

A EXECUÇÃO PENAL COMO MARCO CIVILIZATÓRIO E GARANTIA DO APENADO: DA DESCONSTRUÇÃO DA PENA COMO FERRAMENTA DE PREVENÇÃO DE RISCO

*CRIMINAL EXECUTION AS A CIVILIZING FRAMEWORK
AND GUARANTEE FOR THE CONVICT: THE
DECONSTRUCTION OF PUNISHMENT AS A RISK
PREVENTION TOOL*

Matheus Stefanello¹

Resumo: A existência de um processo penal dedicado a execução de pena aplicada em processo penal configura um marco civilizatório, na medida em que compreende previsão normativa de garantias inerentes aos apenados enquanto pessoas titulares de direitos fundamentais. O presente estudo pretende analisar de que forma a execução da sanção penal se aplica, especificamente, a fim de verificar se esta tende se consubstanciar em uma prevenção de risco ou se, respeitadas as garantias do acusado, possa prevenir que a pena seja substituída por uma vingança privada. Questiona-se, assim, se o medo associado à criminalidade através de uma via simbólica pode refletir em decisões judiciais relacionadas à aplicação e aos regimes de cumprimento da pena. A hipótese é a de que existem casos em que o risco abstrato vinculado ao tipo penal da condenação, quando cumulado com comoção midiática, pode refletir na prolação de decisões relacionadas a pedidos de conversão da pena privativa de liberdade em prisão domiciliar, em que pese o deferimento da medida esteja pautado em garantias que assistem o réu no âmbito da legislação. De forma preliminar, é possível sustentar que o respeito às garantias do apenado faz do próprio instituto do processo e da execução penal um marco que impede a conversão da aplicação de pena em mera prevenção de risco que, em termos concretos, nem sempre está presente.

Palavras-chave: Execução Penal. Pena. Risco simbólico. Estigmatização. Medo.

1 Especialista em Direito Público pelo Centro Universitário Leonardo da Vinci – Uniasselvi. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Analista Processual na Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul - DPE/RS.

Abstract: The existence of a criminal procedure dedicated to the execution of a sentence imposed in criminal proceedings constitutes a civilizing milestone, insofar as it includes normative provisions of guarantees inherent to convicts as individuals holding fundamental rights. This study aims to analyze how the execution of the criminal sanction is applied, specifically, in order to verify whether it tends to be embodied in risk prevention or whether, respecting the defendant's guarantees, it can prevent the sentence from being replaced by private revenge. Thus, the question is whether the fear associated with crime through a symbolic means can be reflected in judicial decisions related to the application and enforcement regimes of the sentence. The hypothesis is that there are cases in which the abstract risk associated with the criminal type of the conviction, when combined with media commotion, can be reflected in the issuing of decisions related to requests for conversion of the custodial sentence into house arrest, even though the granting of the measure is based on guarantees that assist the defendant within the scope of the legislation.

Keywords: Criminal Enforcement. Punishment. Symbolic Risk. Stigmatization. Fear.

1 Introdução

A pessoa que se encontra em situação cumprimento de pena, figurando no polo passivo da ação de execução criminal brasileira, em pese possua restrições em sua liberdade de ir e vir em decorrência de pena privativa de liberdade, segue no gozo de outros direitos fundamentais, garantidos, inclusive, por intermédio do próprio advento do processo penal e do procedimento executório movido pelo Estado sob as bases de regras previamente estabelecidas e princípios constitucionais positivados.

Do processo de execução penal, então, se extrai um marco civilizatório em termos de previsão normativa de garantias inerentes aos apenados, de forma que, para além da análise sobre *quando* punir, sejam salvaguardadas as garantias do executado durante a verificação a respeito de *como* punir – levando-se em consideração, inclusive, o princípio da pena mínima necessária e o de respeito à pessoa trazidos pelo garantismo penal.

O presente estudo pretende, assim, averiguar de que maneira a execução da sanção penal se aplica, especificamente, a fim de verificar se esta tende se consubstanciar em uma prevenção de risco ou se, respeitadas

as garantias do apenado durante o curso da execução penal, esta se dá de forma a prevenir que a pena seja substituída por uma vingança privada – esta última construída a partir de simbolismos e estigmatizações reforçadas pela noção de risco e perigo abstrato do tipo penal da condenação, que, muitas vezes, não é verificável ou comprovado no caso concreto.

O problema central da pesquisa consiste na pergunta: a consideração do risco e do perigo abstrato do tipo penal da condenação, além do medo associado à criminalidade através de uma via simbólica, pode refletir em decisões judiciais relacionadas à aplicação e aos regimes de cumprimento da pena? Através deste questionamento, busca-se, de modo geral, testar a hipótese principal da pesquisa de que, em determinados casos, o risco abstrato vinculado ao tipo penal, quando cumulado com comoção local midiática, pode refletir na prolação de decisões relacionadas a pedidos de conversão da pena privativa de liberdade em prisão domiciliar, ainda que o deferimento da medida esteja pautado em garantias que assistem o réu.

Através de estudo de caso e de revisão bibliográfica, pretende-se demonstrar a adequabilidade da interpretação realizada quando da aplicação do direito vigente em uma decisão proferida nos autos do processo de execução criminal, a fim de analisar os reflexos do risco simbólico que permeia o caso posto em análise, que será a seguir identificado.

