedido da CmIDH, a Corte se manifestou sobre o caso por meio de Resolução em 18 de junho de 2002. Reconheceu a situação de urgência, a insuficiência das medidas até então adotadas pelo Estado brasileiro e o risco para a vida e a integridade dos presos naquele estabelecimento penal. Declarou que o Estado tem responsabilidade em adotar medidas que protejam a vida das pessoas, em especial daquelas que se encontram custodiadas por ordens estatais. Ordenou, assim, em primeiro lugar, que o Estado apresentasse a lista de pessoas detidas no referido estabelecimento que seriam, então, consideradas as beneficiárias das medidas provisórias. Em seguida, resolveu requerer ao Estado a adoção de medidas necessárias para a preservação da vida e da integridade das pessoas, particularmente a apreensão de armas que estejam em poder dos internos. Solicitou também a investigação dos

acontecimentos e apuração dos responsáveis. Determinou, por fim, que o Estado brasileiro apresentasse relatório sobre as medidas adotadas em 15 dias e, posteriormente, a cada dois meses.

Em 2007, as entidades demandantes (Comissão de Justiça e Paz e Justiça Global) editaram um relatório em que registravam a continuidade da barbárie. Afirmavam que:

> Desde a adoção das primeiras medidas provisórias pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, que determinam a proteção à vida e integridade física dos internos do Urso Branco, em 2002, já foram assassinados dentro da unidade quase cem presos, mortes decorrentes de rebeliões e chacinas extremamente violentas, com degolamentos e mutilações de corpos perante familiares, agentes públicos e imprensa. O Estado, até o presente momento, não apresentou uma relação definitiva dos internos que foram assassinados nas dependências da unidade, desde a adoção das primeiras medidas provisórias pela Corte. E mais, o presídio superlota a cada ano, contando em agosto de 2007, com 1014 presos e capacidade para 460 homens. Os internos somente têm acesso à água três vezes ao dia, durante 20 minutos em cada período; esta água é armazenada em vazilhames e utilizada para limpeza da cela e higiene pessoal. O banho de sol acontece apenas uma vez por semana, durante o período de duas horas. Quanto às investigações e processos judiciais sobre os crimes, pouco houve evolução: a ação penal que julga os responsáveis pela chacina de 2002 sequer foi emitida sentença de pronuncia dos réus[671].

Apesar desse relatório, as medidas provisórias aplicadas, após diversos avanços e retrocessos em seu cumprimento, foram levantadas em 2011. Por meio da Resolução de 25 de agosto de 2011, a Corte registrou que os representantes dos beneficiários e o Estado brasileiro assinaram um acordo para adoção de medidas de curto, médio e longo prazo, que assegurariam melhorias na situação da Penitenciária de Urso Branco. Reconheceu-se, ainda, que, desde 2007, não teriam ocorrido mais mortes violentas ou motins nesse estabelecimento e que a população prisional, desde 2009, estaria em cerca de 700 presos, mantendo-se nesse patamar sem maiores variações. A Comissão, contudo, prosseguiria supervisionando e acompanhando o cumprimento do acordo.

Houve, de fato, uma redução no número de homicídios praticados dentro desse estabelecimento penal e o número total de presos tem se mantido no patamar de 650 pessoas presas. Em inspeção realizada em 2014, o Conselho Nacional de Justiça destacou que ele "não é mais o palco de sangue que o estigmatizou como um dos mais violentos presídios do Brasil.

---

[670] Como noticia o relatório da Comissão, o Governo do Estado emitiu nota à imprensa afirmando que morreram 27 presos.

No seu interior não ocorrem mais massacres e esquartejamentos humanos. Um sinal positivo de que é possível superar o caos nas unidades prisionais" [672]. Por outro lado, nesse mesmo relatório, o CNJ afirmou que "presos estão adoecendo e morrendo, de forma silenciosa e anônima, pela falta de atendimento médico hospitalar adequado e pela ausência de medicamento básico nas unidades prisionais"[673]. A contradição nesse relatório parece evidente: se pessoas continuavam adoecendo e morrendo, ainda que silenciosamente, como identificar "sinais positivos" e a "superação do caos"?

A inspeção mais recente disponível no Conselho Nacional de Justiça foi realizada pelo Ministério Público do estado de Rondônia em 20 de setembro de 2018. Nesse novo relatório, afirma-se que: "a estrutura predial é péssima. A lotação está dentro do limite fixado pela corte interamericana. Porém, as celas apresentam péssimas condições de iluminação, limpeza e aeração, fatos que já são de conhecimento do executivo"[674]. Registrou-se também a ocorrência de uma morte no mês de agosto desse ano. Da conversa travada pelos promotores com os presos, extraíram-se ainda as seguintes reclamações: abusos praticados durante a revista no domingo; agressão sistemática a presos; falta de banho de sol; falta de distribuição de kits de higiene; falta de oportunidades de estudo e de trabalho.

As considerações elaboradas pelo promotor ao final do relatório revelam que:

> Ao contrário do que relatado pela direção de segurança, a tensão na unidade é elevadíssima. Parece não haver diálogo entre a massa carcerária e a direção geral. Houve piora significativa na gestão da unidade, com restrição a atividades básicas como o banho de sol. [...]Quanto às queixas de agressões apresentadas pelos presos, o fato de ter sido realizada uma revista geral de unidade poderia explicar o descontentamento e o discurso em voz uníssona, com o intuito de lançar acusações falsas a agentes estatais como forma de retaliação, Porém, não se pode descartar os indícios coletados in loco, consistentes em lesões visíveis em alguns presos, compatíveis com os relatos dos detentos. Há de se registrar, ademais, que o diretor de segurança filmava os presos enquanto estes conversavam com as autoridades presentes, algo absolutamente inusitado, tudo a demandar pronta e firme intervenção estatal, no sentido de se investigar as denúncias e punir eventuais culpados, o que deverá ocorrer em sede própria. [...] Por fim, as deficiências conectadas a atendimentos médicos e odontológicos, fornecimento de medicamentos e

[671] JUSTIÇA GLOBAL; COMISSÃO JUSTIÇA E PAZ. **Presídio Urso Branco:** a institucionalização da barbárie. Disponível em: http://www.global.org.br/wp-content/uploads/2015/09/2007-Urso-Branco.pdf. Acesso em: 31 out. 2018. p. 82-83.

[672] Confira-se notícia publicada pelo próprio CNJ, disponível em: http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/61799-relatorio-do-cnj-cobra-providencias-para-frearmortes-no-presidio-urso-brancoro. Acesso em: 30 set.2018.

[673] *Idem.*

[674] CNJ. **Recibo de Cadastro de Inspeção.** Disponível em: http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/gera_relatorio.php?tipo_escolha=rel_estabelecimento&opcao_escolhida=802-2008&tipoVisao=estabelecimento. Acesso em: 1 out. 2018.

> fornecimento de colchões e Kits de Higiene, infelizmente, vem a ser a realidade do sistema prisional. Essas questões são objeto de atenção em procedimentos em trâmite na VEP e no MP[675].

Observa-se, portanto, que as melhorias nas condições do cumprimento da pena nesse presídio são mesmo muito pequenas. As estruturas físicas continuam "péssimas" e a "tensão na unidade é elevadíssima", a indicar que, apesar da intervenção da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a ocorrência de novas rebeliões não seria sequer improvável.

7.1.2 O caso da Penitenciária de Araraquara-SP

Outro caso examinado pela CtIDH também no regime dos pedidos de medidas provisórias foi o da Penitenciária Dr. Sebastião Martins Silveira, conhecida como "Penitenciária de Araraquara".

Em maio de 2006, uma série de rebeliões foram executadas de forma simultânea nos presídios, centros de detenção provisória (CDP) e demais estabelecimentos penais de São Paulo. Nesse contexto, as pessoas que se encontravam no espaço reservado para o CDP da Penitenciária de Araraquara também se rebelaram.

Esse centro de detenção dispunha de 496 vagas, mas custodiava 600 presos naquele momento. Com a destruição das instalações, os presos foram transferidos para os pavilhões da Penitenciária, onde já se encontravam outras 1.000 pessoas. A penitenciária tinha capacidade para 750 reclusos e agora se encontrava com 1.600. Em 16 de junho de 2006, uma nova rebelião destruiu as celas da Penitenciária. Os 1.600 presos foram, então, transferidos de volta para uma das alas do CDP de Araraquara, que tinha capacidade para 160 pessoas, isto é, um décimo do número de transferidos.

As celas ainda estavam destruídas. Os agentes penitenciários soldaram, então, a porta de acesso à ala e se retiraram do local. O isolamento ocorreu de modo tão brutal que a comida era arremessada pelos muros e os presos que precisavam desesperadamente de atendimento médico foram suspensos a uma altura de quatro metros para poderem passar para o lado em

---

[675] *Idem.*

que se encontravam os médicos. Em 10 de julho daquele ano, para conter os presos, um helicóptero sobrevoou o local e efetuou disparos contra as pessoas ali detidas[676].

Entre 11 e 14 de julho, foi aberta mais uma ala para dividir os presos, permanecendo, de qualquer modo, cerca de 1.300 pessoas presas em um espaço planejado para 360 pessoas, dormindo a maior parte delas no pátio em céu aberto, expostas a chuvas e à baixa temperatura, sem vestimentas adequadas, em condições de higiene precárias, recebendo por arremesso duas refeições diárias. Entre os presos havia pessoas com tuberculose, pneumonia e AIDS, sem atendimento médico adequado.

Diversas organizações não governamentais, entre as quais merecem destaque a Justiça Global e a Pastoral Carcerária[677], formularam, então, perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos pedidos de adoção de medidas cautelares para proteção da vida e da integridade físicas das pessoas que se encontravam presas nesse estabelecimento penal.

Diante da situação de urgência e de grave risco para a vida dos possíveis beneficiários, a Comissão houve por bem, em 21 de julho de 2006, solicitar, desde logo, perante a Corte Interamericana, o pedido de adoção de medidas provisórias.

A presidência da Corte, considerando o risco de danos graves e irreparáveis e que a resposta até então do Estado seria a de transferências de pequenos grupos, postergando a resolução definitiva da questão para mais de 14 semanas, resolveu requerer ao Estado a adoção das seguintes medidas provisórias urgentes: recuperar o controle do estabelecimento penal preservando a vida e a integridade das pessoas privadas de liberdade, assegurando de forma imediata acesso ao pessoal médico e reacomodação das pessoas com doenças infecto-contagiosas; reduzir sem demora a superlotação, garantindo a separação dos presos conforme normas internacionais e possibilitando o recebimento de visitas de familiares; fornecer informações sobre a identificação dos presos e suas possíveis movimentações para outros estabelecimentos penais; prestar à Corte, no prazo de 10 dias, informações sobre o cumprimento das medidas[678].

---

[676] A versão oficial é a de que os disparos foram com bala de borracha. O fato é que alguns presos restaram feridos e não receberam de imediato atendimento médico.

[677] Além dessas, assinam o pedido de medidas cautelares a Fundação Interamericana de Defesa dos Direitos Humanos (FidDH), o Movimento Nacional de Direitos Humanos (MNDH) - São Paulo, a Ação dos Cristãos para Abolição da Tortura (ACAT Brasil) e o Grupo Tortura Nunca Mais – São Paulo,

[678] Cf. CtIDH. Resolução do Presidente de 28 de julho de 2016. Caso Penitenciária de Araraquara. 2016. Disponível em:http://www.corteidh.or.cr/. Acesso em: 31 out. 2018.

A resolução da Presidência foi posteriormente ratificada pelos demais membros da Corte por meio da Resolução de 30 de setembro de 2006[679]. Em 20 de setembro de 2006, as transferências foram concluídas, tendo os presos sido distribuídos nos demais estabelecimentos penais do estado. Iniciaram-se, então, as obras de reforma da Penitenciária, concluídas um ano depois.

As medidas provisórias aqui comentadas só foram levantadas em 2008, depois da apresentação de diversos relatórios e de manifestações por ambas as partes e ainda da realização de audiência pública em que a Corte constatou que a penitenciária funcionava dentro de sua capacidade, com instalações mais adequadas. Acolheu-se também a informação de que dos 1.200 beneficiários originais 732 continuavam privados de liberdade em penitenciárias do estado de São Paulo; 54 deles em Araraquara e os demais distribuídos em outras 72 prisões.

Os representantes dos beneficiários reconheciam as melhorias feitas na Penitenciária de Araraquara, mas continuaram manifestando preocupação por aqueles que se encontravam recolhidos em outros estabelecimentos penais, superlotados e com condições precárias.

Ainda assim, como já mencionado, a Corte resolveu levantar as medidas provisórias, por reconhecer que houve efetiva reforma do estabelecimento e que ele operava dentro de sua capacidade. Além disso, verificou que o estado de São Paulo apresentou plano de melhorias gerais no sistema penitenciário, com criação de novas vagas. Afirmou, ainda, que não haveria registro até aquela data de incidentes envolvendo os beneficiários, de sorte que não mais subsistiam as circunstâncias que justificavam a adoção das medidas provisórias.

7.1.3 Os casos mais recentes: Complexo Penitenciário do Curado-PE, Complexo Penitenciário de Pedrinhas-MA, Complexo Penitenciário do Gericinó (IPPSC)-RJ

[679] Nessa Resolução, as medidas provisórias foram ratificadas e estabelecidas nos seguintes termos: "medidas que sejam necessárias para prover condições de detenção compatíveis com uma vida digna nos centros penitenciários em que se encontram os beneficiários das presentes medidas, o que deve compreender: a) atenção médica necessária, em particular àqueles que padecem de doenças infectocontagiosas ou se encontram em grave condição de saúde; b) provisão de alimentos, vestimentas e produtos de higiene em quantidade e qualidade suficientes; c) detenção sem superpopulação; d) separação das pessoas privadas de liberdade por categorias, segundo os padrões internacionais; e) visita dos familiares aos beneficiários das presentes medidas; f) acesso e comunicação dos advogados defensores com os detentos, e g) acesso dos representantes aos beneficiários das presentes medidas provisórias". Cf.: CtIDH. Resolução de 30 de setembro de 2006. Caso Penitenciária de Araraquara. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/. Acesso em: 31 out. 2018.

O Brasil seguiu sendo demandado na Corte Interamericana de Direitos Humanos em razão das desumanas condições de seu sistema carcerário, demonstrando que as péssimas condições dos estabelecimentos penais no Brasil não são um fenômeno pontual e localizado.

Em 2011, o Serviço Ecumênico de Militância nas Prisões (SEMPRI), a Justiça Global, a Clínica de Direitos Humanos da Universidade de Harvard e a Pastoral Carcerária formularam pedido de medidas cautelares perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos a fim de preservar a vida das pessoas presas no Presídio Professor Aníbal Bruno, localizado na Região Metropolitana do Recife, no estado de Pernambuco.

A Comissão considerou graves as informações de que, desde 2008, 55 presos haviam sido mortos de forma violenta no referido estabelecimento penal e que, em julho de 2011, rebeliões resultaram em 16 presos gravemente feridos. Deferiu, assim, medidas cautelares, em 4 de agosto de 2011, para beneficiar as pessoas privadas de liberdade.

Apesar do deferimento das medidas cautelares, os eventos violadores de direitos humanos seguiram ocorrendo, em 2012 e em 2013. Novas rebeliões, mais mortes e mais pessoas feridas, uso de cães, choques elétricos e de outros instrumentos para tortura, emprego da função dos "chaveiros" (isto é, de presos que têm a confiança dos agentes penitenciários e que são responsáveis também por impor a disciplina nas celas), todas essas notícias levaram a Comissão a solicitar a adoção de medidas provisórias à Corte[680].

A CtIDH, então, admitiu a solicitação de medidas provisórias e resolveu requerer ao Estado brasileiro que adotasse as seguintes medidas no curto prazo: a) elaborar e implementar um plano de emergência em relação à atenção médica, em particular, aos reclusos portadores de doenças contagiosas, e tomar medidas para evitar a propagação destas doenças; b) elaborar e implementar um plano de urgência para reduzir a situação de superlotação e superpopulação no Complexo de Curado; c) eliminar a presença de armas de qualquer tipo dentro do estender

[680] Nos *consideranda* da Resolução que emitiu em 2014, a CtIDH resumiu assim as circunstâncias que levaram ao pedido de medidas provisórias: "os fatores principais de risco identificados pela Comissão são: i) o alegado emprego de práticas disciplinares e atos violentos por parte das autoridades do centro que configurariam atos de tortura, tratamentos cruéis, desumanos e degradantes; ii) o alegado uso indiscriminado da força e armas de fogo por parte dos agentes penitenciários; iii) a alegada figura dos 'chaveiros', ou seja, internos que exercem medidas disciplinares e atos de violência em detrimento de outros privados de liberdade; iv) a alegada falta de controle efetivo no interior do centro penitenciário; v) o alegado tráfico de armas entre os internos; vi) a alegada falta de atendimento médico em casos urgentes e a transmissão de doenças contagiosas; vii) o agravamento da violência decorrente do alto índice de superlotação muito e da falta de condições mínimas como alimentação e água potável; e viii) a alegada falta de resposta judicial efetiva a esses fatos". CtIDH. Resolução de 22 de maio de 2014. Caso do Complexo Penitenciário do Curado. 2014, p. 4. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/. Acesso em: 31 out. 2018.

as medidas cautelares também aos agentes penitenciários, às demais pessoas que trabalham no estabelecimento penal e aos visitantes. Determinou-se, ainda, que o Brasil apresentasse relatório sobre a adoção das medidas a cada três meses.

Desde a adoção de medidas cautelares pela Comissão, foi instaurado no âmbito do Ministério Público Federal (Procuradoria da República em Pernambuco) um inquérito civil público e constituído um "Fórum Interinstitucional" para o acompanhamento de medidas. Desse espaço, participam representantes dos peticionários, membros da Defensoria Pública e do Ministério Público e representantes do Poder Executivo estadual e federal. Têm sido reconhecidas melhorias no âmbito da saúde, mas as condições de superlotação e de precariedade persistem, assim como o emprego de "chaveiros" e as denúncias de tortura.

Em 2016, foi realizada uma inspeção *in situ* por membros da Corte, ocasião em que foram constatadas as situações de superlotação e de inadequação às normas internacionais. A medidas provisórias foram ratificadas por meio da Resolução de 15 de novembro de 2017, na qual, pela primeira vez, a Corte anotou a possibilidade de determinar a suspensão de entrada de novos presos no estabelecimento penal. Com efeito, apesar dos esforços empreendidos pelo Estado brasileiro, a situação de superlotação continua (em abril de 2017, havia 6.314 presos no Complexo, que tem capacidade para menos de 2.000).

As medidas provisórias, pois, seguem em vigor.

Outro caso em que a Corte também requereu ao Brasil a adoção de medidas provisórias foi o do Complexo Penitenciário de Pedrinhas, localizado em São Luís no Maranhão. Nesse caso, a Sociedade Maranhense de Direitos Humanos, a Ordem dos Advogados do Brasil, a Justiça Global e a Conectas Direitos Humanos protocolaram perante a CmIDH pedido de medidas cautelares em razão das 40 mortes violentas provocadas em 2013 durante conflitos entre grupos rivais reclusos nesse estabelecimento penal.

O pedido foi formulado em outubro de 2013 e a decisão sobre as medidas cautelares foi proferida pela Comissão em dezembro do mesmo ano, após a manifestação do Estado brasileiro, deferindo-as.

As medidas cautelares não surtiram, contudo, o efeito esperado. A situação no Complexo Penitenciário de Pedrinhas prosseguiu se agravando, com mais presos mortos, alguns decapitados e outros assassinados por arma de fogo, com pessoas feitas reféns por mais de 18 horas durante novas rebeliões, com denúncias de tortura e, finalmente, com a militarização da segurança do estabelecimento penal mediante a intervenção da Força

Nacional de Segurança Pública, composta também por membros das Forças Armadas. A todos esses problemas estava associado também o de superlotação. A Penitenciária São Luís II detinha 1.350 pessoas para 108 vagas.

Na apreciação do pedido de medidas provisórias, a Corte reconheceu os esforços e as medidas adotadas pelo Poder Público no Maranhão, por um lado. Julgou, por outro, que esses esforços não se revelaram suficientes, pois as rebeliões e as mortes continuaram ocorrendo mesmo depois da fixação das primeiras medidas e mesmo depois da intervenção das Forças de Segurança Nacional.

A Corte, então, resolveu requerer ao Estado que adotasse medidas eficazes para erradicar as mortes violentas nos estabelecimentos penais do Complexo de Pedrinhas, considerando a sua posição especial de garante das pessoas que se encontram privadas de liberdade e sob sua custódia. Requereu que fossem apresentados pelo Estado relatórios trimestrais sobre as medidas adotadas, com posterior oportunidade para que os representantes dos beneficiários pudessem sobre eles se manifestar[681].

No relatório elaborado em 2015, as instituições que figuraram como demandantes concluíram que:

> Continua grave o contexto de violência a que os presos estão submetidos em todas as unidades visitadas. São relatos de torturas e maus-tratos, agravos psicológicos, isolamento em celas superlotadas sem direito a banhos de sol ou visitas, uso indiscriminado de bombas de gás lacrimogêneo e de spray de pimenta dentro das celas. Tais prática violam diretamente a obrigação do Estado de adotar medidas necessárias e efetivas para evitar mortes e danos à integridade dos presos. No que diz respeito à redução imediata da superlotação, Pedrinhas seguiu o rumo contrário. Com 2.186 presos no início de 2014, o complexo contava com 3.012 detentos no final de 2015. Para dar conta dessa recomendação, a resposta do governo maranhense tem sido a de abrir novas vagas, em lugar de incentivar o desencarceramento. É grave a constatação de que os presos provisórios respondem por 60% da população prisional de Pedrinhas. É urgente que a Defensoria Pública e o Ministério Público se estruturem para atender com qualidade todos os processos. [...]
> A realidade encontrada no Complexo Penitenciário de Pedrinhas demonstra que, se há reais esforços do poder público em resolver os problemas de superlotação, violência e condições dignas para o cumprimento da pena, são tão invisíveis quanto insuficientes[682].

No sistema *Geopresídios* do CNJ, com última atualização em setembro de 2018, os relatórios de inspeção continuam registrando que as condições estruturais dos

---

[681] Cf. CIDH. Resolução da Presidência de 14 de novembro de 2014. Caso Complexo Penitenciário de Pedrinhas. 2014, p. 11-12. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/. Acesso em: 31 out. 2018.

estabelecimentos que compõem o complexo são “péssimas”, embora não haja maior detalhamento de reclamações atuais dos presos.

As medidas provisórias nesse caso, de qualquer sorte, seguem em vigor.

O caso mais recente levado à Corte envolvendo o sistema penitenciário brasileiro é o do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho (IPPSC), situado no Complexo Penitenciário do Gericinó, na cidade do Rio de Janeiro. Nesse caso, destaca-se o fato de ter sido a Defensoria Pública o órgão de litígio que funcionou como representante dos beneficiários e quem formulou, inicialmente, o pedido de medidas cautelares perante a Comissão. Esse pedido foi apresentado em 30 de março de 2016 e, em julho de 2016, ante a inércia do Estado brasileiro, que sequer se manifestou no prazo a ele concedido, fora deferido.

Após o deferimento das medidas cautelares pela Comissão, o Estado brasileiro prosseguiu silenciando-se e também não apresentou relatório no prazo estipulado sobre o cumprimento das medidas cautelares. Diante da informação de que as mortes continuavam ocorrendo no referido estabelecimento penal, a Comissão solicitou, então, a adoção de medidas provisórias à Corte.

Como fundamentação para o pedido, anunciava-se a situação de superlotação (3.454 pessoas presas para 1.699 vagas); a carência de assistência médica adequada e a grande disseminação de doenças de pele e tuberculose; a insalubridade das celas, que não contavam com separação entre os espaços reservados para dormir e o banheiro, de modo que acumulavam-se restos de comida, ratos, insetos e excrementos; o alto índice de mortes entre os presos (32 mortes em 2016 e 4 mortes registradas em janeiro de 2017); o reduzido número de agentes de segurança e, ainda, outras questões como risco de incêndio pela fiação elétrica exposta, a falta de alimentação adequada e os obstáculos à adequada circulação de ar nas celas.

Concedida nova oportunidade de manifestação ao Estado brasileiro, desta vez houve pronunciamento oficial, informando que foram adquiridos colchões e material de higiene e que foi constituído um Comitê interinstitucional para desenvolvimento de uma Plano de Redução da Superlotação. Afirmaram ainda a adoção de procedimentos administrativos para a obras de reforma do estabelecimento penal.

---

[682] Cf.: CONECTAS DIREITOS HUMANOS *et al.* **Violação continuada:** dois anos da crise em pedrinhas. http://www.global.org.br/wp-content/uploads/2016/03/relatorio_pedrinhas.pdf. Acesso em: 30 set. 2018, p. 15.

A Corte considerou, especialmente, que, em sua manifestação, o Estado brasileiro não fez qualquer referência às mortes ocorridas em 2016 e às quatro mortes ocorridas no mês anterior àquele em que foi protocolada esse pronunciamento oficial. A Corte solicitou, então, que o mencionado Plano de Redução de Superlotação fosse a ela apresentado até 31 de março de 2017 e no mesmo prazo, requereu que o Estado apresentasse informações mais detalhadas sobre as medidas adotadas para preservar a vida e a integridade de todas as pessoas que se encontram reclusas no IPPSC. De resto, também determinou que fossem apresentados relatórios trimestrais sobre a adoção de medidas.

O Estado brasileiro apresentou, de fato, relatórios em abril e julho de 2017. A própria Corte realizou também visita *in locu* ao IPPSC em 19 de junho de 2017. Durante a visita, apesar de haver percebido a pintura recente de celas e uma diminuição abrupta no número de presos, a Corte constatou as péssimas condições de algumas celas, especialmente nos pavilhões A e C. Apesar de reconhecer os esforços do Estado brasileiro, a Corte reafirmou que as medidas até então adotadas não se revelaram suficientes e que sequer foi apresentado o referido Plano de Redução da Superlotação. A lista de entrada e saída dos presos foi desconsiderada por não apresentar qualquer tecnicidade. Requereu-se, portanto, que o Estado brasileiro apresentasse um diagnóstico técnico da situação no IPPSC e que apresentasse no prazo de três meses um Plano de Contingência, que deveria apresentar estratégias para que não fosse superado o limite máximo de presos no IPPSC[683].

A Corte destacou, ainda, que, consoante sua jurisprudência, o Estado "*no puede alegar dificultades financieras para justificar el incumplimiento de sus obligaciones internacionales*". Em conclusão, resolveu manter as medidas provisórias com a recomendação de ser reexaminada no prazo de um ano a necessidade de nova visita *in situ*.

As medidas também não foram ainda levantadas.

Registrados esses casos, vejamos, agora, como a questão tem sido tratada no plano nacional.

7.2 A EXPERIÊNCIAS INTERNAS DE LITÍGIO ESTRATÉGICO EM TEMA PENAL/PENITENCIÁRIO

Para verificar concretamente como as entidades da sociedade civil têm mobilizado o judiciário para a contenção do encarceramento em massa, examinaremos dois conjuntos de casos existentes no Supremo Tribunal Federal: aqueles que compõem a autoproclamada agenda do sistema penitenciário do próprio STF e aqueles casos que foram mencionados nas entrevistas e que não estejam contemplados no grupo anterior.

Na análise dos casos, levamos em consideração a composição dos sujeitos processuais, a natureza do instrumento processual utilizado, o que foi decidido e algumas informações disponíveis sobre a implementação da decisão.

7.2.1 A agenda do sistema penitenciário do STF[684]

Em seu voto-vista durante o julgamento do recurso extraordinário (RE) nº 580.252/MS, a Ministra Rosa Weber afirmou que aquele julgamento estaria inserido no contexto do que chamou de "agenda do sistema penitenciário". Nessa "agenda", estariam incluídos os seguintes casos: RE nº 592.581/RS; ADPF nº 347/DF; RE nº 841.526/RS; RE nº 641.320/RS e o próprio RE nº 580.252/MS.

A adoção dessa "agenda" de decisões revela uma preocupação da Corte em concentrar as decisões sobre casos relacionados a um mesmo tema em um curto espaço de tempo. Sinaliza também a assunção de um compromisso com o tema do sistema penitenciário, por considera-lo em alguma medida problemático ou, no mínimo, uma fonte de demandas judiciais recorrentes.

Examinemos cada um desses casos, de acordo com os critérios previamente estabelecidos.

