

Anne Michelle Schneider

O DIREITO HUMANO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL E AS DECISÕES
CRIMINAIS NO BRASIL: IMPRESSÕES À LUZ DA CRIMINOLOGIA
CRÍTICA E FEMINISTA

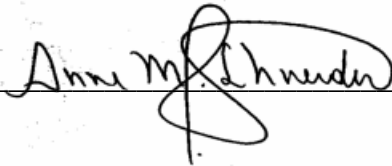
Universidade Fernando Pessoa,
Porto 2018

© 2018
Anne Michelle Schneider
TODOS OS DIREITOS RESERVADOS

Anne Michelle Schneider

O DIREITO HUMANO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL E AS DECISÕES
CRIMINAIS NO BRASIL: IMPRESSÕES À LUZ DA CRIMINOLOGIA
CRÍTICA E FEMINISTA

Assinatura: _____

A handwritten signature in black ink, reading "Anne M. Schneider", is written over a horizontal line. The signature is fluid and cursive, with a large loop at the end.

Dissertação apresentada à Universidade Fernando Pessoa como parte dos requisitos para obtenção do grau de Mestre em Criminologia, sob a orientação do Professor Doutor João Casqueira.

Universidade Fernando Pessoa,
Porto 2018

RESUMO

O presente trabalho teve como objetivo investigar as decisões judiciais criminais no Brasil à luz da criminologia crítica e feminista, por meio do recorte metodológico do direito humano ao devido processo legal. Para tanto, foram utilizados como método de abordagem o dedutivo, como processo de investigação o quali-quantitativo, como método de procedimento o monográfico, como técnica de pesquisa, a documentação indireta bibliográfica, de legislação e jurisprudência. Como pesquisa de campo, foram analisadas decisões criminais proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, que é a Corte Constitucional do Brasil. Delimitou-se como campo científico a criminologia crítica e a feminista, identificando-se a sua pauta reivindicatória contemporânea, que é a implementação dos direitos humanos com igualdade substancial para todos, destacando-se a reivindicação da igualdade de tratamento entre os gêneros e o papel do Poder Judiciário na implementação e garantia dessa igualdade. Na parte teórica, foi analisado o desenrolar da criminologia até a criminologia crítica e feminista e como o direito humano ao devido processo legal se insere nesse contexto. Na parte empírica, foi analisado como o princípio se materializa através da praxe judicial por meio das decisões judiciais criminais proferidas na Suprema Corte brasileira, procurando-se analisar eventuais diferenciações entre previsão e aplicação do direito não apenas conforme as diferenças de classes sociais, mas também segundo o gênero dos sujeitos e atores envolvidos em processos criminais. Isto, para finalmente verificar se a sua manifestação no trabalho judicial reflete a reprodução de preconceitos de classe social demonstrada pela criminologia crítica, bem como a violência e imposição do gênero masculino sobre o feminino, numa ótica feminista, analisando-se a violência do sistema punitivo sobre a mulher, enquanto grupo socialmente vulnerável, contraria, portanto, a finalidade das previsões legais. Ao final, buscou-se tecer considerações sobre a violência simbólica e real de dominação reproduzida pelo Poder Judiciário brasileiro não apenas de uma classe social sobre a outra, mas também do mundo masculino sobre o feminino, e como estes fatores de classe e gênero se inter-relacionam no sistema criminal.

Palavras-chave: Criminologia; Direitos Humanos; Devido processo legal; Poder Judiciário; Brasil.

ABSTRACT

The aim of the present work was to investigate criminal judicial decisions in Brazil in the light of the critical and feminist criminology, through the methodological cutting of human right to due process. For this reason, the method of approach was deductive, the process of research the qualitative quantitative, the writing process was monographic, and the technique of research was the indirect bibliographical documentation, of legislation and case law. As regards the research field, criminal decisions of the Federal Supreme Court, which is the Constitutional Court of Brazil, were analysed. The scientific field was the critical criminology and the feminist criminology, identifying its contemporary agenda requests, which are the implementation of human rights with substantial equality for all, emphasizing the claim of equality treatment between genders and the role of the judiciary in the implementation and guarantee of this equality. In the theoretical part, the development of criminology to the critical and feminist criminology and how the human right to due process is inserted in that context were analyzed. In the empirical part, it was studied how principles materialize through judicial work through the Criminal court decisions delivered in the Brazilian by the Supreme Court, seeking to analyze any differentiations between prediction and implementation of the right not only according to the differences in social classes, but also according to the gender of the subjects and actors involved in criminal proceedings. This, to finally verify that their manifestation in the judicial work reflects the reproduction of prejudices of social class demonstrated by the critical criminology, as well as the violence and imposition of the male gender on the feminine, in a feminist perspective, analyzing the violence of the punitive system on women, as a socially vulnerable group, thus contradicting the purpose of the legal prevision. In the end, it was sought to make considerations about the symbolic and real violence of domination reproduced by the Brazilian judiciary, not only of a social class on the other, but also of the male world over the feminine, and how these factors of class and gender interrelate in the criminal system.

Key words: Criminology; Human rights; Due process legal; Judicial decision; Brasil.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Jorge Schneider e Tânia Mara Schneider, pelo amor e apoio incondicional de sempre, sem os quais nada seria possível.

Aos meus irmãos Sílvio Rogério Schneider e Jacqueline Schneider, e meus sobrinhos e afilhados, Alice, Lara e Leandro, pela alegria e eterno incentivo e torcida.

Ao meu professor orientador, Dr. João Casqueira Cardoso, por ter aceitado a orientação, pela compreensão da minha trajetória, que foi fundamental para a conclusão deste ciclo.

Aos demais profissionais que participaram da pesquisa, que ao final do processo, tornaram-se também amigos, em especial, Eduardo Chinato Ribeiro.

A todos os amigos, colegas, alunos, professores que acompanharam essa jornada, cujos desafios, discussões, carinho e atenção muito estimularam este trabalho.

Ser professor, enfim, é isso: estudar e ser estudado. Estimular e ser estimulado. Crescer e fazer crescer. Que nunca percamos a fé na capacidade da educação para despertar o que há de humano no homem. Nem a humildade para aprender, explorar novos horizontes e arriscar novos voos.

INDÍCE GERAL

RESUMO.....	IV
ABSTRACT.....	V
AGRADECIMENTOS.....	VI
LISTA DE ABREVIATURAS.....	IX
INTRODUÇÃO.....	1
CAPÍTULO I – CRIMINOLOGIA, PRECONCEITO E DIREITOS HUMANOS	4
1. Evolução da criminologia até o paradigma da reação social – dos suplícios do corpo aos rótulos da alma.....	4
2. A rotulagem e as teorias do conflito – como transformar alguém em outsider e porque fazê-lo.....	13
3. A criminologia crítica e a reivindicação do óbvio – direitos humanos para todos os humanos.....	22
4. Criminologia feminista – mais do mesmo ou um novo ponto de viragem na criminologia.....	30
CAPÍTULO II – DIREITOS HUMANOS E O DEVIDO PROCESSO LEGAL – O CONTROLE DOS CONTROLADORES.....	34
1. Direitos Humanos.....	34
2. Os direitos humanos e a ordem jurídica interna brasileira.....	38
3. O devido processo legal como um legítimo direito humano que se presta ao controle do arbítrio dos atos estatais: conceito, origem e desenvolvimento, nuances.....	45
4. O devido processo legal: pontuando as diferenças entre o aspecto procedimental e o substancial.....	56
5. O devido processo legal no ordenamento jurídico brasileiro.....	67

6. A recepção do devido processo legal pela Constituição Federal de 1988.....	71
7. O devido processo legal no processo penal brasileiro.....	73
CAPÍTULO III – CONTRIBUIÇÃO EMPÍRICA.....	77
1. Objetivos do trabalho.....	77
2. Métodos utilizados.....	78
3. Documentos analisados.....	78
4. Procedimentos realizados.....	79
5. Resultados: análise e discussão.....	81
i. Análise de mérito do devido processo legal em processos criminais ou a eles diretamente relacionados.....	81
ii. Crimes.....	95
iii. Defesa.....	99
iv. Resultados dos julgamentos.....	99
v. Diferenças em função do gênero.....	100
v. Discussão Complementar.....	102
CONCLUSÃO.....	107
ANEXO 1.....	110
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	118

LISTA DE ABREVIATURAS

OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ	Tribunal de Justiça
TRF	Tribunal Regional Federal
CF	Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988
CP	Código Penal do Brasil, Decreto-Lei n. 2.848/1940
CPP	Código de Processo Penal do Brasil, Decreto-Lei 3.689/1941
INFOPEN	Levantamento de Informações Penitenciárias do Brasil
DEPEN	Departamento Penitenciário Nacional do Brasil
CNJ	Conselho Nacional de Justiça do Brasil
LMP	Lei Maria da Penha, Lei Federal n. 11.340/2006
LF	Lei do Feminicídio, Lei Federal n. 13.104/2015
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei Federal n. 8.069/1990
DUDH	Declaração Universal de Direitos Humanos de 1945
PIDCP	Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966
HC	Habeas Corpus
RHC	Recurso em Habeas Corpus
ADI	Ação Declaratória de Inconstitucionalidade
CPM	Código Penal Militar

CPPM	Código de Processo Penal Militar
ARE	Agravo em Recurso Extraordinário
ED	Embargos de Declaração

INTRODUÇÃO

Apesar das antigas preocupações de cunho espiritualista sobre o crime, refletidas na histórica luta do bem contra o mal, o desenvolvimento do pensamento criminológico é tributado ao jusracionalismo, berço da escola clássica, conhecida pela projeção dos ideais filosóficos, políticos e humanistas sobre o problema das penas, tendo como um dos seus principais precursores Beccaria, com a obra “Dos delitos e das penas” (1764), que buscou lançar luzes sobre a arbitrária e desigual aplicação da lei penal (Dias e Andrade, 2013, pp. 6-7).

Um século depois da obra de Beccaria, em meio à falência das expectativas iluministas no que toca ao combate à criminalidade e marcado pelo predomínio da concepção positivista da Ciência, foi publicada em 1876 a obra de Lombroso, *O homem delinquente*, inaugurando, com sua Antropologia Criminal, a escola da criminologia positivista, marcada pelo viés científico do método experimental (Dias e Andrade, 2013, p. 8; Andrade, 2003, p. 60).

Embora desenvolvimento da criminologia enquanto ciência não pode ser tomada em uma linha evolutiva absolutamente coerente e ininterrupta, para fins metodológicos é possível constatar, em linhas gerais, que do paradigma da criminologia humanista clássica, passamos ao paradigma etiológico da escola positivista e desta, ao paradigma da reação social, profundamente marcada pela teoria do *labelling approach* e pelas teorias sociológicas do conflito, acontecimentos que prepararam o campo para o desenvolvimento do paradigma da criminologia de base crítica, hoje desdobrado em vertentes de diversos matizes, dentre elas, acrescento as feministas.

Ao estudar a criminologia enquanto ciência, a autora do presente estudo se deparou com uma pergunta: onde encontrar, dentro das ciências penais, o discurso humanizado que traz consigo a resposta eficiente e absoluta ao desvio, não apenas no que toca às suas investigações, métodos, técnicas, objetivos, resultados e até mesmo linguagem, mas sobretudo humanizante, preocupado em prevenir e tratar a criminalidade, mas também em oportunizar, em devolver aos rotulados, excluídos, estigmatizados, moralmente aniquilados (os outsiders), a parcela de dignidade perdida (ou mesmo nunca usufruída), que incluísse dentro de suas prioridades práticas e discursivas não só o resgate dessa

humanidade perdida (ou mesmo negada), mas também a promoção de todos os homens e mulheres em direção ao desenvolvimento positivo e funcional de todas as suas potencialidades.

A resposta a essa inquietação ainda não foi encontrada, uma vez que o homem ainda não obtém uma resposta eficiente e definitiva para tratar, recuperar e finalmente humanizar os desviantes, tampouco sabe como prevenir completamente o desvio e oportunizar a todos e todas o desenvolvimento positivo e pleno de todas as suas capacidades e potencialidades. Não obstante, ao menos no que concerne ao tratamento a aqueles que desviaram, ao menos uma conquista civilizatória já pode ser, com segurança, mencionada, que é o reconhecimento da necessidade do oferecimento de limites ao Poder Judiciário na apuração da responsabilidade pelas infrações penais, que vem pelas mãos dos direitos humanos. Nesse contexto, partindo-se do movimento dentro da criminologia crítica e da criminologia feminista, que se preocupam com a concretização dos direitos humanos também e principalmente dentro sistema criminal, que sabidamente é reprodutor de violência real e simbólica, observou-se que o argumento do devido processo legal pode ser o instrumento por excelência para a contenção do arbítrio estatal e da violência inerente à aplicação a lei penal pelas agências de controle estatal: administradores, legisladores, e todos os atores que compõe o sistema de justiça, dentre os quais se destacam as polícias, os advogados, os membros do ministério público e os juízes.

A fim de dar conta deste desafio, no primeiro capítulo, para compreender o estado da arte na criminologia, exploramos, segundo o método dedutivo, e via pesquisa bibliográfica, em linha evolutiva, os principais paradigmas teóricos da criminologia, destacando alguns autores de referência em cada “escola”, até o florescer do pensamento crítico para, sem ignorar os funestos efeitos da conduta desviada sobre as vítimas e sobre a sociedade em geral, compreender, à luz da criminologia crítica e feminista, como a justiça criminal intervém nos conflitos ocasionados pela infração dos tipos penais (cometimento dos crimes). O foco, portanto, neste capítulo, foi extrair conceitos das correntes de pensamento que se ocuparam de dissecar as instâncias de criminalização secundária, e dentre estas, as agências formais estatais, em que se localiza o Poder Judiciário, e como essa agência específica, o Poder Judiciário, opera na produção da criminalização secundária.