2 A execução penal como marco civilizatório e garantia de não arbitrariedade estatal: uma perspectiva a partir da teoria garantista de Luigi Ferrajoli

A execução penal traz consigo um relevante e considerável rol de regras previamente estabelecidas para que se realize o efetivo cumprimento da sanção penal pelo réu condenado pela prática delitiva. Antes, no entanto, cumpre pensar em *quando punir e como punir*.

Uma das razões de ser da *pena* e das proibições penais – estas que são dirigidas à tutela dos direitos fundamentais dos cidadãos contra agressões – é o objetivo de prevenção geral dos delitos, além da própria proibição geral das penas arbitrárias ou desmedidas, sendo que estas se consubstanciam em uma dupla função preventiva, ambas negativas. Segundo Ferrajoli (2002, p. 269), “*a primeira função indica o limite mínimo, a segunda o limite máximo das penas. Aquela reflete o interesse da maioria não desviante. Esta, o interesse do réu ou de quem é suspeito ou acusado de sê-lo*”.

Considerando-se, pois, que a pena possui funções negativas vinculadas tanto ao interesse da maioria não desviante (vinculado ao limite mínimo), quanto ao interesse do próprio apenado (vinculado ao limite máximo), tem-se nos padrões e regras de cumprimento de pena impostos pela execução criminal não apenas um meio e caminho para exercício de aplicação da sanção penal, mas também um marco civilizatório e uma garantia de cumprimento de forma não arbitrária ou contrária às regras do constitucionalismo democrático.

Ferrajoli (2002, p.201) defende a forma jurídica da pena “(...) *enquanto técnica institucional de minimização da reação violenta à deviança socialmente não tolerada e enquanto garantia do acusado contra os arbítrios, os excessos, e os erros conexos a sistemas não jurídicos de controle social*”. Assim, vê-se no processo executório uma garantia de não lesão às regras que consistem em direitos fundamentais do acusado enquanto pessoas que, em que pese a privação de liberdade, ainda se situam na condição de humanos que gozam de direitos tutelados e positivados.

Em relação ao acórdão analisado neste estudo de caso – ao contrário da decisão de primeiro grau então reformada pelo Tribunal de Justiça gaúcho – tem-se uma amostra da aplicação da teoria e da proposta de garantismo realizada por Ferrajoli (2014, p. 195). Afinal, a teoria aponta para a necessidade de uma política dirigida à colocação em prática da proibição constitucional de tratamentos não humanizados e, ao mesmo tempo, de um exercício do poder de punir que busque a redução da pena “*ao mínimo possível*”. E, precisamente, foi o que se realizou a se proporcionar, em segundo grau, a conversão do regime privativo de liberdade em prisão domiciliar.

Isso porque, ao se tomar distância de elementos ligados à moral, ao risco simbólico, ao perigo abstrato e ao distanciamento dos princípios constitucionais do apenado em relação à realidade do caso concreto, promoveu-se a modificação da decisão para a aplicação de regras humanitárias, positivadas, constitucionais e aplicáveis ao caso a partir de uma interpretação operativa do direito vigente.

2.1 Teoria garantista e os princípios da proporcionalidade, razoabilidade e individualização da pena

Como assevera Ferrajoli no primeiro volume de sua obra *Principia Iuris* (2011, p. 564), no estado de direito os poderes não são absolutos, não consistem em uma faculdade de decidir em qualquer cano, de qualquer forma e qualquer coisa, mas, sim, em situações complexas que têm por objeto atos antecipadamente previstos e regulados – isso em relação à sua forma e ao seu conteúdo, por normas formais e substanciais sobre sua produção.

Desta forma, é possível compreender o garantismo como uma face reflexa do constitucionalismo, ao passo que, enquanto o constitucionalismo se desenvolve a partir das bases de constituições rígidas dotadas de elementos substanciais, o garantismo, de sua parte, se consubstancia não somente no dever jurídico de solucionar antinomias, mas no dever de exigir esta superação mediante reparação das violações das garantias existentes - ou, ainda, através da elaboração de garantias eventualmente ausentes. (FERRAJOLI, 2011)

Neste sentido, como bem sintetiza Sérgio Cademartori (2007, p.94) sobre a obra *Direito e Razão* de Ferrajoli (2002), a base filosófico-jurídica da teoria garantista é constituída pela doutrina liberal da separação entre o direito e moral, de forma que esta doutrina, como reconstruída, inclui duas premissas:

- 1) Em primeiro lugar, a separação entre direito e moral comporta a nítida distinção entre os pontos de vista que podem ser assumidos perante uma norma: de um lado o ponto de vista “interno” (ou da validade); do outro o ponto de vista “externo” (ou da justiça). A distinção apesar do léxico no qual é formulada, não coincide com aquela de Herbert Hart: interno pe o ponto de vista de quem julga válida ou inválida uma norma, empregando os critério positivos de validade (ou legitimidade) próprios de um sistema jurídico dado; externo, para Ferrajoli, é não o ponto de vista de quem observa de forma distanciada o comportamento dos afetados em relação à norma, mas aquele que julga justa ou injusta uma norma jurídica, empregando critérios de avaliação (os de justificação) extrajurídicos.
- 2) Em segundo lugar, a separação entre direito e moral comporta a adesão à assim chamada lei de Hume, em virtude da qual não é logicamente permitido inferir conclusões prescritivas de premissas descritivas e vice-versa. A lei de Hume, na construção de Ferrajoli,

antes de mais nada exclui que seja logicamente permitido deduzir o direito positivo (como ele é) do direito justo (como deve ser).