7.2.1.1 A possibilidade de controle jurisdicional sobre as condições físicas do encarceramento e o RE nº 592.581/RS

No Recurso Extraordinário (RE) nº 592.581/RS, estava em debate a possibilidade de o Poder Judiciário impor a execução de obras em estabelecimentos prisionais. O caso iniciou-se

[683] CF. CtIDH. Resolução de 31 de agosto de 2017. Caso Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho. 2017. Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/. Acesso em: 31 out. 2018.

em 05 de janeiro de 2006 em uma ação civil pública proposta pelo Ministério Público do estado do Rio Grande do Sul na qual se requeria a realização de reformas urgentes no albergue de Uruguaiana. No primeiro grau, o magistrado julgou procedente o pedido, determinando que as obras de reforma do estabelecimento penal fossem iniciadas no prazo máximo de seis meses.

Contra essa decisão, a Procuradoria do estado interpôs recurso de apelação e o Tribunal de Justiça estadual deu-lhe provimento, para modificar a decisão e julgar improcedentes os pedidos formulados na petição inicial, entendendo que o Poder Judiciário não poderia intervir no mérito do ato administrativo e que a ações do Poder Executivo estadual estariam respaldadas pela reserva do possível.

O Ministério Público, então, interpôs o recurso extraordinário em questão, ao qual se reconheceu a repercussão geral, tendo sido distribuída a relatoria ao Ministro Ricardo Lewandowski. O julgamento do recurso ocorreu em 13 de agosto de 2015.

O caso levou mais de nove anos para ter sua solução final e não contou com a participação de *amicus curiae* em defesa da tese do autor da ação civil pública. Por outro lado, tendo em vista a possibilidade de repercussão nos orçamentos estaduais, diversos estados solicitaram, por meio de suas procuradorias, ingresso na demanda nessa qualidade.

A Procuradoria Geral da República (PGR) manifestou-se favoravelmente ao provimento do recurso extraordinário, agasalhando, em seu parecer, a tese de que:

> A proteção do mínimo essencial dos direitos fundamentais implica observância dos direitos básicos à vida, à liberdade, à igualdade e à dignidade humana. Cabe ao poder público a efetivação do padrão mínimo dos direitos fundamentais, de seu conteúdo essencial e intangível, missão que não se encontra no campo da discricionariedade do Executivo ou do Legislativo, muito menos pode ser limitada pela cláusula da reserva do possível[685].

No julgamento em plenário, o Relator trouxe voto escrito, que foi previamente distribuído aos pares, e fez longa digressão sobre as prisões no Brasil. O recurso extraordinário foi provido e se reconheceu o dever de o Estado assegurar condições dignas

---

[684] Os casos mencionados nesse tópico estão relatados conforme as peças processuais acessadas a partir do site do Supremo Tribunal Federal: http://portal.stf.jus.br/. Acesso em: 31 out. 2018.

[685] Cf.: BRASIL. Procuradoria Geral da República. Parecer no Recurso Extraordinário nº 592.581. 2015, p. 37-38. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2637302. Acesso em: 31 out. 2018. p. 37-38.

para o cumprimento da pena, sendo possível ao Judiciário exercer o controle jurisdicional nos casos de omissões abusivas.

Merece destaque o fato de que é a partir desse voto que se começa a construir um consenso no Supremo Tribunal Federal sobre o dever de o Poder Judiciário, capitaneado pela Suprema Corte e pelo Conselho Nacional de Justiça, diante da desumana precariedade das prisões em todo o país, assumir um papel mais ativo na política penitenciária.

Ao final do julgamento, a única divergência suscitada entre os ministros foi a realizada pelo Ministro Edson Fachin referente apenas ao texto da tese de repercussão geral que seria fixada e não ao julgamento do caso concreto. Na proposta originária realizada pelo Relator, o STF firmaria a tese de que:

> É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes.

O Ministro Fachin pretendia ressalvar, apenas na parte final da tese, a possibilidade de, em alguns casos, o juiz acolher a consideração a respeito da cláusula da reserva do possível e, desse modo, não determinar a realização de obras. Ele pretendia modificar a redação da tese, alterando a parte final que dizia "não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível, nem o princípio de separação dos Poderes", para "sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível somente em decorrência de justo motivo, objetivamente aferido".

A ponderação foi, inicialmente, acolhida pelo Relator durante o Plenário. O Min. Marco Aurélio, entretanto, defendeu a redação originária, afirmando que a nova redação proposta permitiria, na prática, o descumprimento frequente da decisão do STF sob a alegação da reserva do possível. O Min. Luiz Fux o acompanhou na defesa da tese originária. Ao fim do julgamento, ainda que sem a presença física de todos os ministros[686], o Ministro Edson

[686] Como esclarece o próprio Lewandowski, "a Ministra Cármen Lúcia, aqui pela intranet", também apoiava a redação originária da tese. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 592.581/RS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Inteiro Teor. 2015, p. 131.

Fachin, reconhecendo o caráter histórico do julgamento, aderiu à maioria, tendo sido aprovada a redação originária por unanimidade.

7.2.1.2 A declaração do estado de coisas inconstitucional à brasileira e a medida cautelar na ADPF nº 347/DF

Semanas depois da decisão acima mencionada, o tema da política penitenciária foi novamente submetido a julgamento, agora, no âmbito do controle concentrado. O relator da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347/DF, o Ministro Marco Aurélio, levou à apreciação do Plenário o pedido de medidas liminares formulado pelo PSOL – Partido do Socialismo e Liberdade.

Na ação, o PSOL requereu a declaração do "estado de coisas inconstitucional" relativamente ao sistema penitenciário brasileiro, o que permitiria ao juiz constitucional a imposição aos Poderes Públicos de ações urgentes e imprescindíveis à superação das violações massivas de direitos fundamentais, assim como a supervisão da efetiva implementação.

Entre as medidas cautelares requeridas encontravam-se algumas relativas a determinações para que juízes das fases de conhecimento e de execução penal considerassem em suas decisões sobre a imposição de prisão provisória ou definitiva as circunstâncias degradantes do sistema carcerário e que, por essa razão, adotassem sempre que possível medidas alternativas ou regimes menos gravosos de cumprimento de pena, descontando-se o tempo cumprido em situações mais gravosas que aquelas previstas na lei.

Além disso, requereu-se que fossem adotadas em todo território nacional as chamadas audiências de custódia "de modo a viabilizar o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária em até 24 horas contadas do momento da prisão" (pedido constante na alínea b). O PSOL pediu também que o CNJ coordenasse mutirões carcerários e, ainda, o imediato descontingenciamento de verbas do Fundo Nacional Penitenciário, solicitando que seja a União proibida de contingenciar tais os recursos.

O julgamento das medidas cautelares ocorreu em 09 de setembro de 2015, menos de um mês depois do julgamento do RE nº 592.581/RS. Na sessão, a Procuradoria Geral da República manifestou-se de forma ambígua, afirmando, de um lado, que reconhecia o estado de coisas inconstitucional, mas que considerava genéricas demais as medidas cautelares

requeridas, inclusive a de descontingenciar as verbas do FUNPEN. Ao fim de sua manifestação, disse apenas que acreditava que a Corte saberia apreciar com ponderação as medidas pleiteadas[687].

Em seu voto, o ministro Marco Aurélio, relator, reconheceu, desde logo, que o tema das condições inconstitucionais dos presídios estaria na "ordem do dia do Tribunal", citando uma série de casos que comporiam a já referida "agenda do sistema penitenciário". Instado a dialogar com os precedentes da Corte Constitucional da Colômbia, o Relator ressaltou os três pressupostos estabelecidos por aquela Corte para a caracterização do estado de coisas inconstitucional: situação de violação generalizada de direitos fundamentais; inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a situação; a superação das transgressões exigir a atuação não apenas de um órgão, mas sim de uma pluralidade de autoridades. Consignou, então, que haveria uma "zona de certeza positiva" sobre o tema: "o sistema carcerário brasileiro enquadra-se na denominação de 'estado de coisas inconstitucional'"[688]. Ele reconheceu que a intervenção em políticas públicas seria uma "função atípica" do Poder Judiciário, mas que seria necessária quando as fortes e sistemáticas violações aos direitos fundamentais transgredissem o "próprio mínimo existencial".

Além disso, o relator incorporou também a categoria de "bloqueios institucionais" para reconhecer que cumpriria ao Tribunal "o papel de retirar os demais Poderes da inércia, catalisar os debates e novas políticas, coordenar as ações e monitorar os resultados"[689]. Ele salientou que os bloqueios políticos são agravados no caso de violações aos direitos dos presos porque estes se encontram em situação de sub-representação parlamentar e de impopularidade perante a opinião pública, "configurando os presos minoria socialmente desprezada"[690]. Entendeu, portanto, que os bloqueios à implementação dos direitos fundamentais dos presos permaneceriam se não houvesse intervenção judicial.

Os ministros em seus votos reafirmaram as condições degradantes do cárcere no Brasil. Divergiram, contudo, sobre quais as medidas cautelares deveriam ser aprovadas e em que extensão. Ao fim, por maioria, foram aprovadas apenas as medidas relativas à

---

[687] O vídeo da sessão está disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=_4PAIFC5RlA. Acesso em: 02 out. 2018.
[688] Cf.: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Federal nº 347/DF. Relator Min. Marco Aurélio. Inteiro teor do julgado. 2015, p. 30.
[689] *Idem,* p. 31.
[690] *Idem,* p. 32.

implementação das audiências de custódia, em todo o território nacional, no prazo de 90 dias; e o de liberação das verbas do FUNPEN.

Além disso, foi deferida de ofício a medida cautelar proposta pelo Ministro Luiz Roberto Barroso para que a União e os estados, além do Distrito Federal, encaminhem informações ao Supremo Tribunal Federal sobre a situação prisional.

Desde então, já houve manifestação de todos os estados, por meio de suas respectivas procuradorias, da Advocacia Geral da União, das defensorias públicas que solicitaram ingresso como *amicus curiae* e de diversas entidades da sociedade que também desejaram colaborar nessa qualidade. Não houve, ainda, o parecer definitivo sobre o mérito da Procuradoria Geral da União.

Em sua última petição, datada de 21 de fevereiro de 2018, o PSOL, em conjunto com a clínica de direitos da UERJ, reconheceu que de maio de 2015 para cá, apesar das medidas cautelares deferidas, pouca ou nenhuma melhoria se observou no estado do encarceramento no país. De fato, entre 2015 e 2016, a população carcerária cresceu em mais 160.000 presos. Além disso, segundo os peticionantes, "89% da população prisional ainda se encontra em unidades superlotadas". Para eles o julgamento do mérito da ação seria, desse modo, urgente.

Ainda não há, contudo, previsão para o julgamento definitivo.

7.2.1.3 A responsabilidade estatal pela vida dos presos e o RE nº 841.526/RS

Ainda no contexto do que foi denominado como agenda do sistema penitenciário, o Supremo Tribunal Federal julgou o RE nº 841.526/RS, de relatoria do Ministro Luiz Fux. Discutiu-se, no caso, se poderia o Estado ser responsabilizado civilmente pela reparação de danos em caso de morte de detento sob sua custódia. Na origem, o caso levado a julgamento consistia em uma ação de indenização proposta pelo filho, menor, e pela esposa de uma pessoa que estava presa e foi encontrada morta[691] em um estabelecimento penal do Rio Grande do Sul. Eles requeriam uma indenização por danos morais no valor de 750 salários

[691] Os agentes do estabelecimento penal indicavam que teria havido suicídio por enforcamento. A perícia realizada pelo Departamento de Criminalística concluía, contudo, que: "não podemos eliminar a tese de suicídio, mas cabe-nos ressalvar as incoerências encontradas" [Disponível na folha 103 do volume 1 dos autos digitalizados]. Entre as incoerências estava o fato de o sulco do pescoço não ser obliquo e o fato de que uma das pontas do lençol teria que estar presa nele mesmo, o que não teria sido constatado.

mínimos e o pagamento de pensão no valor de ¾ da remuneração que recebia o falecido, que era de três salários mínimos.

A ação foi proposta em 14 de dezembro de 1999. Os pedidos foram julgados procedentes no primeiro grau e, na segunda instância, foi mantida a procedência, tendo sido apenas ajustado o valor da indenização para o patamar de R$38.000,00 para cada peticionante. Contra o acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a Procuradoria do Estado do Rio Grande do Sul interpôs recurso extraordinário. Reconhecida a repercussão geral, a Defensoria Pública da União (DPU) solicitou ingresso na demanda na qualidade de *amicus curiae*, o que foi deferido. A DPU sustentava a necessidade de se reconhecer a responsabilidade estatal. Por outro lado, em reforço à tese contrária, atuou a Advocacia da União também como *amicus curiae*.

O pleno da Corte julgou a matéria com repercussão geral, fixando a tese de que "em caso de inobservância do seu dever específico de proteção previsto no artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, o Estado é responsável pela morte do detento".

Como se vê, a matéria tem natureza administrativa. Ainda assim a questão penitenciária serviu de pano de fundo para argumentos de que os estados devem se preocupar com as condições do cárcere, sob pena de poderem ver afetados seus orçamentos com o pagamento de indenizações pelas mortes das pessoas que estão sob sua custódia. Isso pode ser aduzido do debate final sobre a redação da tese firmada em sede de repercussão geral.

O Ministro Relator Luiz Fux, havia sugerido, inicialmente, a fixação de uma tese com redação mais extensa[692]:

> Em caso de não observância do seu dever específico de proteção, previsto no art. 5º, inciso XLIX, o Estado é responsável pela morte de detento, admitindo-se a comprovação, pelo Poder Público, de causa excludente do nexo de causalidade entre a sua omissão e o dano sofrido pela vítima, exonerando-a do dever de reparação que foi morto.

O Ministro Edson Fachin, em seu voto, apresentou destaque quanto à redação da tese, buscando incluir um espaço para afastar a responsabilidade do estado pela morte do detento

[692] A redação inicialmente submetida à discussão era "A morte de detento gera responsabilidade civil do Estado por inobservância de seu dever específico de proteção previsto no artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal". Como se verá, após os debates, a redação foi alterada e passou a constar no voto escrito do relator a seguinte: "Em caso de inobservância do seu dever específico de proteção previsto no artigo 5º, inciso XLIX, da

quando fosse possível comprovar causa excludente do nexo de causalidade entre a sua omissão e o dano sofrido[693].

O Ministro Luís Roberto Barroso manifestou também preocupação com a possibilidade de responsabilização do Estado por todas as mortes ocorridas, nos presídios, aduzindo casos hipotéticos em que não vislumbraria essa responsabilidade, como no caso em que a morte ocorresse na tentativa de fuga do preso sem intervenção do Estado. Sustentou que o Brasil não adotaria um sistema de responsabilidade pelo risco integral.

Os Ministros Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski, por seu turno, defendiam que era justamente o fato de o sistema prisional brasileiro estar em um estado de coisas inconstitucional que provocaria a responsabilidade integral e a verificação continuada do nexo de causalidade. Nas palavras do Min. Marco Aurélio, "não vejo como criar-se situação em que a responsabilidade do Estado, ante o contexto atual das penitenciárias, ficará excluída"[694]

Foi o Ministro Teori Zavascki quem propôs a inversão na ordem de expressão da tese, mantendo a parte final sugerida pelo Ministro Fachin. O Ministro Marco Aurélio ponderou, então, que a cláusula final manteria a situação de controvérsia e a multiplicação de processos.

Ao fim dos debates, perceberam que a parte final já estaria contemplada na expressão "em caso de inobservância do seu dever específico de proteção", e, desse modo, aprovaram a redação final simplificada: "Em caso de inobservância do seu dever específico de proteção previsto no artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, o Estado é responsável pela morte do detento". Na opinião do Ministro Ricardo Lewandowski, "essa decisão fará com que o Estado tome mais cuidado com relação àqueles que estão sob sua custódia"[695].

No caso concreto, o recurso da Procuradoria do Estado foi desprovido, mantendo-se a condenação ao pagamento da indenização e da pensão.

Constituição Federal, o Estado é responsável pela morte do detento". Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 841.526/RS. Relator Min. Luiz Fux. Inteiro Teor. 2016, p. 38.

693 Em seu voto o Ministro Edson Fachin propôs a seguinte redação: "a morte de detento gera responsabilidade civil do Estado por inobservância do seu dever específico de proteção previsto no art. 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, cujo não atendimento constitui ilícito omissivo próprio, admitindo-se a comprovação pelo Poder Público de causa excludente do nexo de causalidade entre a sua omissão e o dano sofrido pela vítima, exonerando-o do dever de reparação". Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 841.526/RS. Relator Min. Luiz Fux. Inteiro Teor. 2016, p. 52.

694 Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 841.526/RS. Relator Min. Luiz Fux. Inteiro Teor. 2016, p. 99.

695 Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 841.526/RS. Relator Min. Luiz Fux. Inteiro Teor. 2016, p. 98.

7.2.1.4 A impossibilidade de execução da pena em regime mais gravoso e o RE nº 641.320/RS

A agenda do STF sobre o sistema penitenciário prosseguiu agora com tema mais diretamente ligado à execução penal. No julgamento do RE nº 641.320/RS, estava em discussão a possibilidade de cumprimento de pena em regime menos gravoso, quando o Estado não fornecesse estabelecimento penal adequado nos regimes semiaberto ou aberto.

Originalmente, tratava-se de uma ação penal em quem o Ministério Público ofereceu denúncia contra três jovens entre 18 e 24 anos de idade, acusando-os da prática de roubo de uma carteira, que continha cerca de mil reais, e de um celular de uma pessoa. O roubo ocorreu em 2001. A denúncia foi recebida em 04 de julho de 2003. A sentença foi publicada em 30 de julho de 2008. Dos três réus, dois foram absolvidos. Ao que foi condenado, fora imposta uma pena de 5 anos e 8 meses, reduzida para 5 anos e 4 meses no julgamento do recurso de apelação, a ser cumprida no regime semiaberto.

Ainda no julgamento do recurso de apelação da defesa no Tribunal, acompanhando o voto do Relator, que, por sua vez, fundamentou-se em voto ousado anterior do então Desembargador Amilton Bueno de Carvalho, a Corte local determinou que "enquanto não existir estabelecimento destinado ao regime semiaberto que atenda a todos os requisitos da LEP, a pena privativa de liberdade deveria ser cumprida em regime de prisão domiciliar, mantidas as demais cominações da sentença".

Contra o acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o Ministério Público estadual interpôs recurso extraordinário, ao qual foi reconhecida a repercussão geral. Antes de levar o caso ao plenário, o Ministro Gilmar Mendes realizou audiência pública para ouvir as instituições pertencentes ao sistema de justiça criminal e aquelas envolvidas com o sistema carcerário assim como a sociedade civil (representada, nesse caso, pela Pastoral Carcerária e pela Conectas Direitos Humanos).

Foram admitidos como *amici curiae* o IDDD e a Defensoria Pública da União, mas, nesse caso, não se fez qualquer menção expressa nos votos às contribuições desses intervenientes.

A decisão em plenário ocorreu em 11 de maio de 2016. Nessa ocasião, a Corte, no lugar de fixar, como nos casos anteriores, uma tese simplificada, que os próprios ministros

qualificavam como “minimalista”, elaborou uma proposta mais extensa de intervenção, que delimitava as possibilidades de reconhecimento da inadequação dos estabelecimentos penais e estabelecia as alternativas para o caso de não haver vagas suficientes no estabelecimento adequado para o cumprimento da pena.

Concedeu-se, nesse caso, parcial provimento ao recurso do Ministério Público estadual. O MP estadual sustentava que a ausência de um estabelecimento penal que atendesse a todas as exigências da legislação penal não autorizaria, por si só, ao Poder Judiciário conceder o benefício da prisão domiciliar fora das hipóteses previstas em lei.

A PGR opinou pela não provimento do recurso.

A Defensoria Pública do estado do Rio Grande do Sul, que atuava como representante da parte recorrida, também pedia o não provimento do recurso e a Defensoria Pública da União, atuando como *amicus curiae*, empreendeu sustentação oral reforçando essa tese.

Os Ministros reafirmaram o entendimento de que não é possível impor ao condenado o cumprimento de pena em regime mais gravoso na hipótese de inexistir vaga no regime adequado, o que configuraria excesso de execução. Assim, uma pessoa condenada ou com direito a cumprir pena no regime semiaberto não pode ser mantida no regime fechado, do mesmo modo que uma pessoa condenada a cumprir pena no regime aberto, não poderia ser obrigada a cumprir pena no regime semiaberto ou no regime fechado, por falta de vagas ou de estabelecimentos penais com condições dignas no regime adequado.

A questão controvertida estava em saber o que deveria ser feito diante de situações de inexistência de vaga no regime adequado: permitir, desde logo, a prisão domiciliar ou aplicar medidas/sanções alternativas?

Em seu voto, o Ministro Gilmar Mendes descreveu aquilo que seria um diagnóstico do cumprimento de penas nos regimes semiaberto e aberto no Brasil. Ele afirmou que, em junho de 2014, existiam 89.639 pessoas no regime semiaberto e 67.296 vagas. No regime aberto, seriam 15.036 pessoas, para 6.952 vagas. Além disso, haveria 147.937 pessoas em prisão domiciliar, muitas dessas por falta de vagas no regime adequado. Ele destacou, ainda, que cerca de 32.460 pessoas estão no regime fechado aguardando a abertura de vagas no semiaberto, já tendo direito à progressão.

Ele constatou, ademais, a partir das informações prestadas no curso da tramitação da demanda, que 17 unidades da federação, incluindo São Paulo, não adotam o regime aberto.

Nas palavras do ministro relator, “a lei prevê os três degraus da progressão, mas o último simplesmente não existe em mais da metade do país”[696].

Em suas conclusões, o ministro relator propôs que fossem fixadas as seguintes teses: a) a ausência de vaga estabelecimento adequado não autoriza o cumprimento de pena em regime mais gravoso; b) o juiz pode examinar, em cada caso, se o estabelecimento penal em questão oferece ou não estrutura adequada para o cumprimento de penas nos regimes semiaberto e aberto, independentemente de tais estabelecimentos serem formalmente classificados como colônia agrícola ou industrial ou como casa de albergado; c) se for constatada a ausência de vagas no estabelecimento adequado, deve ser adotada, em primeiro lugar, a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas[697], podendo lhe ser imposto o monitoramento eletrônico, e, no caso daqueles que progredirem para o regime aberto, deve ser imposto o cumprimento de penas restritivas de direito. Enquanto não houver estrutura para adoção dessas medidas, autorizou-se prisão domiciliar.

Como destacou o próprio ministro relator, as propostas alternativas não são taxativas, admitindo-se “confiar às instâncias ordinárias margem para complementação e execução das medidas”[698]. A essência do julgamento estaria, assim, em não admitir o excesso de execução e o cumprimento de pena em regime mais gravoso e permitir alternativas à prisão domiciliar.

As propostas demandavam estrutura de controle e fiscalização das medidas e, para tanto, seriam utilizados recursos e o pessoal administrativo do Judiciário e do Ministério Público, em especial do Conselho Nacional de Justiça.

---

[696] Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 641.320/RS. Relator Min. Gilmar Mendes. Voto do relator. Inteiro teor. 2016, p. 12.

[697] No seu voto, o ministro relator propôs que fossem, assim, beneficiados não aqueles que progrediram recentemente, mas aqueles que já haviam cumprido boa parte da pena no regime em questão e que satisfaçam os requisitos subjetivos para a progressão. Assim, teriam a possibilidade da "saída antecipada” os presos que já tivessem sido sentenciados, que satisfizessem os requisitos subjetivos e que se encontrassem mais próximos de atingir o requisito objetivo do tempo de pena. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 641.320/RS. Relator Min. Gilmar Mendes. Voto do relator. Inteiro teor. 2016, p. 24. Como esclareceu o ministro Luís Roberto Barroso em seu voto-vista no julgamento do RE nº 580.252, essa ideia “foi exposta em audiência pública realizada pelo Ministro Gilmar Mendes no âmbito do RE nº 641320, pela Sra. Maria Tereza Uille, à época Secretária de Estado, da Justiça, Cidadania e Direitos Humanos do Estado do Paraná”, o que indica alguma utilidade nas audiências públicas e uma deferência aos debates nelas travados. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 580.252/MS. Relator Min. Gilmar Mendes. Voto-vista do Ministro Luís Roberto Barroso. Inteiro teor. 2015, p. 26.

[698] Ainda nas palavras do relator, a situação calamitosa e complexa do sistema carcerário brasileiro impõe a tomada de decisões criativas, inclusive das chamadas *decisões manipulativas de efeitos aditivos*, e a busca de soluções além dos casos concretos e das ferramentas tradicionais. Segundo ele, “temos que adotar decisão de caráter plástico, que sirva de plataforma para adequação da realidade aos direitos afirmados pela Constituição e

À exceção da discordância entre o ministro Lewandowski e o ministro Gilmar Mendes sobre a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal expedir determinações sobre as atividades do Conselho Nacional de Justiça, o que, no plenário, acabou resvalando para um debate pessoalizado, formou-se ampla maioria de votos para acolher as propostas do ministro relator, vencido apenas o ministro Marco Aurélio, que, embora também não admitindo o cumprimento de pena em regime mais gravoso, limitava-se a negar provimento ao recurso do MP, permitindo o cumprimento da pena em prisão domiciliar, conforme decidido pelo tribunal local.

Nesse caso, a tese sustentada pelos representantes da sociedade civil e pelos órgãos que intervieram como *amici curiae* foi vencida. Prevaleceu o entendimento intermediário do ministro relator no sentido de que, quando inexistente a vaga no regime adequado, não se autoriza de imediato a prisão domiciliar, devendo o juiz da execução antes examinar a viabilidade de imposição de outras medidas (a saída antecipada de sentenciado no regime com falta de vagas, podendo lhe ser imposto o monitoramento eletrônico, e, no caso daqueles que progredirem para o regime aberto, deve ser imposto o cumprimento de penas restritivas de direito restritivas de direito).

7.2.1.5 O direito à indenização pelas más condições dos presídios e o RE nº 580.252/MS

O último julgamento do grupo daqueles que comporiam a agenda do sistema penitenciário foi o do RE nº 580.252. Nesse recurso, foi fixada a tese de que o Estado tem responsabilidade pelas más condições das prisões e, por essa razão, tem o dever de indenizar civilmente as pessoas presas pelos danos extrapatrimoniais sofridos.

A ação ordinária de reparação por danos morais, de natureza não penal, foi proposta, em 22 de julho de 2003, pela Defensoria Pública do estado do Mato Grosso do Sul em favor de um cidadão que se encontrava preso, em regime fechado, naquele estado. Nessa ação, requereu-se o deferimento de pensão mensal enquanto estivesse ele preso em condições consideradas desumanas.

O magistrado de primeiro grau julgou improcedente o pedido compreendendo que a teoria da reserva do possível impediria a fixação da reparação nos termos em que requeridos,

---

pelas leis". Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 641.320/RS. Relator Min. Gilmar Mendes. Voto do relator. Inteiro teor. 2016, p. 34.

tendo em vista que o reconhecimento do direito do autor implicaria em assegurar o mesmo tratamento aos demais presos e, por conseguinte, o pagamento de indenizações que comprometeriam o orçamento do estado.

No julgamento do recurso da parte autora interposto contra a sentença de improcedência, o desembargador relator votou pelo não provimento. Além do argumento da reserva do possível, o relator questionou também a própria existência do dano e da responsabilidade estatal[699]. Os outros dois desembargadores, contudo, reconheceram a parcial procedência do pedido formulado pela parte autora, reformaram a sentença e concederam a indenização no valor de R$ 2.000,00.

A Procuradoria do Estado opôs, então, embargos infringentes, tentando fazer prevalecer o voto vencido. O Tribunal, na sua composição ampliada, deu provimento aos embargos infringentes, restaurando a sentença que julgou improcedente o pedido da parte autora.

A Defensoria Pública do estado interpôs, na sequência, o recurso extraordinário em questão.

O relator originário foi o ministro Ayres Britto. A repercussão geral foi reconhecida em 18 de fevereiro de 2011. O recurso foi a julgamento no plenário, inicialmente, em 03 de dezembro de 2014. Nessa ocasião, o ministro Ayres Britto já havia se afastado e assumiu a relatoria o ministro Teori Zavascki.

A União se manifestou como *amicus curiae,* sustentando o não provimento do recurso da Defensoria. Na mesma direção, a Procuradoria Geral da República opinou pelo desprovimento do recurso.