Tendo em conta que a baliza maior de atuação das agências estatais criminais é a lei, contexto em que os direitos humanos se inscrevem como ponto nevrálgico – segundo Gomes Canotilho, são o verdadeiro coração pulsante de todo o ordenamento jurídico (pela força da expressão, ousamos aqui reproduzir a frase proferida pelo ilustre professor na aula inaugural da especialização em Direitos Humanos havida em janeiro de 2018, no Instituto Ius Gentium Conimbrigae, da Universidade de Coimbra, curso no qual a pesquisadora teve a honra de ser auditora) – foi escolhido, como argumento a ser estudado no segundo capítulo, o direito humano ao devido processo legal, por ser elemento limitativo central no processo penal, instrumento segundo o qual opera o Poder Judiciário para aplicação da norma penal, e consequentemente, para a produção da criminalização secundária. Assim, neste capítulo, também segundo o método dedutivo, e via pesquisa bibliográfica, o estudo foi focado nos direitos humanos, em como eles se inserem no ordenamento jurídico brasileiro, e especialmente no que concerne ao direito humano ao devido processo legal, no seu conceito, origens, desenvolvimento, nuances, nas diferenças entre os aspectos procedimentais e substanciais do instituto e como ele se impõe e opera no ordenamento jurídico brasileiro e principalmente no processo penal brasileiro.

Compreendidos os motivos da escolha do devido processo legal como argumento a ser estudado, bem como onde o estudo é pertinente dentro do pensamento criminológico, no capítulo terceiro, segundo procedimento descrito mais adiante, foram selecionadas 100 decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal do Brasil, decisões essas que enfrentam o argumento do devido processo legal no processo penal, direta ou indiretamente, segundo o controle difuso ou concentrado de constitucionalidade. Partindo-se da premissa que essas decisões ofereceram elementos para a compreensão de como o Poder Judiciário brasileiro atua no sistema criminal, segundo a metodologia quali-quantitativa, as decisões foram analisadas, em seu conteúdo, segundo a tipologia penal (tipo de crime), a organização da defesa, a iniciativa recursal, o status social e o gênero dos atores envolvidos. Os resultados dessa pesquisa podem ser verificados no terceiro capítulo.

CAPÍTULO I – CRIMINOLOGIA, PRECONCEITO E DIREITOS HUMANOS

Procurou-se aqui fazer uma breve reconstrução histórica da própria criminologia, desde os primórdios até a criminologia crítica, conduzindo uma reflexão sobre a evolução do pensamento do fenômeno criminal e seus limites, suas finalidades, procurando ao final, demonstrar a conexão do pensamento criminológico atual com o discurso do respeito aos direitos humanos, que não se dirigem apenas aos “humanos direitos”, mas a todos os humanos, tema urgente na “era do grande encarceramento”.

1. Evolução da criminologia até o paradigma da reação social – dos suplícios do corpo aos rótulos da alma

Conforme ensina Sykes, citado por Dias e Andrade (2013, p. 3), para estudar o crime, deve-se ter em mente que as descobertas científicas trazem consigo as marcas do tempo e lugar. Assim, a história da criminologia é marcada pela “sucessão, alternância ou confluência de métodos, técnicas de investigação, áreas de interesse, envolvimento teóricos e ideológicos”, que se refletem nas escolas criminológicas (Dias e Andrade, 2013, p. 3).

A mais antiga abordagem sobre o crime é de cunho espiritualista. Enfatiza, pois, o conflito entre o Bem e o Mal, atribuindo o comportamento criminoso à possessão de espíritos demoníacos. Todavia, o problema dessa abordagem é que, por se tratar do estudo do “sobrenatural”, ela não pode ser testada segundo os métodos cientificamente validados, já que deita suas raízes em crenças de tipo religioso, conhecimento compartilhado até hoje por alguns grupos sociais, sobretudo religiosos (Baratta, 2011).

No decorrer da história, inúmeros autores e filósofos demonstraram preocupação com o crime e seus problemas – Platão via no crime, o sintoma de uma doença, Aristóteles considerava o criminoso inimigo da sociedade, São Tomás de Aquino via na miséria a sua causa, Della Parte se ateve a conexões entre o formato do rosto e os crimes, anunciando o que viria a ser desenvolvido por Lombroso.

Contudo, o início da criminologia, enquanto ciência, é tributado ao jusracionalismo, berço da escola clássica, que ficou conhecida pela projeção dos ideais filosóficos, políticos e humanistas sobre o problema do crime (Dias e Andrade, 2013, p. 6-7), lançando luzes sobre a arbitrária e desigual aplicação das lei penal, variável em grau e

intensidade segundo a condição social do acusado, assentada prioritariamente na expiação moral do indivíduo e na intimidação coletiva, bem como sobre a aplicação da pena de forma barbarizada, arbitrária, e prodigalizada em castigos corporais, que frequentemente culminavam na morte, procedimentos estes que eram lastreados por investigações sigilosas, ardilosas, articuladas mediante um processo penal inquisitorial, secretamente realizado e sacramentado em provas ilegais, absolutas, com a confissão não raramente obtida mediante tortura, a qual era coroada como a rainha das provas, legitimando de modo absoluto e irreversível o espetáculo e a barbárie medieval (Bisoli Filho, 1997, p. 9 – desenvolvido).

O período da escola clássica vai dos séculos XVIII ao XIX e marca a transição do antigo regime, absolutista e feudal, para o período capitalista e do Estado de Direito Liberal na Europa. Em oposição ao panorama medieval, propõe de forma enfática a reformulação dos pressupostos do Direito Penal e do Processo Penal de acordo com a concepção liberal do Estado de Direito, com fundamento nas teorias do contrato social, da divisão de poderes, da humanidade das penas e no princípio utilitarista da máxima felicidade para o maior número de pessoas, orientando-se pela busca da segurança individual contra a arbitrariedade do Príncipe e na direção da instauração de um regime estrito de legalidade Penal e Processual Penal que mitigasse a incerteza punitiva (Andrade, 2003, p. 49).

Nesse horizonte, são considerados “pioneiros da criminologia” Jeremy Bentham (Inglaterra), Feuerbach (Alemanha), Beccaria (Itália), entre outros, que na tentativa de alterar a barbárie acima descrita, se debruçaram sobre a teoria do crime, sobre o direito penal e sobre a pena, conduzindo estudos que buscavam tornar o panorama legislativo mais justo, humano e racional (Sykes, 1974, p. 207; Baratta, 2011, p. 31).

A obra de Beccaria, em especial, simboliza “um projeto de refundação do Direito e da Justiça Penal e, com ele, uma promessa de segurança jurídica individual para a modernidade” (Andrade, 2003, p. 52). Para Carvalho (2015, p. 135), “o rompimento com a tradição inquisitorial de suplícios e de expiações, experiência que identifica o processo penal do Medievo, marca formalmente a vitória da racionalidade e do humanismo advogados pelos filósofos das Luzes”.

Com sua peculiar dramaticidade, Foucault chamou a atenção para o resultado das reformas iluministas, que culminaram no progressivo desaparecimento dos suplícios, para a tendência a punições menos diretamente físicas e até para o avanço de “uma certa discrição na arte de fazer sofrer, um arranjo de sofrimentos mais sutis, mais velados e despojados de ostentação ” (2005, p. 11-12). Nesse norte, Foucault defende que doutrina iluminista buscava eliminar o corpo supliciado, esquartejado, marcado, exposto vivo ou morto, espetacularizado em cerimônias que ultrapassavam em selvageria a violência do crime praticado, fazendo o carrasco parecer um criminoso e os juízes os assassinos, e que a partir do humanismo racionalista, a execução pública passa a ser encarada como uma “fornalha em que se acende a violência” (2005, p. 11-13), violência essa que a justiça não quer mais assumir publicamente, pois conforme adverte Foucault, se é indecoroso ser punido, também é pouco glorioso punir, motivo pelo qual a execução da pena foi delegada a setor autônomo, apartado do Judiciário, redistribuição de papéis que foi decisiva para a crença de que os juízes não punem, antes, corrigem, reeducam e curam, numa técnica discursiva que é denunciado por Foucault por recalcar, na pena, a expiação do mal, libertando os juízes do vil ofício de castigadores. Tratava-se de uma nova era para o direito penal, com o surgimento de novas teorias sobre a lei e sobre o crime, novas justificativas morais e políticas para o direito de punir, abolição de antigas ordenanças, eliminação dos costumes, elaboração de códigos mais modernos na Rússia (1789), Prússia (1780), Pensilvânia (1780), Áustria (1788), França (1791), etc (Foucault, 2005, p. 11-13).

No humanismo racionalista, portanto, a lei deveria refletir os direitos naturais do homem, preocupação caracterizada em dois postulados clássicos: (i) o uso do direito penal como sistema de contenção do Estado e (ii) a ideia do crime mais como uma realidade de direito do que de fato (Dias e Andrade, 2013, p. 6-8). O legado do iluminismo para o sistema penal foi, portanto, a promessa da formulação de um novo Direito Penal e de uma nova Justiça Penal lastreadas, agora, na humanidade, na legalidade e na segurança jurídica e individual (Andrade, 2003, p. 52).

Contudo, apesar de inspiradoras, as promessas de humanização dos castigos não foram cumpridas, pois como denunciado por Foucault, através das reformas iluministas, os suplícios apenas mudaram de foco, que passou do corpo do condenado para a sua alma,

sofisticando e prolongado no tempo a arte de punir e de fazer sofrer (Foucault, 2005, p. 11-16).

A história denota que as práticas punitivas foram ao longo do tempo se tornando pudicas, sendo mandamento não tocar mais no corpo, ou toca-lo o mínimo possível, para atingir nele algo que não é o corpo propriamente dito, substituindo o suplício do corpo, pelo suplício da alma, transmutando o castigo da “arte das sensações insuportáveis” para a “economia dos direitos suspensos” (Foucault, 2005, p. 11-16).

Ao tratar do marco representado pela escola clássica, com um viés sensivelmente diverso do explorado por Foucault, mas de igual importância para caracterizar a criminologia da escola clássica, Alessandro Baratta (2011, p. 31) adverte:

(...) a escola liberal clássica não considerava o delinquente como um ser diferente dos outros, não partia da hipótese de um rígido determinismo, sobre a base do qual a ciência tivesse por tarefa uma pesquisa etiológica sobre a criminalidade, e se detinha principalmente sobre o delito, entendido como conceito jurídico, isto é, como valoração do direito e, também, daquele pacto social que estava, segundo a filosofia política do liberalismo clássico, na base do Estado e do direito. Como comportamento, o delito surgia da livre vontade do indivíduo, não de causas patológicas, e por isso, do ponto de vista da liberdade e da responsabilidade moral pelas próprias ações, o delinquente não era diferente, segundo a Escola clássica, do indivíduo normal. Em consequência, o direito penal e a pena eram considerados, na escola clássica não tanto como meio para intervir sobre o sujeito delinquente, modificando-o, mas sobretudo como instrumento legal para defender a sociedade do crime, criando, onde fosse necessário, um dissuasivo, ou seja, uma contramotivação em face do crime. Os limites da cominação e da aplicação da sanção penal, assim como as modalidades de exercício do poder punitivo do Estado, eram assinalados pela necessidade ou utilidade da pena e pelo princípio da legalidade.

Nessa perspectiva, para Baratta (2011, p. 31):

(...) as escolas liberais clássicas se situavam como uma instância crítica em face da prática penal e penitenciária do *ancien régime*, e objetivavam substituí-la por uma política criminal inspirada em princípios radicalmente diferentes (princípio da humanidade, princípio da legalidade, princípio da utilidade).

Um século depois da obra de Beccaria, em meio à falência das expectativas iluministas no que toca ao combate à criminalidade, das transformações do Estado em direção ao intervencionismo na ordem econômica e social, do declínio do jusnaturalismo, do evolucionismo de Darwin, e do predomínio da concepção positivista da Ciência, foi publicada em 1876 a obra de Lombroso (“O homem delinquente”), inaugurando, com sua Antropologia Criminal, a escola da criminologia positivista (Dias e Andrade, 2013, p. 8; Andrade, 2003, p. 60).

Sobre o período, destaca Andrade (2004, p. 25):

A primeira e célebre resposta sobre as causas do crime foi dada pelo médico italiano LOMBROSO que sustenta, inicialmente, a tese do criminoso nato: a causa do crime é identificada no próprio criminoso. Partindo do determinismo biológico (anatômico-fisiológico) e psíquico do crime e valendo-se do método de investigação e análise próprio das ciências naturais (observação e experimentação) procurou comprovar sua hipótese através da confrontação de grupos não criminosos com criminosos dos hospitais psiquiátricos e prisões sobretudo do sul da Itália, pesquisa na qual contou com o auxílio de FERRI, quem sugeriu, inclusive, a denominação “criminoso nato”. Procurou desta forma individualizar nos criminosos e doentes apenas anomalias sobretudo anatômicas e fisiológicas⁵ vistas como constantes naturalísticas que denunciavam, a seu ver, o tipo antropológico delinquente, uma espécie à parte do gênero humano, predestinada, por seu tipo, a cometer crimes.

Marcam a escola da criminologia positivista, as teorias desenvolvidas na Europa entre o final do século XIX e o começo do século XX, especialmente no âmbito da filosofia e sociologia do positivismo naturalista, destacando-se os seguintes autores: Gabriel Tarde (França), Von Ligt (Alemanha) e Lombroso, Ferri e Garofalo (Itália) (Baratta, 2011, p. 32).