Assim, entende-se que a adoção da teoria garantista quando da prolação de decisões como a do *case* ora analisado poderia ser adequada à finalidade de reparação de eventuais violações de garantias que assistem a apenada em situação de cumprimento da pena; objetiva, ainda, a obtenção de decisões em sede executória de maneira a garantir a separação entre o direito e a moral; e, por fim, a busca da compreensão de que os princípios que regem o Estado de Direito não devem se realizar de forma distanciada da realidade das relações sociais do estado, tampouco das regras positivadas e dos elementos que constituem o caso concreto, isto é, os autos do processo e sua verdade possível.

E, a respeito deste distanciamento e da necessidade de redefinição da opinião comum a respeito do direito e da política, assevera Ferrajoli (2011, p. 09):

Por consiguiente es claro que es tanto más idónea para ocuparse de los problemas, para nombrar y aclarar sus términos y, sobre todo, para fundamentar el análisis, la crítica y las técnicas de reducción de la inevitable divergencia entre el deber ser constitucional y el ser efectivo del derecho vigente, cuanto mayor sea el rigor lógico de su lenguaje y de las relaciones que en ella se formulan. Y todo ello por cuanto la lógica es del discurso teórico acerca del derecho — tanto más si está axiomatizado— y no, aunque debería serlo, del discurso del derecho positivo; y cuanto menos lo es —cuanto más irracional e ilegal es la práctica jurídica y política, cuanto más inefectivos son sus modelos normativos, cuanto más alejada de los principios del derecho está la realidad de las relaciones sociales— tanto más necesaria se torna la función pragmática de la teoría como instrumento racional de análisis crítico, de planeamiento jurídico y de redefinición de la opinión común acerca del derecho y de la política. No hay, en efecto, alternativa a la crisis de la razón jurídica y política que no sea la razón misma.

Firma-se, assim, o entendimento de que, quanto mais ineficazes os modelos normativos e mais afastados estiverem os princípios do direito da realidade das relações sociais, mais imprescindível se torna a função pragmática da teoria como instrumento racional de análise crítica.

Precisamente por isso é que, sob a perspectiva crítica que a teoria garantista oferece ao direito, da decisão ora analisa é possível se extrair o afastamento dos elementos constituintes dos princípios da proporcionalidade, razoabilidade e individualização da pena da verdade

inerente ao caso concreto pelo juízo de primeiro grau, razão pela qual, aliás, foi reformada em sede recursal, ante o entendimento de que tais princípios positivados devem ser levados em consideração quando da análise do pedido de conversão em questão.

Não prevalece, ademais, o entendimento de inexistência de regra capaz de viabilizar a conversão de pena privativa de liberdade em prisão domiciliar humanitária, como se fez constar da decisão de primeiro grau analisa, porquanto os princípios mencionados pelo acórdão do tribunal se tratam de elementos devidamente positivados.

E, neste sentido, conforme Ferrajoli (2014), o constitucionalismo garantista entende que a estipulação de princípios e direitos fundamentais em constituições rigidamente supraordenadas a todas as outras fontes equivale a uma imposição, à produção normativa em sua totalidade, de forma que seus limites e vínculos são aplicáveis às violações tal qual são as próprias regras.

3 A decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul no Agravo Nº 70077991693

O caso posto em análise no presente estudo consiste no julgamento efetuado pela Sétima Câmara Criminal no Agravo nº 70077991693, julgado em 30 de agosto de 2018, o qual reformou a decisão proferida, em 1º grau, nos autos de processo de execução criminal que tramitou na Vara Adjunta de Execuções Criminais da Comarca de Cruz Alta. Cumpre referir, por imposição de expressa legislação, que são apresentadas apenas as informações constantes do acórdão e da decisão recorrida, de natureza pública e constantes do sistema eletrônico do Tribunal, eis que inexistente decretação de sigilo.

A apenada E.F.L.R. requereu a conversão da pena privativa de liberdade para prisão domiciliar. À época da decisão ora analisada, a executada cumpria sua pena em regime semiaberto, pena esta que alcançava o total de 24 (vinte e quatro) anos de reclusão, e alegou o cumprimento dos requisitos para concessão da modalidade domiciliar, pois já havia efetivado o cumprimento de 11 anos, 6 meses e 23 dias. Alegou possuir, na data, uma filha menor de 12 (doze) anos de idade, enquanto que sua genitora, avó da menina, encontrava-se em péssimas condições de saúde. Isto é, a situação fática dos autos demonstrava, documentalmente, que a filha e a genitora da apenada necessitavam de seus cuidados, inexistindo pessoas

terceiras capazes de fazê-lo.

Consta na decisão que, inicialmente, a apenada teve seu primeiro pedido indeferido, com o fundamento de que não havia sido comprovada a excepcionalidade da situação fática em relação à filha.