Em seu voto, o ministro Teori Zavascki argumentou que não havia controvérsia quanto às questões de fato. Ele destacou que o voto vencedor no julgamento da apelação citou expressamente relatório da Vigilância Sanitária do Município de Corumbá/MS, segundo o qual fora constatada a superlotação e problemas de higiene e riscos de transmissão de

[699] Nas palavras do relator do acórdão que apreciou a apelação: "comprovado está que não existe culpa por parte do Estado quando fornece o necessário para o cumprimento das necessidades mínimas dos apenados. Estamos aqui falando que todos os presos gozam de três boas alimentações ao dia, direito este que muitos brasileiros livres gostariam de ver garantido. Também dispõe de local para dormir, banho de sol, visitas etc.". Na perspectiva desse juiz, os presos estariam em locais equivalentes a um hotel. O distanciamento da realidade não poderia ser maior. Cf.: TJMS. Apelação Cível - N. 2006.003179-7/0000-00 - Corumbá. Voto do Desembargador Hamilton Carli. Inteiro teor. p. 6.

doenças. A questão, portanto, estava em saber se, diante dessas circunstâncias fáticas, tem o Estado a obrigação de indenizar.

Sobre esse ponto, o relator afirmou que o dever de indenizar decorreria diretamente do art. 37, §6º, da Constituição. Ele afastou também a incidência da teoria da reserva do possível, pois, no caso, não estaria em discussão a implementação de política pública, mas sim a responsabilidade civil do Estado por dano causado por seus agentes[700]. Propôs, ao final do voto, conhecer e dar provimento ao recurso extraordinário, firmando a tese de que o Estado pode sim ser responsabilizado pelos danos morais sofridos por presos em razão das condições ultrajantes dos estabelecimentos penais[701].

O ministro Luís Roberto Barroso pediu vista e com isso o julgamento foi suspenso. Ele tinha dúvidas sobre a eficácia de se resolver a questão sob o ponto de vista da indenização meramente individual. Ele já propunha nessa época que o Supremo aproveitasse os casos conexos que estão pendentes de julgamento para oferecer uma solução mais estrutural.

Em 06 de maio de 2015, o julgamento foi retomado, tendo o ministro Barroso apresentado voto-vista extenso em que defende a possibilidade de remição da pena como compensação pelos danos sofridos pelo cumprimento de pena em condições degradantes, inspirado, especialmente, por decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos[702]. Nas

---

[700] Nas palavras do ministro Teori Zavascki, "trata-se de preceito normativo autoaplicável, não sujeito a intermediação legislativa ou a providência administrativa de qualquer espécie. Ocorrendo o dano e estabelecido o seu nexo causal com a atuação da Administração ou dos seus agentes, nasce a responsabilidade civil do Estado [...] Porque juridicamente bem diferenciadas e inconfundíveis, merecem tratamento diferenciado as seguintes situações: uma, a de instituir políticas públicas de melhoria das condições carcerárias, que aqui não está em discussão; e a outra, juridicamente bem distinta, a do dever do Estado de indenizar danos individuais – seja de natureza material, seja de natureza moral – causados a detentos. É dessa última que aqui se trata". Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 580.252/MS. Relator Min. Teori Zavascki. Inteiro Teor. 2014, p. 12-13.

[701] Na proposta do ministro relator, a tese deveria ser assim redigida: "considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, § 6º da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento". Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 580.252/MS. Relator Min. Teori Zavascki. Inteiro teor. 2014, p. 12-13.

[702] O ministro Barroso propôs, então, que a tese fixada para fins de repercussão geral deveria ser assim lavrada: "O Estado é civilmente responsável pelos danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos presos em decorrência de violações à sua dignidade, provocadas pela superlotação prisional e pelo encarceramento em condições desumanas ou degradantes. Em razão da natureza estrutural e sistêmica das disfunções verificadas no sistema prisional, a reparação dos danos morais deve ser efetivada preferencialmente por meio não pecuniário, consistente na remição de 1 dia de pena por cada 3 a 7 dias de pena cumprida em condições atentatórias à dignidade humana, a ser postulada perante o Juízo da Execução Penal. Subsidiariamente, caso o detento já tenha cumprido integralmente a pena ou não seja possível aplicar-lhe a remição, a ação para ressarcimento dos danos morais será fixada em pecúnia pelo juízo cível competente". Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 580.252/MS. Voto-vista do Min. Luís Roberto Barroso. Inteiro Teor. 2015, p. 39.

palavras do ministro, "de modo paradoxal, a única resposta que se tem oferecido a lesões a interesses extrapatrimoniais é uma indenização em dinheiro"[703]. Ele propôs, então, que a remição reparadora fosse fixada na proporção de 1 de remição para "x" dias de pena cumprida em situação considerada degradante, devendo a variável "x" ser especificada entre 3 a 7 dias pelos juízes no caso concreto a depender das condições observadas no estabelecimento penal.

Após esse voto, durante os debates, duas questões foram suscitadas. A primeira referia-se à base de cálculo da possível remição reparatória. Ela incidiria sobre o total da pena aplicada, considerando eventuais penas unificadas (que podem ser por demais extensas), ou incidiria sobre o máximo de tempo de privação de liberdade permitida, que, no caso brasileiro, é de trinta anos? Essa questão não foi resolvida, porque a outra acabou se impondo entre os ministros.

O ministro Teori Zavascki não julgava possível que a reparação pelo dano moral sofrido pelos presos nas prisões fosse concretizada em dias de remição, pois se estaria concedendo uma reparação de natureza penal para um dano civil. O ministro Luís Roberto Barroso, por seu turno, afirmava que a "reparação é de natureza civil, é um dano moral sofrido, só que, em vez de pagar em dinheiro, que os estados não têm, o Estado vai pagar em menor tempo de prisão"[704].

A ministra Rosa Weber, diante do impasse, pediu vista e suspendeu novamente o julgamento. Ela destacou que era a relatora de ADI nº 5.170, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, a ela distribuída em 20 de outubro de 20114, na qual também se requeria a definição de critérios para reparação civil por danos sofridos pelos presos em decorrência das más condições dos estabelecimentos penais.

Em 16 de fevereiro de 2017, o julgamento foi retomado com o voto-vista da ministra Rosa Weber, sem que fosse trazida para a pauta de julgamento a ADI nº 5.170 (a qual, aliás, está aguardando movimentação desde dezembro de 2016). É nesse voto que a ministra explicita a existência da "agenda do sistema penitenciário", que foi composta, como visto, pelos julgamentos até aqui analisados[705]. Ela destacou que a possibilidade de se conceder a

---

[703] Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 580.252/MS. Voto-vista do Min. Luís Roberto Barroso. Inteiro Teor. 2015, p. 81.
[704] Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 580.252/MS. Debates. Inteiro teor. 2015, p. 113.
[705] Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 580.252/MS. Voto-vista da ministra Rosa Weber. Inteiro teor. 2017, p. 128.

remição reparatória foi uma inovação legislativa na Itália e não uma criação jurisprudencial[706]. Ela afastou, ainda, a analogia à remição por estudo, porque nesta haveria um agir orientado do preso que demonstraria compromisso e mérito no recebimento do benefício. Ao final, ela adere ao voto do ministro relator, dando provimento ao recurso extraordinário, para fixar a tese da possibilidade de reparação pecuniária dos danos morais sofridos pelos presos[707].

Durante os debates, os ministros Gilmar Mendes, Dias Toffoli e a ministra Carmen Lúcia também aderiram ao voto do relator. Os ministros Edson Fachin e Marco Aurélio, por seu turno, rejeitaram a proposta divergente, mas foram além do voto do relator e votaram por dar provimento integral ao recurso, concedendo a indenização nos termos em que requeridos pela Defensoria Pública, isto é, no valor equivalente a um salário mínimo por mês de custódia. Os ministros Luiz Fux e Celso de Mello acompanharam o voto divergente do ministro Barroso. Assim, foi fixada a tese de responsabilidade do estado por danos morais sofridos pelos presos em decorrência das más condições das prisões e, no caso concreto, por maioria, deu-se provimento ao recurso, para estabelecer a indenização no valor de R$ 2.000,00, vencidos os ministros Marco Aurélio e Edson Fachin, que apenas ampliavam o valor da indenização, e os ministros Roberto Barroso, Luiz Fux e Celso de Mello que admitiam a remição como forma de reparação.

Esses julgamentos repercutiram apenas em melhorias superficiais no sistema prisional. Não há notícia de ações coletivas cobrando massivamente obras de reformas dos presídios. As ações de indenizações continuam fragmentadas e não provocaram o efeito de coação dos governantes para maiores investimentos no sistema penitenciário. A superlotação segue avançando. A taxa de aprisionamento e o número de presos provisórios continuam elevados, apesar da implantação das audiências de custódia.

7.2.2 Uma outra agenda: os casos emblemáticos mencionados pelas entidades da sociedade civil entrevistadas

[706] Na realidade, como já mencionado, a Lei nº 117/2014 italiana foi editada em cumprimento da decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos, no caso *Torregiani* et al. Vs. Itália.

[707] A ministra Rosa Weber, contudo, deixou aberta a possibilidade e endossar a proposta do ministro Luis Roberto Barroso no julgamento de ação de controle concentrado que se encontra sob sua relatoria. Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 580.252/MS. Voto-vista da ministra Rosa Weber. Inteiro teor. 2017, p. 143.

7.2.2.1 A (des)criminalização do uso de drogas e o RE nº 635.659/SP

A política de guerra às drogas, como já assentado, tem sido apontada como um dos fatores que mais contribuiu para o fenômeno do encarceramento em massa. A ausência de um critério legal claro que diferencie aquele que possui a droga para uso pessoal daquele outro que a comercializa tem permitido um grau de arbitrariedade na atuação policial que reforça a seletividade do sistema penal. A depender do local e de quem esteja possuindo a droga, os estereótipos podem funcionar como um código implícito de criminalização.

Diante da ausência de avanços nessa temática no âmbito legislativo, construiu-se, então, uma expectativa de que o litígio judicial poderia colaborar para a redução dessa discricionariedade se fossem estabelecidos critérios mais objetivos para a distinção entre a posse para uso pessoal e a posse para comércio. Pretendeu-se, além disso, disputar no campo do Judiciário a pauta da descriminalização do uso das substâncias entorpecentes, o que poderia contribuir como um primeiro passo para uma posterior legalização do seu comércio.

Foi referido nas entrevistas como um caso emblemático de litigância estratégica o acompanhamento e a intervenção no caso do RE nº 635.659/SP, ainda pendente de julgamento, no qual se discute justamente a descriminalização do uso de drogas. Ele se origina em uma ação penal proposta pelo Ministério Público de São Paulo contra pessoa que estava presa e que teria sido encontrada, durante revista em sua cela, em 21 de julho de 2009, com a posse de 3 (três) gramas de maconha.

O MP ofereceu denúncia nos termos do art. 28 da Lei nº 11.343/06, em 09 de novembro de 2009. Já na audiência o defensor público que acompanhava o acusado suscitou a atipicidade da conduta e o reconhecimento da inconstitucionalidade desse dispositivo penal. A magistrada de primeiro grau, contudo, julgou procedente a pretensão punitiva e condenou o réu a 2 (dois) meses de prestação de serviços gratuitos à comunidade[708].

[708] Nas palavras da sentenciante: "a conduta tem tela não é atípica e nem se trata de infração de menor potencial ofensivo, e sim, de ínfimo potencial ofensivo, onde se pune o porte de droga para uso próprio, não em função da proteção à saúde do agente, mas sim em razão do mal potencial que pode gerar à coletividade Por isso, face à atual disposição legal, não é mais razoável se afastar a tipicidade da conduta prevista no art. 28 da Lei anti-drogas, que até o presente momento, não foi declarada inconstitucional e, portanto, há que ser observada e cumprida, pelo menos a se aplicar uma sanção amena, por menor que seja a quantidade de tóxico, evitando-se com isso, o crescimento da atividade do agente, podendo tornar-se traficante ou viciado". BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 639.659/SP. Inteiro teor. Sentença. v.1, p. 110.

O réu manifestou desejo de recorrer e a Defensoria Pública do Estado de São Paulo interpôs, então, recurso de apelação. A Turma Julgadora do Colégio Recursal do Juizado Especial Cível da Comarca de Diadema/SP negou provimento ao recurso. A Defensoria Pública interpôs, então, o recurso extraordinário em questão, em 09 de agosto de 2010, reafirmando que a criminalização da posse de drogas para uso pessoal contraria o direito fundamental à intimidade e à vida privada, de modo que "permanecendo a conduta na própria esfera do autor do fato, não há que se falar de alteridade e lesividade"[709].

O recurso extraordinário foi distribuído ao ministro Gilmar Mendes. A Procuradoria Geral da República ofertou parecer no sentido do desprovimento do recurso, por entender que "o bem jurídico tutelado é a saúde pública, que fica exposta a perigo pelo porte da droga proibida, independentemente do uso ou da quantidade apreendida A conduta daquele que traz consigo droga de uso próprio, por si só, contribui para a propagação do vício no meio social"[710].

Na sessão do dia 19 de agosto de 2015, empreenderam sustentação oral as partes e os *amici curiae*[711].

O ministro Gilmar Mendes, relator, apresentou seu voto na sessão do dia seguinte. Destacou inicialmente que o Pleno do Supremo Tribunal Federal já havia se manifestado, no julgamento do RE nº 430.105, que "a supressão da pena privativa de liberdade para as condutas relacionadas à posse de drogas para uso pessoal não desfigura a sua natureza penal"[712]. Ressaltou, contudo, que, agora, o art. 28 da Lei de Drogas estaria sendo impugnado sob a ótica da sua incompatibilidade com a garantia constitucional da intimidade e da vida privada. Para ele, o controle de constitucionalidade sobre normas penais haveria de ser feito considerando, de um lado, a proibição do excesso e, de outro, a ideia de vedação da proteção

---

[709]"Cf.: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 639.659/SP. Inteiro teor. Peça recursal. v.1, p. 178.

[710] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 639.659/SP. Inteiro teor. Parecer da PGR. v. 1, p. 201.

[711] Nessa condição, manifestaram-se o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM; o Viva Rio; o Instituto de Defesa do Direito de Defesa- IDDD; Conectas Direitos Humanos; Instituto Sou da Paz; Instituto Terra Trabalho e Cidadania; Pastoral Carcerária; Associação Brasileira de Gays Lésbicas e Transgêneros - ABGLT; Associação Brasileira de Estudos Sociais do Uso de Psicoativos – ABESUP; Associação dos Delegados de Polícia do Brasil – ADEPO; Associação Paulista para o Desenvolvimento da Medicina – SPDM; Associação Brasileira de Estudos do Álcool e outras Drogas – ABEAD; Central de Articulação das Entidades de Saúde – CADES; Federação de Amor-Exigente – FEAE; e a Associação Nacional Pró-Vida e Pró-Família (PRÓ-VIDA-FAMÍLIA).

[712] Cf.: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 639.659/SP. Relator Min. Gilmar Mendes. Inteiro teor. 2015, p. 3

insuficiente. Seria necessário, pois, examinar se as medidas legislativas adotadas foram idôneas à proteção do bem jurídico e se a decisão pela incriminação foi tomada após apreciação objetiva e justificável.

Ele concluiu que "a mera previsão da conduta como infração de natureza penal tem resultado em crescente estigmatização, neutralizando, com isso, os objetivos expressamente definidos no sistema nacional de políticas sobres drogas"[713]. Argumentou, em reforço, que pesquisas acadêmicas realizadas sobre as prisões por drogas no Brasil revelaram que a ausência de critérios objetivos de distinção entre usuário e traficante acabam permitindo elevada discricionariedade na atividade policial, que executa a prisão em flagrante nas vias públicas e, dependendo do depoimento dos condutores, classifica como tráfico ou porte para uso. Tais pesquisas indicam que a maioria das pessoas presas são jovens, estavam sozinhas, não têm antecedentes criminais, e portavam menos de 100 gramas de maconha[714].

Em relação ao que considerou um controle de justificabilidade das medidas sob julgamento, o ministro Gilmar Mendes considerou que não haveria estudos suficientes que permitissem concluir que a repressão ao consumo era o instrumento mais eficiente de enfrentamento ao tráfico de drogas. Ele citou, por outro lado, estudos comparados que indicam que a criminalização do consumo tem pouco impacto na decisão de consumir drogas. Afirmou que, mesmo com os dados disponíveis à época da edição da norma questionada, não havia indicativos que sustentassem racionalmente a incriminação. Ele chega mesmo a conjecturar que o próprio legislador teria pretendido originalmente avançar no sentido da real despenalização e optado pela expressão "medidas educativas", e "talvez por equívoco, até deixou escapar, no §6º do art. 28, a expressão 'medida educativa' no lugar de 'pena'".

Por fim, o relator realizou o controle material de intensidade e privilegiou nesse espaço o direito à autodeterminação, que estaria sendo afetado em medida desproporcional com a criminalização da posse de substância entorpecente para uso pessoal. Ele lançou mão da teoria do bem jurídico para assentar que o grau de lesividade à saúde pública ou à segurança pública é reduzido no caso específico da posse de drogas para uso pessoal,

---

[713] CF.: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 639.659/SP. Relator Min. Gilmar Mendes. Inteiro teor. 2015, p. 18.

[714] É válido atentar para o fato de pesquisas empíricas servirem como reforço de argumentação nas decisões judiciais em processos de controle de constitucionalidade. Isso sugere que as atividades de litígio estratégico e de produção de conhecimento científico podem ser mais eficazes na influência dos magistrados se trabalhadas conjuntamente.

especialmente quando se compara o grau de afetação ao direito de livre desenvolvimento da personalidade provocado pela incriminação dessa conduta[715].

Concluiu, desse modo, pela inconstitucionalidade, sem redução do texto, de forma a afastar do art. 28 da Lei nº 11.343/06 qualquer efeito de natureza penal, mantendo-se as medidas ali previstas como restrições administrativas. Nas hipóteses de posse para uso, não poderia ser o cidadão conduzido à delegacia, mas apenas notificado a comparecer em juízo. Se, por ventura, um policial executar a prisão por entender que se trata de hipótese de tráfico, incumbirá, segundo o voto do relator, ao juiz a que for apresentada a pessoa detida para audiência de custódia verificar se há indícios da finalidade específica do comércio da substância.

Depois do relator, o ministro Edson Fachin pediu vista e, na sessão do dia 10 de setembro de 2015, proferiu voto-vista com parcial dissidência. Na sua opinião, quando a Corte está diante de tema de natureza penal, seria prudente uma "judiciosa autocontenção da Corte" para evitar intervenções judiciais desproporcionais seja no que se refere ao regime das liberdades seja sob o ponto de vista da "proteção social suficiente"[716]. Propôs, assim, a limitação do julgamento apenas aos contornos fáticos do caso sob julgamento que envolvia o reconhecimento da (in)constitucionalidade da criminalização do porte unicamente de maconha para uso próprio. Ele sustentou que o Tribunal já teria se manifestado pela constitucionalidade da criminalização das condutas descritas no art. 28 da Lei de Drogas. Ressaltou, contudo, que tal lei não declina que substâncias são consideradas ilícitas. A discriminação das substâncias ilícitas estaria em portaria do Ministério da Saúde.

Ele argumenta que a situação do usuário de drogas seria questão de saúde pública e, portanto, "prioritariamente de política pública de atenção e cuidado da saúde", julgando, ainda, que "separar mercados contribui para redução de danos"[717]. Assim, sem retirar do Poder Legislativo e da sociedade o dever de refletir mais amplamente sobre como "solver o germe de tais questões", o ministro Fachin considera que, enquanto tal não ocorre, incumbiria ao Judiciário realizar uma "escolha trágica", adotando solução adstrita ao tema do recurso

[715] Nas palavras do ministro Gilmar Mendes: "dar tratamento criminal ao uso de drogas é medida que ofende, de forma desproporcional, o direito à vida privada e à autodeterminação". CF.: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 639.659/SP. Relator Min. Gilmar Mendes. Inteiro teor. 2015, p. 36.
[716] Mais adiante ele agrega também à sua argumentação uma necessidade de que sejam respeitados os "confins democráticos que se põem ao Judiciário". CF.: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 639.659/SP. Voto-vista min. Edson Fachin. Inteiro teor. 2015, p. 17.
[717] *Ibidem.*

posto sob julgamento, que, na sua ótica, cingir-se-ia à posse para consumo próprio de maconha. O seu voto, pois, foi no sentido de dar parcial provimento ao recurso para declarar a inconstitucionalidade do dispositivo legal questionado, sem redução de texto, com exclusividade para os casos de posse de maconha, mantendo a incriminação de todas as demais drogas. Votou, ainda, para que órgãos do Poder Executivo definissem no prazo de 90 dias os parâmetros diferenciadores até que sobreviesse legislação específica.

Nessa mesma sessão, o ministro Luís Roberto Barroso também proferiu voto em uma linha argumentativa semelhante ao do ministro Fachin. Em seguida, pediu vista o ministro Teori Zavascki. Com o falecimento dele, os autos foram remetidos ao gabinete do ministro que o substituiu, o ministro Alexandre de Moraes, encontrando-se ali sob análise desde então.

7.2.2.2 A alternativa à prisão para as mães e seus(suas) filhos(as) e o HC coletivo nº 143.641/SP

Um dos casos mais paradigmáticos da nova forma de litigância estratégia foi o que envolveu o *habeas corpus* coletivo nº 143.641/SP. Esse instrumento histórico de defesa da liberdade individual foi tradicionalmente concebido como um remédio individual para proteger o cidadão da coação ou da ameaça restrição ilegal ao direito de ir e vir. A admissibilidade para a defesa de interesses de uma coletividade é algo recente.

No caso em questão, o *habeas corpus* foi impetrado por advogadas que integram o Coletivo de Advogados em Direitos Humanos- CADHU em favor de todas as mulheres presas preventivamente que ostentassem a condição de gestantes, puérperas ou mães de crianças sob sua responsabilidade, assim como em nome das próprias crianças. Alegou-se que impor às mulheres grávidas ou que fossem mães de recém-nascidos a gestação e a manutenção na prisão das crianças em condições precárias implicaria violação aos princípios constitucionais da individualização da pena, da vedação às penas cruéis e da preservação da integridade física e moral das presas.

Fundamentaram o cabimento do *habeas corpus* coletivo na existência reconhecida de violações sistemáticas a direitos fundamentais das presas e no art. 25, I, da Convenção Americana de Direitos Humanos que garante um instrumento processo rápido e eficaz para a proteção de direitos fundamentais. Afirmavam a competência do STF, porque entre as autoridades coatoras estaria o Superior Tribunal de Justiça. Aduziram que os pedidos de

aplicação da Lei nº 13.257/2016, que permitia a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar para as gestantes e mães de crianças, não estariam sendo acolhidos adequadamente, pois, em aproximadamente metade dos casos, eles eram indeferidos pelos magistrados.

A Defensoria Pública do Estado do Ceará solicitou a sua intervenção como *custos vulnerabilis* ou como *amicus curiae,* manifestando-se, em seguida, em reforço à tese defendida pelas impetrantes.

A Procuradoria Geral da República opinou pelo não conhecimento do *habeas corpus,* defendendo que seria manifestamente incabível o HC coletivo, entre outras razões, porque não seria possível a concessão de ordem genérica, sem individualização do beneficiário. Do mesmo modo, não teriam sido indicados atos coatores específicos do STJ.

A Defensoria Pública do Ceará manifestou-se novamente identificando especificamente as presas de estabelecimento penal feminino daquele estado que seriam beneficiadas com a ordem pleiteada. Argumentou ainda que precisaria ser superado o prisma inidividualista do habeas corpus, em favor de interpretação sistemática da Constituição e também em atenção aos princípios da economia e da celeridade processual. Citaram, ainda, exemplos de *habeas corpus* que estavam em tramitação e nos quais não há a identificação de pacientes.

A Defensoria Pública do Estado do Paraná manifestou-se em sentido semelhante.

O ministro relator, Ricardo Lewandowski, determinou de ofício a requisição de informações ao Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) e a intimação da Defensoria Pública União.

A DPU, então, manifestou-se favoravelmente à concessão do *habeas corpus,* argumentando que a doutrina brasileira do *habeas corpus* concebia uma noção ampliada desse remédio constitucional, que teria, inclusive, originado outros instrumentos como o mandado de segurança e o mandado de injunção, os quais atualmente já são admitidos na vertente coletiva. Ressaltou também que a DPU está legalmente legitimada para a propositura do mandado de injunção coletivo, o que permitiria por analogia o reconhecimento de sua legitimidade para o *habeas corpus* coletivo.

Em decisão monocrática, o ministro relator admitiu o cabimento do *habeas corpus* coletivo, mas restringiu sua legitimação ativa a situações análogas àquelas do mandado de injunção, razão pela qual a DPU foi admitida como impetrante.

Outras Defensorias foram admitidas como *amici curiae,* assim como o Instituto Alana e o IDDD.

O ministro relator votou, então, pelo conhecimento e pela concessão da ordem. Sustentou que, "na sociedade, contemporânea, burocratizada e massificada, as lesões a direitos, cada vez mais, assumem caráter coletivo", do que se deveria extrair a necessidade de se viabilizarem instrumentos processuais adequados para a proteção desses direitos. Ele se referiu expressamente ao "caso Verbitsky" da Suprema Corte argentina, aqui já apresentado, em que também se reconheceu o cabimento do *habeas corpus* coletivo. Ressaltou, ademais, que o art. 580 do CPP permite que a ordem concedida em um HC seja estendida a todos que se encontram na mesma situação, o que já permitiria a transcendência das decisões nesses casos. Quanto à suposta indeterminação, o ministro afirmou que se tratava, na realidade, de direito individuais homogêneos, de sorte que as beneficiárias da ordem poderiam ser determinadas.

No mérito, o relator mencionou o estado de coisas inconstitucional já declarado na apreciação da medida cautelar na ADPF nº 347/DF, para afirmar que há, no sistema penal brasileiro, "uma falha estrutural que agrava a 'cultura do encarceramento'". Salientou, ainda, que, segundo os dados oficiais, apenas 34% dos estabelecimentos femininos dispõem de cela ou dormitório adequado para gestantes, só 32% têm berçário ou centro materno infantil e apenas 5% dispõem de creche. O relator dialogou efetivamente com a petição inicial, destacando que:

> O cuidadoso trabalho de pesquisa de Eloísa Machado de Almeida, Bruna Soares Angotti, André Ferreira, Nathalie Fragoso e Hilem Oliveira, constante da inicial, revela, inclusive por meio de exemplos, a duríssima - e fragorosamente inconstitucional - realidade em que vivem as mulheres presas, a qual já comportou partos em solitárias sem nenhuma assistência médica ou com a parturiente algemada ou, ainda, sem a comunicação e presença de familiares. A isso soma-se a completa ausência de cuidado pré-natal (acarretando a transmissão evitável de doenças graves aos filhos, como sífilis, por exemplo), a falta de escolta para levar as gestantes a consultas médicas, não sendo raros partos em celas, corredores ou nos pátios das prisões, sem contar os abusos no ambiente hospitalar, o isolamento, a ociosidade, o afastamento abrupto de mães e filhos, a manutenção das crianças em celas, dentre outras atrocidades. Tudo isso de forma absolutamente incompatível com os avanços civilizatórios que se espera tenham se concretizado neste século XXI[718].

[718] Cf.: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 143.641. Relator Min. Ricardo Lewandowski. Inteiro Teor. 2018, p. 15.

A argumentação do ministro relator é estruturada sobre dados extraídos de pesquisas empíricas as mais diversas e também contidos na manifestação dos *amici curiae.* Nesse sentido, ele reproduz literalmente trecho da manifestação do Instituto Alana:

> Em sua manifestação como *amicus curiae*, o Instituto Alana, cujo ingresso nessa condição autorizei, apontou as incontáveis violações a que estão sujeitas as crianças que nascem no cárcere, a demonstrar que as violações a seus direitos começam antes mesmo do nascimento: [...][719]

Com base nesses dados, ele concluiu que "há um descumprimento sistemático de regras constitucionais, convencionais e legais referentes aos direitos das presas e de seus filhos" e, por isso, concedeu a ordem para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar - sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP - de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, nos termos do art. 2º do ECA e da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiências (Decreto Legislativo 186/2008 e Lei 13.146/2015), relacionadas neste processo pelo DEPEN e outras autoridades estaduais, enquanto perdurar tal condição, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelo juízes que denegarem o benefício.

7.2.2.3. A (não) hediondez do tráfico de drogas privilegiado e o HC nº 118.533/MS

Um caso indicado pela Conectas Direitos Humanos, durante as entrevistas, de litígio estratégico que foi considerado exitoso foi o do julgamento do HC nº 118.533 no STF. Cuidava-se de um habeas corpus impetrado, em 1º de julho de 2013, pela Defensoria Pública da União em favor de dois cidadãos que foram presos transportando drogas. A tese que se sustentava era a de que nos casos de tráfico de drogas "privilegiado", isto é, em que a pessoa acusada tem bons antecedentes e não integra organização criminosa, o crime de tráfico não poderia ser considerado hediondo.