A discussão passa, então, do sistema legal para o delinquente e para a penitenciária (Dias e Andrade, 2013, p. 8) e, na base desse novo paradigma, que ficou conhecido como paradigma etiológico, positivista, posto que derivada das Ciências Naturais, definia-se criminologia como uma ciência causal-explicativa, que tinha por objeto a investigação das causas da criminalidade conforme o método experimental, de forma a aceitar o direito penal de forma acrítica, que era visto como realidade ontológica preconstituída (direito penal como receptor e refletor dos “delitos naturais”), agindo no sentido de reconhecê-los e positivá-los (Vera Andrade, 2003, p. 198).

A guinada ao paradigma etiológico da criminologia “se encontra associado à tentativa de conferir à disciplina o estatuto de uma ciência segundo os pressupostos epistemológicos do positivismo e ao fenômeno, mais amplo, de cientificização do controle social” (Andrade, 2003, p. 61). Desse modo, segundo Mazda, citado por Vera Andrade (2003, p. 199), os criminólogos positivistas conseguiram fazer o que parecia impossível, desvinculando o estudo da criminalidade do estudo do funcionamento e da teoria do Estado e, uma vez feito isso, o programa de investigação ficou relativamente esclarecido, sobretudo a respeito do que não seria investigado pela Criminologia (campo político e social).

Apesar de atualmente criticado, Lombroso marcou a criminologia por introduzir nesta o método científico, dando ensejo ao nascimento da criminologia científica enquanto

ramo de conhecimento construído segundo o método experimental, que para os positivistas constitui a chave de todo o conhecimento (Dias e Andrade, 2013, p. 8-18).

A criminologia positivista se ocupou, portanto, em compreender o crime não a partir do livre arbítrio, mas a partir de determinismos causais, justificado por Ferri, conforme adverte Andrade, no fato de que o crime revela sobretudo a personalidade perigosa e anormal do criminoso, causalmente determinada, devendo a ela ser dirigida uma adequada defesa da sociedade (Andrade, 2003, p. 66-67). No paradigma da criminologia etiológica, portanto, “existe um meio natural de comportamentos e indivíduos que possuem uma qualidade que os distingue de todos os outros” (Andrade, 2003, p. 199). A defesa dos Direitos Humanos reivindicada pela escola clássica foi substituída pela defesa da sociedade em face de indivíduos supostamente naturalmente criminosos, cabendo a essa nova ciência, portanto, descobri-los e trata-los (Andrade, 2003, 61 – desenvolvido).

Da obra de Alessandro Baratta (2011, p. 29), destaca-se:

A novidade de sua maneira de enfrentar o problema da criminalidade e da resposta penal a esta era constituída pela pretensa possibilidade de individualizar “sinais” antropológicos da criminalidade e de observar os indivíduos assim “assinalados” em zonas rigidamente circunscritas dentro do âmbito do universo social (as instituições totais, ou seja, o cárcere e o manicômio judiciário). A este fato novo na história da ciência pode-se associar o início de uma nova disciplina científica. Por isso, tende-se a ver nas escolas positivistas o começo da criminologia como uma nova disciplina, isto é, um universo de discurso autônomo. Este tem por objeto não propriamente o delito, considerado como conceito jurídico, mas o homem delinquente, considerado como um indivíduo *diferente* e, como tal, clinicamente observável.

O discurso criminológico produzido sob a égide positivista é, portanto, causalista, compreende a criminalidade como fenômeno natural, causalmente determinado, cabendo aos criminólogos positivistas a tarefa de explicar as suas causas segundo o método científico ou experimental, com o auxílio das estatísticas criminais oficiais, e, nesse horizonte, também descobrir os remédios para mitigá-la, ou seja, “indaga, fundamentalmente, o que o homem (criminoso) faz e porque o faz” (Andrade, 2004, p. 25). Nesse contexto, desempenhou importante papel na legitimação da estrutura e instituições punitivas e de saber penal, funcionando como auxiliar do direito penal, justificando o poder punitivo em nome da defesa social, que na escola clássica foi deixada em segundo plano, importando agora não só a diminuição das penas (bandeira da escola clássica), mas principalmente a diminuição dos delitos, que viria com a

descoberta de suas causas (missão da escola positiva) (Andrade, 2003, p. 97-100). No mesmo sentido, Salo de Carvalho, citando Cohen, afirmou: “o conhecimento criminológico (criminologia científica, criminologia positivista) sempre foi altamente utilitário: um elaborado alibi para justificar o exercício do poder” (Carvalho, 2013, p. 285).

A negação do livre-arbítrio, o determinismo, a previsibilidade dos fenômenos humanos, a crença na separação entre ciência e moral, na neutralidade da ciência, na unidade do método, como método-indutivo-quantitativo, são signos que marcam a investigação criminológica positivista (Dias e Andrade, 2013, p. 8-18).

Destaca-se ainda que a essa escola é tributária da ideologia do tratamento coativamente imposto, como instrumento de política criminal, que ainda hoje “não pode ser considerada totalmente superada e cujos perigos estão longe de se considerar definitivamente neutralizados” (Dias e Andrade, 2013, p. 8-18).

Sobre o tema, conforme Baratta (2011, p. 30), na sua origem, a criminologia positivista tem como função:

(...) individualizar as causas desta diversidade, os fatores que determinam o comportamento criminoso, para combatê-los com uma série de práticas que tendem, sobretudo, a modificar o delinquente. A concepção positivista da ciência como estudo das causas batizou a criminologia.

Alerta ainda Baratta (2011, p. 30):

(...) o modelo positivista da criminologia como estudo das causas os dos fatores da criminalidade (paradigma etiológico) para individualizar as medidas adequadas para removê-los, intervindo sobretudo no sujeito criminoso (correcionalismo), permanece dominante dentro da sociologia contemporânea.

Com a ascensão da Escola Positivista no século XIX, Sykes (1974, p. 207) afirma que a criminologia começou a se afastar do domínio dos pensadores da lei, passando o direito a ser de domínio exclusivo dos juristas, migrando a criminologia para o domínio das ciências sociais, mais especificadamente dos sociólogos. Isso se deveu, conforme Sykes (1974, p. 207) em parte, porque os juristas são treinados para a ação, enquanto os sociólogos, por formação, estão mais adaptados ao acúmulo de conhecimento, sendo ensinados a testar suas ideias e compartilhar seus conhecimentos, estavam, portanto, mais adaptados a refletir sobre a criminalidade enquanto fenômeno social. Em consequência, ainda no século XIX, as teorias sociológicas começaram a ganhar

predominância sobre as teorias da escola positivista, preparando o terreno para a troca de paradigma, antecipando a negação da ideologia da defesa social e diferenciando-se do paradigma positivista: (i) por tratar o crime como fenômeno coletivo, sujeito, às leis do determinismo sociológico e, portanto, previsíveis; (ii) por reconhecer a miséria, o ambiente moral e material, a educação e a família como causas sociológicas do crime; e (iii) por aplicar e desenvolver métodos e instrumentos próprios que singularizam a sociologia criminal, especialmente a recolha e interpretação de dados estatísticos (Sykes, 1974, p. 207, Andrade, 2003, p. 198).

Nesse contexto, os novos conhecimentos sociológicos americanos auxiliados pelas novas teorias europeias da época (teorias psicanalíticas, estrutural funcionalista do desvio e da anomia, das subculturas delinquentes, das técnicas de neutralização, do *labelling approach*, da sociologia do conflito), oportunizaram novas abordagens criminológicas, que implicaram a negação da ideologia da defesa social preconizada pela escola positivista, culminando no entrincheiramento de seus postulados mais caros, como o princípio do bem e do mal, o princípio da culpabilidade, o princípio da legitimidade, o princípio da igualdade, o princípio do interesse social e do delito natural, o princípio do fim e da prevenção (Andrade, 2003, p. 200-202; Baratta, 2011, p. 32).

O questionamento do *princípio do bem e do mal* acontece por meio da teoria funcionalista da anomia, que não imputa a causa do desvio nem à patologia individual nem à patologia social; considera o desvio, até um certo limite, um “fenômeno normal” de toda a estrutura social, que pode até ser considerado parcialmente positivo devido ao seu caráter inovador e se torna negativo apenas quando ultrapassa determinados limites (Andrade, 2003, p. 200).

O *princípio da culpabilidade* é confrontado com as teorias das subculturas criminais, que entendem o comportamento desviante não a partir de uma atitude interior reprovável, mas a partir de processos de socialização e aprendizagem específicos dos meios em que os desviantes estão inseridos, dinâmica essa que transcendem o poder de decisão individual de cada um (Andrade, 2003, p. 201).

O *princípio da legitimidade* é posto em cheque pelas teorias psicoanalíticas da criminalidade e do Direito Penal, “pois os mecanismos psicossociais da pena por elas ressaltados, como, por exemplo, a projeção do mal e da culpa no “bode expiatório”,

substituem as funções preventivas e éticas nas quais se baseia a ideologia penal tradicional” (Andrade, 2003, p. 202).

O *princípio da igualdade* também é refutado pela teoria do *labelling approach*, que entende o desvio e a criminalidade não como realidades ontológicas preconstituídas e identificáveis pelas agências de controle do sistema penal, mas como um *status* social imputado ao indivíduo pelas agências oficiais de controle, através do processo que chamam de etiquetamento, de rotulagem, ou seja, o *labelling* (Andrade, 2003, p. 201-202).

No rastro do *labelling*, portanto, o princípio da igualdade, que é a base da ideologia do Direito Penal, é posto em dúvida, pois a minoria criminal que aparece etiquetada é resultado antes de um processo altamente seletivo e desigual dentro da população total, do que em razão de seu comportamento. Se existe uma cifra negra de criminalidade que não é investigada e punida, não é o comportamento efetivo do indivíduo uma condição suficiente para a rotulação, mas sim o processo de seletividade do sistema (Andrade, 2003, p. 201-202).

O *princípio do interesse social e do delito natural* é desconstruído pelas teorias do conflito que, desenvolvidas sobre as bases da teoria do *labelling approach*: (i) localizam verdadeiras as variáveis da distribuição de poder nos grupos sociais a partir da estratificação social e dos conflitos de interesse; (ii) concluem que a distribuição do status de criminoso é desigual na sociedade, bem como é desigual também a própria distribuição do poder de rotular; (iii) denunciam que o processo de elaboração da lei penal (criminalização primária) e de sua aplicação (criminalização secundária) não é direcionado para toda a sociedade civilizada, mas dirigido por interesses dos grupos que detêm o poder; (iii) afirmam “que o caráter político (relativo à violação de determinadas ordens econômico-político-contingentes) não é prerrogativa de um pequeno número de delitos “artificiais”, mas do fenômeno total da criminalidade como realidade social criada através de processos de criminalização” (Andrade, 2003, p. 201-202).

O *princípio do fim e da prevenção* também é questionado pelas investigações acerca da efetividade dos fins atribuídos à pena, com resultados que contestam “a função reeducativa da pena e a ideologia do tratamento com o conceito mesmo de reeducação e ressocialização”, agregando aos objetos de estudo da sociologia, além destes

mencionados, também os resultados estigmatizantes das sanções impostas, conhecidas como criminalização secundária e também a reincidência (Andrade, 2003, p. 202-20).

2. A rotulagem e as teorias do conflito – como transformar alguém em outsider e porque fazê-lo

Dias e Andrade, invocando Mannhen, alertaram para o fato interessante de que as grandes viradas metodológicas da história da criminologia ocorreram nos anos sessenta dos séculos XVIII (Beccaria, 1764), XIX (Lombroso, 1876) e XX (teorias do *labelling approach* e teorias sociológicas do conflito) (Dias e Andrade, 2013, 42; Andrade, 2003, p. 203).

A teoria do *labelling approach* é, pois, fundamental para compreender a virada metodológica que transpôs o paradigma etiológico da escola positivista, fulcrado no causalismo, no determinista, e na orientação para a defesa social, para o paradigma da reação social, direcionando o objeto das investigações criminais para os processos de seleção operados tanto por instâncias formais estatais como informais, enfocando, portanto, com o modo como a sociedade responde ao delito e porque o faz (Dias e Andrade, 2013, 365). Essa virada metodológica foi descrita por Dias e Andrade (2013, p. 43) da seguinte forma:

As questões centrais da teoria e da prática criminológicas deixam de se reportar ao “delinquente” ou mesmo ao “crime”, para se dirigirem sobretudo ao próprio sistema de controle, como conjunto articulado de instâncias de produção normativa e de audiências de reação. Em vez de perguntar “por que é que o criminoso comete crimes”, passa a indagar-se primacialmente porque é que determinadas pessoas são tratadas como criminosos, quais as consequências desse tratamento e qual a fonte da sua legitimidade. Não são, em síntese, os “motivos” do delinquente, mas os critérios (os mecanismos de seleção) das agências ou instâncias de controle que constituem o campo natural dessa nova criminologia.

No que toca à ruptura metodológica e epistemológica proporcionada pelo *labelling*, denunciam Dias e Andrade (2013, p. 43):

Igualmente expressiva foi a ruptura metodológica e epistemológica com a criminologia tradicional. Ela significa, desde logo, o abandono do paradigma etiológico-determinista (sobretudo no plano individual) e a substituição dum modelo estático e descontínuo de abordagem do comportamento desviante por um modelo dinâmico e contínuo. E traduz-se por outro, na desvalorização das estatísticas oficiais como instrumento fundamental de acesso à “realidade” do crime, por isso elas colocavam necessariamente aporias insuperáveis dum ponto de vista gnoseológico.