Em sendo assim, foi realizado novo pedido de prisão domiciliar, indicando os fatos que levavam à configuração da excepcionalidade da condição da apenada em relação à sua filha menor que, desde a oportunidade, não poderia mais ficar sob os cuidados de sua avó, dado seu quadro de saúde, atestado mediante documento médico. Ainda assim, tal pedido foi, igualmente, indeferido em razão da necessidade de “*embasamento mais sólido*” e de juntada de atestado fornecido por médico especialista relatando a situação de sua genitora.

Posteriormente, realizou-se terceiro pedido, no qual se acostou ao feito executório um atestado firmado por médico especialista na área de neurologia a fim de melhor embasar e explicitar os fatos de maneira suficiente à concessão da prisão domiciliar, em razão de notória imprescindibilidade e excepcionalidade do pleito humanitário, que, então, foi documentado nos autos. Entretanto, sem mencionar os fatos relativos à saúde da genitora da apenada, novamente, o juízo de 1º grau indeferiu o pleito sob à fundamentação de que: (a) a constituição de advogada indicaria a possibilidade financeira de contratação de profissional para dispender de cuidados à família; (b) a apenada não teria comprovado a inexistência de irmãos, tios, vizinhos ou terceiros interessados em assistir a infante durante as noites; e (c) a apenada foi condenada por crime hediondo, Veja-se a decisão de indeferimento:

Neste contexto, conforme já mencionado em decisão anterior, pelo histórico da pena, ao que parece, a reeducanda tenta de toda forma encontrar motivos para se esquivar do cumprimento regular da pena. Outrossim, a reeducanda quanto intimada para informar o endereço do genitor de sua filha, relatou que não dispõe de informação acerca do endereço atual deste (fl. 668). Não se desconhece a importância do vínculo afetivo entre mãe e filho na formação da personalidade da criança. Por outro lado, a reeducanda em tela cumpre pena pela prática de delito hediondo e o salda de pena a cumprir é maior que a pena cumprida até o momento. Além disso, encontra-se no regime semiaberto, o que já constitui óbice para a concessão da prisão domiciliar, nos termos do art. 117, caput, da LEP. Assim, nota-se que a concessão da prisão domiciliar, ainda que até o livramento condicional, se mostra medida precipitada e representa uma violação ao princípio da isonomia em relação às

demais reeducandas em condições semelhantes. Ainda, segundo referido na peça das fls. 667/668, a criança durante o dia, realiza atividades escolares e recreativas, de maneira que a reeducanda pode exercer suas atividades laborais sem que a infante fique desassistida. Nessa senda, o maior problema residiria durante à noite, no entanto, não é crível que a reeducanda não tenha nenhum parente, vizinho ou terceira pessoa que possa assistir a infante somente no período noturno. É de se ressaltar que a apenada não comprovou a inexistência de irmão, tio(s) ou de qualquer outro(s) parente(s), apenas limitou-se a mencionar que não pode contar com o auxílio do genitor da filha e que desconhece o atual paradeiro deste. Por fim, se reeducanda possui condições de constituir defensor, leva-se ao raciocínio de que poderá contratar uma pessoa para os cuidados com a menor somente no turno da noite. A prisão domiciliar deve ser exceção e não regra capaz de solucionar toda e qualquer situação que atinja o reeducando ou o sistema prisional. Dessa forma, pelas razões expendidas, indefiro o pedido de prisão domiciliar².

Proferiu-se, pois, nos autos da ação posta em análise, uma decisão de indeferimento da conversão de pena privativa de liberdade em prisão domiciliar ao se mencionar, entre outros fatores, a condição de hediondez do tipo penal ao qual à apenada foi condenada – ainda que esta tenha, à época da decisão, cumprido mais de onze anos de pena sem o cometimento de qualquer falta disciplinar e reunisse todos os requisitos impostos pelo direito vigente para a obtenção da medida, de forma que a conversão pautada em condição humanitária se trata de uma garantia do apenado.

Ao se realizar a análise do andamento processual executório se extrai o posicionamento de que, a cada pedido, Judiciário passou a requerer novas exigências que justificassem o indeferimento do pleito, urgente e excepcional, pautado em condições humanitárias e garantias que assistiam a apenada no caso concreto, em que pese este estivesse acautelado na legislação vigente e devidamente embasado por fundamentos técnicos e fáticos – caso em que caberia à juíza, unicamente, efetuar a interpretação operativa das regras e a aplicação do direito vigente (FERRAJOLI, 2020).

A necessidade de limitação da interpretação das regras penais à operacionalidade e não à criação de um direito novo se dá, justamente, para evitar que sejam proferidos entendimentos alheios ao direito vigente que busquem a prevenção do risco simbólico, muitas vezes, atribuídos a tipos penais considerados, socialmente, reprováveis.

2 Decisão proferida nos autos do Processo de Execução Criminal nº 1772709-68.2009.8.21.0011, no dia 10/04/2018, cuja cópia integral e assinada está acostada ao **ANEXO I**, ao final.

Ocorre que, durante a aplicação das regras e a consideração das garantias inerentes aos apenados, limita-se o poder interpretativo do juiz aos fatos e fundamentos relacionados ao caso concreto, não sendo viável, do ponto de vista da teoria garantista desenvolvida por Luigi Ferrajoli (2011), a interpretação baseada na periculosidade inerente ao tipo penal abstrato – como se fez constar na decisão de primeiro grau acima colacionada, ao mencionar a hediondez do crime cometido pela apenada.