A Procuradoria Geral da República manifestou-se favoravelmente à concessão da ordem, sustentando que a hediondez do tráfico não seria aplicável, de fato, à conduta

tipificada no art. 33, §4º, da Lei 11.343/06, que contemplaria a hipótese do chamado tráfico privilegiado

O julgamento iniciou-se em 24 de junho de 2015. Na sessão, os ministros destacaram, contudo, que o caso submetido à apreciação não se adequava bem a essas características, pois um dos réus foi preso transportando a droga (700kg de maconha) em um caminhão que era "escoltado" pelo carro do outro réu que vinha à frente.

A ministra Carmen Lúcia, relatora, manifestou-se no sentido de que, no âmbito daquele habeas corpus, a discussão deveria se restringir à tese jurídica, pois as instâncias ordinárias já haviam reconhecido que se tratava de "tráfico privilegiado". Ela pretendeu fixar a questão controvertida na seguinte indagação: se for o caso de aplicar a redução da pena prevista no art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/06, é possível afastar a hediondez da conduta? Em seu voto, respondeu positivamente, entendendo que tais condutas não deveriam ser consideradas como crimes hediondos, uma vez que a reprovação social sobre elas seria mais reduzida. Argumentou, ademais, que, sendo o réu primário, a imposição do cumprimento de pena nas mesmas condições dos crimes considerados hediondos poderia implicar maior estigmatização e maior incentivo à formação da carreira criminosa com tendência à reincidência.

Os ministros Edson Fachin, Luiz Fux, Teori Zavascki e Rosa Weber votaram, inicialmente, em sentido contrário ao da relatora, entendendo que em todos os casos o crime de tráfico deve ser considerado equiparado aos crimes hediondos. O ministro Luís Roberto Barroso acompanhou a relatora. O ministro Gilmar Mendes pediu vista e suspendeu a sessão, com 4 votos pela denegação e 2 para a concessão.

Dias antes da retomada do julgamento, a Conectas Direitos Humanos interveio com manifestação, primeiramente, na imprensa (com artigo publicado na Folha de São Paulo), e depois por memorial encaminhado por fax aos Ministros. A pessoa que representou a entidade nas entrevistas acredita que a intervenção repercutiu no julgamento. Na leitura da pessoa entrevistada, os fatos ocorreram do seguinte modo:

> Então a gente descobriu que o Supremo tinha um fax, que a gente nem sabia, e eles ainda estão nessa. Mandamos no dia por fax, por e-mail para o gabinete, publicamos um artigo de debate para a Folha de São Paulo, porque é a tribuna mais prestigiosa.

[719] Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 143.641. Relator Min. Ricardo Lewandowski. Inteiro teor. 2018, p. 26.

> E aí isso repercutiu...A Carmen Lúcia pega o amicus, começa a ler uns números, e a gente fez muito focado nisso, 'olha, a questão de vocês vai representar esse problema para esse número de pessoas'. Aí a Carmen Lúcia começa a ler, fala que realmente precisa pensar bem porque é muito grave.

Na sequência do julgamento, o ministro Gilmar Mendes vota pela concessão da ordem e os ministros Dias Toffoli e Marco Aurélio pela denegação. A matéria debatida nesse julgamento tinha mesmo ampla repercussão. Durante os debates, sem antecipar explicitamente o seu voto, o ministro Ricardo Lewandowski, que já havia votado em caso semelhante no sentido de reconhecer a hediondez, interveio para chamar a atenção para o impacto da decisão, salientando que:

> Se Vossa Excelência me permitir, Ministro Fachin, na sequência do meu voto, que não lerei, trago um pouco da preocupação da Ministra Cármen Lúcia, mostrando que a grande maioria, se não a imensa maioria das mulheres condenadas por tráfico de drogas ou associação para o tráfico foram induzidas a isso por motivos pessoais, sentimentais, íntimos, familiares.
> [...]
> Mas, mantidos a proporção e o ritmo de encarceramento que nós temos hoje, em poucos anos nós alcançaremos um milhão de pessoas presas. Quer dizer, temos que enfrentar uma solução de natureza política criminal. Sou informado agora pelo meu coordenador do DMF – o juiz Luís Lanfredi, um magistrado paulista que há mais de vinte anos trabalha apenas no setor criminal – que uma decisão no sentido da concessão da ordem, que eventualmente o Supremo Tribunal venha a tomar neste julgamento, levará à libertação imediata de 45% das mulheres presas atualmente. Isso é um dado estatístico comprovado que nos é revelado pelo coordenador do DMF do CNJ. Então são números impressionantes[720].

O ministro Edson Fachin, que abrira a divergência, pediu, então, vista para eventual reformulação do voto. O placar estava em 6 votos pela denegação e 3 pela concessão. É possível perceber, a partir dos debates, que havia uma simpatia dos ministros pela tese em abstrato, mas que o caso concreto submetido a julgamento era "ruim" (ou, diríamos, não era estratégico). Nesse sentido, o ministro Dias Toffoli afirma:

> Eu mesmo, que já votei, vou manter o voto por ora, até porque, no caso concreto, não vejo como conceder a ordem. Mas podemos - e conversávamos há pouco - até denegar a ordem no caso concreto, mas fixar alguma tese[721].

[720] Cf.: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 143.641. Debates. Inteiro teor. 2016, p. 65.
[721] *Idem*, p. 68.

O ministro Gilmar Mendes, então, responde: "É porque, realmente, o caso tem peculiaridades". E na mesma linha o ministro Ricardo Lewandowski explicita:

> O caso é ruim. Cumprimento o Ministro Edson Fachin por sua disponibilidade intelectual e por sua sensibilidade jurídica. Seja qual for o resultado que Vossa Excelência trouxer, mas apenas esse fato de se dispor a reestudar a matéria, em face das discussões travadas, foi extremamente louvável[722].

De fato, a Ministra Carmen Lúcia, durante os debates, faz menção expressa aos memoriais da Conectas nos seguintes termos:

> E num dos memoriais que nos foram encaminhados, aliás, a firmar-se esta tese que está sendo firmada, agora, já por maioria, nós recebemos, entre outros memoriais, o da Conectas. E, ali, o item é esse: impacto da hediondez do tráfico no encarceramento - e eles fazem uma diferença inclusive do encarceramento de homens e mulheres -, afirmando-se que o impacto dessa lei elevou a quantidade de pessoas presas condenadas por tráfico de drogas, de 2005 a 2014, em 340%[723].

O Ministro Luís Roberto Barroso também menciona o memorial apresentado conjuntamente pela Conectas e pelo IDDD.

> E esse mesmo memorial da Conectas e do Instituto do Direito de Defesa esclarece que a maioria das pessoas que é presa por tráfico, é presa com quantidades inferiores a 100 gramas. Portanto, nós vamos equiparar isso a crime hediondo, com todas as implicações que tem sobre o Sistema Penitenciário?[724]

Na sessão seguinte, em 23 de junho de 2016, o ministro Edson Fachin reformula seu voto e passa a acompanhar a relatora para conceder da ordem de *habeas corpus,* firmando a tese de que os regimes dos crimes hediondos e equiparados, do livramento condicional e da progressão de regime não se aplicam às hipóteses que ensejem a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, §4°, Lei 11.343/06. Na sequência os ministros Teori Zavascki e Rosa Weber também modificam seus posicionamentos.

A ministra Rosa Weber, aliás, afirma ter alterado seu entendimento anterior e ter sido, de algum modo, levada à reflexão a partir dos dados trazidos pelos memorais da Conectas. Nas palavras da própria ministra, reproduzidas no inteiro teor do acórdão:

---

[722] *Ibidem*
[723] Cf.: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 143.641. Debates. Inteiro teor. 2016, p. 57.
[724] *Idem,* p. 58.

> Mesmo assim, oscilei, mas termino agora convencida pelo voto do Ministro Fachin, que, Senhor Presidente, vindo ao encontro daquela minha primeira dúvida - e também a partir da reflexão que fiz, com base, inclusive em excelente memorial do Conectas Direitos Humanos -, me leva a reajustar meu voto, ainda que, repito, até me sentisse mais tranquila denegando a ordem ao exame do caso concreto, sem prejuízo de consagrar a tese proposta. Acompanho, contudo, o voto da eminente Relatora[725].

Não é possível afirmar que foi, de fato, a intervenção do *amicus curiae* que implicou a modificação do resultado do julgamento. É conhecida a ideia de que a decisão é formada antes e que os argumentos são apresentados posteriormente. No entanto, a explicitação espontânea, durante os debates, dos dados apresentados pode levar a crer, ao menos, que a intervenção contribuiu para reforçar o convencimento dos Ministros e para ajuda-los na construção de suas fundamentações.

Descritos os casos que foram mencionados nas entrevistas, examinemos criticamente, de uma forma geral, os resultados obtidos e os desafios relacionados ao uso desses mecanismos para as disputas relacionadas com a política criminal

7.3 AS INFERÊNCIAS POSSÍVEIS DA ANÁLISE CONJUNTA DOS CASOS

7.3.1 O reformismo (auto)contido da Corte Interamericana de Direitos Humanos

Os poucos casos apresentados como de litígio estratégico não permitem a realização de inferências de maior alcance ou mais generalizáveis. Quando muito podem servir para a elaboração de hipóteses a serem desenvolvidas e aprofundadas em futuras pesquisas. Como toda cartografia, a presente serve como uma descrição limitada e simbólica da realidade que contribui para o conhecimento da dinâmica dos fenômenos observados no presente e como possível orientação para os passos seguintes.

No que se refere ao litígio no âmbito regional, mais especificamente perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos, verificamos que há uma distribuição temporal e espacial dos casos e uma similaridade dos contextos fáticos.

A primeira resolução da Corte expedindo medidas provisionais contra o Brasil em razão das condições desumanas, cruéis ou degradantes de suas prisões ocorreu em 2002 no caso da Penitenciária Urso Branco, na Região Norte do país. Uma das resoluções mais

[725] *Idem*, p. 87.

recentes é de fevereiro de 2017 e se refere conjuntamente a quatro casos (um deles aqui não examinado porque se referia a uma unidade de internação socioeducativa, voltada para jovens com menos de 18 anos). Do exame da tabela constante do Apêndice B, verifica-se, ainda, que os casos se repetem ao longo desses 16 anos e se espraiam também pelo Nordeste e pelo Sudeste. Essa distribuição espaço-temporal permite inferir que os problemas do sistema carcerário no país são recorrentes e parecem ter mesmo um caráter estrutural e política sistemática de deixar morrer, silenciosamente ou não. Nesse sentido, a própria Corte, em sua última resolução, considera que:

> La distancia geográfica entre los establecimientos penitenciarios cuyas condiciones son objeto de medidas provisionales y su pertenencia a diferentes regiones del país, estaría indicando que se trata de un fenómeno de mayor extensión que los cuatro casos de actuaciones arrimadas a esta Corte, lo que podría ser un indicio de eventual generalización como problema estructural en el nivel nacional del sistema penitenciario[726].

Da leitura dos casos, aduz-se também que há uma similitude fática entre eles. São situações de rebeliões frequentes, de superlotação, de péssimas condições estruturais, com assassinatos cruéis e cenário de horror e de desumanidade que refletem um contexto de total desespero de todos que ali se encontram. As condições insuportáveis de sobrevivência acentuam a necessidade e a urgência de medidas imediatas de modificação desse quadro e, por conseguinte, permitem compreender a razão dos pedidos e das decisões que os deferem. É essa conjuntura de iminência ou de flagrância de massacres que justifica também o procedimento relativamente acelerado da litigância. Se considerarmos o tempo entre a formulação do pedido na Comissão Interamericana de Direitos Humano e a edição pela Corte das primeiras medidas provisionais, de um modo geral, constata-se que, nos cinco casos, esse interregno não ultrapassou um ano.

Como entre um ato processual e outro há, ainda, o exame de admissibilidade e a expedição de medidas cautelares pela própria Comissão, pode-se supor também que o estado brasileiro tem relutado a responder positiva e eficazmente às decisões da Comissão, reagindo com (alguma) efetividade apenas depois do pronunciamento da Corte.

---

[726] Cf.: CtIDH. Resolução de 13 de fevereiro de 2017. Caso Penitenciária de Araraquara. 2017, p. 1 Disponível em: http://www.corteidh.or.cr/. Acesso em: 31 out. 2018.

É possível notar, ademais, que os casos são propostos, como regra, por uma articulação entre entidades que prestam serviços legais no nível local com outras que têm atuação no plano internacional mais frequente. Nesse ponto, a Justiça Global e a Conectas Direitos Humanos, integrantes da Rede de Justiça Criminal, têm assumido um papel de destaque. Mesmo quando não figuram como as primeiras peticionárias, essas entidades intervieram posteriormente nos casos em auxílio às entidades locais.

Essa maior articulação para o manejo dos mecanismos do sistema interamericano de direitos humanos se justifica pela complexidade das demandas dessa natureza e pelo alto custo de sua manutenção. As normas e os procedimentos desse sistema não são por todos conhecidos. Há peculiaridades que distinguem o processamento dessas demandas daquele outro que se observa no ambiente nacional. A expertise de entidades que já trabalham com essa espécie de jurisdição é fundamental também para o êxito do litígio[727]. Além disso, há custos elevados para a manutenção do processo. Muitas vezes não basta o peticionamento e é necessária a participação nas sessões da Corte. É preciso, ademais, supervisionar o cumprimento das medidas com a realização de relatórios em prazos que não são longos. A coalizão de forças é, portanto, imprescindível.

Por outro lado, o financiamento nem sempre estará disponível e, em situações como essas, a realização do litígio dependerá dos interesses e dos critérios de seleção do agente financiador. Embora se perceba a existência da articulação em âmbito nacional, registramos anteriormente que as entidades mais estruturadas que integram a Rede de Justiça Criminal se concentram no Sudeste do país. Isso pode provocar dificuldades adicionais à litigância no sistema interamericano quando os casos de violações aos direitos humanos ocorrerem fora dessa região. Os relatórios sobre a realidade das lesões precisam ser confeccionados *in locu*, mas a maior estrutura (financeira, sobretudo) está distante.

A interação com os órgãos oficiais de litígio torna-se, desse modo, uma alternativa. A Defensoria Pública tem, de forma ainda muito incipiente, passado a se dedicar à litigância estratégica no sistema interamericano de direitos. Ela própria apresenta, entretanto,

[727] Em sentido semelhante, Evorah Lusci Cardoso concluiu que: "diante de tantas dificuldades que se impõem ao litígio estratégico no sistema interamericano, especialmente com destaque para a obtenção de financiamento e para o know how dos meandros do trâmite dos casos no sistema, seria o sistema interamericano realmente aberto para todos? Ainda que formalmente qualquer pessoa possa encaminhar uma denúncia à CmIDH, todo o processo é muito mais complexo do que isso. O sistema interamericano é hoje destinado de fato a poucos atores". Cf.: CARDOSO, Evorah Lusci Costa. **Litígio estratégico e sistema interamericano de direitos humanos.** Belo Horizonte: Forum, 2012, p. 143.

dificuldades que precisam ser superadas para assegurar uma maior efetividade também nessa via alternativa.

Além disso, sob a ótica das estratégias utilizadas pelos litigantes, nota-se que as entidades têm preferido utilizar as medidas cautelares como instrumento de intervenção de urgência, mais pontual e mais limitado, que permite, por outro lado, respostas mais rápidas. A Corte tem respondido a essas demandas especialmente quando evidenciados casos de mortes de pessoas custodiadas ou de funcionários que trabalham no local.

As decisões da CtIDH em grande medida limitaram-se a determinar ao Estado a adoção de medidas administrativas para fazer cessar as circunstâncias de violação de direitos humanos, sem indica-las com maior nível de detalhamento, o que se deve tanto ao procedimento sumário utilizado como a um grau de autocontenção. Por outro lado, nos casos mais recentes, a Corte tem apresentados sinais de que a percepção do caráter estrutural do problema poderá conduzir à adoção de medidas mais intervencionistas como a suspensão da entrada de novos presos em determinado estabelecimento.

7.3.2 O sistema penitenciário na agenda do STF... até quando?

No que tange aos casos emblemáticos de litígio no âmbito doméstico, ou mais precisamente, no Supremo Tribunal Federal, é possível afirmar que intervenção das entidades da sociedade civil que prestam serviços legais ocorreu, sobretudo, na qualidade de *amicus curiae*, com destaque para a participação do IDDD, que interveio em 5 dos 8 casos.

É possível notar também uma grande diversidade de temas. Foram observadas discussões em torno da política de drogas (descriminalização do uso e não hediondez do tráfico privilegiado), da questão de gênero no cárcere (prisão domiciliar para mães de crianças com menos de 12 anos), condições e regras da execução penal e indenização pela morte de preso ou pelo cumprimento de pena em situação degradante.

As origens e os caminhos dos casos foram igualmente diversificados. Houve duas ações individuais de reparação, uma ação coletiva, duas situações de defesa em processo penal individual, uma ação direta de constitucionalidade e dois habeas corpus, um individual e um coletivo. O predomínio, de qualquer sorte, foi o do controle difuso.

Nesse aspecto, verificou-se um fenômeno inesperado. Com a nova sistemática da repercussão geral, as discussões para a formação da posição da Corte travadas ou explicitadas

durante a sessão de julgamento trouxeram questionamentos em relação à tese das 11 ilhas ou da mera decisão por agregação de opiniões. Para José Rodrigo Rodriguez, prevalece no Brasil a decisão por agregação de opiniões, como se os 11 ministros do STF se construíssem em igual número de ilhas argumentativas. Nas palavras desse autor, "as cortes brasileiras não se reúnem para redigir sua decisão de maneira ordenada em um texto coerente, acompanhado dos eventuais dissidentes"[728]. Haveria, assim, um descompromisso com a formação da opinião da Corte e a sobrevalorização da opinião pessoal dos ministros.

De fato, nos casos que examinamos, foram várias as ocasiões em que os ministros apresentaram individualmente votos-vista, prolixos, por escrito, com pouca referência recíproca[729]. Sobre essa característica, Rodriguez também afirma que:

> O caráter opinativo de nossa jurisdição fica mais claro quando examinamos julgamentos colegiados, por exemplo, os do STF, em que vários juízes, ou seja, várias autoridades devem opinar sobre o mesmo caso. Mesmo nos casos em que há unanimidade no julgamento, ou seja, em que os 11 juízes do STF decidem no mesmo sentido, todos eles fazem questão, especialmente em casos de grande repercussão pública, de externar sua opinião[730].

No entanto, observamos que o procedimento específico da repercussão geral nos julgamentos dos recursos extraordinários compele os ministros à elaboração de tese única, tendo havido efetivamente a explicitação de debates para a definição da sua redação final. Os debates nesse ponto são distintos da mera agregação dos votos para a prolação do resultado final pela procedência ou improcedência dos pedidos das partes. Ao tentar enunciar sinteticamente o pensamento vencedor, havia menção à linha de precedentes da Corte e se denotava preocupação, meramente argumentativa ou não, com a projeção paradigmática que a decisão passaria a ter.

É certo, por outro lado, que haverá sempre a possibilidade de a burocracia judicial adaptar as mudanças legislativas à sua forma tradicional de julgar. Os votos, como mencionado, continuam extensos e seguem representando, em larga medida, meros monólogos. Do que se pôde perceber, a mudança está no fato de que a redação da tese instaura uma nova fase no interior do processo de decisão da Corte: formada a maioria (por

---

[728] RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV, 2013, p. 79.

[729] O inteiro teor dos julgamentos na ADPF nº 347/DF e no RE nº 580.252/MS ultrapassam 200 laudas cada um. Na média, o inteiro teor dos casos aqui examinados representa cerca de 130 páginas.

agregação de opiniões), passa-se à elaboração da tese comum, abrindo-se espaço para um diálogo mais explícito entre os ministros.

A postura institucional do Ministério Público também provoca alguma surpresa. Ele é o órgão titular da ação penal e tem recentemente se posicionado institucionalmente no sentido de expansão do poder punitivo. Seria possível esperar, portanto, que, nos casos emblemáticos aqui examinados, ele se posicionasse de modo contrário aos interesses daqueles que pretendiam de alguma forma a contenção do poder de punir. Entretanto, em 4 dos 8 casos, a Procuradoria Geral da República, no exercício da função de fiscal da lei, manifestou-se favoravelmente a esses interesses. No julgamento da ADPF nº 347/DF, embora o MP tenha sido contrário às medidas cautelares requeridas, afirmou que reconhecia o estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário nacional.

Dessa observação, é possível inferir que não há uma postura uniforme na instituição no sentido contrário aos interesses das pessoas presas. Em relação aos temas, a PGR foi favorável, por exemplo, à reparação civil no caso de morte ocorrida em estabelecimento penal, mas ofertou parecer contrário quando se pretendia a reparação civil pelos danos morais sofridos em decorrência das péssimas condições dos presídios. Da mesma forma, o representante do MPF foi favorável ao reconhecimento da não hediondez do tráfico privilegiado, que permitiria a soltura de um número significativo de mulheres presas nessa condição, mas um outro representante da PGR foi contrário no caso do *habeas corpus* coletivo impetrado no interesse das mulheres gestantes ou mães reclusas.

A diversidade de posicionamentos do Ministério Público revela que, apesar de suas funções institucionais, ele é também um espaço em que se pode observar a correlação de forças e uma disputa em termos de política criminal, destacando-se, pela autonomia funcional que dispõem os seus membros, posicionamentos mais pessoais que institucionais. Nas entrevistas, não houve, entretanto, menção a uma ação específica e estratégica por parte das entidades no sentido de buscarem o convencimento também do MP, isto é, de intervirem nessa correlação de forças nesse órgão do sistema de justiça.

Não foi observado, entre os casos mencionados, um litígio de caso-teste ou um litígio estratégico propriamente dito, sendo o mais próximo dessa noção o *habeas corpus* coletivo, que, contudo, foi iniciado logo no Supremo Tribunal Federal. No processo penal, é difícil

[730] *Idem*, p. 82.

mesmo imaginar situações que permitam a "escolha do melhor caso". Quem inicia o processo é frequentemente o Ministério Público e a defesa do acusado utilizará em regra todos os mecanismos processuais à sua disposição para evitar a punição dele ou para reduzir-lhe a pena aplicada. Chegariam, assim, aos tribunais superiores casos "bons" e casos "ruins". A liberdade de "escolha" é aqui reduzida especialmente por questões éticas (deixar de patrocinar a defesa de um cidadão porque o caso não é considerado estrategicamente bom é atitude de duvidosa ética profissional, para dizer o mínimo).

O HC nº 118.533 pode ser mencionado como um exemplo negativo de um caso em que justamente não houve a escolha estratégica do "caso-paradigma" e que foi considerado expressamente pelos ministros como um "caso ruim" para o debate da tese jurídica que estava em jogo. Esse mesmo caso, entretanto, serve para exemplificar como intervenção estratégica na qualidade de *amicus curiae* pode provocar algum impacto na decisão final, mesmo que seja apenas o de auxiliar a prevalecer a linha argumentativa de uma das correntes de pensamento já existentes no tribunal. Foi nele que se observou de forma mais explícita o diálogo nos votos com a manifestação do *amicus curiae*.

A questão do tempo do litígio também chamou a atenção. A média de duração dos casos foi de 8 anos. Constata-se dois extremos: o caso do *habeas corpus* coletivo que durou menos de 1 ano e o do RE nº 841.526/RS que tramitou por 17 anos, se considerado o início do processo originário e a data da publicação da decisão examinada no STF. Por outro lado, é possível perceber que as sessões de julgamento ocorreram entre agosto de 2015 e o primeiro semestre de 2018. A maior parte deles (6 dos 8 casos examinados) ocorreram durante o mandato do ministro Ricardo Lewandowski na Presidência do Supremo Tribunal Federal. Não é à toa que os próprios ministros se referiam à "agenda do sistema penitenciário" do STF. Nesse período, a Corte decidiu assumir efetivamente o protagonismo na política penitenciária e concentrou em curto espaço de tempo o julgamento de casos emblemáticos sobre o tema, que contava com a simpatia do Presidente da casa, que, aliás, exerce forte controle sobre a pauta de julgamentos do plenário. A questão é saber: até quando?

7.3.3 Entre perdas e ganhos, uma avaliação possível dos resultados obtidos

No que se refere aos resultados do litígio nesses casos emblemáticos, estabelecemos anteriormente três parâmetros: jurídicos, políticos e sociais. Dados os limites desta pesquisa, é impossível aprofundarmos o exame dos impactos de cada uma das decisões de acordo com esses três critérios. Apresentaremos aqui apenas primeiras observações, de caráter mais geral, sobre o conjunto dos casos emblemáticos analisados.

Quanto aos aspectos jurídicos, vimos no segundo capítulo, que a primeira classificação adotada subdivide os êxitos judiciais em vitórias formais, vitórias substanciais e vitórias de câmbio legislativo.

Todas as decisões aqui examinadas foram tomadas em casos considerados emblemáticos, entre outras razões, justamente por representarem algum nível de vitória substancial, isto é, que ultrapasse as questões apenas formais ou meramente processuais. Na ampla maioria dos casos as vitórias jurídicas já foram adotadas em juízos de cognição exauriente, em casos nos quais houve ampla instrução probatória e oportunidades concretas de manifestação prévia das partes interessadas. No âmbito doméstico, a decisão da ADPF nº 347 foi a única adotada apenas em regime cautelar. Ainda assim, ela provocou dois impactos que podem ser avaliados positivamente: a aceleração da adoção das audiências de custódia e a liberação de verbas vinculadas ao Fundo Penitenciário Nacional[731].

Por consistirem em vitórias substanciais, todos os casos aqui examinados representaram também a superação de eventuais obstáculos processuais e político institucionais que poderiam ser opostos à chamada judicialização da política. Uma vitória formal cuja relevância não pode ser menosprezada foi o reconhecimento da admissibilidade do *habeas corpus* coletivo (HC nº 143.641/SP) como meio processual também apropriado para atacar violações sistemáticas e coletivas a direitos fundamentais de pessoas presas, especialmente se considerarmos a elevada relutância em sua aceitação.

Um exemplo da repercussão processual positiva dessa vitória formal pode ser inferido da mudança de posição do ministro Edson Fachin na apreciação do *habeas corpus* coletivo nº 143.988, por meio do qual a Defensoria Pública do estado do Espírito Santo pleiteava a ordem para reduzir a superlotação da Casa de Custódia Uninorte, em Linhares, na qual se encontravam 201 adolescentes internados, apesar de o estabelecimento ter apenas capacidade 100 pessoas. Após a decisão da 2ª Turma do STF no *habeas corpus* coletivo nº 143.641/SP,

examinado em tópico anterior, o ministro relator reviu a decisão que inadmitia o HC coletivo e, conhecendo do mérito da impetração, determinou que naquela unidade só se poderia admitir uma taxa de ocupação de no máximo 119%.

Se analisarmos de forma conjunta as decisões conforme a sua abrangência e o seu impacto, teríamos no caso das decisões da Corte Interamericana aqui examinadas, uma abrangência internacional com impactos mais localizados. De fato, as decisões da CtIDH foram todas tomadas com o caráter de medidas provisionais e visavam sobretudo atacar os problemas que atingiam estabelecimentos penais bem determinados. A demonstração de que as condições que reclamavam medidas urgentes haviam cessado (redução das mortes das pessoas sob custódia ou o registro de redução da superpopulação) foi suficiente para a suspensão das medidas inicialmente impostas. Apenas na última resolução conjunta sobre os casos em que as medidas ainda estão pendentes é que a Corte começou a indicar preocupações mais estruturais com o sistema penitenciário brasileiro como um todo.

A vitória jurídica é, contudo, apenas uma das formas de se avaliar o êxito do litígio estratégico. Embora sejam uma etapa importante do litígio, elas não passarão de resultados simbólicos se não forem efetivamente implementadas. É no momento de concretizar as vitórias jurídicas, isto é, de provocar efetivo impacto social que se costumam identificar também os maiores obstáculos.