A teoria do *labelling approach* impôs também a ruptura com o monismo cultural, pois conforme Dias e Andrade (2013, p. 43):

As normas penais passam a ser vistas numa perspectiva de pluralismo axiológico ou mesmo de conflito, como expressão do domínio de um grupo ou classe. Em resumo, o direito criminal passa agora a ser encarado como um instrumento nas mãos de *moral entrepreneurs* (Becker) ao serviço dos interesses dos detentores do poder.

Para Vera Andrade, que se fundamenta em Baratta, Pablos de Molina, Hassemer, Hulsman e Alvarez (2003, p. 205-206):

O labelling parte dos conceitos de “conduta desviada” e “reação social”, como termos reciprocamente interdependentes, para formular sua tese central: a de que o desvio – e a criminalidade – não é uma qualidade intrínseca da conduta ou uma entidade ontológica preconstituída à reação (ou controle social), mas uma qualidade (etiqueta) atribuída a determinados sujeitos através de complexos processos de interação social; isto é, de processos formais e informais de definição e seleção. Uma conduta não é “em si” ou “per si” (qualidade negativa ou nocividade inerente) nem seu autor, um criminoso por traços de sua personalidade (patologia). O carácter criminal de uma conduta e a atribuição de criminoso a seu autor depende de certos processos sociais de “definição”, que atribuem à mesma um tal carácter, e de “seleção”, que etiquetam um autor como delinquente. Consequentemente não é possível estudar a criminalidade independente destes processos. Por isso mais apropriado que falar da criminalidade (e do criminoso) é falar da criminalização (e do criminalizado) e esta é uma das várias maneiras de construir a realidade social.

Assim, o estudo do crime e do criminoso foi marginalizado em razão da centralidade ocupada pelos mecanismos de seleção, o que implicou a ruptura metodológica e epistemológica com a criminologia tradicional, com o modelo de criminologia de consenso, passando o direito penal a ser visto como instrumento “a serviço dos interesses dos detentores do poder” (Dias e Andrade, 2013, p. 41).

São características relevantes do *Labelling Approach* o recurso ao modelo e ao vocabulário da dramaturgia, o uso de técnicas de investigação própria da microsociologia e a rejeição do pensamento determinista, bem como a superação da abordagem estática da identidade individual, tanto na análise do comportamento (compreensão dos outros) como na análise da identidade individual (que um indivíduo tem sobre si) (Dias e Andrade, 2013, p. 41).

Na perspectiva interacionista simbólica com o que a teoria do *Labelling Approach* dialoga, a *identidade individual* “não é um dado, uma estrutura sobre a qual actuam “causas” endógenas ou exógenas” (Dias e Andrade, 2013, p. 41). O “*self*” é “algo que se vai adquirindo e modelando ao longo do processo de interacção entre o sujeito e os outros” (Dias e Andrade, 2013, p. 50), interacção essa profundamente afetada pelos julgamentos criminais e demais procedimentos policiais a que são submetidos os

criminosos, que passam a ser vistos como verdadeiros outsiders, para usar a linguagem de Becker (2008, p. 13).

Nesse paradigma, ao elaborar as normas, os grupos sociais criam o *desviance*; ao aplicar essas mesmas normas a pessoas particulares, esses mesmos grupos criam, pelo estigma, os desviantes (Dias e Andrade, 2013, p. 50). Nesse sentido, ao introduzir o conceito de *outsider*, Becker afirma que todos os grupos fazem regras sociais que definem situações como certas e outras como erradas, passando a pessoa que as infringe a ser vista como um tipo especial e por não obedecer às regras do grupo “essa pessoa é encarada como um *outsider*” (Becker, 2008, p. 13).

Todavia, o grau como uma pessoa é interpretada como um *outsider* é variável conforme a posição que ocupa a pessoa que analisa o caso, pois adverte Becker (2008, p. 13), em clássica passagem:

Encaramos a pessoa que comete uma transgressão no trânsito ou bebe um pouco demais numa festa como se, ao final, não fosse muito diferente de nós e tratamos sua infração com tolerância. Vemos o ladrão como menos semelhante a nós e o punimos severamente. Crimes como assassinato, estupro ou traição nos levam a ver o transgressor como verdadeiro outsider.

Nessa etapa do desenvolvimento, também surge o conceito de *estereótipo*, que para Feet e Blankengur são “sistemas de representação, parcialmente inconscientes e grandemente contraditórios entre si, que orientam a pessoa na sua atividade cotidiana”, e Walter o descreve como as “*pictures in our minds*” (Dias e Andrade, 2013, p. 348).

Da obra de Goffman, pelo *estigma*, quando uma pessoa revela alguns atributos discrepantes das expectativas criadas em torno de sua personalidade, deixa de ser para o julgador uma pessoa completa e passa a ser reduzida a “uma pessoa estragada e diminuída” e, portanto uma “pessoa desacreditada”, e que isso tem o efeito de “afastar o indivíduo da sociedade e de si mesmo de tal modo que ele acaba por ser uma pessoa desacreditada frente a um mundo não receptivo” (Goffman, 2004, p. 6, 20 e 38).

Também é de Goffman o conceito que se extrai aqui de *carreira moral*, como sendo o conjunto de aprendizagens e mudanças semelhantes na sua concepção de eu pelas quais passam pessoas que sofrem de um mesmo estigma particular, visto não só como causa mas também como efeito de “uma sequência semelhante de ajustamentos pessoais” (Goffman, 2004, p 30).

Por *identificação pessoal*, Goffman entende o processo da tomada de referência não por um pequeno grupo, mas por “uma grande organização impessoal, como o governo de um Estado”, integrando, assim, a “prática organizacional padronizada” orientada para o registro, de maneira oficial, de “todos os elementos que servem para identificação positiva do indivíduo”, referentes a “atributos biológicos imutáveis”, bem como a “caligrafia ou a aparência fotograficamente comprovada”, que constituem “itens que são registrados de maneira permanente, como certidão de nascimento, nome e número da carteira de identidade” (Goffman, 2004, p. 51-52).

Para compreender o arcabouço teórico introduzido na criminologia pelo *Labelling Approach*, também deve ser destacado o conceito de *interpretação retrospectiva ou representação biográfica*, que é a tendência de interpretar a biografia dos criminosos em “termos de consistência e unicidade”. Nesse sentido, o crime revela o criminoso, descobrindo-se, na verdade, “o que afinal, sempre foi” (Dias e Andrade, 2013, p. 348).

Outro conceito relevante é o de *negociação*, pois refere segundo Dias e Andrade (2013, p. 349), a uma questão de poder, de que a *plea bargaining* é expressão manifesta. Releva destacar a menção dos autores a Goffman, que trata das estratégias de controle e encobrimento da informação, o que condiciona decisivamente a resposta à questão da criminalidade.

No que toca à *identidade social*, pode ser destacado que são normas que referem aos “tipos de repertórios de papéis ou perfis que consideramos que qualquer indivíduo pode sustentar”; assim, “não esperamos que um jogador de bilhar seja nem uma mulher nem um classicista, mas não ficamos surpresos nem embaraçados pelo fato de que ele seja um operário italiano ou um negro urbano” (Goffman, 2004, p. 57).

Por *delinquência primária* entende-se o conteúdo abstrato determinado pela lei penal que, ao descrever condutas para as quais estipula penas, proíbe comportamentos e sanciona aqueles que os realizam. Insere-se, a lei, no estudo das instâncias formais de controle com a função de selecionar de forma abstrata, potencial e provisória a conduta que poderá ser definitivamente estigmatizada pelas instâncias formais de criminalização secundária (Dias e Andrade, 2013, p. 366).

Já a *delinquência secundária*, demonstrada por Lemert (Dias e Andrade, 2013, p. 349-350), é assim tratada:

O que fundamentalmente a distingue da “desviance primária” é a sua etiologia: enquanto esta é “poligenética e devida a uma variedade de fatores culturais, sociais, psicológicos e sociológicos”, a “desviance secundária” traduz-se numa resposta de “defesa, ataque, adaptação aos problemas manifestos ou latentes criados pela reação social à “desviance primária”. De forma mais explícita escreve ainda Lemert: “a secondary desviance refere-se a uma classe especial de respostas socialmente definidas a problemas criados pela reação social à desviance. Trata-se fundamentalmente de problemas sociais provocados pela estigmatização, punição, segregação e controlo social, factos que têm o efeito comum de diferenciar o ambiente simbólico e interaccional a que uma pessoa responde, comprometendo drasticamente a sua socialização. Tais factos convertem-se em eventos centrais na existência de quem os experimenta, alterando a sua estrutura psíquica, criando uma organização especial de papéis sociais e de atitudes para consigo. As acções que têm como referência estes papéis e atitudes para consigo constituem a desviance secundária. Por seu turno, o “desviante secundário” é uma pessoa cuja vida e identidade se organizam em torno dos factos da desviance.”

As *cerimônias degradantes*, introduzido por Garfinkel (Dias e Andrade (2013, p. 350), podem ser compreendidas com “processos ritualizados em que um indivíduo é condenado e espojado da sua identidade e recebe outra (degradada)”. Nesse norte, advertem os autores mencionados, “o julgamento criminal é a mais expressiva – mas não a única – das cerimônias degradantes”.

Instituições totais, definidas por Goffmann (Dias e Andrade (2013, p. 351), são:

(...) lugares de residência e trabalho onde um grande número de indivíduos em igual situação, isolados da sociedade por um período apreciável de tempo, compartilham na sua reclusão uma rotina diária, administrada formalmente. Incluem-se aqui estabelecimentos como a prisão, o hospital psiquiátrico, o campo de concentração, o convento, o internamento para cegos, etc. (...) O futuro interno chega a uma instituição com uma concepção de si mesmo que certas disposições sociais estabilizadas do seu meio habitual tornaram possível. Mal entra, é imediatamente despojado do apoio que estas lhe asseguravam (...) Começa para ele toda uma série de depressões, humilhações e profanações do eu. A mortificação do eu é sistemática, ainda que por vezes não intencional. Iniciam-se certos desvios radicais na sua carreira moral, carreira composta pelas transformações progressivas que ocorrem nas crenças sobre si mesmo e sobre os outros significantes.

O conceito de *role-engulfment*, para Schur (Dias e Andrade 2013, p. 351), que também é tratado em Becker (2008, p. 89), também merece destaque, pois segundo essa perspectiva, toda a vida do indivíduo rotulado como criminoso passa a ser interpretada em torno de sua carreira “de forma que toda a sua experiência – designadamente a interação e a autoimagem – tendem a polarizar-se em torno deste papel”.

A combinação desses elementos conceituais acaba por culminar na *profecia-que-a-si-mesmo-cumpre*, que segundo Becker (2008, p. 89), implica em:

Tratar uma pessoa como se ela não fosse, afinal, mais do que um delinquente, tem o efeito de uma profecia-que-a-si-mesma-cumpre. Põe em movimento um conjunto de mecanismos que compelem a pessoa a conformar-se e a corresponder à imagem que o público tem dela. Quando o desviante é apanhado, é tratado de harmonia com o diagnóstico vulgar. E é o tratamento que provavelmente provocará um aumento da delinquência.

O destaque de todos esses conceitos servem para demonstrar que a virada metodológica propiciada que o *Labelling Approach* desembocou na ideia de que a resposta ritualizada e dramatizada que o corpo social dá à criminalidade acaba por estreitar as oportunidades legítimas destes na sociedade, induzindo-os à procura de oportunidades ilegítimas, em um processo de verdadeira bola-de-neve, que multiplica e intensifica a criminalidade, ao invés de solucionar-la ou atenuar-la.

Para Alessandro Baratta (2011, p. 161):

O salto qualitativo que separa a nova da velha criminologia consiste, portanto, principalmente, na superação do paradigma etiológico, que era o paradigma fundamental de uma ciência entendida naturalisticamente, como teoria das causas da criminalidade. A superação deste paradigma comporta, também, a superação de suas implicações ideológicas: a concepção do desvio e da criminalidade como realidade ontológica preexistente à reação social e institucional e a aceitação acrítica das definições legais como princípio da individualização daquela pretendida realidade ontológica – duas atitudes, além de tudo, contraditórias entre si.

Pablos de Molina assevera, na leitura de Vera Andrade (2003, p. 206):

Ao acentuar que o crime (e a criminalidade) não é objeto, mas o produto da reação social e, portanto, não tem natureza ontológica, mas social e *definitorial*, o *labelling* acentua o papel co-constutivo do controle na sua construção social de forma que as agências controladoras não “detectam” ou “declaram” a natureza criminal de uma conduta, a “geram” ou “produzem” ao etiquetá-la assim.

A partir desse novo arcabouço teórico, o questionamento superou o crime e a figura do criminoso, atingindo os modos como a sociedade responde ao crime, porque o faz, como faz e como funcionam as instâncias informais de controle (família, comunidade, escola, etc), as agências estatais de controle (polícias, Ministério Público, Poder Judiciário, leis, legislativo, etc), o que condiciona a resposta social ao fenômeno da criminalidade (Dias e Andrade, 2013, p. 365).

Apesar de ser reconhecido a esse novo paradigma (o paradigma da reação social) uma inegável carga ideológica (Gomes e Molina, 2002, p. 132), o fato é que o estudo do controle social incluiu a preocupação com as instâncias de criminalização primária (gênese da lei) e secundária (seletividade do sistema), que não tinham grande relevância para a criminologia positivista, a qual acreditava que o denunciante, a polícia, o

processo penal, entre outros, eram apenas “meras correias de transmissão”, para a aplicação objetiva da vontade da lei, vista de forma a-critica, pois supostamente refletiria os interesses gerais (Gomes e Molina, 2002, p. 132).