Diante do teor da decisão exarada em primeiro grau, houve interposição de agravo em execução criminal, visando a modificação da decisão do juízo *a quo* e, em sede recursal, o deferimento da conversão da pena privativa de liberdade em prisão domiciliar. O recurso, que tramitou sob o nº 70077991693 (Nº CNJ: 0164381-88.2018.8.21.7000) junto à 7ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, sob relatoria do Desembargador Carlos Alberto Etcheverry, foi integralmente provido, tendo sido publicado, em 30/08/2018, o seguinte acórdão³:

AGRAVO EM EXECUÇÃO. PRISÃO DOMICILIAR ESPECIAL. NÃO TAXATIVIDADE DAS HIPÓTESES DO ART. 117 DA LEP. INCIDÊNCIA DOS PRINCÍPIOS DA PROPORCIONALIDADE, DA RAZOABILIDADE E DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. A enumeração contida no art. 117 da LEP, que disciplina as hipóteses em que os apenados podem ser beneficiados com prisão domiciliar, não é taxativa, devendo o juiz, diante da análise do caso concreto, aplicar a solução mais adequada, à luz dos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da individualização da pena. As peculiaridades do caso e o comportamento carcerário da apenada indicam que a prisão domiciliar pode ser concedida sem risco de comprometer à reprimenda pelo delito cometido. AGRAVO PROVIDO.

Do inteiro teor do voto exarado pelo Des. Relator Carlos Alberto Etcheverry, ainda, se extrai a seguinte fundamentação:

Diante disso e considerando o comportamento carcerário exemplar da apenada, não vejo óbice à concessão da prisão domiciliar especial.

Ignorar a situação trazida a exame, implica em ignorar os riscos, inclusive de recolhimento da menor a um abrigo, o que extrapola em muito o sentido da reprimenda penal, ante a evidente violação ao princípio da intranscendência. Ademais, o abandono da mãe

3 Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **AGRAVO EM EXECUÇÃO PENAL Nº Nº 70077991693** (CNJ Nº 0164381-88.2018.8.21.7000). Porto Alegre, data. Relator: Des. Carlos Alberto Etcheverry. 30/08/2018. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?return=proc&client=wp_index. Acesso em 17/11/2020.

diante de uma doença irreversível também é inaceitável.

Ressalto, ademais, que não se pode fundamentar o indeferimento de um pedido, na ausência de prova de fato negativo, como exigir-se da apenada a prova de que não há qualquer outra pessoa capaz de assumir os cuidados com a sua mãe e com a sua filha neste momento.

A postulante alega que a menor não tem contato com o pai e que a avó paterna, que talvez pudesse ajudá-la, ao menos com a menina, faleceu no início do corrente ano (certidão de óbito à fl. 61).

Não há como exigir outras provas sobre tais circunstâncias, inclusive porque as alegações da apenada são extremamente verossímeis.

Também não se pode ignorar, que no Estado existem milhares de apenados em regime semiaberto em prisão domiciliar, inclusive por omissão do Estado em manter estabelecimentos adequados ao cumprimento da pena. Raros são aqueles que possuem comportamento carcerário semelhante ao de E., que, ironicamente, cumpre pena em uma das poucas comarcas que possui estabelecimento prisional adequado para detentos do regime semiaberto.

Por oportuno, consigno que a enumeração contida no art. 117 da Lei das Execuções Penais, que disciplina as hipóteses em que os apenados podem ser beneficiados com prisão domiciliar, não é taxativa, devendo o juiz, diante da análise do caso concreto, aplicar a solução mais adequada, à luz dos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da individualização da pena.

No caso dos autos, entendo possível humanizar a prestação jurisdicional sem comprometer a necessidade de resposta estatal à gravidade do crime praticado, com o cumprimento da pena aplicada.

Pelo exposto, concedo a prisão domiciliar especial para que E. F. L. R. possa permanecer em sua residência, nos períodos em que não estiver trabalhando, determinando ao juízo da execução que estabeleça as condições que entender pertinentes para a fiscalização do cumprimento da pena. (sem grifos no original)

Percebe-se, assim, que ao se promover o distanciamento da Comarca onde ocorreu o fato delituoso, o Judiciário atuou de forma a aplicar uma solução ao caso concreto que considera a incidência imprescindível dos princípios constitucionais da proporcionalidade, da razoabilidade e da individualização da pena, afastando-se do intento de prevenção de risco

que, supostamente, estaria ligado à hediondez do crime.

Em sede recursal, portanto, houve o reconhecimento da necessária humanização da prestação jurisdicional ao se analisar os fatos e fundamentos do caso concreto e se promover uma adequada interpretação operativa das regras incidentes no caso concreto.

3.1 Da prisão domiciliar humanitária como garantia do apenado: nulla poena sine necessitate

No *case* posto em análise, o juízo da Vara de Execuções Criminais da comarca de Cruz Alta/RS indeferiu, mais de uma vez, os pedidos de conversão da pena privativa de liberdade em pena restritiva de direitos sob o fundamento de ausência de comprovação e documentação específica em relação ao quadro de saúde da genitora da apenada. No entanto, quando houve a devida comprovação, o juízo limitou-se a indeferir o pedido sem mencionar que o quadro de saúde fora documentada nos autos, nos termos da sua determinação.