Resgatamos aqui mais uma vez as entrevistas e a opinião das próprias entidades que praticam o ativismo jurídico. Nesse sentido, a pessoa entrevistada 2 reconheceu o problema da baixa efetividade das decisões favoráveis obtidas no sistema interamericano de direitos humanos, associando-a ainda à resistência do governo brasileiro em implementar tais decisões. Ele/a ressalta uma característica comum dessas dificuldades:

> Primeiro nós tivemos cautelares na comissão que foram descumpridas e a Comissão, devido ao descumprimento, encaminhou para a Corte Interamericana, e o que a gente observa é que o Estado brasileiro segue não implementando as determinações que foram outorgadas. Então em relação às medidas de urgência, a gente vê que é uma importante estratégia de litigância e incidência política, mas ela tem limites (Entrevistado/a 2).

[731] Mesmo esses dois resultados podem ser submetidos a críticas. Em primeiro lugar, a imposição de cima para baixo das audiências de custódia sem

Não é mesmo fácil avaliar os resultados do litígio estratégico. De um lado, será sempre possível buscar identificar nas pequenas vitórias, mesmo nas processuais ou simbólicas, a formação de condições mais favoráveis para mudanças futuras. É verdade que as decisões nos casos emblemáticos aqui examinados produziram precedentes que podem pavimentar o caminho para vitórias judiciais no futuro, satisfazendo, assim, uma das condições que Gerald Rosenberg previa para as mudanças sociais referenciadas pelos tribunais[732].

Nessa mesma direção, o/a Entrevistado/a 7, por exemplo, refletiu que:

> [C]omo é que você mede o sucesso? O que é sucesso? O que é êxito? A gente já quebra essa ideia de êxito ou não êxito. Acho que o êxito ou não êxito para a gente quase não funciona mais...Então ali não é muito uma ciência, vai depender um pouco dessa variação de contexto, do que era possível... A nossa ideia era mexer com essa engrenagem, criar um constrangimento para esse juiz, um constrangimento para o judiciário, levantar um debate. Ou seja, tem outros êxitos, então nem sempre aquela estratégia jurídica colocada, ou nem sempre a decisão final daquela estratégia jurídica é de fato o objetivo final.

É verdade que as decisões acima descritas implicaram mudanças ou reformas pontuais nos estabelecimentos penais a que se referiam ou, ao menos, uma maior circulação de recursos para tanto (com a liberação de verbas do FUNPEN, por exemplo). A audiência de custódia também representa, como dito, uma conquista desse movimento. Ela pode ter contribuído, ao menos, para que o número de presos provisórios no Brasil não fosse ainda maior do que já é. É certo também que algumas pessoas foram efetivamente beneficiadas por essas decisões, seja porque o seu nível de sofrimento foi de algum modo reduzido pelas reformas decorrentes das decisões judiciais obtidas, seja porque foram efetivamente postas em liberdade antecipadamente (em decorrência de uma audiência de custódia antes não prevista; ou porque são mulheres gestantes e foram beneficiadas com a substituição da prisão comum pela prisão domiciliar; ou, ainda, por que tiveram benefícios na execução penal quando o tráfico de drogas privilegiado deixou de ser crime hediondo, por exemplo).

É possível também avaliar positivamente a mobilização em torno dessas demandas, tanto na articulação para apresentação de memoriais como *amicus curiae*, por exemplo, como nas atividades comuns de *advocacy* ou nas estratégias de convencimento da opinião pública. Essas práticas coletivas repercutiram no fortalecimento dos laços políticos entre as diversas entidades da sociedade civil. As demandas têm mantido ativas as redes de movimentos sociais

[732] Confira-se a síntese dessas condições no capítulo segundo, tópico 2.3.3.

examinadas e se tem verificado uma expansão dos Fóruns Populares de Segurança Pública, não havendo ainda sinais de desmobilização dos movimentos de base.

Todavia, essas vitórias, mesmo quando as decisões judiciais são efetivamente implementadas, poderiam ser consideradas, quando muito, impactos sociais mais imediatos. Não demonstraram até aqui capacidade de alterar a estrutura mesma do encarceramento. Apesar da declaração do estado de coisas inconstitucional pelo STF e apesar das diversas condenações do Brasil na CtIDH, o nível de encarceramento no Brasil continua elevado e não há sinais sequer de tendência à redução. Ao contrário, o cenário eleitoral recentemente definido no país indica expansão irrestrita do poder de punir.

Instala-se, assim, mais uma vez, o dilema entre o imediatismo dos reformistas e a descrença (às vezes, indolente) dos críticos. Para ampliar o olhar sobre esse dilema, julgamos necessário inserir ainda no debate as críticas que se formulam de um modo geral à chamada judicialização da política.

7.4 O ATIVISMO JURÍDICO NO FORO É UMA ESPERANÇA VAZIA? Análise das críticas e dos desafios à judicialização da política criminal

Como visto, apesar dos esforços empreendidos por todas as entidades que atuaram nos casos mencionados nos tópicos anteriores, a política do encarceramento em massa parece seguir inabalada. O quadro geral do sistema penitenciário nacional pouco mudou.

Os próprios atores da Rede de Justiça Criminal parecem estar, aliás, conscientes de diversos dos limites do recurso à via institucional do Judiciário para a implementação de mudanças na política criminal. Vejamos.

7.4.1 Os obstáculos operacionais do litígio estratégico segundo os próprios entrevistados

Um dos obstáculos à chamada litigância estratégica mais referidos nas entrevistas diz respeito à questão estrutural. A apresentação de memoriais, o diálogo individualizado com os juízes ou seus assessores e a sustentação oral no dia do julgamento são algumas das atividades que exigem custos elevados. Se isso é uma realidade para a litigância no âmbito nacional, com muito mais razão há de se levar em consideração esse fator para litigância internacional. Nesse sentido, o/a entrevistado/a 2 declarou que:

> A litigância estratégica ainda está um pouco limitada, em termos de instrumento para uma sociedade civil. Por quê? Primeiro que existe uma questão de estrutura. As instituições têm que ter estrutura para lidar com a litigância, que não há de ser uma estrutura pequena, especialmente porque as pessoas são voluntárias, as pessoas que trabalham nos assuntos são voluntárias, então eles têm uma atividade profissional que é extra... Então não é a mesma dedicação, ela não tem como ter a mesma dedicação que elas têm aos próprios escritórios e nas próprias atividades profissionais (Entrevistado/a 2).

Outro problema relacionado a dificuldades estruturais para a manutenção de litígios estratégicos é o tempo de duração de processos que são, por sua própria natureza, mais complexos. O tempo de tramitação dos casos, que podem chegar a 15 anos ou mais, associado aos limites da própria infraestrutura judiciária do sistema interamericano para processá-los, foi também destacado pelo/a entrevistado/a 2:

> O desafio que se coloca é, primeiro, a incapacidade desses sistemas de absorver todas as demandas... Hoje, da propositura de um caso na Comissão Interamericana até um julgamento na corte é possível que seja quinze anos de tramitação. Existe uma incapacidade do sistema de absorver o conjunto de violações de direitos humanos denunciados pelas pessoas dos membros da organização. E do outro lado, uma vez conseguida, obtida essa decisão, também a dificuldade de que ela seja cumprida pelo Estado brasileiro (Entrevistado/a 2).

Além disso, quando a litigância estratégica se reduz a intervenções como *amicus curiae*, pode-se notar "pouca efetividade da atuação" e uma "diluição de argumentos"[733], especialmente quando se percebe uma atuação descoordenada entre os intervenientes, cada um emitindo notas e manifestações com diversas laudas.

Há que se destacar, ainda, que os instrumentos coletivos e de controle concentrado de constitucionalidade têm um rol restrito de legitimados[734]. Essa questão, aliás, foi objeto de discussão no HC nº 143.641/SP, tendo a Turma Julgadora do Supremo Tribunal Federal restringido a legitimidade para impetração de *habeas corpus* coletivo ao mesmo rol de legitimados do mandado de injunção, reconhecendo que a legitimidade, no caso, seria apenas da Defensoria Pública da União.

---

[733] As duas expressões foram utilizadas pela pessoa entrevistada 4.

[734] Essa também foi uma questão destacada pelo/a entrevistado/a 4: "uma das principais dificuldades... é o fato de que as entidades civis não têm representatividade para propor ações diretas de controle concentrado de constitucionalidade".

Além disso, é preciso ter em mente a questão da representatividade. As entidades que patrocinam o litígio estratégico nas Cortes, embora celebrem parcerias locais, são integradas, em sua maioria, por pessoas que não pertencem necessariamente ao que, na linguagem dos movimentos sociais, costuma-se chamar de "movimento de base". A entrevistada 5, por exemplo, comparando a articulação entre a Agenda Nacional e a Rede de Justiça Criminal afirmou que: "a gente vê esse diferencial na Agenda, ao contrário da Rede, a Rede tem uma atuação voltada para essa via institucional e a Agenda ela consegue movimentar grupos de base". Esse distanciamento pode criar, como vistos, intelegibilidade e demandar um maior cuidado no diálogo entre os interessados.

Embora não tenha havido explicitação autocrítica mais profunda da questão da representatividade, não se pode deixar de observar que uma das principais críticas que se dirigem às ONGs, em especial, àquelas com natureza internacional, é a baixa diversidade de seus quadros, o distanciamento em relação a realidades das comunidades assistidas e o caráter salvacionista muitas vezes presentes no discurso e nas práticas de seus atores. Sua entrada no território exige humildade e abertura para que sua ajuda possa, inclusive, ser rejeitada. Não devem adotar a postura de *intelectuais de vanguarda*, que se colocam à frente dos grupos sociais vulnerabilizados e pretendem saber e dizer o que é melhor para estes. O caráter seletivo e elitizado dos cursos jurídicos acaba reproduzindo o perfil de privilegiados também nas organizações que se propõem ao enfrentamento das injustiças sociais.

7.4.2 Para além dos obstáculos, críticas à judicialização da política criminal

Não deixa de ser paradoxal que, apesar das críticas dirigidas pelas organizações sociais entrevistadas à forma como o poder jurisdicional é exercido, insistam algumas delas em mobilizá-lo para tentar lograr as transformações sociais que almejam ou ao menos provocar o início das discussões no sentido dessas mudanças.

Uma das críticas frequentemente apresentadas ao Poder Judiciário nacional é justamente o seu déficit de legitimidade democrática. Os juízes brasileiros não são eleitos diretamente pelo povo e mesmo os ministros da Suprema Corte são indicados pelo Chefe do Poder Executivo em procedimento pouco transparente e submetidos a uma sabatina, mais cerimonial que efetiva, por parlamentares. Além disso, como vimos, juízes são ordinariamente

oriundos e representativos de um grupo social bem determinado: são, em sua maioria, homens, brancos, filhos de famílias pertencentes aos estamentos mais elevados da sociedade.

Não é estranho, pois, que as posições dos tribunais brasileiros sejam avaliadas como predominantemente conservadoras. Mesmo os casos considerados como exemplares de decisões progressistas representam não raras vezes posições intermediárias, transformações cautelosas e avanços bastante limitados. Na decisão sobre a possibilidade do aborto de anencéfalos, para ficarmos apenas com um exemplo, não foi propriamente a posição que defende a autonomia da mulher sobre seu corpo a que venceu. No lugar de aborto, falou-se em antecipação do parto e discutiu-se se os fetos anencéfalos tinham ou não vida. O aborto continuou sendo um tabu.

De modo semelhante, a mesma Corte que adotou posições consideradas favoráveis à agenda pelo desencarceramento, como as relacionadas com a audiência de custódia e à substituição da prisão preventiva para mulheres gestantes, reviu seu entendimento recentemente quanto à possibilidade de execução provisória da pena. Além disso, com uma postura que Boaventura de Sousa Santos qualificou como de *lawfare*, com vimos no primeiro capítulo, o STF tem convalidado violações recorrentes às garantias penais fundamentais, sob o pretexto de viabilizar um midiatizado e enviesado "combate à corrupção". Do mesmo modo, o debate sobre a descriminalização das drogas está sendo limitado à legalização da posse para uso pessoal de pequena quantidade de maconha, permanecendo rigidamente criminalizado o seu comércio e mantidas as restrições criminais para o uso de outras drogas. As "vitórias", portanto, são, geralmente, quantitativamente reduzidas e qualitativamente pequenas ou meramente simbólicas.

Diante desse cenário, é pertinente retomar a visão crítica de Gerald Rosenberg ao uso desse tipo de litígio para alcançar transformações sociais. Examinando a realidade de decisões tidas como representativas de avanços liberais na Suprema Corte dos EUA, ele questiona se elas não se constituem apenas em "esperanças vazias"[735]. Na opinião do autor, haveria uma sobrevalorização do papel do Judiciário nas transformações sociais, o que poderia ser decorrência de uma intencionalidade corporativa de reforço da importância dessa instituição no cenário político, estimulada também nas faculdades de direito, ante a repercussão positiva nas demais carreiras jurídicas, elevando, assim, a importância do campo jurídico como um

todo. Rosenberg considera que, quando muito, os tribunais se assemelham ao representante do poder público que se limita a "cortar a fita" da mudança social, não tendo participado efetivamente da construção desse novo projeto[736].

Rosenberg destaca, ainda, que o Judiciário não dispõe de poderes semelhantes ao do Executivo, por exemplo, para a implementação de suas decisões, especialmente quando relacionadas com políticas públicas. Juízes não têm controle efetivo sobre o orçamento. Os magistrados têm também dificuldades para o monitoramento da implementação de suas decisões. Desconhecem, de um modo geral, as engrenagens burocráticas e operacionais do funcionamento do aparelho estatal e têm pouca familiaridade com a gestão pública[737]. As obrigações de fazer e os prazos fixados para as mudanças previstas nas decisões de alto impacto não raras vezes afastam-se, de fato, demasiadamente das condições reais de execução. Além disso, não se deve olvidar que a concretização das decisões tomadas nas altas instâncias do Poder Judiciário depende fundamentalmente de suporte político interno e externo. Sem esse suporte, a hostilidade de juízes de instâncias inferiores ou de grupos de pressão pode minar a execução das decisões. Por fim, como vimos, a mobilização das Cortes demanda recursos financeiros, políticos e intelectuais elevados e, mesmo quando é exitosa, costuma apresentar resultados pouco significativos, constituindo-se com frequência em vitórias apenas simbólicas ou meramente declaratórias. A estratégia de litigância judicial envolveria, assim, altos custos e poucos benefícios[738].

Pesariam contra essa estratégia também os efeitos negativos que ela pode ocasionar. As pequenas vitórias poderiam induzir a uma ilusão de mudança. Seduzidos pelas promessas de transformações sem sofrimento, integrantes dos grupos de pressão poderiam adotar posturas mais passivas, delegando as atividades do grupo aos representantes legais na esfera judicial. A litigância judicial poderia ter, assim, um efeito de desmobilização política, ao relegar outras opções de resistência, como as marchas nas ruas, os protestos e as demonstrações públicas em defesa dos interesses do grupo, para um segundo plano. A esse

---

[735] ROSENBERG, Gerald N. **The hollow hope:** can Courts bring about change?. Chicago: The University of Chicago Press, 1991.

[736] ROSENBERG, Gerald N. **The hollow hope:** can Courts bring about change?. Chicago: The University of Chicago Press, 1991, p. 338. Nas palavras categóricas do autor, em tradução livre: "os tribunais dos Estados Unidos quase nunca podem ser produtores efetivos da reformas sociais significantes". *Ibibidem.*

[737] ROSENBERG, Gerald N. **The hollow hope:** can Courts bring about change?. Chicago: The University of Chicago Press, 1991, p. 336.

[738] *Idem,* p. 338-340.

efeito desmobilizador do lado dos demandantes se poderia associar, por outro lado, a possibilidade de a demanda judicial aglutinar no outro pólo do processo os opositores, servindo para estes como motivo para reforço de seus laços políticos e sociais[739].

As críticas de Rosenberg são em larga medida aplicáveis também à realidade latino-americana. Por aqui, corre-se mesmo o risco de o ativismo judicial pode conduzir a uma "ditadura dos juízes" ou a uma *juristocracia*. Como alerta Lucas Arrimada, "*un poder judicial endogámico, repleto de castas familiares y fidelidades políticas, siempre tendrá dificultades para conferir confianza a sus decisiones*"[740]. Para este autor, o Poder Judiciário não pode ser confundido jamais com o valor democrático que deveria perseguir: a justiça. Na sua visão, historicamente, o Poder Judiciário tem sido representante dos interesses oligárquicos e dominantes[741]. As decisões contrárias a tais interesses são pontuais e excepcionais e funcionam mais como legitimação discursiva de suposta isenção do que representação efetiva daquele valor. O autor indica ainda uma série de características do Poder Judiciário argentino, que podem ser estendidas ao caso brasileiro: ideologia negada; delegações impróprias; corporativismo; classismo; sexismo judicial; endogamia judicial; privilégios impositivos; debilidade judicial[742].

No Brasil, Ivar Hartmann, com base em dados obtidos pelo projeto "Supremo em Números" da Fundação Getúlio Vargas, apresentou ao menos quatro razões para desacreditar a possibilidade de a Suprema Corte assumir a posição de representação da vontade popular com decisões de qualidade. A primeira refere-se ao *timing* das decisões. Segundo o III Relatório do projeto "Supremo em Números", no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade, o tempo entre o oferecimento da demanda e a resposta é de 5,32 anos, o que supera o período de 4 anos de mandato de alguns daqueles que constitucionalmente

---

[739] *Idem*, p, 341.

[740] ARRIMADA, Lucas. Estrategias judiciales del republicanismo antidemocrático. **Revista Crisis,** 18 out. 2015, p. 3. Para o autor, "*la democracia es la única vía para profundizar la democracia, para radicalizarla, para sacarla de la inercia y anestesia de las corporaciones que la parasitan. Necesitamos más democracia, no más sentencias que operan como vetos absolutos de un poder no democrático*". *Ibidem.*

[741] Nas palavras do autor: "*El poder judicial es uno de los protagonistas históricos, con escasas y dignas excepciones, del museo de la injusticia, del libro de las complicidades históricas con dictaduras e intereses concentrados, con las peores injusticias de la democracia que tenemos, que defendemos, que ejercemos. Su sensibilidad hacia el capital y establishment es solamente superada por defensa de sus propios intereses y de sus miembros para mantenerse en pié más allá de toda crisis, tormenta política o contexto histórico".* ARRIMADA, Lucas. **Todo lo judicial se disuelve en politica**. Texto disponibilizado pelo autor em aula de Pós-graduação da CLACSO. 2018, p. 6.

[742] ARRIMADA, Lucas. **Todo lo judicial se disuelve en politica**. Texto disponibilizado pelo autor em aula de Pós-graduação da CLACSO. 2018, p. 7.

exercem a função de representação da vontade popular (Deputados Federais e Presidente da República, por exemplo)[743]. Essa questão temporal foi também por nós observadas nos casos emblemáticos aqui examinados.

A segunda refere-se às próprias condições das decisões. De acordo com o mesmo relatório, os autores afirmam que, até 2013, o STF recebia em média 70 mil novos processos por ano. Assim, "o exercício cuidadoso, focado e atento a detalhes jurídicos, políticos e sociais", indispensável para decisões que pretendam superar a falta de votos pela razão, representaria a exceção e não a regra da prática do Tribunal[744]. De fato, no período de 1988 a 2013, foram registrados alguns dias em que os ministros julgaram 2044 agravos de instrumento, como em 1 de agosto de 2001; ou, ainda, dias em que foram julgados 141 *habeas corpus*, como em 16 de dezembro de 1998[745].

O estudo aqui comentado revelou ainda que a regra é que as decisões sejam tomadas monocraticamente. Se consideradas as decisões colegiadas de mérito em conjunto com as liminares, no período de 2003 a 2013, no geral, as primeiras representam apenas 5% do total. Se examinadas apenas as decisões no âmbito do controle concentrado, à exceção dos anos 2006 e 2007, as decisões colegiadas foram sempre menos de 50% do total e, em 2012 e 2013, representavam tão somente 10% do total. Para os autores da pesquisa, "na prática, se reconhecida uma função representativa ao Supremo, ela significaria um conjunto de ditaduras individuais e isoladas"[746].

Por fim, percebeu-se que a enorme quantidade de processos submetidos a julgamento no mesmo dia induz à utilização de textos repetitivos em, pelo menos, um terço das decisões. Concluiu-se, desse modo, que, enquanto não reduzido drasticamente o número de processos

---

[743] HARTMANN, Ivar; CHADA, Daniel. **A Razão sem condições de qualidade**. *In:* VILHENA, Oscar (org.). Coletânea de artigos organizada pela FGV Direito São Paulo com trabalhos que discutem o artigo "A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria", de Luis Roberto Barroso. São Paulo: ISSRN, 2015, p. 12-13.

[744] *Idem*, p. 15.

[745] Os autores concluem, desse modo, que "em classes processuais diversas, agindo individualmente ou por via de decisões colegiadas, os ministros do Supremo decidem um número de processos muito maior do que uma atuação representativa de qualidade permitiria". Cf. HARTMANN, Ivar; CHADA, Daniel. **A Razão sem condições de qualidade**. *In:* VILHENA, Oscar (org.). Coletânea de artigos organizada pela FGV Direito São Paulo com trabalhos que discutem o artigo "A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria", de Luís Roberto Barroso. São Paulo: ISSRN, 2015, p. 19.

[746] HARTMANN, Ivar; CHADA, Daniel. **A Razão sem condições de qualidade**. *In:* VILHENA, Oscar (org.). Coletânea de artigos organizada pela FGV Direito São Paulo com trabalhos que discutem o artigo "A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria", de Luís Roberto Barroso. São Paulo: ISSRN, 2015, p. 20.

que são distribuídos a cada ministro (cerca de 7 mil processos por ano), não haveria condições mínimas de qualidade que permitissem atribuir ao Supremo uma função de representatividade.

Por outro lado, como reconhecido pelos próprios autores da pesquisa, há decisões excepcionais no Supremo que produzem impacto e relevância positiva na proteção de direitos humanos. Essas decisões não são, entretanto, representativas do todo nem da forma como atua regularmente a Suprema Corte. Assim, se o litígio estratégico poderia se beneficiar eventual e pontualmente dessas excepcionais situações, fato é que essa via não pode ser nem a única nem a principal aposta dos que pretendem conter o avanço do projeto de encarceramento em massa. Se o litígio estratégico em temas de direito humanos em geral é problemático, no campo de contenção do poder punitivo ele apresenta algumas particularidades que o tornam um caminho ainda mais arriscado.

No campo penal está em jogo um dos bens jurídicos mais relevantes para a democracia: a liberdade[747]. O sofrimento imposto pela pena e também pelas cerimônias degradantes do processo é uma marca indelével desse campo. Por outro lado, a noção necessariamente estrutural, coletiva, de prazo mais longo, associada ao litígio estratégico pode muitas vezes turvar a visão do sofrimento individual, da necessidade aqui e agora daquele que é (ou corre o risco iminente de ser) castigado. Os dilemas do litígio no processo penal, entre o individual e o coletivo, entre pensar estrategicamente para o futuro e a necessidade de resolver imediatamente um conflito presente, tornam ainda mais dramática a atuação daqueles que interagem no sistema penal com pretensões de sua contenção.

Uma outra forma de observar a questão seria a de pensar que toda a atuação da defesa criminal é, em alguma medida, uma tentativa de limitação do poder punitivo. Na medida em que se assegura (ou que se busca assegurar) uma defesa criminal efetiva, estar-se-ia limitando o exercício desse poder e, por conseguinte, evitando a imposição de sofrimento a um ser humano. Não se ataca, contudo, nessas ações isoladas, o fundamento e a estrutura da máquina formatada justamente para a distribuição (da dor) da pena

---

[747] Citando Francesco Carnelutti e recusando uma teoria geral do processo que permita transplantar categorias do processo civil irrefletidamente para o processo penal, Aury Lopes Jr destaca que: "No processo penal, em (radical) câmbio, do que estamos tratando? Não é do ter, mas sim da liberdade. No lugar da coisa, pensa-se na liberdade, de quem, tendo, está na iminência de perder, ou que já não tendo pode recuperá-la ou perde-la ainda mais. Trata-se de voltar para casa ou ser encarcerado. Como adverte Carnelutti, é com a liberdade que verdadeiramente se joga no processo penal". LOPES JR. Aury. **Fundamentos do processo penal:** introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 73.

Esses dilemas e peculiaridades do processo penal impõem, por exemplo, enormes dificuldades para a escolha de um caso-teste ou paradigmático. A só ideia de tratar um processo em que está em jogo a liberdade de um ser humano como um "caso-teste" já provoca constrangimentos éticos inolvidáveis. Além disso, especialmente nos casos em que o réu está preso e, portanto, em condições de extrema vulnerabilidade para a tomada de decisões sobre o seu futuro, suscetível a ceder a qualquer proposta que prometa alguma melhoria na sua situação, a aceitação em participar da empreitada estratégica, por mais informada que esteja, deve ser tratada com cuidado redobrado.

A visibilidade do caso é outro problema. De um modo geral, uma das estratégias associadas a essa forma de litígio é conferir visibilidade para casos de violações que costumam ser ignorados do grande público. Essa exposição, entretanto, nas hipóteses em que as vítimas das violações são réus em processos penais ou pessoas presas, pode reforçar a estigmatização, vinculando sua imagem à conduta criminosa que lhe é atribuída, dificultando ainda mais o reconhecimento de seus direitos.

Enfrentar esses dilemas em cada caso e mesmo considera-los para uma utilização bastante desconfiada dessa ferramenta seria, em nossa perspectiva, condição para prosseguir no debate.

O direito (penal, em especial) e as agências do poder punitivo cumprem com maior desenvoltura o papel de mecanismos de conservação do *status quo.* Constituem-se, pois, como regra, em obstáculos às transformações sociais e não em seus indutores. As Cortes superiores e os tribunais internacionais de direitos humanos, dada a forma de suas respectivas composições, assumem discursos ambíguos e estão mais suscetíveis às pressões da opinião pública(da).

A pergunta que devemos fazer em relação ao litígio estratégico em matéria penal não é, portanto, se os tribunais podem ou não ser emancipatórios. Como visto, em regra, eles não o serão ou ao menos não provocarão mudanças estruturais no funcionamento do próprio sistema de justiça criminal que integram. A questão, por conseguinte, há de ser distinta: considerando que a intervenção judicial na política criminal é uma realidade, como oferecer maior resistência para a implementação de decisões que ampliem a punitividade e, de outro lado, como se beneficiar das oportunidades excepcionais de contenção ou de redução dos danos provocados pela política criminal de encarceramento em massa?

7.4.3 Entre a redução de danos do tempo presente e a liberdade coletiva do longo prazo: os dilemas da resistência jurídica possível deste lado da margem

"Por uma vida sem grades; por grades menos desumanas". Esse é, como já mencionado, um dos lemas da Agenda Nacional pelo Desencarceramento. Ele expressa o dilema que se coloca, nos planos prático e teórico, aos grupos que tentam resistir à política de encarceramento em massa. A primeira parte do lema traduz o desejo de uma mudança social profunda, isto é, de uma sociedade sem prisões na qual a liberdade é um valor de que todos os cidadãos poderiam igual e plenamente desfrutar. Se fosse apenas essa a mudança social pretendida, então, como vimos, as estratégias de litigância judicial seriam capazes de conduzir o movimento a algum resultado significativo. Neste ponto, concordamos em larga medida com as observações mais pessimistas de Gerald Rosenberg.

No entanto, o lema revela em sua segunda parte a necessidade de se preocupar também, de forma mais imediata, com o sofrimento dos que cumprem pena agora em situações desumanas e degradantes. A análise dos casos emblemáticos revelou que, embora não sejam pequenos os obstáculos impostos mesmo à implementação de decisões de menor alcance, é possível obter reformas pontuais e lograr com as mudanças de interpretação ou de aplicação do direito penal e processual penal a soltura de uma coletividade de indivíduos[748]. No contexto atual, em que a tendência revelada pelos programas de governos aprovados no recente processo eleitoral indica um ainda maior recrudescimento das políticas criminais, a questão está em como garantir que as limitações, mesmo reduzidas, ao poder de punir sejam mantidas ou ampliadas.

O próprio Rosenberg admite que as estratégias de litigância judicial podem provocar pequenas vitórias. As críticas que ele dirige ao uso da via judicial para a obtenção dessas mudanças menores levam em consideração, sobretudo, a realidade norteamericana, mas não devem ser ignoradas também por aqui. Elas devem ser enfrentadas como desafios constituídos para quem escolhe essa via institucional. Tais desafios são, pelo menos, como vimos, de três ordens: custos financeiros, riscos de desmobilização (de menosprezo de outros meios de

[748] A estimativa no HC nº 143.641/SP era de que mais de 4.000 mulheres fossem beneficiadas com a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar. Só em São Paulo, mais de mil mulheres deixaram efetivamente a prisão, conforme informação disponível em: https://ponte.org/mais-de-mil-maes-encarceradas-foram-para-a-casa-beneficiadas-por-decisao-do-stf/. Acesso em: 1º out. 2018.

alcançar mudanças sociais) e riscos de fortalecimento de um mecanismo menos democrático de solução de conflitos políticos.