Dentro do paradigma da reação social, portanto, convém destacar que o conceito de reação social é, de modo geral, compreendido de forma escalonada, por duas instâncias de criminalização: (i) a criminalização primária, realizada pelo Poder Legislativo ao elaborar as leis penais, selecionando as condutas, em abstrato, que serão penalizadas; (ii) a criminalização secundária, realizada por agentes informais (família, sociedade, escola, grupo religioso, comunidade, etc) e formais (agências do estado que são incumbidas da aplicação e execução da lei penal).

Nesse modelo de pensamento, os mecanismos descritos se complementam na seleção, controle e tratamento da criminalidade, disciplinando o corpo social, e podem ser melhor visualizadas na descrição de Gomes e Molina (2002, p. 134):

Agentes informais do controle social são: a família, a escola, a profissão, a opinião pública, etc. *Agentes formais* são: a polícia, a justiça, a administração penitenciária etc. Os agentes de controle social informal tratam de condicionar o indivíduo, de discipliná-lo através de um largo e sutil processo que começa nos núcleos primários (família), passa pela escola, pela profissão, pelo local de trabalho, e culmina com a obtenção de sua aptidão conformista, interiorizando no indivíduo as pautas de conduta transmitidas e aprendidas (processo de socialização). Quando as instâncias informais de controle social fracassam, entram em funcionamento as instâncias formais, que atuam de modo coercitivo e impõem sanções qualitativamente distintas das sanções sociais: são sanções estigmatizantes que atribuem ao infrator um singular status (de desviado, perigoso e delinquente).

Ou seja, trata-se, portanto, da constatação de que a criminalidade é não apenas “uma realidade social construída, mas construída de forma altamente seletiva e desigual pelo controle social” (Andrade, 2003, p. 207), constatação essa que implicou no deslocamento da investigação dos controlados (criminosos) para os controladores (instâncias de criminalização secundária).

Sobre o tema, adverte Baratta (2011, p. 147):

A introdução do *labelling approach*, sobretudo devido à influência de correntes de origem fenomenológica (como o interacionismo simbólico e a etnometodologia), na sociologia da devidência e do controle social, e de outros desenvolvimentos da reflexão sociológica e histórica sobre o fenômeno criminal e sobre o direito penal, determinaram, no seio da Criminologia contemporânea, uma troca de paradigmas mediante a qual esses mecanismos de definição e reação social vieram a ocupar um lugar cada vez mais central no interior do objeto da investigação criminológica. Constituiu-se, assim, um paradigma alternativo relativamente ao paradigma etiológico, que se chama justamente o “paradigma da reação social” ou “paradigma da definição”.

Para Molinas e Gomes (2002, p. 64-65), o novo paradigma da criminologia da reação social:

(...) rechaça o conceito jurídico-formal do delito, reclamando maiores cotas de autonomia frente ao sistema legal para selecionar seu próprio objeto com critérios rigorosamente científicos (conceito “definitorial” de delito *versus* conceito “ontológico”); que postula a normalidade do homem delinquente, a “funcionalidade” do comportamento “desviado” e a natureza “conflitual” da ordem social (frente ao princípio de “diversidade” do infrator, da “patologia” da desviação e ao caráter “consensual” que a Criminologia clássica assinalava à ordem social); e que, ao denunciar a extremada relevância do controle social na gênese da criminalidade (que não “selecionaria” o crime, senão que o “produziria”) e a sua atuação discriminatória, sugere um drástico deslocamento do objeto da investigação científica: dos fatores criminógenos (conforme a terminologia das teorias etiológicas convencionais) ao controle social, do delito mesmo, isto é, das variáveis independentes à variável dependente, superando o enfoque etiológico.

Para Carvalho, no entanto, apesar do inegável salto qualitativo operado pelo *labelling approach*, o modelo não foi suficiente para explicar o surgimento da criminologia crítica desenvolvida a seguir, em razão de desconsiderar “relações de poder que permitem certas pessoas, grupos ou classes detenham em uma determinada sociedade a capacidade de eleição das condutas ilícitas e lícitas dos comportamentos normais e anormais” (Carvalho, 2013, p. 282).

Desse modo, a teoria do *labelling approach* sofreu críticas. Primeiro, porque segundo a perspectiva subjetivista do *labelling*, a teoria poderia conduzir a uma subvalorização ou mesmo desvalorização dos problemas reais ocasionados pelo cometimento de crimes, desconsiderando efetivas situações de sofrimento que desencadeiam, ou mesmo as agressões e injustiças que envolvem as situações de conflito (Carvalho, 2013, p. 282).

Segundo, porque não existe questionamento acerca da forma como a justiça penal intervém nas situações conflituosas desencadeadas pelo cometimento de crimes, ofuscando “o reconhecimento que este tipo de ingerência não produz soluções satisfatórias, ao contrário, normalmente reproduz violência e crina novos conflitos decorrentes da estigmatização e da marginalização” (Carvalho, 2013, p. 282).

Terceiro, “pela falta de percepção do caráter seletivo do direito penal”, o que impede compreender que a criminalização é dirigida a indivíduos pertencentes aos grupos mais vulneráveis e excluídos da sociedade.” (Carvalho, 2013, p. 282). Talvez essa falta de percepção seja derivada da falta de diálogo entre sociólogos e juristas, já identificada por Sykes (1974, p. 207).

Nesse contexto, o panorama criado pelo *Labelling Approach* é complementado pelas teorias conflituais, que contribuíram para o direcionamento do foco para os sistemas políticos de controle social e permitiram, nos dizeres de Carvalho, que a investigação criminológica passasse a se ocupar também (i) das condições de produção das leis penais incriminadoras e (ii) da forma seletiva de atuação das agências executivas e judiciais na gestão e controle dos indivíduos criminalizados (Carvalho, 2013, p. 283).

Com efeito, adverte Andrade (2003, p. 213), são as teorias conflituais que permitem o desenvolvimento da dimensão política dentro do paradigma da reação social, “reconduzindo-as das estruturas paritárias dos pequenos grupos e dos processos informais de interações” aos conflitos de interesse gerais da sociedade e à hegemonia que ostentam nos processos de criminalização, contexto esse que permitiu a passagem de uma criminologia liberal a uma criminologia crítica (Andrade, 2003, p. 214).

Ainda, adverte Andrade, com base em Pavarini e Baratta (Andrade, 2003, p. 213):

Se criminal é o comportamento criminalizado e se a criminalização não é mais do que um aspecto do conflito que se resolve através da instrumentalização do Direito e, portanto, do Estado por parte de quem é politicamente mais forte, os interesses que estão na base da formação e aplicação do Direito Penal não são interesses comuns a todos os cidadãos, mas interesses dos grupos que têm o poder de influir sobre os processos de criminalização. Consequentemente, a questão criminal como um todo – e não apenas um determinado número de delitos “artificiais” – é uma questão eminentemente política. Mediante a relação instaurada entre conflito social e processo de criminalização, a inserção do Direito Penal numa perspectiva política e uma explicação mais articulada da natureza seletiva daquele processo, as teorias conflituais representam, como já referimos, uma pontual contraposição ao *princípio do interesse social e do delito natural* (Pavarini, 1988, p. 140; Baratta, 1991^a, p. 123).

Em razão, portanto, da redefinição e ampliação dos objetos de investigação, ingressaram no campo de pesquisa da criminologia as investigações sobre as estruturas gerais da sociedade e os conflitos de interesses e de hegemonia (Carvalho, 2013, p. 283).

Nesse contexto, conforme destaca Carvalho (2013, p. 283-284), “se o *labelling approach* havia superado o causalismo (determinismo) e colocado em perspectiva a dimensão da definição, as teorias do conflito põe em cena a dimensão do poder”.

O enfoque nas relações de poder oportunizado pelas teorias do conflito, para Carvalho (2013, p. 283-284), prepara o palco para o segundo salto qualitativo que cria o ambiente teórico para a emergência da criminologia crítica.

Isso porque, segundo Taylor, Walton e Young, citados por Carvalho (2013, p. 284), as teorias conflituais passaram a ser vistas como deficitárias, compreendendo-se que:

(...) apenas o materialismo histórico, como método de análise das relações de poder, permitiria perceber que não é possível proceder análises sobre a base de categorias gerais (tais como produção), argumentando, ao contrário, que somente existem formas de produção distintas, historicamente limitadas, específicas a dadas épocas e dadas condições.

3. A criminologia crítica e a reivindicação do óbvio – direitos humanos para todos os humanos

Ainda que o desenvolvimento da criminologia enquanto ciência não possa ser tomada em uma linha evolutiva absolutamente coerente e ininterrupta, para fins metodológicos é possível constatar, em linhas gerais, que do paradigma da criminologia humanista clássica, passamos ao paradigma etiológico da escola positivista e desta, ao paradigma da reação social, profundamente marcada pela teoria do *labelling approach* e pelas teorias sociológicas do conflito, acontecimentos que prepararam o campo para o desenvolvimento de uma criminologia de base crítica.

Na saga da criminologia descrita até aqui, uma pergunta surgiu, qual seja, onde encontrar, dentro da criminologia, um discurso humanizado não apenas no que toca às suas investigações, métodos, técnicas, objetivos, resultados e até mesmo linguagem, mas também humanizante, preocupado não apenas em friamente prevenir, repreender e tratar a criminalidade, mas também em oportunizar, em devolver aos rotulados, excluídos, estigmatizados, moralmente aniquilados (os outsiders), a parcela de dignidade perdida (ou mesmo nunca usufruída), que incluísse dentro de suas prioridades discursivas não só o resgate dessa humanidade negada, mas também a promoção do homem em direção ao desenvolvimento positivo e funcional de todas as suas potencialidades.

A resposta a essa inquietação pode vir pelas mãos do discurso dos direitos humanos, que, numa leitura mais profunda, originada na jurisprudência do Tribunal de Justiça Europeu de Direitos Humanos, para o qual um direito humano contém em si mesmo, em sua declaração, os mandamentos para que sejam tomadas todas as atitudes necessárias para a sua concretização (teoria da *“procéduralisation des obligations relatives aux droits garantis”*, descrita por Dubout (2007, p. 397), que será explorado mais a frente.

Nesse momento, será focado o modo como a criminologia crítica chega ao discurso dos direitos humanos – porque sim, ela chega – e quais instrumentos que podem assegurar o percurso seguro (ou o mais seguro possível), deste caminho.

De início, convém destacar, conforme denúncia Carvalho, que o que se denomina genericamente por criminologia crítica, na verdade, não possui uma unidade de pensamento, o que motiva alguns autores a compreendê-la mais como um conjunto de abordagens plurais, ou “movimento prático-teórico”, do que propriamente como escola criminológica” (Carvalho, 2013, 288).

Afirma Carvalho, com base em Dekeserey, a negação da pauta positivista pela criminologia crítica implicou o surgimento de várias correntes, aproximadas com a raiz radical marxista, como a criminologia feminista, a criminologia cultural, a criminologia queer, a criminologia racial, a criminologia ambiental, a criminologia pós-moderna da não violência (*peacemakin criminology*), criminologia condenada (*convict criminology*), criminologia marginal, entre outros, além é claro da interação entre correntes (criminologia feminista negra) (Carvalho, 2013, 298).

Esses movimentos teóricos que compõe o que se denomina por criminologia crítica possuem alguns pontos de pensamento comuns, que orienta alguns autores a postular a ela o “status científico” de criminologia crítica e estão presentes tanto na criminologia anglo-saxônica, como na criminologia europeia continental e na criminologia latino-americana, sendo identificados, para Carvalho, em linhas gerais por: (i) negar o pressuposto do delito natural, sustentado pelo paradigma etiológico da escola clássica positivista (criminologia ortodoxa), reconhecendo no crime a sua natureza de ente político, sujeitando-se, os seus autores, a constante autocrítica e reavaliação de suas constatações; (ii) denunciar a tensão entre indivíduo e autoridade, pois conforme adverte Pavarini, no fundo de todo pensamento criminológico crítico, há uma preocupação com a ordem social ou com a ameaça da ordem constituída (Carvalho, 2013, p. 288).

Sykes, ao traçar as peculiaridades da criminologia crítica, destaca quatro níveis de compreensão deste movimento: (i) profundo ceticismo quanto às teorias individualistas da causalidade do crime; (ii) profunda mudança na interpretação dos motivos por trás das ações das agências que lidam com o crime; (iii) questionamento sobre a legitimidade da lei penal; (iv) insegurança nas estatísticas oficiais, que levou a

constatação de uma variável teórica nova, por si só, referente às razões que levam as sociedades e suas agências a relatar, fabricar ou produzir o volume de informações acerca dos crimes que fazem (Sykes, 1974, p. 207-210).

Diante das constatações de Sykes, Carvalho (2013, p. 287) destaca que a agenda primeira da criminologia crítica é, na verdade, uma agenda negativa, ou seja, objetiva desenvolver o substrato teórico voltado à desconstrução dos fundamentos e pressupostos da criminologia positivista, motivo pelo qual alguns autores inclusive mencionam a criminologia crítica como uma anticriminologia.