Em que pese apenada tenha sido condenada por crime hediondo, os elementos constantes nos autos demonstraram – nos termos do voto exarado em sede recursal – que a pena vinha sendo cumprida de maneira exemplar, sem que a apenada tenha respondido a processos administrativos disciplinares e tenha atuado profissionalmente de maneira regular. Por estas motivações, requereu-se sua colocação em prisão domiciliar para que assumisse os cuidados da filha menor de idade e, também, da genitora enferma, tratando-se, sobretudo, de medida humanitária.

Analisando-se o caso em conjunto com as regras inerentes ao direito vigente, entende-se viável a conversão pleiteada diante de interpretação extensiva e aplicação analógica do art. 318, inciso v, do Código de Processo Penal, também, nos termos do art. 3º do Código de Processo Penal, visto que a razão de existir do dispositivo mencionado é, essencialmente, a proteção da criança. Nesta senda, como a situação fática aspirava por uma medida que garantisse a melhor assistência à infante, por certo, adequada a aplicação do mesmo dispositivo legal por intermédio da analogia, baseando-se no princípio do melhor interesse da criança, expresso no art. 227 da Constituição Federal. Dizem os dispositivos:

Art. 3º A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais

de direito⁴.

Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:

I - maior de 80 (oitenta) anos;

II - extremamente debilitado por motivo de doença grave;

III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência;

IV – gestante;

V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos;

VI - homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos. (grifou-se)

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional n°65, de 2010)⁵

A hipótese também se amolda ao artigo 117, inciso III, da Lei de Execução Penal:

Art. 117. Somente se admitirá o recolhimento do beneficiário de regime aberto em residência particular quando se tratar de:

- condenado maior de 70 (setenta) anos;

II - condenado acometido de doença grave;

III - condenada com filho menor ou deficiente físico ou mental;

IV - condenada gestante.⁶

No mesmo sentido, a Convenção Internacional dos Direitos da Criança, ratificada pelo Brasil através do Decreto Presidencial 99.7101/90,

4 BRASIL. **DECRETO-LEI N° 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em 17/11/2020.

5 BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 17/11/2020.

6 BRASIL. **LEI N° 7.210, DE 11 DE JULHO DE 1984**. Lei de Execução Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em 17/11/2020.

prevê que deve sempre ser atendido o interesse maior da criança:

Artigo 3

1. Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança.
2. Os Estados-Partes se comprometem a assegurar à criança a proteção e o cuidado que sejam necessários para seu bem-estar, levando em consideração os direitos e deveres de seus pais, tutores ou outras pessoas responsáveis por ela perante a lei e, com essa finalidade, tomarão todas as medidas legislativas e administrativas adequadas.
3. Os Estados-Partes se certificarão de que as instituições, os serviços e os estabelecimentos encarregados do cuidado ou da proteção das crianças cumpram com os padrões estabelecidos pelas autoridades competentes, especialmente no que diz respeito à segurança e à saúde das crianças, ao número e à competência de seu pessoal e à existência de supervisão adequada.⁷

Ainda, registre-se a existência de parâmetros em outro diploma internacional, a saber, nas Regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras – as Regras de Bangkok⁸ –, destacando-se os trechos abaixo:

Regra 26

Será incentivado e facilitado por todos os meios razoáveis o contato das mulheres presas com seus familiares, incluindo seus filhos, quem detêm a guarda de seus filhos e seus representantes legais. Quando possível, serão adotadas medidas para amenizar os problemas das mulheres presas em instituições distantes de seu meio familiar.

Regra 28

Visitas que envolvam crianças devem ser realizadas em um ambiente propício a uma experiência saudável, incluindo no que se refere ao comportamento dos funcionários, e deverá permitir o contato direto entre mães e filhos. Se possível, deverão ser incentivadas visitas que

7 BRASIL. **DECRETO No 99.710, DE 21 DE NOVEMBRO DE 1990.** Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm#:~:text=DECRETO%20No%2099.710%2C%20DE,sobre%20os%20Direitos%20da%20Crian%3%A7a. Acesso em 17/11/2020.

8 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Regras de Bangkok:** regras das Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras / Conselho Nacional de Justiça; Coordenação: Luís Geraldo Sant’Ana Lanfredi - Brasília: CNJ, 2016.

permitam uma permanência prolongada dos filhos.

Não obstante a apenada estivesse em regime semiaberto, percebe-se, portanto, a plena viabilidade da concessão da medida de prisão domiciliar em consonância com a legislação vigente, os aparatos jurisprudenciais e as regras internalizadas a partir do direito internacional. Assim, tem-se que cabia à magistrada se limitar à aplicação das regras incidentes no caso concreto, sendo vedada a interpretação criativa vinculada à análise de um risco simbólico inerente ao tipo penal abstrato da condenação (FERRAJOLI, 2020).

Afinal, ao se promover a interpretação operativa do direito vigente, é imprescindível que se faça a devida consideração, neste norte interpretativo, dos princípios, garantias e direitos constitucionais que incidem sobre o caso concreto. Como observa Ferrajoli (2010), a sujeição do juiz à lei não é, como no velho paradigma positivista, uma sujeição à letra fria da lei, mas uma sujeição à lei enquanto válida, isto é, consonante com a constituição vigente. No modelo constitucional garantista, a validade deixa de consistir em um dogma associado à mera existência formal da lei, mas uma qualidade essencialmente ligada à coerência de seus significados com os elementos constitucionais que regem o ordenamento jurídico.