Os custos financeiros de manutenção de um litígio judicial, que por sua complexidade pode demorar anos, não podem ser mesmo desprezados. Essa é uma das razões pelas quais os grupos entrevistados têm optado prioritariamente pela intervenção estratégica como *amicus curiae* em casos conduzidos por outras partes ou no ajuizamento de ações em cooperação com outras entidades, compartilhando e reduzindo, assim, custos financeiros.

Além disso, há no Brasil ao menos duas instituições de advocacia de interesse público (a Defensoria Pública e o Ministério Público) que podem servir como instrumento para o ajuizamento de algumas dessas ações, evitando, desse modo, o dispêndio imediato de recursos para as organizações da sociedade civil. O desafio, nesses casos, é o de convencimento dessas instituições públicas acerca da importância, da viabilidade jurídica e da necessidade das demandas. Associa-se a esse desafio a concorrência com o corporativismo e com encastelamento dessas instituições. A disputa passa, nessa via, a incluir também a democratização dos demais órgãos de justiça, a fim de que se tornem mais sensíveis às causas e às estratégias defendidas.

Os riscos de desmobilização, ao menos até aqui, não são facilmente percebidos. Têm crescido as redes de articulação em torno do desencarceramento. Além disso, o emprego de estratégias integradas, que envolve pesquisas, campanhas publicitárias, *advocacy*, debates em rede e também a via judicial parecem minimizar até aqui o risco de desmobilização. As entidades estão, ao menos nesse momento, em um processo de mobilização em torno de Fóruns Populares de Segurança Pública, de que são exemplos os recém lançados nos estados do Rio de Janeiro, Pernambuco e Ceará. Não se pode descartar, contudo, a hipótese de que o depósito da confiança e das expectativas de mudança dos movimentos antiprisionais na via judicial acabe provocando, em um futuro próximo, esse efeito desmobilizador.

Umas das formas de evitar esse efeito desmobilizador é a adoção da revisitada postura abolicionista. Como destaca Thomas Mathiesen, o projeto abolicionista é um programa sempre inacabado, que exige uma postura de disputa constante da redução do aparelho

prisional e, mesmo após a conquistas das vitórias parciais, a continuidade da mobilização para mantê-las[749].

Por último, o risco de fomento de uma juristocracia é real e não pode ser desconsiderado. Depositar no Judiciário as expectativas de mudança social e demandar dele a intervenção em conflitos políticos implica mesmo conferir a uma instância com baixa representatividade popular e com perfil historicamente conservador um papel de protagonismo que em democracias de mais alta intensidade seria próprio dos representantes eleitos pelo voto direto do povo e a quem incumbe a regulamentação originária da vida em sociedade.

Não se pode perder de vista que já se demonstrou que o Judiciário é também suscetível a pressões midiáticas e que tem severas limitações a adotar decisões que não encontrem um mínimo suporte político na opinião pública ou nas outras esferas de poder. Há ambiguidades no discurso e na prática político criminal do STF e investir esforços na via judicial para as mudanças sociais desejadas coloca mesmo uma situação problemática, especialmente se considerarmos o perfil pouco democrático do sistema de justiça brasileiro

Por outro lado, a partir das entrevistas, foi possível perceber que a conjuntura atual no Brasil é de bloqueio institucional (ou ao menos de obstáculos mais elevados) tanto no Executivo como no Legislativo para pautas desencarceradoras. O Supremo Tribunal Federal, em um determinado contexto, assumiu discursivamente uma pauta que identifica a crise do sistema penitenciário e expressamente admite o encarceramento em massa como um problema. A questão é saber até que ponto a assunção desse discurso não representa apenas

---

[749] Cf.: MATHIESEN, Thomas. **The politics of abolition revisited.** New York: Routledge, 2015, p. 47. Em sentido semelhante, o ultimo relatório da Pastoral Carcerária conclui que: "enquanto a gramática das políticas públlilcas, das formas normativas e técnicas, é parte da estratégia de racionalização das prisões e das polícias, a gramática dos movimentos abolicionistas, embora medie a reivindicação de melhorias imediatas invariavelmente condificadas em termos burocráticos ("reformas não-reformistas", diz Ângela Davis), está em contradição com tal estratégia. Da perspectiva abolicionista, a pena de prisão e todos os aparelhos militares-securitários são desnaturalizados e o poder estatal é historicizado como estrutura de dominação capitalista que só pode ser superada pela libertação das relações sociais que ela incorpora e fetichiza". PASTORAL CARCERÀRIA. **Luta antiprisional no mundo contemporâneo:** um estudo sobre experiências de redução da população carcerária em outras nações. Disponível em: http://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2018/09/relatorio_luta_antiprisional.pdf. Acesso em: 31 out. 2018. p 70. Essa é a posição também de Taiguara de Souza. Para ele, "pode-se considerar a luta pela contenção do poder punitivo como inserida em um conjunto de ações no plano micro, nestas disputas criminológico-críticas de trincheira, que encontra o minimalismo como tática e o abolicionismo como estratégia, como horizonte pela superação do sistema penal, e das agruras da segregação prisional". Cf.: SOUZA, Taiguara Líbano Soares. **A era do grande encarceramento:** tortura e superlotação prisional no Rio de Janeiro. Tese de doutorado. Rio de Janeiro: PUC, 2015, p. 327.

uma tentativa isolada (e mais declaratória que efetiva) de demonstração de um cuidado com os problemas sociais do país no intuito de angariar alguma legitimidade perante a opinião pública (nacional e internacional), sem compromisso efetivo com a implementação das decisões que impliquem mudanças mais estruturais.

Será preciso verificar também qual o grau de resistência e de autonomia que o STF apresentará em um eventual governo que implemente uma política criminal assumidamente expansionista pouco (ou nada) sensível aos problemas do sistema prisional. Essas questões, contudo, só podem ser respondidas com o acompanhamento da postura da Corte nos próximos anos.

As experiências nacionais durante regimes autocráticos são de uma contenção da Corte, seja por imposições de reengenharia institucional, seja por posturas subservientes de alguns de seus membros. Durante da ditadura militar no Brasil, o STF manteve-se (ou foi mantido) afastado dos conflitos políticos mais substanciais[750]. Um dos instrumentos que permitia à Corte contrariar atos das forças estatais era justamente o *habeas corpus*[751]. A cassação dessa garantia fundamental por meio do Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968, que consolidou o golpe militar no país, revela que se tratava mesmo de um instrumento processual que poderia provocar constrangimentos ao poder instituído.

O diálogo entre o realismo marginal de Zaffaroni e a visão um pouco menos pessimista de Boaventura de Sousa Santos quanto à capacidade de instrumentos jurídicos serem utilizados de forma contra-hegemônica podem contribuir para a reflexão sobre o dilema no contexto brasileiro.

Para Zaffaroni, com vimos, a pena (e o sistema de justiça criminal) são um fato social, uma realidade. Diante dela, nos limites bastante estreitos do que o jurídico pode fornecer à sociedade, seria necessário, especialmente em nosso lado da margem, fortalecer mecanismos de máxima contenção do aparelho punitivo do Estado. Nesse sentido, reforçar interpretações do direito penal e do processo penal que impliquem em descriminalizações, em ampliações de

---

[750] Confira-se, nesse sentido, a narrativa Felipe Recondo: "A relação do Supremo com o golpe mudou com o tempo. Não a ponto de o tribunal fazer oposição ao governo [...] tampouco os ministros chegaram a derrubar decisões fundamentais do Executivo, como os próprios atos institucionais, paralelos à Constituição, ou decisões embasadas na legislação de exceção. Ribeiro da Costa apoiou o golpe e, como presidente da Corte, legitimou-o. O restante dos ministros não se manifestou publicamente em abril de 1964, nem a favor, nem contra". Cf: RECONDO, Felipe. **Tanques e togas:** o STF e a ditadura militar. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 43.

[751] Veja-se, por exemplo, o relato do embate institucional em torno da concessão do habeas corpus em favor de Miguel Arraes, então governador cassado de Pernambuco, RECONDO, Felipe. **Tanques e togas:** o STF e a ditadura militar. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 35-41.

garantias ou em intervenção mínima do estado penal seria uma das posturas esperadas de juristas alinhados com o realismo marginal, cientes de sua incapacidade de por si implementarem modelos futuros de sociedade.

Para Boaventura de Sousa Santos, ainda que as possibilidades emancipatórias do direito sejam quase nulas diante do aprofundamento do projeto neoliberal de sociedade, que instrumentaliza instituições jurídicas em um regime de *lawfare* com impactos políticos contrários à ampliação de direitos humanos, a forma viável de opor resistência nesse campo seria a aproximação com as condições para o exercício da legalidade por ele denominada de cosmopolita.

Nesse contexto, o ativismo jurídico, especialmente em matéria penal, não pode ser empreendido sem levar em consideração todas as estruturas de dominação que estão associadas ao funcionamento do sistema de justiça criminal. Classe, raça e gênero, como visto, são critérios de exclusão que se encontram na base da seletividade punitiva do sistema carcerário e, particularmente, da política criminal excludente de encarceramento atroz em massa levada a efeito no Brasil. A mobilização dos tribunais nesse tema, para oferecer alguma resistência ainda que mínima, há de considerar a interseccionalidade entre aqueles três dispositivos de exclusão.

O desafio da chamada legalidade cosmopolita é ser transescalar. Aqui as escalas são relevantes, mas devem ser ponderadas também com diversos outros aspectos como custos financeiros associados à mobilização do sistema internacional, dificuldades internas de implementação das decisões, tempo de duração do processo, entre outros.

Não se pode, ademais, perder a dimensão política do jurídico. Mesmo que se escolha a via judicial para a apresentação das demandas políticas, há de se ter consciência da ambiguidade identificada na atuação dos tribunais. A mesma Corte que se apresenta como espaço de disputa para as reformas prisionais é a que atropela a garantia constitucional da presunção de inocência, admitindo a execução provisória da pena antes de esgotadas as possibilidades recursais.

Em um contexto monocultural de encarceramento atroz em massa, garantir a sobrevivência dos excluídos radicais é condição essencial para poder pensar em outros avanços. Os impactos produzidos pelo ativismo jurídico em matéria prisional têm sido mesmo limitados, mas, ainda assim, podem servir como táticas de curto prazo, auxiliares dos

movimentos políticos mais amplos e do confronto nas esferas mais legítimas de representação da vontade popular.

O litígio estratégico é apenas mais um instrumento de redução dos danos provocados pelo encarceramento atroz em massa. Assegurar, agora, condições mínimas para os que sobrevivem atrás das grades revela-se não só uma estratégia legítima como eticamente necessária. De nada servirá, contudo, se se esgotar em si mesma. É fundamental, nesse sentido, a manutenção das atividades extra-jurídicas de convencimento da opinião pública, de educação popular, de produção de conhecimento e de empoderamento das comunidades locais diretamente atingidas pela política criminal excludente. A integração da mobilização dos tribunais com outras atividades como o *advocacy* e a produção de conhecimento científico sobre o tema na linha de uma advocacia multidimensional também se revelam necessárias para evitar os riscos de desmobilização que o recurso exclusivo à via institucional pode provocar.

A pessoa entrevistada 6 narrou uma história que descreve bem a função do ativismo jurídico. Referindo-se a um militante histórico dos direitos humanos ela diz que:

> [U]ma vez ele recebeu informação que estava tendo tortura na cadeia de São Paulo e ele foi tentar saber e chegou na porta e foi proibido de entrar, ele ia sair e um funcionário chamou ele e falou "olha a porta dos fundos está aberta" e ele fez a volta do quarteirão entrou na cadeia e ele disse "sempre há uma brecha". E o nosso trabalho é abrir as brechas, é forçar as brechas. Eu acho que é isso que nós temos que fazer no judiciário (Entrevistado/a 6).

Concordamos com a leitura dele/a. É esse mesmo o papel dos serviços legais, que aqui chamamos de ativismo jurídico, em um contexto de encarceramento atroz em massa: forçar todas as fendas (jurídicas e, sobretudo, políticas) possíveis e ampliá-las ao máximo, estendendo as condições de liberdade no tempo presente, se não para lograr superar a monocultura do encarceramento, pelo menos para limitar o quanto possível o sofrimento por ela causado. Em um cenário de bloqueios institucionais, nenhum espaço de disputa pode ser descartado.

8 CONCLUSÕES

Vimos que há no Brasil um fenômeno social que é percebido como encarceramento em massa tanto pelos movimentos sociais, como por atores do sistema de justiça criminal, entre os quais alguns ministros do próprio Supremo Tribunal Federal.

Autores contemporâneos tentaram explicar as causas de desenvolvimento dessa política criminal expansionista, desde uma perspectiva do Norte global. Para Garland, ela é resultado do surgimento de uma cultura do controle; para Wacquant, seria reflexo de uma gestão penal da miséria decorrente de uma política neoliberal; Michele Alexander compreende-a como uma nova política de segregação racial ou uma continuidade da escravidão colonial; na linguagem foucauldiana, ela poderia ser percebida ainda como um dos efeitos de uma (bio)política provocada por uma governamentalidade típica do modelo neoliberal americano.

Essas leituras contribuem para associar o encarceramento em massa à política criminal de guerra às drogas e de tolerância zero. Essa política foi, de fato, disseminada como um modelo de gestão exitoso na área de segurança pública, repercutindo também abaixo da Linha do Equador.

Verificamos que, no Brasil, esse modelo de política criminal foi implantado com algumas peculiaridades. Embora inicialmente associado às políticas estritamente neoliberais, ele permaneceu sendo aplicado mesmo quando a cartilha de redução do Estado de Bem-Estar Social deixou de ser seguida em sua plenitude. Os governos tidos como pós-neoliberais combinaram de forma bastante ambígua políticas assistenciais, como o bolsa família no Brasil, com políticas criminais repressivas e encarceradoras, inclusive no que se refere às drogas.

Por mais questionáveis que sejam os dados fornecidos oficialmente, não é possível negar que houve um aumento exponencial do número de pessoas presas e que esse aumento está direcionado para um grupo social bem delimitado: jovens negros e pobres. A implementação dessa política criminal apresenta mesmo sinais de continuidade das políticas racistas de segregação.

No Brasil, essa política criminal genocida está estruturada na questão racial, que alimenta práticas institucionais relativamente autônomas. Esse racismo combinado com outras estruturas de dominação, como o capitalismo e o patriarcado, produziu historicamente o que

Boaventura de Sousa Santos tem chamado de linha abissal. Essa linha separa os cidadãos dos não-cidadãos; os incluídos dos excluídos; os que são iguais daqueles que são apenas os outros; os que existem dos que têm sua existência negada. Essa exclusão radical coloca os que estão do outro lado da margem em uma zona (colonial) de não-ser, onde não prevalecem os direitos previstos na Constituição, onde os vetores são o da violência e o da apropriação.

É a existência dessa linha de desigualdade que permite que os do lado de lá sejam continuadamente segregados ou mortos sem que haja uma reação efetiva por parte de instituições oficiais que deveriam assegurar o respeito aos direitos humanos. Os marginalizados não são considerados sujeitos de direito. São coisificados, tratados como ameaça aos autodeclarados "cidadãos de bem" (ou de bens). Seus corpos podem ser vilipendiados, algemados, arrastados ou arremessados em camburões. Para eles, a pena de prisão não é só uma sanção de privação de liberdade, é, sobretudo, uma mortificação contínua do corpo e da alma. Corpos torturáveis são depositados do lado de lá dos complexos penitenciários.

Agentes das forças de segurança (da polícia ostensiva aos investigadores, e aí incluindo também os agentes penitenciários) reproduzem os vetores da zona colonial e executam sobre os corpos negros uma outra legalidade, um outro sistema penal (o subterrâneo), no qual a violência é o meio naturalizado e banalizado de comunicação. Do momento de entrada, passando pelo da longa manutenção, e mesmo depois da saída da prisão, esse modelo atroz de encarceramento, quando não é convalidado e incentivado pelos demais atores do sistema de justiça criminal, é ao menos tolerado por omissões eloquentes de um racismo institucionalizado.

De um lado, os membros do Ministério Público reconhecem que não exercem adequadamente o controle da atividade policial. De outro, a política de aprisionamento praticada por juízes em todo o país parece estar imune às alterações legislativas e administrativas que se propõem simbolicamente a reduzir o número de prisões provisórias.

Constatamos que nem a edição da Lei nº 12.403/11, que introduziu medidas alternativas à prisão cautelar no processo penal brasileiro, nem a regulamentação e a implementação do projeto das audiências de custódia foram suficientes para implicar em redução significativa no número de presos provisórios. Destacamos, ainda, que os juízes são majoritariamente homens, brancos, oriundos de famílias de classe média, de sorte que, naturalmente, reproduzem em suas decisões os *second codes* compartilhados entre os

membros desse grupo social. São os juízes, ainda, que impõem prisões provisórias como medida de *prima ratio* no acautelamento do processo e que convalidam pedidos de condenação fundados com frequência apenas no depoimento de policiais. São eles também que determinam penas elevadas, reproduzindo o discurso de gravidade abstrata do crime, avaliando as circunstâncias pessoais do apenado segundo os estereótipos dos inimigos da sociedade. O Poder Judiciário cumpre, portanto, papel determinante na continuidade do encarceramento em massa no Brasil, apesar das ambiguidades que podem ser observadas entre os juízes de instâncias inferiores e algumas decisões dos órgãos de cúpula.

A linha abissal aprofunda o distanciamento entre os que têm o poder de distribuir e de impor o sofrimento penal e os que são os seus destinatários. Essa mesma linha impede o reconhecimento dos que são prioritariamente atingidos pelo sistema penal como pessoas humanas. A midiatização da violência urbana alimenta no senso comum, para usar a linguagem de Zaffaroni, uma *pulsão tanática de vingança*, que, quando não é executada diretamente nos linchamentos populares, é incentivada na atuação das forças de segurança.

Perceber essas circunstâncias peculiares da execução da política de encarceramento em massa no Brasil foi essencial para entender os obstáculos que se observam à modificação dessa monocultura de controle social. A cartografia da mobilização dos tribunais por atores da sociedade civil precisava mesmo começar pela compreensão dessa topografia da exclusão, pelo desenho de um cenário em que o uso de termos relacionados à guerra não ocorre apenas em sentido metafórico. Permitiu-nos também compreender que o grau de atrocidade que marca o sistema penal brasileiro torna eticamente inviável pensar apenas em mudanças de longo prazo. O sofrimento é real e urgente.

A crítica e o desnudamento desse estado de coisas não pode conduzir à paralisia ou a uma racionalização indolente. Os dados sobre a superlotação dos estabelecimentos penais e os numerosos estudos sobres as condições da prisão no Brasil revelam que ainda hoje milhares de presos dormirão nos chãos, nas escadas, em ambientes insalubres, submetidos a toda sorte de doenças e vulneráveis a uma série de violências. O dilema entre reformismo e abolicionismo é ainda mais grave em nossa região e induz, de fato, à adoção de táticas de redução de danos no curto prazo, sem perder de vista o projeto de transformação mais radical adiante. Esse dilema está exposto em um dos lemas da Agenda Nacional pelo Desencarceramento: “Por uma sociedade sem grades; por grades mais humanas”.

Verificamos, a propósito, que os grupos que integram a Agenda Nacional Pelo Desencarceramento, considerando o conceito de movimentos sociais que adotamos neste trabalho, se aproximam mais da ideia de *rede de movimentos sociais* do que daquela de movimento social propriamente dito. A horizontalidade na organização, a diversidade de pautas prioritárias e a existência de identidades não diretamente relacionadas à questão do encarceramento são características que nos levam a qualificar o grupo de entidades que compõem a Agenda Nacional no conceito criado por Ilse Scherer-Warren, que aqui compartilhamos.

Essa rede de movimentos sociais, de que a denominada Rede de Justiça Criminal é um exemplo, constituem-se em *zonas de contacto*, permitindo um diálogo entre os grupos diretamente atingidos e aqueles que possuem instrumentos (e alguns privilégios), ainda que reduzidos e limitados, de disputa da política criminal. Executa-se aí, de certo modo, um trabalho de tradução que permite a mobilização estratégica do Direito e de outras formas de ação coletiva no sentido da contenção dos danos provocados pelo encarceramento em massa.

Identificar quem são, o que pensam e como atuam os grupos coletivos que se propõem a utilizar a litigância estratégica no enfrentamento a esse estado de coisas foi também a pretensão desta pesquisa.

De acordo com a cartografia realizada, constatamos que a maior parte dos grupos sociais que compõem a Rede de Justiça Criminal se concentram na região sudeste do país, em especial no eixo Rio-São Paulo. Isso pode ser explicado por fatores históricos de concentração regional do poder econômico e, desse modo, dos centros de pesquisa e das entidades com maior capacidade de organização, de mobilização e de captação de financiamento. Além disso, como nossa observação se fundamentou em articulação iniciada pela coordenação nacional da Pastoral Carcerária que também tem sua sede em São Paulo, seria mais fácil para entidades dessa região tomar conhecimento das propostas e participar dos espaços de organização da agenda nacional pelo desencarceramento.

Essa concentração é um dos problemas que precisa ser enfrentado pela rede. O encarceramento no Norte e Nordeste do Brasil é tão ou mais problemático do que aquele observado no Rio de Janeiro e em São Paulo. Reforçar a organização dessa rede nas regiões mais pobres do país é essencial, se a democratização de suas atuações e a ampliação da diversidade de suas ideias e propostas forem valores realmente compartilhados.

Entre as entidades que assinaram os dois manifestos aqui examinados, vimos também que 18 se qualificam como grupos de assessoria jurídica popular ou institutos jurídicos ou de direitos humanos, que se enquadrariam no conceito de ativismo jurídico que temos empregado, consistindo também em potenciais litigantes estratégicos. Dessas 18, apenas 10 se apresentaram como entidades que efetivamente utilizam o litígio estratégico regularmente.

Além do litígio estratégico, as entidades entrevistadas mobilizam, fora do foro, outros mecanismos de intervenção na política criminal, típicos da chamada advocacia multidimensional que inclui ações de *advocacy*, campanhas publicitárias, pesquisas acadêmicas e diálogo frequente com a mídia, na tentativa de obter suporte político e social para as propostas de contenção do poder de punir. Essas técnicas de atuação têm sido combinadas e integradas em uma atuação em rede e em um litígio estratégico.

Vimos ainda que a utilização do litígio estratégico pelas entidades entrevistadas contempla uma grande variedade de matérias. Quando questionadas sobre casos exemplares ou emblemáticos de atuação no enfrentamento à política de encarceramento referiram de modo especial a situações que envolviam o sistema carcerário nacional.

A utilização do litígio estratégico para viabilizar reformas prisionais é, de fato, algo que encontra respaldo nas experiências internacionais. Para tracejar o caminho percorrido pelo litígio estratégico nesse campo, examinamos casos emblemáticos envolvendo a Suprema Corte dos Estados Unidos da América, a Corte Europeia de Direitos Humanos e as Cortes Constitucionais da Colômbia e da Argentina. Todos esses casos foram mencionados em julgamentos no Supremo Tribunal Federal, como resultado de um fenômeno que vem sendo considerado como uma espécie de "diálogo entre cortes".

Ao analisar as experiências nacionais, constatamos que a agenda do Supremo Tribunal Federal, autodeclarada como "agenda do sistema penitenciário", pretendeu, de fato, posicionar a Corte como protagonista das reformas do sistema prisional brasileiro, ora coagindo o Executivo sob a ameaça de condenações em indenizações civis pela situação degradante das prisões ora intervindo mais diretamente com a liberação de verbas Fundo Penitenciário Nacional, que se encontravam contingenciadas.

Entretanto, o estado de coisas inconstitucional declarado pelo próprio Supremo Tribunal Federal parece não ter sofrido alterações significativas desde que as medidas cautelares foram determinadas ou mesmo depois dos julgamentos dos demais casos. Nem a esperada explosão de ações indenizatórias que poderiam ter o efeito de coação indireta aos

governadores ocorreu. No plano regional, verifica-se que as resoluções da Corte Interamericana de Direitos Humanos seguem, em sua maioria, sendo substancialmente descumpridas.

Por outro lado, apesar do resultado muito aquém do esperado, o projeto das audiências de custódia foi implantado na maioria das capitais e se constitui em um avanço que tem sido assim reconhecido pelas entidades que compõem a rede de movimentos sociais pelo desencarceramento, ainda que muitos passos ainda sejam necessários para atingir um padrão minimamente razoável. Ainda na linha dos resultados que podem ser considerados positivos, a "penitenciária de Araraquara", em São Paulo, foi reformada e encontra-se em situação melhor que aquela anterior à decisão.

Evidentemente, dado o tamanho reduzido de nossa amostra, não é possível fazer maiores generalizações. Entrevistamos representantes de entidades bem estruturadas, com financiamento significativo e que estão articuladas em rede, permitindo, desse modo, ações de maior impacto. Nossa pesquisa permite, contudo, inferir que o ativismo jurídico em matéria penal existe no Brasil (particularmente, no tema de reforma das prisões e de direitos presos) e que ele tem se fortalecido dentro dessas entidades, sobretudo, nos últimos dez anos.

Assim, em resposta à primeira pergunta que orientou essa pesquisa, é sim possível perceber que os serviços legais que atuam com o sistema de justiça criminal adotam mecanismos típicos dos serviços legais inovadores. A novidade mais claramente observada foi o fenômeno que chamamos de coletivização do processo penal, isto é, a introdução de uma perspectiva coletiva ou transindividual em uma disciplina que sempre foi marcada pela ideia de individualização.

Essa coletivização do processo penal pode ser percebida especialmente com a utilização por entidades de direitos humanos do instrumento do *habeas corpus*, um remédio historicamente previsto para a defesa da liberdade individual, agora, em uma versão coletiva, já admitida, como visto, pelo Supremo Tribunal Federal. Além disso, a intervenção cada vez mais frequente desses grupos como *amicus curiae* em processos individuais também é um sintoma desse fenômeno.

Assumimos como hipótese que a inovação no processo penal se daria através do chamado litígio estratégico. Essa hipótese, contudo, apenas se confirmou parcialmente. É que foram raros os casos mencionados de utilização de litígio estratégico em sentido estrito, isto é, da escolha estratégica de um caso-teste e seu acompanhamento desde o início até o seu

deslinde nas instâncias superiores. As entidades entrevistadas têm optado por intervenções como *amicus curiae* e pela integração dessa mobilização dos tribunais com outras ações, de sorte que esse modelo de atuação mais se aproximaria da já mencionada advocacia multidimensional. Pode-se dizer, de qualquer modo, que, nos dois sentidos, há sim uma forma de atuação diversa da advocacia tradicional.

Quantos aos resultados obtidos com a estratégia de buscar mudança social com a mobilização dos tribunais, vimos que também seria possível afirmar uma confirmação parcial da hipótese assumida. De fato, como esperado, o Poder Judiciário é avesso a mudanças radicais e encontra-se formatado para melhor desempenhar as funções de conservação do *status quo.* Notamos, por outro lado, uma certa ambiguidade no discurso dos órgãos de cúpula da estrutura judicial. Se, de um lado, o Supremo Tribunal Federal assumiu que o sistema penitenciário brasileiro se caracteriza como um estado de coisas inconstitucional; de outro, a mesma Corte vem admitindo interpretações restritivas de garantias fundamentais e um aprisionamento antecipado de pessoas por meio do retorno da chamada execução penal provisória.

Os casos emblemáticos examinados representam todos eles exemplos de vitórias jurídicas, formais e substanciais. Em um dos casos, o da ADPF nº 347/DF, pode-se afirmar até que a vitória judicial representou algo próximo de um câmbio legislativo, pois a realização de audiências de custódia, prevista como uma das medidas cautelares nele determinadas, converteu-se em regulamentação do Conselho Nacional de Justiça, ainda que tal instrumento normativo não tenha a força de lei. Esses casos emblemáticos, que tiveram algum apelo midiático, também representam um resultado avaliado positivamente de colocar (ou manter) o tema da desumanidade do sistema carcerário na pauta de discussões políticas e judiciárias

Todavia, tanto no caso das decisões da Corte Interamericana como nos do Supremo Tribunal Federal, percebeu-se uma dificuldade na implementação das decisões. O impacto social dessas decisões é, de fato, diminuto. O litígio estratégico em matéria penal não se mostrou capaz de sozinho modificar ou mesmo impactar significativamente a monocultura de encarceramento que predomina no Brasil. As taxas de encarceramento continuam elevadas e não há sinais sequer de uma desaceleração.