Desse modo, para Sykes, num primeiro plano, a criminologia crítica é marcada por um profundo ceticismo quanto às teorias individualistas da causalidade do crime, abandonando, portanto, as teorias biológicas, psicológicas e mesmo as sociológicas que explicavam a criminalidade a partir de “defeitos” individuais dos criminosos, e renega a identificação de características objetivas para separar o criminoso do não criminoso, para dar destaque ao que motiva a rotulação de umas pessoas em detrimento de outras (Sykes, 1974, p. 207-210). Nesse viés, afirma que se “os preconceitos devem ser evitados”, e se o criminoso é definido como o indivíduo que é identificado como tal, a única realidade importante é o que motiva o ato de rotulagem, e não o que diferencia um criminoso de um não criminoso, já que todos cometemos crimes e nem todos são rotulados como criminosos (Sykes, 1974, p. 207-210).

Ao desenvolver o abandono da escola positivista noticiado por Sykes, Carvalho relaciona: (a) negação dos modelos consensuais de sociedade; (b) negação do postulado causal-determinista do delito e do caráter patológico do delinquente; (c) negação do caráter científico da criminologia e da neutralidade do criminólogo; (d) invalidação dos critérios metodológicos de constatação da criminalidade (estatísticas criminais e ambiente carcerário) (Carvalho, 2013, p. 285).

Num segundo plano, Sykes destaca uma profunda mudança na interpretação dos motivos por trás das ações das agências que lidam com o crime, admitindo-se que o sistema penal é muitas vezes duro e injusto, e que isso ocorre especialmente com os grupos mais pobres ou minoritários na sociedade. Nessa perspectiva, denunciou: (i) “o uso autoconsciente da lei para manter o *status quo* daqueles que detêm a poder na sociedade”; e (ii) “a atividade voltada para manter os interesses próprios da organização

judiciária”. Assim, o funcionamento do sistema penal como um todo passou a ser interpretado, por um grande número de estudiosos como, em grande medida, “instrumentos projetados deliberadamente para o controle de uma classe social por outra” (Sykes, 1974, p. 207-210).

Ao desenvolver o segundo argumento de Sykes, referente à mudança na interpretação de como o sistema lida com o crime, Carvalho, criticou os fundamentos e pressupostos do direito penal dogmático, consistente em: (a) negação dos discursos de igualdade e de imparcialidade na eleição dos bens jurídicos (criminalização primária); (b) negação do caráter positivo atribuído à pena (função útil da pena) (Carvalho, 2013, p. 285).

Num terceiro plano, Sykes indica que passaram a questionar a legitimidade da lei penal, afirmando, que a criminologia crítica emergente passou a defender que o direito penal não era “um conjunto de juízos morais coletivos da sociedade, promulgados por um governo que foi definido como legítimo por quase todas as pessoas”, mas que é, antes, “um regime imposto por alguns governantes, à maneira de uma província conquistada” (Sykes, 1974, p. 207-210).

Ao tratar da legitimidade da lei penal, Carvalho alerta que a criminologia crítica denuncia o sistema político-econômico que configura o sistema punitivo, evidenciando: (a) a funcionalidade do sistema penal para a manutenção do sistema capitalista; (b) demonstração da dependência entre o sistema político-econômico (questões de poder e relações de produção) e o sistema de controle social punitivo (Carvalho, 2013, p. 286).

E num quarto lugar, Sykes evidencia a imprecisão das estatísticas oficiais sobre os crimes, que não refletem a realidade social, propiciando uma variável teórica até então não imaginada, consistente em se saber o que orienta a elaboração das estatísticas. Ou seja, se o número de crimes não é confiável, o que orienta a recolha destes dados, tais quais são apresentados. Assim, constatado que o crime é, antes, uma construção de atividades policiais, e que provavelmente o número real de crimes jamais poderá ser compreendido, o que importa não o é número exato indicado pelas estatísticas oficiais, mas as razões que levam as sociedades e suas agências a relatar, fabricar ou produzir o volume de informações acerca dos crimes e como o fazem (Sykes, 1974, p. 207-210).

Esse argumento, desenvolvido por Carvalho, enfatiza críticas às diretrizes operacionais das agências e das instituições do sistema penal, apontando: (a) o caráter seletivo do controle penal (criminalização secundária); (b) as contradições existentes entre as funções reais exercidas pelo sistema penal e as funções declaradas pelo direito penal e pela criminologia (discrepância entre os discursos oficiais e os científicos de legitimação) (Carvalho, 2013, p. 285-286).

Desse modo, conclui Sykes (1974, p. 210) :

A legitimidade das regras embutidas no direito penal não poderia mais ser considerada como garantida, nem a credibilidade do governo que relatou a sua violação. A linha de investigação mais fecunda em relação às causas da imprecisão não é erro casual ou simples preconceitos. Em vez disso, devemos procurar uma distorção sistemática que faça parte do mecanismo de controle social.

No norte do que foi até aqui exposto acerca da criminologia crítica, afirma Carvalho:

O deslocamento do objeto de investigação do desviante (microcriminologia) para a estrutura político-econômica e às instituições do poder criminalizador (macrocriminologia) permite a aproximação do pensamento criminológico crítico com inúmeros movimentos sociais de defesa dos direitos humanos. A propósito, é no ambiente de luta pelos direitos civis e contra o poder militar no final da década de 60 – com as devidas peculiaridades locais: Estados Unidos (movimentos contra Guerra do Vietnã), Europa (movimentos contraculturais que eclodem nas Barricadas do Desejo de maio de 68) e América Latina (luta de resistência às Ditaduras Civis-Militares) – que emerge a própria criminologia crítica.

Assim, afirma Carvalho, com escopo em Leandro Konder, Marx, Engel e Feuerbach (2013, p. 292-293):

O entrelaçamento da teoria criminológica crítica com a prática política dos movimentos sociais cria um grau de organicidade que permite afirmar o nascimento de uma criminologia da práxis, ou seja, de um saber criminológico revolucionário, subversivo e inovador que assume o caráter político da teoria e procura contribuir para a transformação da realidade social e a emancipação do homem. Em uma apropriação da décima primeira das Teses sobre Feuerbach, seria possível dizer que o norte da criminologia crítica é negar a autonomia do conhecimento em relação à realidade e promover uma ação capaz de transformá-la: “os criminólogos têm se limitado a interpretar o crime e o desvio: trata-se, entretanto, de transformar as estruturas da criminalização”. (...) “a criminologia crítica só é criminologia na medida em que esteja desvelando a atuação do direito penal, principalmente as funções ocultas, latentes ou subterrâneas que este exerce na atual fase do capitalismo, e, a partir daí, propondo políticas criminais alternativas”.

Contudo, a criminologia crítica não é composta apenas por denúncias, mas contém também uma agenda positiva, ou seja, reivindicações, que são apontadas por Carvalho (2013, p. 292) como fruto do entrelaçamento da criminologia crítica com a prática dos movimentos sociais, gerando o nascimento de uma verdadeira “criminologia da práxis”.

Caracterizam, pois, a agenda positiva da criminologia crítica, ou criminologia da *práxis*, como prefere denominar Salo de Carvalho (2013, p. 292-296): (i) o garantismo penal; (ii) direito penal mínimo; (iii) uso alternativo do direito penal; (iv) realismo de esquerda; (v) abolicionismo penal, etc.

No que toca ao *direito penal mínimo*, este é identificado como um movimento teórico-prático-crítico de transição entre o estágio atual e o abolicionismo, conforme ensina Zaffaroni (2010, p. 24), analisa os critérios de relevância na seleção dos bens jurídicos tutelados pelo direito penal (políticas de descriminalização), analisa os critérios quantitativos e qualitativos de determinação das penas (políticas de despenalização) e desmascara a estrutura carcerária de pena privativa de liberdade, propondo a substituição do cárcere por penas substitutivas (Carvalho, 2013, p. 294).

Quanto ao *uso alternativo do direito penal*, é compreendido como o movimento teórico-prático que surge a partir da teoria crítica do direito e procura explorar lacunas e contradições no sistema, para ampliar espaços de liberdade e reduzir o poder punitivo, segundo Carvalho, supera o garantismo penal em razão da profunda crítica ao positivismo e aproximação com a sociologia, o que permite explorar o pluralismo jurídico (Carvalho, 2003, p. 294).

No que toca o *realismo de esquerda*, trata-se da perspectiva político-administrativa de gestão do sistema punitivo e das agências de segurança pública que pressupõe “a atuação de *experts* (criminólogos), em instituições geridas por partidos políticos de esquerda, objetivando diminuir a seletividade, reduzir os danos da criminalidade e da prisionalização e ampliar o rol de alternativas ou substitutivos penais”, mediante, também, a implementação de políticas públicas de reforma social como forma de prevenção à criminalidade, perspectiva esta que é criticada pelos teóricos do abolicionismo (Carvalho, 2013, p. 295).

Sobre o *abolicionismo penal*, merece destacar que se trata de movimento teórico-prático que busca desenvolver estratégias para abolição do sistema penal, das agências e instituições punitivas, “bem como da própria gramática (linguagem) criminalizadora”, subvertendo, portanto, a ordem lógica da resposta estatal e colocando em evidência a necessidade de criação de instrumentos de proteção e tutela às vítimas (“quanto mais grave o delito, maior deve ser o apoio estatal às vítimas”), destacando a necessidade de

criação de “espaços de mediação e de mecanismos alternativos para a resolução de conflitos, através da superação da lógica carcerocêntrica” (Carvalho, 2013, p. 296).

No que toca o *garantismo penal*, segundo Carvalho (2013, p. 294) trata-se de um modelo teórico-normativo neopositivista, dirigido à prática judicial, que propõe a defesa das regras do jogo processual penal como forma de assegurar a efetiva tutela dos direitos fundamentais contra o poder punitivo, acolhendo nas suas pautas movimentos de política-criminal do direito penal mínimo, refutando o abolicionismo.

Não pode ser ignorado que a pluralidade de perspectivas propostas pela agenda positiva da criminologia crítica as vezes é complementar (garantismo combinado com direito penal mínimo) e as vezes é conflitante (direito penal mínimo *versus* abolicionismo). Além disso, vale ressaltar algumas contradições aparentes, como a demanda por criminalização de algumas condutas, a partir do uso do significado simbólico do direito penal e a demanda por inversão na seletividade do direito penal, movimento esse que busca criminalização de condutas mais condutas altamente danosas cometidas pelos agentes políticos e econômicos (Carvalho, 2013, p. 296).

Além disso, Carvalho adverte, com base em Juarez Cirino, que as concepções de crimes e danos importantes para a criminologia tradicional difere da pauta da criminologia crítica, que tangencia o imperialismo, a exploração, o genocídio, o dano ecológico, por exemplo, compreendendo “a exploração imperialista à violações de autodeterminação dos povos, do direito dos trabalhadores ao controle à administração da mais valia-produzida, os abusos de poder econômico e político, e de todos os dados sociais definidos como “crimes sistêmicos” (Carvalho, 2013, p. 296).

A questão da utilização do direito simbólico é aceita na criminologia crítica em alguns casos tendo em vista a peculiaridade dos bens jurídicos que merecem tutela mais urgente e destacada do estado. Por meio do uso simbólico do direito penal, pode ser atingido de forma mais rápida a consolidação de direitos, especialmente no que toca a violência contra a mulher, violência doméstica ou violência de gênero, sejam essas políticas criminalizadoras direcionadas a agentes públicos, no seio do sistema penal, ou mesmo à margem da legalidade, por meio da utilização de tortura, mortes, sequestros, desaparecimentos e tratamento degradante (Carvalho, 2013, p. 297).

Diante de tudo isso, Salo de Carvalho destaca ser possível identificar a criminologia crítica como a criminologia dos direitos humanos, em razão da sintonia desse movimento criminológico com movimentos sociais de defesa dos direitos humanos, notadamente após a queda do Muro de Berlin (Carvalho, 2013, 297).

Assim, os direitos humanos assumem nesse novo horizonte, segundo Baratta, citado por Carvalho (2013, p. 298):

(...) uma dupla função, em primeiro lugar, uma função negativa relativa aos limites de intervenção penal. Em segundo lugar, uma função positiva, direcionada à definição do objeto possível, mas não necessário, da tutela por meio de um direito penal. Um conceito histórico-social de direitos humanos oferece, em ambas as funções, o instrumento teórico mais adequado para a estratégia da máxima contenção da violência punitiva, que atualmente constitui a agenda prioritária de uma política alternativa de controle social.

Ainda no que toca ao ponto de contato entre a criminologia crítica e os direitos humanos Carvalho, ao recuperar as palavras de Anyar de Castro e Zaffaroni (2013, p. 298), destacou:

Na agenda dos direitos humanos, a criminologia parece reencontrar um rumo bastante definido, hábil, inclusive, para excluir determinadas tendências utilitaristas como forte inspiração punitivista que procuram sustentar (legitimar), desde um discurso aparentemente crítico, a intervenção punitiva e a preponderância dos poderes em detrimento dos direitos – algumas (re)interpretações (criminalizadoras) do pensamento garantista operam exatamente nesse sentido. Assim, além de um campo teórico revitalizado e aberto aos movimentos sociais, a criminologia crítica como criminologia dos direitos humanos, nos termos propostos por Loyola Anyar de Castro, abre espaço, igualmente, para intervenções político-criminais, concretizando esta necessidade visceral de contato com a realidade social (criminologia da práxis).

(...)

A “vocalização antiautoritária da criminologia crítica permite, portanto, (...) com a sua observação permanente do exercício do poder e concentrada na justiça social e em toda a ação da democracia emancipatória generalizada, incorporar não apenas estes direitos humanos (liberdade e igualdade), mas todos os direitos humanos, para todas as pessoas. Anyar de Castro adere à perspectiva de Baratta de os direitos humanos representarem os limites e o objeto do direito penal; agrega, contudo, uma função de conteúdo que orienta um saber criminológico que exerce a crítica externa ao direito penal, pois a “criminologia dos direitos humanos controla os poderes. Assim, deve ter sob a sua observação permanente os movimentos de toda a relação fática de poder”.