Para além da existência de regras autorizadoras da conversão de pena em questão, cumpre analisar que a teoria do garantismo penal sugere, inclusive, a viabilidade de superação ou, ao menos, redução da duração da pena privativa de liberdade. Neste ponto, Ferrajoli (2002, p. 331) aponta que a prisão se trata de instituição “*antiliberal, desigual, atípica, extralegal e extrajudicial, ao menos em parte, lesiva para a dignidade das pessoas, penosa e inutilmente aflictiva. Por isso resulta tão justificada a superação ou, ao menos, uma drástica redução da duração, tanto mínima quanto máxima, da pena privativa de liberdade*”.

E, precisamente, como meio de substituição às penas privativas de liberdade, Ferrajoli (2002, p. 336) sugere a experiência das chamadas “medidas alternativas”, dentre as quais, a prisão domiciliar:

Na perspectiva da superação da pena privativa de liberdade, o problema mais difícil é, obviamente, o tipo de pena que irá substituí-la. Auxilium nesta questão, como já tenho assinalado, as indicações provenientes da experiência das chamadas “medidas alternativas”: a prisão domiciliar, a limitação de fim de semana, a semiliberdade, a liberdade vigiada e outras semelhantes. Da forma como estão colocadas atualmente, já se disse, estas medidas não são efetivamente “alternativas”, precisamente porque não excluem, mas integram a

pena privativa de liberdade, no curso de cuja execução podem ser aplicadas de maneira inevitavelmente arbitrária e discriminatória. Mas que podem muito bem constituir, como ocorre em relação a algumas das atuais medidas de prevenção, uma alternativa à pena de prisão, se são elevadas à categoria de penas principais (...).

Por fim, cabe precisar que, se os dois primeiros axiomas pensados por Ferrajoli (2002), “*nulla poena sine crimine*” e “*nulla poena sine lege*” respondem a questão sobre “quando castigar”, existe, também, o axioma T12, que traz a máxima de que é nula a pena, se desnecessária, que responde a pergunta sobre “como punir”. De acordo com Ferrajoli (2002, p. 317), “*a formalização legal da pena constitui um pressuposto essencial também para sua minimização, conforme o critério, utilitarista e humanitário, expressado pela tese T12 nulla poena sine necessitate*”.

4 Do case em análise e da prisão domiciliar humanitária: a necessária preservação das garantias do apenado para afastamento da fundamentação de prevenção de risco, da vingança privada e da brutalização do apenado pela sociedade

O estudo de caso ora realizado envolve decisão na qual se decidiu pela manutenção da pena privativa de liberdade, indeferindo a conversão desta em prisão domiciliar, sob o fundamento, dentro outros, de que a apenada estaria em situação de cumprimento de pena pela prática de delito hediondo – a indicar, assim, o perigo abstrato inerente ao tipo penal da condenação.

Analisando-se o caso, percebe-se, inclusive, no acórdão exarado pelo Tribunal de Justiça gaúcho, que apenada – além de preencher os requisitos normativos para a concessão da medida – se tratava de pessoa com emprego regular, residência fixa, necessidade de dispensar cuidados à filha menor e à genitora idosa, que nunca respondera por falta disciplinar durante mais de onze anos de cumprimento de pena. Ainda assim, no entanto, se impunha em seu caso – e durante a análise de seu pedido – o risco simbólico e o perigo abstrato inerente ao tipo penal de sua condenação.

Trata-se, pois, de uma análise do juízo pautada, inclusive, nos efeitos da comoção local provocada pelos fatos que ensejara a execução analisada, tendo em vista que estes ocorreram da comarca e município de Cruz Alta, cidade composta pelo número de menos de sessenta mil

habitantes⁹, na qual, evidentemente, notícias voltadas a crimes contra a vida geram atenção da sociedade interiorana.

Tanto o é que, somente quando se promoveu o afastamento do pleito da cidade onde ocorreram os fatos – isto é, quando se recorreu ao TJ/RS – é que se pôde obter uma decisão voltada, unicamente, ao exercício de interpretação operativa do direito e aplicação das regras e garantias da apenada.

O caso, envolvendo a imprescindibilidade de concessão de prisão domiciliar humanitária à apenada que cumpre os requisitos para tanto, demonstra a necessidade de preservação das garantias do apenado para afastamento da fundamentação de prevenção de risco, da vingança privada e da decorrente brutalização do apenado pela sociedade – e, aliás, pelo próprio Judiciário. Indica, ainda, a importância de se analisar as implicações do risco em ambiente jurídico, afinal, como assevera Costa (2014, p.243), *“compreender a atuação do risco é essencial para a compreensão do fenômeno jurídico”*.

Percebe-se, no *case*, referência à hediondez do crime, mas não à situação fática concreta das condições de cumprimento e execução da pena, que ocorriam em estrito cumprimento das regras executórias. Deu-se maior atenção, portanto, à preservação da sensação de segurança local.