De fato, o Judiciário e, em particular, as cortes superiores são espaços de poder. Embora formados sob um lógica conservadora e avessos a mudanças radicais e efetivamente estruturais, eles são espaços de disputa. A capacidade que têm os ministros do STF de

influenciar disputas políticas não pode ser sobrevalorizada nem completamente desprezada. A mobilização dos tribunais em temas que envolvem o sistema prisional pode representar, contudo, quando muito, um mecanismo de redução de danos da referida política criminal encarceradora. Tendo em vista o alto custo financeiro que envolve e o alto grau de esforço que demanda (de tempo, de energia, de mobilização e de estrutura de pessoal), a utilização desse mecanismo pelas entidades da sociedade civil há mesmo de ocorrer a partir de reflexão, conscientemente informada, da forma mais articulada possível. Se for esse o caminho a ser percorrido, é preciso que haja uma adequada divisão de tarefas e a máxima repartição dos ônus.

A estrutura hoje existente nos órgãos estatais de advocacia de interesse público (Ministério Público e Defensoria Pública) pode ser uma alternativa para a redução de parte dos custos operacionais das entidades da sociedade civil. Verificamos, porém, que, no âmbito do Ministério Público, há uma maior ambiguidade em termos de discurso e prática político-criminal. A instituição é o órgão oficial de persecução penal e, portanto, naturalmente estará alinhada a programas de expansão do poder de punir. Por outro lado, não se pode deixar de reconhecer que as prerrogativas de autonomia e independência funcional, aliadas a um dever programado de fiscalização da correta aplicação da lei, permitiram que a instituição se posicionasse, em alguns casos, favoravelmente a demandas apresentadas nos casos emblemáticos aqui analisados.

Quanto à Defensoria, além dos problemas de déficit de estrutura, os entrevistados perceberam que a democratização da instituição com espaços de participação da sociedade civil é condição para que o diálogo seja ampliado e para que as demandas desses grupos possam disputar espaço na agenda institucional com as pautas corporativas e com o comodismo burocrático.

Mesmo com os dados limitados dessa pesquisa exploratória, foi possível notar a necessidade de que as redes de movimentos sociais e as próprias entidades se democratizem radicalmente. Não basta um diálogo eventual com as pessoas que estão no território. Aqueles e aquelas que são diretamente atingidos(as) pela política de encarceramento atroz em massa precisam ser os(as) protagonistas dessas ações e não meros(as) representados(as). A legalidade cosmopolita só se concretiza com a verdadeira inclusão dos(as) que estão do outro lado do abismo racial. Os advogados e as advogadas negras, por exemplo, precisam também,

se assim desejarem, poder ocupar as tribunas e decidir conjuntamente se este é o melhor caminho de enfrentamento àquela monocultura de encarceramento.

Vimos que essa monocultura foi formada historicamente sobre vetores de exclusão radical. Para mudá-la é preciso enfrentar os seus condicionantes estruturais e, portanto, encontrar formas alternativas de superação da linha abissal. O direito, ou melhor, o ativismo jurídico é incapaz, como visto, de promover sozinho essa mudança. Reconhecendo as limitações do direito e das reflexões teóricas sobre ele, concordamos, assim, com a afirmação de Lola Aniyar de Castro de que "*la teoria no puede ser más que uma forma de reclutar, para el cambio, a personas que, por su nível social y tipo de aprendizaje, suelen alejarse de la realidad*"[752].

Se esta cartografia, de algum modo, houver contribuído para esse recrutamento, terá, então, cumprido seu papel.

[752] CASTRO, Lola Aniyar de. El triunfo de Lewis Carroll. **Criminología y Sociedad,** n. 1, p. 30. Disponível em: http://www.criminologiaysociedad.com.mx/wp-content/uploads/2017/12/El-triunfo-de-Lewis-Carroll.pdf. Acesso em: 22 out. 2018.

REFERÊNCIAS

ABROMOVAY, Pedro; BATISTA, Vera Malaguti (orgs.). **Depois do grande encarceramento**. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

ADORNO, Sergio. Crime, justiça penal e desigualdade jurídica: as mortes que se contam no tribunal do júri, **Revista da Universidade de São Paulo,** ano 2, ed. 3, p. 134-155, jul/ago 1993.

AGUIRRE, Carlos. Cárcere e sociedade na América Latina. *In:* MAIA, Clarissa Nunes *et al.*(org.). **História das prisões nos Brasil.** v. I. Rio de Janeiro: Rocco, 2009.

ALEXANDER, Michelle. **A nova segregação:** racismo e encarceramento em massa. São Paulo: Boitempo, 2017.

ALMEIDA, Ana Lia Vanderlei de. **Um estalo nas faculdades de direito:** perspectivas ideológicas da Assessoria Jurídica Universitária Popular. 2015. Tese (Doutorado) – Universidade Federal da Paraíba, 2015.

ALMEIDA, Frederico Normanha Ribeiro de. **Nobreza togada:** as elites jurídicas e a política da justiça no Brasil. Tese (Doutorado) - Universidade de São Paulo, 2015.

ALMEIDA, Silvio. **O que é o racismo estrutural?** Belo Horizonte: Letramento, 2018.

ALONSO, Angela. As teorias dos movimentos sociais: um balanço do debate. **Lua Nova,** São Paulo, n. 76, p. 49-86, 2009.

ALVES, Cléber Francisco. **A estruturação dos serviços de assistência jurídica nos Estados Unidos, na França e no Brasil e sua contribuição para garantir a igualdade de todos no Acesso à Justiça**. 2005. Tese (Doutorado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2005.

AMARAL, Claudio do Prado; BONATO, Patrícia de Paula Queiroz. Os custos da prisionalização no Brasil. **Boletim IBCCRIM,** São Paulo, v. 24, n. 287, p. 02-03., out. 2016.

ANDRADE, Vera Regina P. **Pelas mãos da criminologia:** o controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

ANITUA, Gabriel Ignacio. **História dos pensamentos criminológicos.** Rio de Janeiro: Revan, 2008.

ARANDAS, Wagner Solano de. **O racismo institucional contra os negros na Polícia Militar**. Dissertação de mestrado. João Pessoa: UFPB, 2010.

ARAÚJO, Sara Alexandre Domingues. **Ecologia de justiças a sul e a norte**: cartografias comparadas das justiças comunitárias em Maputo e Lisboa. Tese de Doutoramento. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2014.

ARRIMADA, Lucas. **Todo lo judicial se disuelve en politica**. Texto disponibilizado pelo autor em aula de Pós-graduação da CLACSO. 2018.

ARRUDA JR., Edmundo Lime de. **Lições de direito alternativo.** São Paulo: Acadêmica, 1991.

AZEVEDO, Célia. **Onda negra, medo branco:** o negro no imaginário das elites – Séc. XIX. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli. **Tendências do controle penal na modernidade periférica:** as reformas penais no Brasil e na Argentina na última década. Tese de doutorado. Porto Alegre: UFRS, 2003.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; HYPOLITO, Laura Girardi. Impacto da lei 11.343/06 no encarceramento e possíveis alternativas. *In:* **10 anos da lei de drogas:** aspectos criminológicos, dogmáticos e político-criminais. Organização de Érika Mendes de

CARVALHO, Gustavo Noronha de ÁVILA. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

BALLESTRIN, Luciana. América Latina e o giro decolonial. **Revista Brasileira de Ciência Política**, n. 11, p. 89-117, maio/ago. 2013.

BALKIN, Jack M.; SIEGEL, Reva B. Principles, practices and social movements. **University of Pennsylvanina Law Review,** Pensilvânia, v. 154, p. 927-950, 2006.

BARATTA, Alessandro. Criminologia critica y politica penal alternativa. **Revue Internationale de Droit Pénal,** ano 49, n. 1, 1978.

BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do direito penal lineamentos de uma teoria do bem jurídico. Trad. Ana Lúcia Sabadell. **Revista brasileira das ciências criminais.** São Paulo, ano 2, n. 5, p. 5-24, jan./mar. 2000.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal.** Tradução Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan-Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BARROS, Geová da Silva. Filtragem racial: a cor na seleção do suspeito, **Revista Brasileira de Segurança Pública,** ano 2, 3. ed., p. 134-155, jul/ago 2008.

BATISTA, Nilo. **Novas tendências do direito penal.** Rio de Janeiro: Revan, 2004.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 10. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

BATISTA, Vera. **Difíceis ganhos fáceis:** drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2016.

BAUDE, Patrick. The Federal Courts and Prison Reform. **Indiana Law Journal,** v. 52, p. 761-767, 1977.

BECKER, Howard. **Outsiders:** estudos da sociologia do desvio**.** Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BECKETT, Katherine; WESTERN, Bruce. Governing social marginality: Welfare, incarceration, and the transformation of state policy. *In:* GARLAND, David (ed.). **Mass Imprisonment:** social causes and consequences. Londres: SAGE, 2001.

BELTRÃO, Jane Felipe *et al*. **Derechos humanos de los grupos vulnerables.** Barcelona: DHES, 2014.

BERGALLI, Roberto. Justicia e jueces em Latinoamerica (um aspecto de la sociologia del control penal). *In:* CASTRO, Lola Aniyar de. (org.). **Criminologia em America Latina**. Roma: UNICRI, 1990.

BORGES, Felipe Dezorzi. A cultura do encarceramento e a periculosidade social do agente como prognóstico de reiteração delitiva. **Boletim IBCCRIM,** São Paulo, v. 25, n. 299, p. 15-17., out. 2017.

BORGES, Juliana. **O que é encarceramento em massa?** Belo Horizonte: Letramento: Justificando, 2018.

BRASIL. **Levantamento de Informações Penitenciárias.** Brasília: Ministério da Justiça, 2014.

BRETAS, Marcos Luiz; ROSEMBERG, André. A história da polícia no Brasil**:** balanço e perspectivas. **Topoi, v. 14,** n. 26, jan./jul. 2013.

BRINGEL, Breno M; DOMINGUES, José Maurício. Teoria crítica e movimentos sociais: intersecções, impasses e alternativas. *In:* BRINGEL, Breno M; GOHN, Maria da Glória (org.). **Movimentos sociais na era global**. Petrópolis: Vozes, 2012.

BRUNO, Aníbal. Teoria da perigosidade criminal. **Doutrinas Essenciais do Direito Penal**. v. 3, 37-71, out., 2010.

CALAZANS, Márcia Esteves de. *et al*. Criminologia Crítica e a questão racial. **Cadernos do CEAS:** Revista crítica de humanidades, [S.l.], n. 238, p. 450-463, dez. 2016.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Assistência jurídica e advocacia popular: serviços legais em São Bernardo do Campo. *In:* **O Direito na Sociedade Complexa.** São Paulo: Saraiva, 2011.

CAMPOS, Marcelo da Silveira. **Crime e Congresso Nacional:** uma análise da política criminal aprovada de 1989 a 2006. São Paulo: IBCCRIM, 2010.

CAPPELLETTI, Mauro. Foreword to the Access-to-justice Project Series. *In:* CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Access to justice:** a world survey. Milan: Giufrrè editore, 1978, v. 1.

CARDOSO, Evorah Lusci Costa. **Litígio estratégico e sistema interamericano de direitos humanos**. Belo Horizonte: Forum, 2012.

CARDOSO, Luciana Zaffalon Leme. **Uma espiral elitista de afirmação corporativa:** blindagens e criminalizações a partir do imbrincamento das disputas do Sistema de Justiça paulista com as disputas da política convencional. 2017. Tese (Doutorado) – Fundação Getúlio Vargas, Escola de Administração de Empresas de São Paulo, 2017.

CARDOSO, Luciana Zaffalon Leme. 16 medidas contra o encarceramento em massa - bloco VII: ouvidorias externas no sistema de justiça. **Boletim IBCCRIM,** São Paulo, v. 25, n. 300, p. 2., nov. 2017.

CARLET, Flavia. **Advocacia Popular:** práticas jurídicas e sociais no acesso ao direito e à justiça aos movimentos sociais de luta pela terra. Brasília: Universidade de Brasília, 2010.

CARVALHO, Amilton Bueno de. **Direito alternativo em movimento.** 3. ed. Niterói: LUAM, 1999.

CARVALHO, Amilton Bueno de. **Direito Alternativo:** teoria e prática. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil:** estudo criminológico e dogmático. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CARVALHO, Salo de. **O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo:** o exemplo privilegiado da aplicação da pena. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CARVALHO, Salo de. Notas sobre o encarceramento seletivo da juventude negra brasileira: o caso da política de drogas. **Comunicações do ISER,** Rio de Janeiro, v. 35, n. 70, p. 150-156., anual. 2016.

CASTRO, Lola Aniyar de. La politica criminal y a la nueva criminologia em America Latina. *In:* CASTRO, Lola Aniyar de. (org.). **Criminologia em America Latina.** Roma: UNICRI, 1990.

CASTRO, Lola Aniyar de. **Criminologia da libertação.** Rio de Janeiro: Revan, 2005.

CASTRO, Lola Aniyar de. CODINO, Rodrigo. **Manual de Criminologia Sociopolítica.** Rio de Janeiro: Revan, 2017.

CERQUEIRA, Daniel (coord.). **Atlas da Violência.** Rio de Janeiro: IPEA/FBSP, 2018.

CIFALI, Ana Claudia. Seguridad pública, politica criminal y penalidad em Brasil durante los gobiernos Lula y Dilma (2003-2014). Cambios y continuidades. *In:* SOZZO, Maximo. **Postneoliberalismo y penalidade em America del Sur.** Buenos Aires: Clacso, 2016.

CONTRERAS, Juan Carlos Gutiérrez (coord.). **Litigio estratégico en derechos humanos:** modelo para armar. México: CMDPDH, 2011.

CORAL-DÍAZ, Ana Milena; LONDOÑO-TORO, Beatriz; MUÑOZ-ÁVILA, Lina Marcela. El concepto de litigio estratégico en América Latina: 1990-2010. **Vniversitas Bogotá,** n. 121, p. 49/76, jul./dez. 2010.

CORREIA, Marcelo Barros. **Polícia e tortura no Brasil:** conhecendo a caixa das maçãs podres. Curitiba: Appris, 2015.

CUMMINGS, Scott L.; RHODE, Deborah L. Public interest litigation: insights from theory na practice. **Fordham Urban Law Journal,** v. 56, n. 4, p. 603-651, 2009.

CUSTÓDIO, Rafael (coord.). **Tortura blindada:** como as instituições do sistema de justiça perpetuam a violência nas audiências de custódia. São Paulo: Conectas Direitos Humanos, 2017.

CHALHOUB, Sidney. Medo branco de almas negras: escravos, libertos e republicanos na Cidade do Rio. **Revista Brasileira de História,** São Paulo, v. 8, n. 16, p. 83-105, mar./ago., 1988.

CHILDS, Dennis. **Slaves of the State**: Black incarceration from the Chain Gang to the penitentiary. Minneapolis: University of Minnesota Press, 2015.

CHRISTIE, Nils. Conflicts as property. **The British Journal of Criminology,** v. 17, n. 1, jan. 1977.

CHRISTIE, Nils. **Uma quantidade razoável de crime.** Rio de Janeiro: Revan, 2011.

CHRISTIE, Nils. **Limites da dor:** o papel da punição na política criminal. Belo Horizonte: Editora D´Plácido, 2016.

DAVIS, Angela Y. **Are prison obsolete?** New York: Seven Stories Press, 2003.

DE GIORGI, Alessandro. **Cinco teses sobre o encarceramento em massa.** Porto Alegre: Canal Ciências Criminais, 2017.

DEL OLMO, Rosa. **A América Latina e sua criminologia.** Rio de Janeiro: Revan, 2004.

DEITCH, Michele. Thinking outside the cell: prison reform litigation and the vision of prison reform. **Pace Law Review,** v. 24, 2004.

DEXTER, Lewis Anthony. **Elite and specialized interviewing**. Colchester: ECPR Press, 2006.

DIANI, Mario; BISON, Ivano. Organizações, coalizões e movimentos. **Revista Brasileira de Ciência Política,** Brasília, n. 3, p. 219-250, jan./jul. 2010.

DIAS, Camila Caldeira Nunes. **Encarceramento, seletividade e opressão:** a "crise carcerária" como projeto político. São Paulo: Friedrich-Ebert-Stiftung (FES), 2017.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia:** o homem delinquente e a sociedade criminógena. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

DIAS, Rebeca Fernandes. **Criminologia no Brasil:** cultura jurídica e criminal na Primeira República. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

DOMINGUES, Petrônio. Movimento negro brasileiro: alguns apontamentos históricos. **Tempo**, Niterói , v. 12, n. 23, p. 100-122, 2007.

DUARTE, Evandro Charles Piza. **Criminologia e Racismo:** introdução à criminologia brasileira. Curitiba: Juruá, 2011.

DUARTE, Evandro Charles Piza. Quem é o suspeito do crime de tráfico de drogas? anotações sobre a dinâmica de preconceitos raciais e sociais na definição das condutas de usuário e traficante pelos policiais militares nas cidades de Brasília, Curitiba e Salvador. *In:* LIMA, C.; BAPTISTA, G.; FIGUEIREDO, I. S. (Orgs.). **Segurança pública e direitos humanos:** temas transversais. Brasília: Ministério da Justiça; Senasp, 2014.

DUARTE, Evandro Charles Piza; QUEIROZ, Marcos Vinícius Lustosa; GARCIA, Rafael de Deus. A rebelião da prisão de Attica (Nova Iorque, 1971): opressão racial, encarceramento em massa e os deslocamentos da retórica da igualdade. **Revista de Estudos Criminais,** Porto Alegre, v. 15, n. 61, p. 149-177., abr./jun. 2016.

DUQUE, César. Por qué un litígio estratégico en derechos humanos? ***Aportes Andinos,*** 35, dez. 2014.

D'ÉLIA FILHO, Orlando Zaccone. **Indignos de vida:** a forma jurídica de extermínio de inimigos na cidade do Rio de Janeiro. Niterói: UFF, 2013.

EASTWOOD, Niamh *et al.* **The numbers in black and White:** ethinic disparities in the police and prossecution of drug offences in England and Wales. London: Release, 2013.

EPSTEIN, Lee. **Pesquisa empírica em direito:** as regras de inferência. São Paulo: Direito GV, 2013.

FALBO, Ricardo Nery; RIBAS, Luiz Otávio. Advocacia e lutas emancipatórias: o que há de político na advocacia?. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 08, n.1, p. 507-555, 2017.

FEELEY, Malcom M.; RUBIN, Edward L. **Judicial Policy Making and the Modern State:** how the Courts Reformed America´s Prisons. New York: Cambridge University Press, 2000.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERNANDES, Florestan; PEREIRA, João Baptista Borges; NOGUEIRA, Oracy. A questão racial vista por três professores. **Revista USP,** São Paulo, n. 68, p. 168-179, dez./fev. 2005/2006.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantias:** la ley del más débil. Madri: Trotta, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão:** teoria do garantismo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERREIRA, Carolina Costa. **Estudo de impacto legislativo como possível estratégia enfrentamento a discurso punitivos na execução penal.** 2016. Tese (Doutorado) – Universidade de Brasília, Brasília, 2016.

FLAUZINA, Ana Luíza Pinheiro. **Corpo negro caído no chão:** o sistema penal e o projeto genocida do estado brasileiro. Dissertação de mestrado. Brasília: UnB, 2006.

FLAUZINA, Ana Luíza Pinheiro. As fronteiras raciais do genocídio. **Revista de Direito da Universidade de Brasília**, v. 1, n. 1, p. 119-146, jan./jun. de 2014.

FONTANELLA, Bruno J. B.; RICAS, Janete; TURATO, Egberto Ribeiro. Amostragem por saturação em pesquisas qualitativas em saúde: contribuições teóricas. **Caderno de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 24, n. 1, p. 17-27, jan. 2008.

FOUCAULT, Michel. **Nascimento da biopolítica:** curso dado no Collège de France (1978-1979). Martins Fontes: São Paulo, 2008.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir:** nascimento da prisão. Petrópolis: Vozes, 2010.

FRANÇA JUNIOR, Francisco de Assis de. O grande encarceramento: só a descriminalização "salva". **Boletim IBCCRIM,** São Paulo, v. 25, n. 290, p. 14-16., jan. 2017.

FREITAS, Felipe da Silva. Novas perguntas para a criminologia brasileira: poder, racismo e direito no centro da roda. **Cadernos do CEAS**: Revista crítica de humanidades, [S.l.], n. 238, p. 488-499, dez. 2016.

FRIEDMAN, Lawrence M. Social and historical context. *In.* CAPPELLETTI, Mauro. **Access to justice:** a world survey. Milan: Giufrrè editore, 1978, v. 1.

GARLAND, David (ed.). **Mass Imprisonment:** social causes and consequences. Londres: SAGE, 2001.

GARLAND, David. **A cultura do controle:** crime e ordem social na sociedade contemporânea. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Devido processo penal:** abordagem conforme a Constituição federal e o Pacto de São José da Costa Rica. São Paulo: Atlas, 2014.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Relacion General. **Revue Internationale de Droit Pénal**, ano 49, n. 1, 1978.

GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos.** São Paulo: Perspectiva, 1974.

GOHN, Maria da Glória. Teoria dos movimentos sociais na contemporaneidade. *In:* GOHN, Maria da Glória*;* BRINGEL, Breno M. (org.). **Movimentos sociais na era global**. Petrópolis: Vozes, 2012.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **Direito penal e direitos humanos:** análise crítica da jurisprudência punitivista da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Tese para concurso de professor titular. São Paulo: USP, 2017.

GOMES, Nilma Lino. Alguns termos e conceitos presentes no debate sobre relações raciais no Brasil: uma breve discussão. *In:* HENRIQUES, Ricardo (org.). **Educação anti-racista**: caminhos abertos pela lei federal nº 10.639/03. Brasília: SECAD/MEC, 2005.

GONÇALVES, Cristhovão Fonseca. **Na central da capital:** entre drogas e o pacto – etnografando a criminalização das drogas e a cultura policial na sinfonia do Pacto pela "Vida no Grande Recife. 2016. Dissertação (Mestrado) – Universidade Católica de Pernambuco, Recife, 2016.

GONZALEZ, Felipe; VIVEROS, Felipe (ed.). Defensa jurídica del interés público: de su enseñanza a su practica efectiva. **Cuadernos de Analisis Juridico,** Santiago, n. 9, out. 1999.

GUERRA, Maria Pia. **Polícia e ditadura:** a arquitetura institucional da segurança pública de 1946 a 1988. Brasília: Ministério da Justiça e Cidadania, 2016.

HARTMANN, Ivar; CHADA, Daniel. A Razão sem condições de qualidade. *In:* VILHENA, Oscar (org.). Coletânea de artigos organizada pela FGV Direito São Paulo com trabalhos que discutem o artigo "A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria", de Luis Roberto Barroso. **SSRN**, São Paulo, 2015.

HOWARD, Caroline. **Direitos humanos e mulheres encarceradas**. São Paulo: Instituto Terra, Trabalho e Cidadania, 2006.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline B. de. **Penas perdidas:** o sistema penal em questão. Niterói: LUAM Editora, 1993.

IANNI, Octávio. **Raças e classes sociais no Brasil.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1972.

IBCCRIM. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais et al. **Caderno de propostas legislativas:** 16 medidas contra o encarceramento em massa. São Paulo: IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2017.

JESUS, Maria Gorete Marques de (coord.). **Prisão provisória e lei de drogas:** um estudo sobre os flagrantes de drogas na cidade de São Paulo. São Paulo: FUSP, 2011.

JUNQUEIRA, Eliane. Los abogados populares: en busca de una identidade. **Revista El Otro Derecho,** n. 26-27, abr., p. 193-226, Bogotá, 2002.

KANT DE LIMA, Roberto. Polícia e exclusão na cultura judiciária. **Tempo Social Revista de Sociologia,** USP, São Paulo, v. 9, p. 169-183, maio, 1997.

KARAM, Maria Lucia. Esquerda punitiva. **Discursos Sediciosos,** n. 1, Rio de Janeiro, p. 79-92, jan.-jun., 1996.

LARRAURI, Elena. **La herencia de la criminologia critica.** Madrid: Siglo Veintiuno, 2000.

LAURIS, Élida. **Acesso para quem precisa, justiça para quem luta, direito para quem conhece:** dinâmicas de colonialidade e narra(alterna-)tivas do acesso à justiça no Brasil e em Portugal. Tese de doutoramento. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2013.

LEMGRUBER, Julita *et al.* **Usos e abusos da prisão provisória no Rio de Janeiro:** avaliação do impacto da Lei nº 12.403/11. Rio de Janeiro: UCAM, 2013.

LEMGRUBER, Julita *et al.* **Ministério Público:** guardião da democracia brasileira?. Rio de Janeiro: UCAM, 2016.

LEMGRUBER, Julita *et al.* Audiências de custódia no Rio de Janeiro. **Comunicações do ISER,** n. 70, ano 35, 2016.

LEMGRUBER, Julita *et al.* **Olho por olho:** o que pensam os cariocas sobre 'bandido bom é bandido morto'. Rio de Janeiro: CESeC, 2017.

LICHSTENSTEIN, Alex. The private and the public in penal history: a commentary on Zimring na Tonry. GARLAND, David (ed.). **Mass Imprisonment:** social causes and consequences. Londres: SAGE, 2001.

LIMA, Flávia Santiago. **Jurisdição constitucional e política:** ativismo e autocontenção no STF. Curitiba: Juruá, 2014.

LIMA, Raquel da Cruz. **O direito penal dos direitos humanos:** paradoxos no discurso punitivo da Corte Interamericana de Direitos Humanos. 2013. Dissertação (Mestrado) – Universidade de São Paulo, 2013.

LIMA, Renato Sérgio; BUENO, Samira; MINGARDI, Guaracy. Estado, polícias e segurança pública. **Revista Direito FGV,** São Paulo, v. 12, n. 1, p. 49-85, mar./abr., 2016.

LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal:** introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2016.

MACDOWELL, Cecília. Ativismo jurídico transnacional e o Estado: reflexões sobre os casos apresentados contra o brasil na comissão interamericana de direitos humanos. **SUR-Revista Internacional de Direitos Humanos,** N. 7, ano 4, 2007.

MACHADO, Érica Babini Lapa do Amaral. Encarceramento em massa: do conceito à prática - um enfrentamento criminológico da política criminal a partir da realidade marginal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais,** São Paulo, v. 25, n. 129, p. 17-38., mar. 2017.

MAIA, Alexandre da. Por uma história das imagens da normatividade do direito. *In:* FORTES, Pedro *et al.*(coord.). **Teorias contemporâneas do direito:** o direito e as incertezas normativas. Curitiba: Juruá, 2016.

MANDACH, Laura D. von. Militância na cabeça, direitos humanos no coração e os pés no sistema: o lugar social do advogado popular. **Cadernos de Campo,** n. 9, Universidade de São Paulo, 2001.

MARQUES, Adalton. **Humanizar e expandir:** uma genealogia da segurança pública em São Paulo. São Paulo: IBCCRIM, 2018.

MASI, Carlo Velho. **Audiência de custódia e a cultura do encarceramento no Brasil.** Porto Alegre: Canal Ciências Criminais, 2016.

MATHIESEN, Thomas. Television, public space and prison population: a commentary on Mauer and Simon. GARLAND, David (ed.). **Mass Imprisonment:** social causes and consequences. Londres: SAGE, 2001.

MATHIESEN, Thomas. **Prison on trial**. Winchester: Waterside Press, 2006.

MATHIESEN, Thomas. **The politics of abolition revisited**. New York: Routledge, 2015.

MATURANA, Humberto R.; VARELA, Francisco. **A árvore do conhecimento:** as bases biológicas da compreensão humana. São Paulo: Palas Athena, 2001.

MAUER, Marc. The causes and consequences of prison growth in the United States. *In:* GARLAND, David (ed.). **Mass Imprisonment:** social causes and consequences. Londres: SAGE, 2001.

MBEMBE, Achille. **Políticas da inimizada.** Lisboa: Antígona, 2017.

McADAM, Doug; TARROW, Sidney; TILLY, Charles. Para mapear o confronto político. **Lua Nova,** n. 76, São Paulo, p. 11-48, 2009.