Além disso, a proposição de uma criminologia dos direitos humanos adquire uma capacidade crítica potencializada se a interpretação do conteúdo, a denúncia das violações e a ação de tutela dos direitos humanos forem projetados a partir de uma perspectiva marginal, nos termos propostos por Zaffaroni (realismo marginal). Marginal não apenas por demarcar um local periférico na geopolítica mundial (norte *versus* sul), mas, sobretudo, por identificar relações de dependência com os poderes centrais e nominar aqueles sujeitos que são objeto de violências extremas perpetradas pelo sistema penal.

Portanto, é a criminologia crítica, por seu viés antiautoritário, por reivindicar a máxima contenção da violência estatal, através da defesa dos direitos humanos enquanto baliza central de contenção da violência oficial, o referencial teórico fundamental deste

trabalho, uma vez que o devido processo legal se insere enquanto direito humano central para disciplinar a atuação do Poder Judiciário quando provocado a aplicação da lei penal incriminadora.

4. Criminologia feminista – mais do mesmo ou um novo ponto de viragem na criminologia

Contudo, mesmo com o desenvolvimento de uma criminologia crítica e que reivindica a efetivação dos direitos humanos para todos, o papel reservado à mulher dentro da seara criminal permaneceu quase que invisibilizado durante séculos. Aparece, é verdade, em algumas poucas obras e estudos, mas em geral, de forma lateral, marginal estereotipada e por vezes como verdadeira encarnação do mal.

Em termos gerais, o pensamento criminológico, assim como a maior parte do conhecimento humano, até o início do século XX, foi construído e fundado sobre bases androcêntrica, e com a criminologia – ciência nova e há pouco tempo desentranhada da sociologia – não foi diferente, o que explica o pensamento de Mendes (2012), para quem a criminologia perdurou por muito tempo como “um discurso de homens, para homens e sobre homens”.

Segundo Mendes (2012), para Zaffaroni, a obra que inaugura o pensamento criminológico é justamente o livro *Malleus Maleficarum* (“Martelo das Bruxas”, de 1487), obra por meio da qual, nos dizeres de Chai e Passos (2016), a Igreja Católica, durante a inquisição, através dos Tribunais do Santo Ofício, utilizou para explicar e combater o mal, imputando-o à mulher.

Depois disso, a criminologia se ocupou da mulher apenas de forma lateral ou marginal, uma vez que até a construção do paradigma da reação social, esteve vinculado à função de controle social formal e, por consequência, reproduziu as desigualdades naturalizadas à época, perpetrando a separação entre público e privado em que as mulheres se reservava o setor privado e acessório – com a consequente perpetuação do patriarcalismo e a dominação masculina em todos os setores, inclusive o do conhecimento.

Assim, Chai e Passos (2016) denunciam que criminologia emprestou argumentos para que as mulheres continuassem sob custódia, pois a inquisição apontou a mulher “bruxa”

como ser ardiloso cujo saber representava um perigo social; a criminologia clássica e burguesa ao relacionar a criminalidade à desvios morais, acabou por determinar os padrões de moralidade aplicáveis às mulheres; o pensamento criminológico positivista se encarregou de estabelecer bases científicas para diferenciar a mulher delinvente (moralmente desagregada e agressiva) da mulher normal, que fugia ao padrão de criminalidade biopsicológica criada pelo positivismo, que criou o padrão de feminilidade vinculado à passividade e ao recato. A aproximação ou distanciamento desses padrões, poderia determinar o destino de quem vigurasse como vítima ou agressora.

Todas essas representações se encontram ainda presentes no imaginário popular, mas também nas leis e práticas institucionais, pois diversas pesquisas indicam que resultados de processos criminais podem variar segundo a identificação ou não da mulher com os estereótipos ideais de feminilidade. Quanto mais próximas ou identificadas com a mulher ideal, a mãe, filha e esposa, maior a chance de serem absolvidas, quando autoras de crimes, ou de verem seus agressores condenados, e vice-versa. Não fosse isso, também é assente a eterna desconfiança que recai sobre as vítimas de delitos sexuais, ou o masoquismo imputado às vítimas de violência doméstica contumaz, o julgamento moral das mulheres que acabam por delinquir.

Em pese esse pensamentos e práticas estejam, ainda, enraizadas no imaginário popular e das instituições, aos poucos, estudiosas e pesquisadoras tem se esforçado para desconstruir esses pressupostos e lançar bases para um novo saber criminológico.

Segundo Del Omo (1998), os estudos criminológicos de gênero de Rita Simon e Freda Adler forma marcantes, e seguidos pelas contribuições de Carol Smart, de Sandra Harding e Frances Olsen e Gerlinda Smaus, impactaram fortemente os estudos sobre o lugar da mulher no sistema de justiça.

Sobre a contribuição da criminologia feminista, Chai e Passos (2016) destacam:

A Criminologia Feminista revelou o grande vazio de saberes acerca da mulher em sua relação com a criminalidade, silenciamento histórico que demonstra toda a cultura patriarcal arraigada ao plano científico. Tornou-se necessário saber quem são as mulheres alcançadas pelo Sistema de Justiça Criminal e que tratamento recebem quando criminosas e quando vítimas.

As contribuições feministas trouxeram a percepção da construção social dos gêneros e do processo de sujeição feminina naturalizado pelas práticas sociais e jurídicas, denunciando a colaboração entre o Sistema de Justiça Criminal e mecanismos de controle informais, através dos processos de criminalização e vitimização das mulheres de forma seletiva e estigmatizante a partir de valores da cultura patriarcal como a “honestidade” sexual. Conclui-se que a adoção de uma epistemologia feminista através do paradigma de gênero no pensamento criminológico maximiza a compreensão do fenômeno da criminalidade, porque não oculta o feminino, delinquente ou vitimizado, como faz a criminologia tradicional, permitindo uma efetiva contribuição desta ciência com a transformação das relações sócias. Entretanto, a adesão a esta perspectiva ainda encontra resistência, revelando a dificuldade na assimilação das demandas feministas, tornando-se evidente o quão necessário é a consolidação de uma Criminologia que desconstrua o caráter sexista e androcêntrico das ciências penais e, dê visibilidade às relações de poder baseadas no gênero, e na orientação de gênero e suas intersecções com outras categorias como classe social, além de desmistificar a variável raça.

Nesse contexto, a inclusão da análise criminológica segundo a teoria de gênero constitui, para Carmen Hein Campos (2014), a segunda grande virada dentro da criminologia (*the gender turn*, segundo a autora, que aponta o *labelling approach* como primeira viragem).

Não obstante, embora a primeira viragem seja bastante conhecida, falar de uma criminologia feminista atualmente não é tarefa simples. Primeiro porque, como dito, como a criminologia perdurou por longo período como um discurso produzido por homens, deixou de analisar o papel do sistema criminal enquanto elemento de dominação masculina, posto que lhe era conveniente manter a mulher à parte de qualquer proteção ou simplesmente não merecesse atenção nesse sentido.

Depois, porque a pluralidade de pensamentos inerente ao movimento feminista se reflete também no pensamento criminológico. Nesse aspecto, há estudiosos de grande envergadura que negam, silenciam ou não dão a devida importância para a possibilidade de a categoria gênero ser levada em consideração no pensamento criminológico, há pesquisadores que entendem que o pensamento criminológico crítico é simplesmente inconciliável com as reivindicações punitivistas feministas, e há pesquisadores que

aceitam não só a construção de uma teoria criminológica feminista, mas de várias, como a criminologia feminista negra, a criminologia feminista marginal e a criminologia feminista queer (Campos, 2014).

Diante disso, necessário explicitar os conceituais fundamentais aqui utilizados para a compreensão de uma criminologia feminista, entendida aqui como uma teoria que parte do pressuposto que a categoria gênero deve ser levada em consideração para compreender as relações de poder e distribuição de papéis e funções sociais, utilizando-se, portanto, a obra de Joan Scott (1986) como referencial teórico.

Dito isso, parte-se do pressuposto que as correntes da criminologia feminista se inserem dentro do braço maior da criminologia crítica. Acrescentamos, portanto, ao lado da dominação econômica, a categoria da dominação masculina.

Mesmo que alguns autores entendam que existem tensões entre a criminologia crítica e a feminista em alguns aspectos (que se agudizam entre as reivindicações punitivistas de algumas linhas do pensamento feminista e as vertentes abolicionistas da criminologia crítica), entende-se que estas divergências, que inclusive não são consensuais e nem homogêneas, podem ser “suspensas” quando se trata de tentar compreender e explicar os fenômenos ligados à criminalidade e à resposta estatal que levam em consideração questões de gênero para a sua elaboração.

Isso porque tanto a criminologia crítica como a feminista entende, de um modo geral, que o direito penal e o sistema criminal, operam de forma mais endurecida, selecionam, punem e estigmatizam grupos sociais vulneráveis, dentre os quais localizamos as mulheres, que embora não sejam numericamente um grupo minoritário, ainda são consideradas “minorias” em sentido sociológico, conforme denunciado pelos movimentos feministas.

Nesse contexto, a criminologia feminista, ao lado da criminologia crítica, também oferece parâmetro para a auferição da isonomia na aplicação da lei penal.

CAPÍTULO II – DIREITOS HUMANOS E O DEVIDO PROCESSO LEGAL – O CONTROLE DOS CONTROLADORES

Superada a análise da história da criminologia, identificando os principais paradigmas, especialmente a criminologia crítica e a feminista, primorosas em defender direitos humanos pensados normativamente a partir do pós-Segunda Guerra Mundial, convêm tecer aqui o que se entende por direitos humanos, qual a sua relação com os direitos fundamentais e com os direitos do homem e como impacta no ordenamento jurídico interno, bem como localizar o devido processo legal enquanto princípio e direito humano, do qual irradiam inúmeros outros princípios e direitos que se refletem de forma bastante relevante na seara penal e processual penal.

1. Direitos Humanos

Como muitos dos “vocábulos designantes” dos saberes que utilizamos estão em crise (Canotilho, 1993, p. 11), impõe-se a necessidade de apontar os referências teóricas utilizados quando invocamos a expressão “direitos humanos”.

Segundo a Organização das Nações Unidas – ONU, direitos humanos “são direitos inerentes a todos os seres humanos, independentemente de raça, sexo, nacionalidade, etnia, idioma, religião ou qualquer outra condição” e que “incluem o direito à vida e à liberdade, à liberdade de opinião e de expressão, o direito ao trabalho e à educação, entre e muitos outros” (ONU, 2009).

A despeito deste conceito popular, diversos autores têm se debruçado sobre o tema, que remete a profundas reflexões filosóficas. Conforme a pesquisa de Piovesan (2016, p. 44): Hannah Arendt afirma que os direitos humanos não são um dado, mas um construído humano em constante processo de construção e reconstrução; Joaquín Herrera Flores afirma se tratar de uma racionalidade de resistência que busca afirmar a dignidade humana enquanto plataforma emancipatória do homem; Carlos Santiago Nino refere a proteção da dignidade humana como estratégia para evitar os sofrimentos refletidos na persistente brutalidade humana; Luigi Ferrajoli afirma que os direitos humanos simbolizam a lei do mais fraco contra a arbitrariedade do mais forte, seja ele o Estado, os entes privados ou mesmo na seara doméstica.

Norberto Bobbio (1992, p. 30), em passagem clássica, assevera que os direitos humanos nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares para finalmente encontrar plena realização como direitos positivos universais. Ele defende a historicidade e relatividade dos direitos humanos, afirmando que eles “não nascem todos de uma vez e nem de uma vez por todas” (Bobbio, 1992, p. 32), portanto devem ser compreendidos separadamente da ideia de um direito natural, ainda que muitos destes direitos naturais tenham sido positivados pela ordem internacional (direitos humanos) e interna dos países (direitos fundamentais). Pela relevância dos ensinamentos de Bobbio (1992, p. 8), convém destacar:

Do ponto de vista teórico, sempre defendi - e continuo a defender, fortalecido por novos argumentos - que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas. O problema - sobre o qual, ao que parece, os filósofos são convocados a dar seu parecer - do fundamento, até mesmo do fundamento absoluto, irresistível, inquestionável, dos direitos do homem e um problema mal formulado: a liberdade religiosa e um efeito das guerras de religião; as liberdades civis, da luta dos parlamentos contra os soberanos absolutos; a liberdade política e as liberdades sociais, do nascimento, crescimento e amadurecimento do movimento dos trabalhadores assalariados, dos camponeses com pouca ou nenhuma terra, dos pobres que exigem dos poderes públicos não só o reconhecimento da liberdade pessoal e das liberdades negativas, mas também a proteção do trabalho contra o desemprego, os primeiros rudimentos de instrução contra o analfabetismo, depois a assistência para a invalidez e a velhice, todas elas carecimentos que os ricos proprietários podiam satisfazer por si mesmos.

Acerca de sua construção histórica, os principais documentos representativos dos direitos humanos, que não eram sistematizados e nem voltados a universalidade de pessoas, podem ser reconhecidos na Carta Magna inglesa, de 1215, na Petição de Direitos de 1629, na Lei de Habeas Corpus, de 1679, na Primeira Declaração de Direitos de Virgínia, de 1776, e com a Revolução Francesa, a célebre Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, documento este que orientou as declarações e tratados de direitos humanos da atualidade.