Segundo Bauman (2009), está-se diante de uma forte tendência que leva às pessoas sentirem medo e, inclusive, uma “obsessão maníaca” por segurança, o que soa controverso quando se percebe que, atualmente, as sociedades atuais são certamente as mais seguras que já existiram. Entretanto, ainda assim, as pessoas sentem-se mais amedrontadas e inseguras em comparação com tempos passados, havendo claro contraste entre a “evidência objetiva” e a realidade.

Neste compasso, entretanto, tal fenômeno pode ser explicado a partir do advento da sociedade de risco, esta caracterizada pelo tempo acelerado, descontinuidade, incerteza e complexidade. Fomentou-se, assim, com o surgimento das sociedades pós-industriais, sentimentos de insegurança e debilidade, uma nova perspectiva social na qual se desenvolveu um perfil punitivo “expansivo-caótico”. (COSTA, 2014)

Importa que se prevaleça o intento de operar uma interpretação normativa voltada aos elementos do caso concreto, como sugere Ferrajoli

9 Estimativa de acordo com o último censo realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, no ano corrente, publicado em seu *website* oficial, disponível em: <https://www.ibge.gov.br/cidades-e-estados/rs/cruz-alta.html>. Acesso em 18/11/2020.

(2020), sem que se desenvolva o discurso de prevenção do risco quando da prolação de decisões em sede de execução penal. Afinal, como observam Costa e Bonfigle (2015, p. 91), *“se os discursos forem considerados como formas de reproduzir a ideologia e as relações sociais de poder assimétricas, o resultado final será um sistema de dominação reproduzido no próprio discurso”*.

5 Considerações finais

Por consistir em um marco civilizatório em termos de garantias do apenado, a execução criminal traz consigo meios de defesa de direitos fundamentais inerentes à pessoa em situação de cumprimento de pena e, bem assim, promove a defesa de direitos fundamentais contra as maiorias transitórias, ainda que esta atuação venha se mostrar inconveniente.

É por isso que a aplicação das regras pelo judiciário em conformidade com as normas executórias e, mais que isso, com intento de se garantir a Constituição, se trata de uma condição mínima para que exista a viabilidade de uma democracia substancial.

Diante disso, é que se mostra imprescindível o afastamento do judiciário de noções acerca de risco abstrato e perigo simbólico que acompanham, muitas vezes, determinados tipos penais. Faz-se necessário, sim, que se promova tão somente a interpretação operativa das regras partindo-se da análise do caso concreto e da leitura da verdade possível de ser lograda a partir dos autos do processo em questão. Isto, afinal, a fim de se garantir os princípios constitucionais positivados da proporcionalidade, razoabilidade e individualização da pena.

A partir do estudo de caso realizado, afinal, se extrai que, ao se promover o distanciamento da Comarca onde ocorreu o fato delituoso, o Judiciário atuou de forma a aplicar as regras inerentes ao caso concreto e a situação específica posta em análise, sem fazer considerações de cunho moral. Afastou-se, portanto, do intento de prevenção de risco que, supostamente, estaria ligado à hediondez do crime e se reconheceu a necessária humanização da prestação jurisdicional ao se promover a interpretação operativa de regras.

Referências

BAUMAN, Zygmunt. **Confiança e medo na cidade**. Rio de Janeiro:

Jorge Zahar, 2009.

BONFIGLI, Fiammetta. COSTA, Renata Almeida da. SCHWARTZ, Germano. **A Aprovação do Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana: uma Análise Crítica da Criminalização da Discordância e Disputa Política na Espanha.** In: “Revista de Estudos Criminais”. Vol. 56. Jan-mar/2015. São Paulo: ITEC, 2015, p. 85-96.

CADEMARTORI, Sérgio. **Estado de Direito e Legitimidade: uma abordagem garantista.** 2ª ed. São Paulo: Editora Millenium | Editorial Studium, 2007.

COSTA, Renata Almeida. **Policontextualidade, risco e direito: abismos superáveis para o delineamento da criminalidade contemporânea.** In: MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura; SCHWARTZ, Germano. O Direito da Sociedade. Canoas: Ed Unilasalle, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** 3ª Edição – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y Garantias la ley del más débil.** Madrid: Trotta, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **La democracia a través de los derechos.** Madrid: Trotta, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. **Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia.** Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Carlos Bayón, Marina Gascón, Luis Prieto Sanchís y Alfonso Ruiz Miguel. Volume 1. Madrid: Trotta, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito vivente e direito vigente.** In: WENDT, Emerson; WENDT, Valquíria P. Cirolini. O direito vivo. Brasport: Rio de Janeiro, 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Agravo de Instrumento nº 0164381-88.2018.8.21.7000. Relator Des. Carlos Alberto Etcheverry, Sétima Câmara Cível, data de julgamento 30 ago. 2018.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL. Vara de Execuções Criminais de Cruz Alta. Sentença. Processo de Execução Criminal nº 1772709-68.2009.8.21.0011, data do julgamento 10 abr. 2018.

WACQUANT, Loïc; DURÃO, Susana. **O corpo, o gueto e o Estado penal:** entrevista com Loïc Wacquant, Apuntes de investigación/Ofícios y prácticas, p.113/145.

Artigo recebido em: 01.08.2024

Aceito para publicação em: 28.08.2024

DOI: <https://doi.org/10.46550/ilustracao.v5i8.380>