MELLO, Marília Montenegro Pessoa de.; MACHADO, Érica Babini Lapa do Amaral. O movimento social, o efeito simbólico e a estratégia desperdiçada: uma contribuição criminológica ao movimento LGBT a partir da Lei Maria da Penha". *In:* MELLO, Marília Montenegro Pessoa de. **Lei Maria da Penha**: uma análise criminológico-crítica. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

MENDES, André Luiz Conrado. **Advocacia popular, utopia e ação política.** Rio de Janeiro: PUC-RIO, 2011.

MENDONÇA, Naylane. **Penas alternativas:** um estudo sociológico dos processos de agravamento das penas e de despenalização no sistema de criminalização brasileiro (1984-2004). 2006. Tese (Doutorado). Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2006.

MORAES, Humberto Peña de.; SILVA, José Fontenelle Teixeira da. **Assistência judiciária:** sua gênese, sua história e a função protetiva do estado. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1984.
MOURA, Clóvis. **Os quilombos e a rebelião negra**. 5. ed. São Paulo: Brasiliense, 1986.

MOURA, Clóvis. **História do negro no Brasil**. São Paulo: Ática, 1992.

MUNIZ, Jacqueline; CARUSO, Haydée; FREITAS, Felipe. Os estudos policiais nas ciências sociais: um balanço sobre a produção brasileira a partir dos anos 2000. **Revista Brasileira de Informação Bibliográfica**, São Paulo, n. 84, p. 148-187, abr. 2018.

NASCIMENTO, Abdias. **O genocídio do negro brasileiro:** processo de um racismo mascarado. 2. ed. São Paulo: Perspectiva, 2017.

NEJAIME, Douglas. Winning through losing. **Iowa Law Review,** v. 96, p. 941-1012, 2011.

OLIVEIRA JUNIOR, Almir; LIMA, Veronica Couto de Araujo. Segurança Pública e Racismo Institucional. *In:* **Boletim de Análise Político-Institucional.** Brasília: IPEA, 2011.

OLIVEIRA, Luciano. Não fale do Código de Hamurábi: a pesquisa sociojurídica na pós-graduação em Direito. *In:* OLIVEIRA, Luciano. **Sua Excelência o Comissário e outros ensaios de Sociologia Jurídica**. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004.

OLIVEIRA, Luciano. **O Aquário e o Samurai:** uma leitura de Michel Foucault. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017

OLIVEIRA, Natacha Alves de; FERNANDES, Luciana Costa. Análise contextual da prisão de Adriana Ancelmo no combate à corrupção e ao superencarceramento feminino: raça, classe e gênero intermediando concessões. **Revista Brasileira de Ciências Criminais,** São Paulo, v. 25, n. 134, p. 189-217, ago. 2017.

ORTEGAL, Leonardo. Raça, Criminologia e Sociologia da Violência: contribuições a um debate necessário. **Cadernos do CEAS**: Revista crítica de humanidades, [S.l.], n. 238, p. 527-542, dez. 2016.

PAIXÃO, Marcelo J. P. **Desenvolvimento humano e relações raciais.** Rio de Janeiro: DP&A, 2003.

PASSOS, Eduardo; KASTRUP, Virgínia; ESCÓSSIA, Liliana da (Orgs.). **Pistas do método da cartografia**: pesquisa-intervenção e produção de subjetividade. Rio de Janeiro: Sulina, 2009.

PASTORAL CARCERÀRIA. **Luta antiprisional no mundo contemporâneo:** um estudo sobre experiências de redução da população carcerária em outras nações. Disponível em: http://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2018/09/relatorio_luta_antiprisional.pdf. Acesso em: 31 out. 2018.

PEDROSO, João António Fernandes. **Acesso ao direito e à justiça:** um direito fundamental em (des)construção. O caso do acesso ao direito e à justiça da família e das crianças. Tese de doutorado. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2011.

PELLETIER, George A. Legal aid in France. **Notre Dame Law,** n. 42, p. 627-646, jun., 1967.

PEREIRA, Amílcar Araújo. **O mundo negro:** relações raciais e a constituição do movimento negro contemporâneo no Brasil. Rio de Janeiro: Pallas, 2013.

PIMENTA, Victor Martins. **Por trás das grades:** o encarceramento brasileiro em uma abordagem criminológico-crítica. Dissertação de mestrado. Brasília: UnB, 2016.

PIRES, Thula; SILVA, Caroline Lyrio. A teoria crítica da raça como referencial teórico para pensar a relação entre direito e racismo no Brasil. *In:* DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho *et al.* (coord.). **Direitos dos conhecimentos.** Florianópolis: CONPEDI, 2015

PIRES, Thula. Estruturas intocadas: racismo e ditadura no Rio de Janeiro. **Revista Direito e Práxis,** Rio de Janeiro, v. 9, n. 2, p. 1054-1079, 2018.

PONTES, Marcela Maria Carvalho. Apartação, encarceramento e genocídio.
In: **QUEBRANDO as grades:** liberdade incondicional. Organização de Givanildo Manoel da SILVA. São Paulo: Sefras, 2017.

PORFIRIO, Pablo Francisco de Andrade. Escritos políticos de Francisco Julião no processo de democratização do Brasil (1981-1985). **Topoi,** v. 16, n. 31, Rio de Janeiro, p. 616-640, jul.dez, 2015.

PORTUGAL. **Relatório Anual de Segurança Interna.** Lisboa: Governo de Portugal, 2016.

POSTAY, Maximiliano E. (org.). **El abolicionismo penal en América Latina:** imaginación no punitiva y militancia. Buenos Aires: Del Puerto, 2012.

PLATT, Tony. Prospects for a radical criminology in the United States. **Crime and Social Justice,** 1, spring-summer, Berkeley, University of California, 1974.

PRANDO, Camila Cardoso de Mello. Sistema Penal Subterrâneo: o caso do trabalho escravo contemporâneo na Amazônia. **Revista de Estudos Criminais,** n. 22, p. 148-165, abr.-jun. 2006.

PRANDO, Camila Cardoso de Mello. Orientação político-criminal do estado brasileiro: uma análise de leis promulgadas no período de 1998 a 2002. **Revista de Estudos Criminais,** n. 31, p. 97-119, out./dez. 2008.

PRANDO, Camila Cardoso de Mello. **O saber dos juristas e o controle penal:** o debate doutrinário na Revista de Direito Penal (1933-1940) e a construção da legitimidade pela defesa social. 2002. Tese (Doutorado) - Universidade Federal de Santa Catarina, 2012.

PRESSBUGER, Miguel *et al.* **Direito Insurgente:** o direito dos oprimidos. Rio de Janeiro: FASE, 1990.

QUEIROZ, Marcos V. Lustosa. **Constitucionalismo brasileiro e Atlântico Negro:** a experiência constituinte de 1823 diante da Revolução Haitiana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder e classificação social. *In:* SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula. **Epistemologias do Sul**. Coimbra: Almedina, 2010.

QUINNEY, Richard. Crime control in capitalist society: a critical philosophy of legal order. **Issues in Criminology**, v. 8, n. 1, p. 75-99, 1973.

RAHAL, Flávia *et al.* (org.). **O direito do olhar:** publicar para replicar. São Paulo: IDDD/Petrobrás, 2009.

RAMOS, Silvia; MUSUMECI, Leonarda. **Elemento suspeito:** abordagem policial e discriminação na cidade do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

RE, Lucia; BELOFF, Mary G.; SOZZO, Máximo. **Cárcel y globalización:** el 'boom' penitenciario en los Estados Unidos y en Europa. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2008.
RECONDO, Felipe. **Tanques e togas:** o STF e a ditadura militar. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

REDE NACIONAL DE ADVOGADOS POPULARES. Relatório do Seminário A Proteção Jurídica do Povo da Terra (1995). **Revista InSURgencia**, Ano 2, n. 2, Brasília, p. 451-459, 2016.

REIS, Vilma. **Atucaiados pelo Estado:** as políticas de segurança pública implementadas nos bairros populares de Salvador e suas representações, 1991-2011. 2005. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Bahia, 2005.

RHODE, Deborah L. **Access to justice.** Oxford: Oxford University Press, 2004.

RIPOLLÉS, Jose Luis Díez. **A política criminal na encruzilhada.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

ROCHA, Amélia *et al.* (org.). **Defensoria Pública, Assessoria Jurídica Popular e Movimentos Sociais e Populares:** novos caminhos traçados na concretização do direito de acesso à justiça. Fortaleza: Dedo de Moças, 2013.

RODLEY, Nigel S. **Report of the Special Rapporteur:** submitted pursuant to Commission on Human Rights resolution 2000/43. Disponível em http://acnudh.org/wp-content/uploads/2011/01/Report-of-the-Special-Rapporteur-on-Torture-Visit-to-Brazil-2001.pdf Acesso em 18 set. 2017.

RODRIGUES, Nina. **As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil.** Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1931.

RODRIGUES, Ricardo C. de Carvalho. Continuidade autoritária: as bases para o grande encarceramento. **Revista Brasileira de Ciências Criminais,** São Paulo, v. 25, n. 129, p. 349-373., mar. 2017.

RODRIGUEZ, José Rodrigo (coord.). **Advocacia de interesse público**: a atuação das entidades de defesa de direitos da sociedade civil e sua interação com os órgãos de litígio do Estado. Brasília: Ministério da Justiça, 2013.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** Para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: FGV, 2013.

RODRÍGUEZ, Roy Murillo. Prisiones y hacinamiento crítico en costa rica: intervención necesaria de los tres poderes del estado. **Revista digital de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica,** Turrialba, n. 5, p. 655-680., anual. 2013.

ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão penal:** a bricolage de significantes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ROSA, Pablo Ornelas; RIBEIRO JUNIOR, Humberto; LEMOS, Clécio. Encarceramento em massa e criminalização da pobreza: ponderações sobre os efeitos biopolíticos da guerra às drogas. *In:* **10 anos da lei de drogas:** aspectos criminológicos, dogmáticos e político-criminais. Organização de Érika Mendes de CARVALHO, Gustavo Noronha de ÁVILA. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

ROSENBERG, Gerald N. **The hollow hope:** can Courts bring about change?. Chicago: The University of Chicago Press, 1991.

RUBIN, Edward L; FEELEY, Malcom M. Judicial Policy Making and Litigation against the Government. **Journal of Constitutional Law**, v. 5, 2003.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social.** Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SACCHETTA, Paula. Quanto mais presos, maior o lucro. *In:* SILVA, Givanildo Manoel da. **Quebrando as grades:** liberdade incondicional. São Paulo: Sefras, 2017.

SADEK, Maria Tereza (coord.). **Pesquisa AMB 2006 – a palavra está com você:** resultados. Brasília: AMB, 2006.

SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; TAVARES, Natália Lucero Frias; GOMES, Jefferson de Carvalho Gomes. A perspectiva dinâmica da população provisoriamente encarcerada no contexto do superencarceramento brasileiro. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 25, n. 300, p. 8-10., nov. 2017.

SANTOS, Ademir Barros dos. **Sobre revoltas de escravos e quilombos**. Rio de Janeiro: AMCguedes, 2018.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **O conflito de interesses em direito criminal**. Coimbra: FDUC, 1965.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Crimes cometidos em estado de embriaguez**. Coimbra: FDUC, 1968.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Popular Justice, Dual Power and Socialist Strategy. *In:* BEIRNE, Piers; QUINNEY, Richard. **Marxims and law**. New York: John Viley & Sons, 1982.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Uma cartografia simbólica das representações sociais: prolegómenos a uma concepção pós-moderna do direito. **Revista Crítica de Ciências Sociais,** n. 24, março 1988.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Toward a New Legal Common Sense**: Law, Science and Politcs in the Paradigmatic Transition. New York: Routledge, 1995.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, n. 48, p. 11-32, junho de 1997.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice:** o Social e o Político na Pós-modernidade. Porto: Edições Afrontamento, 1999.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Los nuevos movimientos sociales. **Debates**, 21-39, 2001. Disponível em: http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/osal/osal5/debates.pdf. Acesso em: 07 jun. 2018.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Crítica da razão indolente:** contra o desperdício da experiência. São Paulo: Cortez, 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Para uma sociologia das ausências e uma sociologia das emergências. *In:* **Conhecimento prudente para uma vida decente.** Porto: Afrontamento, 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Poderá o direito ser emancipatório? **Revista de Crítica de Ciências Sociais**, 65, p. 3-76, maio 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A gramática do tempo:** para uma nova cultura política. São Paulo: Cortez, 2006.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia dos saberes. *In:* SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula (orgs.). **Epistemologias do Sul**. Coimbra: Almedina, 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da Justiça.** Coimbra: Almedina, 2014.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **O direito dos oprimidos**: sociologia crítica do direito. Coimbra: Almedina, 2015.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **As bifurcações da ordem**: revolução, cidade, campo e indignação. Coimbra: Almedina, 2017.

SANTOS, Cláudia Cruz. **O crime de colarinho branco:** da desigualdade na justiça penal ao problema dos modelos de controlo. Dissertação de mestrado. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1999.

SANTOS, Cláudia Cruz. **A justiça restaurativa:** um modelo de reação ao crime diferente da Justiça Pena. Por que, para quê e como? Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

SANTOS, Gislene Aparecida dos. **A invenção do "ser negro":** um percurso das ideias que naturalizam a inferioridade dos negros. São Paulo: FAPESP, 2002.

SANTOS, Hugo Leonardo Rodrigues. Futuro pretérito da prisão e a razão cínica do grande encarceramento: três momentos de emergência de discursos, expectativas e experiências acumuladas em torno do conceito de prisão. **Revista Brasileira de Ciências Criminais,** São Paulo, v. 25, n. 131, p. 145-185., mai. 2017.

SANTOS, Marcel Ferreira dos; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Encarceramento em massa e estado de exceção: o julgamento da ação de descumprimento de preceito fundamental 347. **Revista Brasileira de Ciências Criminais,** São Paulo, v. 25, n. 136, p. 267-291., out. 2017.

SAPORI, Luís Flávio. A administração da justiça criminal numa área metropolitana. **Revista Brasileira de Ciências Sociais,** v. 10, nº 29, 1995.

SARAT, Austin; SCHEINGOLD, Stuart. The dynamics of cause lawyering. *In:* **THE WORLD Cause Lawyers Make:** Structure an Agency in Legal Practice. Stanford: Stanford University Press, 2005.

SILVA, Danilo José Viana da; FARIAS, Alexandre Ronaldo de Maia de. Tendências do processo de administração da pobreza em um governo antipobre. **Revista Brasileira de Ciências Criminais,** São Paulo, v. 25, n. 129, p. 181-216., mar. 2017.

SILVA, Fernanda Lima da; VALENÇA, Manuela Abath; MELLO, Marília Montenegro Pessoa. Policiados e policiais: dois tempos de uma história de criminalização. **Revista Brasileira de Ciências Criminais,** v. 135, ano 25, p. 97-129, São Paulo, setembro, 2017.
SILVA, Givanildo Manoel da. **Quebrando as grades:** liberdade incondicional. São Paulo: SEFRAS, 2017.

SILVEIRA, Valdir João; NAVES, Marcelo; CROZERA, Francisco de Barros. Encarceramento em massa e a PEC 171/1993. **Boletim IBCCRIM,** São Paulo, v. 23, n. 271, p. 18-19., jun. 2015.

SILVESTRE, Giane; MELO, Felipe Athayde Lins de. Encarceramento em massa e a tragédia prisional brasileira. **Boletim IBCCRIM,** São Paulo, v. 25, n. 293, p. 8-10., abr. 2017.

SIMON, Jonathan. Fear and loathing in late modernity: reflections on the cultural sources of mass imprisonment in the United States. *In:* GARLAND, David (ed.). **Mass Imprisonment:** social causes and consequences. Londres: SAGE, 2001.

SOUSA JR., José Geraldo de. **Direito como liberdade:** o direito achado na rua experiências populares emancipatórias de criação do direito. Tese de doutorado. Brasília: UnB, 2008.

SOUZA, Flora Sartorelli Venâncio de; FERRAZ, Hamilton Gonçalves. A responsabilidade do judiciário brasileiro no encarceramento em massa juvenil: um estudo de caso do HC 346.380-SP, STJ. **Revista Brasileira de Ciências Criminais,** São Paulo, v. 25, n. 129, p. 257-284., mar. 2017.

SOUZA, Guilherme Augusto Dornelles de. Quando as alternativas penais são a solução, o encarceramento é o problema?. *In:* **DEMOCRACIA e(m) sistema penal.** Organização de Bernardo de AZEVEDO E SOUZA, Felipe Lazzari da SILVEIRA. Porto Alegre: Canal Ciências Criminais, 2017.

SOUZA, Taiguara Líbano Soares. **Constituição, segurança pública e estado de exceção permanente:** a biopolítica dos autos de resistência. 2010. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010.

SOUZA, Taiguara Líbano Soares. **A era do grande encarceramento:** tortura e superlotação prisional no Rio de Janeiro. 2015. Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

SOZZO, Máximo. Postneoliberalismo y penalidad en América del Sur: a modo de introdución. *In:* SOZZO, Maximo (coord). **Postneoliberalismo y penalidade em America del Sur.** Buenos Aires: Clacso, 2016.

SOZZO, Máximo. Más allá de la 'tesis de la penalidad neoliberal? Giro punitivo y cambio político en America del Sur. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. v. 129/2017, p. 321-348, mar. 2017.

SUTHERLAND, Edwin H. **El delito de cuello blanco.** Madrid: La Piqueta, 1999.

SCHERER-WAREN, Ilse. Das mobilizações às redes de movimentos sociais. **Sociedade e Estado,** Brasília, v. 21, n.1, p. 109-130, jan./abr., 2006.

SCHWARZ, Lilia Moritz. **O espetáculo das raças:** cientistas, instituições e questão racial no Brasil 1870-1930. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SHIMIZU, Bruno. 16 medidas contra o encarceramento em massa - bloco VI: execução penal e medidas de segurança. **Boletim IBCCRIM,** São Paulo, v. 25, n. 299, p. 4., out. 2017.

STAMFORD DA SILVA, Artur. Teoria reflexiva da decisão jurídica: direito, mudança social e movimentos sociais. **Direito.UnB,** Brasília, v. 2, n. 1, p. 27-52, abr. 2016.

SYKES, Gresham M. Criminology**:** the rise of critical criminology. **The Journal of Criminal Law & Criminology**, v. 65, n. 2, p. 206-213, 1974.

THIESEN, Anthony. **Privatização de presídios:** poder, controle social e falsas promessas. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

TILLY, Charles. Movimentos sociais como política. **Revista Brasileira de Ciência Política,** n. 3, Brasília, p. 133-160, jan./-jul. 2010.

TONINI, Renato Neves. A arte perniciosa, a repressão aos capoeiras na República Velha. **Discursos Sediciosos.** Rio de Janeiro, 2010. p. 487-508. v. 17-18.

TOURAINE, Alain. Na fronteira dos movimentos sociais. **Sociedade e Estado,** Brasília, v. 21, n. 1, p. 17-28, jan./abr., 2006.

TURELA, Alexandre de Almeida; MELLER, Diogo Lentz. A crise da atividade jurisdicional e o hiperencarceramento como resposta estatal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais,** São Paulo, v. 25, n. 134, p. 387-409., ago. 2017.

UPRIMNY, Rodrigo. Drogas, derecho y democracia**.** *In:* QUINTERO, Miguel Rujana (org.). **El fracaso de la política criminal oficial:** seminário en homenaje al profesor Alessandro Baratta. Bogotá: Ibáñez, 2006.

VALENÇA, Manuela Abath. Julgando a liberdade em linha de montagem: uma observação etnográfica dos julgamentos de habeas corpus nas sessões das Câmaras Criminais do TJPE. **Revista Brasileira de Ciências Criminais,** São Paulo, v. 116, set./out. 2015.

VALENÇA, Manuela Abath. **Soberania policial no Recife do início do século XX**. 2018. Tese (Doutorado) – Universidade de Brasília, 2018.

VIANNA, Luiz Wernneck *et al.* **Corpo e alma da magistratura brasileira.** Rio de Janeiro: Revan, 1997.

VILLARREAL, Marta. El litigio estratégico como herramienta del derecho de interés público. *In:* MATUS, Fabián Sánchez. **El litigio estratégico em México:** la aplicación de los derechos humanos a nível práctico. Experiencias de la sociedade civil. Cidade do México: OACNUDH, 2007.

WACQUANT, Loïc. "Inimigos cômodos": estrangeiros e imigrantes nas prisões da Europa. *In:* **DISCURSOS sediciosos:** crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.

WACQUANT, Loïc. Deadly symbiosis: when ghetto and prison meet and mesh. *In:* GARLAND, David (ed.). **Mass Imprisonment:** social causes and consequences. Londres: SAGE, 2001.

WACQUANT, Loïc. O curioso eclipse da etnografia prisional na era do encarceramento de massa. **Discursos Sediciosos:** crime, direito e sociedade, Rio de Janeiro, v. 8, n. 13, p. 11-32, 2003.

WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres:** a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

WAISELFISZ, Julio Jacobo. **Mapa da violência 2016:** homicídios por arma de fogo no Brasil. Etnografia das práticas institucionais. Rio de Janeiro: FLACSO, 2016.

WEINGARTNER NETO, Jayme. **Perfil socioprofissional e concepções de política criminal**. *In:* Anais do VIII Congresso Luso-Afro-Brasileiro de Ciências Sociais. Coimbra: CES, 2004.

WHITFIELD, Joe**. Prison Writting of Latin America**. New York: Bloomsbury Academic, 2018.

WUNDERLICH, Alexandre. Por um sistema de impugnações no processo penal constitucional brasileiro. *In:* WUNDERLICH, Alexandre. **Escritos de direito e processo penal em homenagem ao professor Paulo Cláudio Tovo**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2002.

YOUNG, Richard; WALL, David. **Access to criminal justice:** legal aid, lawyers and the defence of liberty. London: Blackstone Press, 1996.

ZACKSEKI, Cristina; MACHADO, Bruno Amaral; AZEVEDO, Gabriela. Dimensões do encarceramento e desafios da política penitenciária no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Criminais,** São Paulo, v. 24, n. 126, p. 291-331., dez. 2016.

ZAFFARONI, Eugénio Raúl. **Política criminal latinoamericana:** perspectivas, disyuntivas. Buenos Aires: Hamurabi, 1982

ZAFFARONI, Eugénio Raúl. **Em busca das penas perdidas:** a perda de legitimidade do sistema penal**.** Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZAFFARONI, Eugénio Raúl. **Criminología:** aproximacion desde uma margen. Bogotá: Temis, 2003.

ZAFFARONI, Eugénio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro:** parte geral. 5. ed. rev e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ZAFFARONI, Eugénio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro.** 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. v. 1.

ZAFFARONI, Eugénio Raúl. **A palavra dos mortos:** conferências de criminologia cautelar. São Paulo: Saraiva, 2012.

ZIMRING, Franklin E.. Imprisonment rates and the new politics of criminal punishment. *In:* GARLAND, David (ed.). **Mass Imprisonment:** social causes and consequences. Londres: SAGE, 2001.

APÊNDICE A - ROTEIRO DE PERGUNTAS DAS ENTREVISTAS

- PRIMEIRA PARTE: Biografia Institucional

1.1 – Como você passou a atuar no grupo? A que aspectos de sua trajetória você atribui relevância para você tomar a decisão de aderir ao grupo?
1.2 – Como surgiu o grupo? Há critério para adesão?
1.3 – Quais as principais áreas de atuação (juventude, antiproibicionismo, carcerário)?
1.4 – Quais as principais formas de atuação (educação em direitos, orientação jurídica, mobilização social, assistência judicial, ação política)? Quais atividades o grupo desenvolve?
1.5 – Qual o âmbito de atuação (local, regional, nacional, internacional)?
1.6 – Quais as principais entidades parceiras? E as que consideram adversárias?
1.7 – Como se conectam com essas entidades e que instrumento utilizam para a difusão de ideias?
1.8 – Como se identificam (ONG, Movimento Social, Assessoria Jurídica, Sociedade Civil, Grupo de Extensão, Grupo de Pesquisa)? Qual a estrutura de apoio do grupo e como se financiam?
1.9 – Como é a relação do grupo com os partidos políticos? Já desenvolveu alguma ação em conjunto com algum partido político?
1.10 – Desenvolvem cursos de formação? Há alguma referência teórica?
1.11 – Quais as principais dificuldades para a atuação do grupo? Já se sentiu estigmatizado?

- SEGUNDA PARTE: Mobilização do Direito

2.1 – Utilizam o Direito/ a Justiça de alguma forma nas estratégias de atuação?
2.2 – Em caso positivo, como selecionam os casos em que atuam? Têm acompanhado as ações que tramitam no STF/ Sistema Interamericano de Direitos Humanos? Quais?
2.3 – Como avaliam o papel do Judiciário na sociedade contemporânea?
2.4 – Como avaliam o sistema carcerário nacional?

2.5 – Têm acompanhado as reformas legislativas em matéria penal? Costumam se mobilizar em torno delas?
2.6 – Como se identificam no espectro político criminal? Abolicionistas, minimalistas ou maximalistas?
2.7 – Como avaliam os protestos de alguns grupos da sociedade civil em favor da prisão de violadores de direitos humanos ou de pessoas acusadas de crimes de colarinho-branco?

TERCEIRA PARTE: Relacionamento com o Direito e com a Defensoria Pública

3.1 – Já interagiram com a Defensoria Pública em alguma atividade (encaminhamento de casos, audiência pública, atuação conjunta)? Exemplos...
3.2 – Podem identificar alguma forma de atuação da defensoria pública fora do âmbito judicial (no Legislativo, em Conselhos, no Executivo, ou em contato com a comunidade)?
3.3 – Como avaliam a atuação da Defensoria Pública na Justiça criminal? Qual a principal crítica?
3.4 – Identificam alguma forma de participação na gestão da defensoria pública?
3.5 - O que poderia mudar na atuação da DP?

APÊNDICE B - TABELA DE REGULARIDADES DOS CASOS EMBLEMÁTICOS EXAMINADOS NO STF

	Autor	Controle	Início	Julgamento	Duração	Amicus	PGR	Resultado
RE nº 592.581/RS	MP/RS	ACP Difuso	2006	Ago/2015	9 anos	Não	Favorável	V.S.D A.N. I.L
ADPF nº 347/DF	PSOL	ADPF Concentrado	2015	Set/2015	< 1ano Em andamento	Sim (todas*)	Ambíguo	V.S.P A.N. I.N.
RE nº 841.526/RS	Estado do RS	Individual de Reparação Difuso	1999	Mar/2016	17 anos	Sim (DPU)	Favorável	V.S.D. A.N. I.L.
RE nº 641.320/RS	MP/RS	Penal Individual/Execução Difuso	2003	Maio/2016	13 anos	Sim (IDDD e DPU)	Favorável	V.S.D A.N. I.L
RE nº 580.252/MS	Estado do MS	Individual de Reparação Difuso	2003	Fev/2017	14 anos	Não	Contrário	V.S.D. A.N. I.L.
RE nº 635.659/SP	MP/SP	Penal Individual Difuso	2009	Ago/2015	>6 anos Em andamento	SIM (IDDD, IBCCRIM, ITTC, Pastoral, Sou da Paz,	contrário	V.S.D. A.N I.L.

						Conectas		
HC nº 143.641 (coletivo)	CADHU	Penal Coletivo Difuso	2017	2018	<1 ano	Sim (defensorias, IDDD	contrário	V.S.D. (V.F*) A.N. I.N.
HC nº 118.533/MS	DPU	Penal/Constitucional Individual Difuso	2013	2016	3 anos	Sim (Conectas e IDDD)	Favorável	V.S.D. A.N. I.L.

Tabela de regularidades dos casos emblemáticos examinados na CtIDH

	Autor	Natureza	Início	Data da 1ª Resolução da CtIDH	Estado/Região do País	Relato de presos mortos
Penitenciária Urso Branco	Justiça Global e Comissão de justiça e Paz	Provisional	Mar. 2002	Jun. 2002	Rondônia/Norte	Sim
Penitenciária de Araraquara	Pastoral Carcerária, ITTC, Justiça Global e outras	Provisional	Jul. 2006	Jul. 2006	São Paulo/Sudeste	Sim
Complexo do Curado	Justiça Global, Pastoral Carcerária e outras	Provisional	Jun. 2011	Maio 2014	Pernambuco/Nordeste	Sim
Complexo Penitenciário de Pedrinhas	Sociedade Maranhese de Direitos Humanos,	Provisional	Dez. 2013	Nov. 2014	Maranhão/Nordeste	Sim

	Conectas e outras					
Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho	Defensoria Pública do Rio de Janeiro	Provisional	Mar. 2016	Fev.. 2017	Rio de Janeiro/Sudeste	Não