No decorrer da história, também merece ser destacado o importante papel do Direito Humanitário, que muito contribuiu para a sua internacionalização ao expressar a preocupação com limites à autonomia dos Estados em conflitos armados, da Liga das Nações, que reforçou a necessidade de relativizar a soberania dos Estados, determinando o respeito a condições dignas de trabalho para homens, mulheres e crianças, e da Organização Internacional do Trabalho, que foi criada após a Primeira

Guerra e tinha por finalidade, a promoção do bem estar no trabalho (Piovesan, 2016, p. 196-197).

Contudo, a concepção contemporânea dos direitos humanos, dotados de universalidade e indivisibilidade, afirma-se no período que sucedeu à Segunda Guerra Mundial, como decorrência do nazismo, cujos horrores vocacionaram a humanidade a reconstruir um novo referencial ético que impulsionasse a proteção do homem e servisse de parâmetro seguro para orientar a ordem jurídica internacional, repudiando, a partir desse momento, a validade do direito positivo indiferente a valores éticos, posto que a barbárie do nazismo e do fascismo se deu dentro de um quadro de legalidade (Piovesan, 2016, p. 43-45).

Assim, na atualidade, recupera-se o pensamento de Kant, para quem as pessoas, diferentes das coisas, existem como um fim em si mesmo, possuem valor absoluto, intrínseco e decorrente unicamente do fato de serem humanas, o que as torna insubstituíveis, opostamente ao que acontece com as coisas, que podem ser substituídas por outras equivalentes (Piovesan, 2016, p. 46). É justamente o fato de se constituírem enquanto fim em si mesmo, que impõe o reconhecimento de dignidade a todos os homens, dignidade essa que está intimamente relacionada com a autonomia e liberdade, sendo bastante conhecido o imperativo categórico universal de Kant, que dispõe: “aja apenas de forma que a sua máxima possa converter-se ao mesmo tempo em lei universal” (Piovesan, 2016, p. 46).

Esse retorno à ética kantiana foi concretizada simbolicamente pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, a qual ganhou efeito vinculante e normativo por meio de dois importantes tratados internacionais, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, aos quais se seguiram muitos outros, que refletem a preocupação da ordem jurídica internacional em tornar vinculante um padrão mínimo de comportamento ético que deve ser dispensado no trato entre todos os seres humanos, indiscriminadamente.

Diante da crescente internacionalização e reconhecimento por mais e mais países dos direitos humanos, conforme Bobbio (1992, p. 9), a discussão central que se impõe hoje quanto ao tema não centra-se mais tanto em reconhece-os, mas em implementá-los, pois conforme afirma:

A linguagem dos direitos tem indubitavelmente uma grande função prática, que é emprestar uma força particular às reivindicações dos movimentos que demandam para si e para os outros a satisfação de novos carecimentos materiais e morais; mas ela se torna enganadora se obscurecer ou ocultar a diferença entre o direito reivindicado e o direito reconhecido e protegido. Não se poderia explicar a contradição entre a literatura que faz a apologia da era dos direitos e aquela que denuncia a massa dos “sem -direitos”. Mas os direitos de que fala a primeira são somente os proclamados nas instituições internacionais e nos congressos, enquanto os direitos de que fala a segunda são aqueles que a esmagadora maioria da humanidade não possui de fato (ainda que sejam solene e repetidamente proclamados).

Tal realidade merece destaque na seara penal e criminológica, pois direitos humanos ao mesmo tempo em que representam “uma função positiva a respeito da definição do objeto, possível, porém não necessário, da tutela por meio do direito penal”, também implicam “uma função negativa concernente aos limites da intervenção penal”, tratando-se, pois, do “instrumento teórico mais adequado para a estratégia da máxima contenção da violência punitiva, que atualmente constitui o momento prioritário de uma política alternativa do controle social” (Baratta, 2011).

O tema se mostra com extrema relevância no Brasil, que apesar de ter ratificado inúmeros tratados de direitos humanos, que versam, em grande medida, de matéria processual penal, não consegue implementar, na prática, o tratamento digno aos investigados, acusados, processados, condenados e presos em geral, que de algozes acabam por se tornar vítimas de um sistema punitivo altamente autoritário e dissociado dos compromissos internacionalmente assumidos.

Com isso, o profundo desrespeito aos direitos humanos na seara penal e processual penal é tema de expressiva relevância para a criminologia, pois produz um sistema que, ao invés de recuperar, acaba por aniquilar qualquer possibilidade dessas pessoas se reinventarem e desenvolverem uma forma de coexistir em sociedade de forma positiva, construtiva e benéfica para si e para o coletivo em geral, acabando por aniquilar quaisquer potencialidades positivas que essas pessoas possam ter, condenando-as a repetir o percurso criminoso e a viver na marginalidade pelo resto de suas vidas, funcionando como reprodutor simbólico da violência que declaradamente pretendia combater.

Com efeito, os dados do sistema carcerário no Brasil são impactantes, segundo o “Novo Diagnóstico de pessoas presas no Brasil” (2014, p. 5-17), estudo feito pelo Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas, publicado pelo Conselho Nacional de Justiça,

revela o total de 563.526 mil pessoas encarceradas, que somadas aquelas submetidas ao regime domiciliar, chegava, naquela oportunidade, ao total de 711.463 (computando os presos em regime domiciliar), e colocava o Brasil no terceiro lugar com maior população carcerária do mundo, perdendo apenas para Estados Unidos, China, sem computar esse regime, fica na quarta posição, após a Rússia), e entre os anos de 1990 ao ano de 2014, suportou uma taxa de crescimento da população carcerária na ordem de 575%, segundo a publicação intitulada “Levantamento Nacional de informações penitenciárias – Infopen – de 2014” (Depen, 2014, p.15).

Do último relatório Infopen, publicado em 2017, atualizado até junho de 2016, o Brasil contava já com o total de 726.712 presos, e com uma taxa de ocupação de 197,4%.

2. Os direitos humanos e a ordem jurídica interna brasileira

Para Ferrajoli (2004), a Declaração Universal dos Direitos do Homem equivale à saída dos Estados da ordem natural para o estado civil da ordem jurídica internacional, impondo-se destacar, ainda, que a maior parte dos tratados internacionais sobre direitos humanos tratam de processo penal, o que impõe o respeito pelos Estados na elaboração dos seus estatutos penais e processuais penais das normas de direitos humanos referentes ao tema.

Assim, a soberania dos Estados, hoje, gravita em torno dos imperativos impostos pela ordem jurídica internacional, que passa a constituir verdadeiro jus cogens internacional, de modo que o direito internacional passa a compor, também, a ordem constitucional contemporânea, com a qual a legislação infraconstitucional de cada Estado deve manter coerência (Canotilho, 1998).

Nesse norte, convém adotar referenciais teóricos para indicar as diferenças de ordem teórica entre direitos humanos, que toma-se por direitos de ordem internacional, direitos fundamentais, que entende-se por direitos humanos reconhecidos e fundamentalizados pela ordem nacional e interna, e os direitos do homem, originados na doutrina do direito natural, e como efetivamente os direitos humanos entram e impactam a ordem jurídica interna brasileira.

Conforme Sarlet (2004), os “direitos humanos”, além do conteúdo filosófico intrínseco, como visto, dentro da seara técnica jurídica, são aqueles reconhecidos pela ordem

internacional por meio de documentos (tratados internacionais, em regra) e que aspiram validade universal para todos os povos, a qualquer tempo e lugar. Já os “direitos fundamentais” são aqueles direitos dos seres humanos reconhecidos e positivados pelo direito constitucional de um Estado. Por fim, por “direitos do homem”, entende-se aqueles de conotação jusnaturalista, cuja existência precede o reconhecimento pela ordem jurídica interna e internacional.

Os documentos internacionais normalmente utilizados para positivar os direitos humanos e torná-los obrigatórios internacionalmente são normalmente os tratados internacionais, que são acordos internacionais firmados entre sujeitos de Direito Internacional e constituem-se como instrumentos juridicamente obrigatórios e vinculantes para os pactuantes.

Sem ignorar a importância dos princípios gerais de direito internacional, autores sustentam que atualmente os tratados internacionais positivados são a principal fonte de direito internacional, dentre eles o direito internacional dos direitos humanos, superando o costume, e na maioria das vezes, positivando-os, o que ocorre também com os princípios (Piovesan, 2016, 114).

As regras para a elaboração dos tratados internacionais estão contidas na Convenção de Viena, de 1969 – que nada mais é que um tratado para dizer como é que se fazem os tratados, porém esse instrumento se limita aos pactos entre Estados, não abrange acordos celebrados com organizações internacionais.

Segundo o art. 26 da Convenção de Viena, “Todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa fé”. Além disso, o art. 27 estabelece que “uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. ”

O art. 18 proíbe o estado de praticar “atos que frustrariam o objeto e a finalidade de um tratado”, quando tiver assinado, trocado instrumentos constitutivos ou manifestado consentimento, “enquanto não tiver manifestado sua intenção de não se tornar parte no tratado”; ou quando tiver, “expressado seu consentimento em obrigar-se pelo tratado no período que precede a entrada em vigor do tratado e com a condição de esta não ser

indevidamente retardada”. Pelo art. 19, não são admissíveis reservas que se mostrem incompatíveis com o propósito ou objeto do tratado.

Tais preceitos denotam o princípio da boa-fé, e do consenso, que impõe ao Estado observar o tratado a que consentiu “na medida em que, no livre exercício de sua soberania, o Estado contraiu obrigações jurídicas no plano internacional” (Piovesan, 2016, p. 115).

Desse modo, se os tratados são realizados livremente e dispõe de força jurídica obrigatória e vinculante, a desobediência a um tratado implica violação de obrigações assumidas no âmbito internacional, que podem implicar responsabilização internacional, inclusive (Piovesan, 2016, p. 120-121).

No Brasil, alguns autores sustentam que a matéria tratada nos tratados internacionais determina o status com que essas regras entram no ordenamento jurídico pátrio. No entanto, o tema não é pacífico na doutrina e encontra resistência no Poder Judiciário, especialmente na Corte Constitucional, o Supremo Tribunal Federal.

Isso porque o § 1º do art. 5º da Constituição Federal da República Federativa do Brasil (artigo que trata de extenso rol de direitos fundamentais), estabelece que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

O § 2º deste mesmo artigo, dispõe: “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. E o problemático é o § 3º que estabelece “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”. Tal parágrafo foi incluído pela Emenda Constitucional n. 45 e implica mais problemas do que soluções.

Apesar das controvérsias na interpretação dos parágrafos, entende-se que a melhor compreensão do sistema deve ser a de garantir a máxima efetividade das normas constitucionais e dos tratados internacionais de direitos humanos (Piovesan, 2008), pensamento também e compartilhado por Canotilho (1993).

Assim, se o § 1º do art. 5º da Constituição Federal de 1988 estabelece que os direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, e o § 2º, que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados ou dos tratados internacionais de que o Brasil seja parte, a melhor interpretação é a que o Brasil adota um sistema misto.

Segundo esse pensamento, os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil incorporam-se automaticamente, sem a necessidade de um ato legislativo (Piovesan, 2016, p. 165), enquanto outros tratados internacionais necessitam de um ato legislativo em regra, segundo Piovesan (2016, p. 159-160), utiliza-se o decreto de execução expedido pelo Presidente da República) para serem vinculantes, tanto interna quanto externamente. Esse pensamento também é compartilhado por Cançado Trindade (1993, p. 30-31).

Nesse norte, o §3º do art. 5º da Constituição Federal (dispositivo inserido pela Emenda Constitucional n. 45, em 2004), impondo o requisito de quórum qualificado para recepção de tratados de direitos humanos com status de emenda constitucional, deve ser lido apenas como um requisito formal de constitucionalidade, que não impede a recepção material pelo § 2º, como destacado, nem a sua obrigatoriedade e vinculação, interna e externa.

Assim, conforme esse pensamento, ratificado um tratado de direitos humanos, eles passam a compor o bloco de constitucionalidade e podem ser reconhecidos como direitos fundamentais, que são os direitos humanos já reconhecidos e vinculantes na ordem interna, por força constitucional.

Desse modo, com suporte na incorporação do valor da dignidade da pessoa humana (Flávia Piovezan, 2008) e na doutrina de Canotilho (1993) existirem três espécies de direitos fundamentais: (i) a dos direitos expressos na Carta Política enquanto tais; (ii) a dos direitos implícitos, mas decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados; (iii) a dos direitos expressos nos tratados internacionais de direitos humanos a que o Brasil tenha aderido, que passam, portanto, a ganhar status de direito fundamental (são normas materialmente constitucionais) pois recepcionadas como tais pelo ordenamento jurídico constitucional vigente no Brasil.

Na mesma linha de Piovesan (2008), relativamente ao impacto que os tratados de direitos humanos podem causar na ordem jurídica interna, Piovesan (2008) menciona que podem ser de três ordens: (i) coincidir com o direito interno; (ii) integrar, complementar e ampliar o direito interno; (iii) contrariar preceito de direito interno.

Quando coincide, ensina que reforça o sistema de valores enunciados pela Carta Política, quando integra, complementa e amplia, alude que o Supremo Tribunal Federal entende ser possível a utilização dos tratados internacionais humanos para preencher lacunas existentes no ordenamento jurídico pátrio (Piovesan, 2008). Por fim, quando o tratado contraria o direito interno, Piovesan (2008), entende que não se pode aplicar o critério de solução de antinomias que “lei posterior revoga a anterior que com ela seja incompatível”.

Nesse norte, segundo a linha dos órgãos jurisdicionais internacionais, devido à natureza dos direitos em contraposição, o caso deve ser analisado de acordo com os interesses da vítima, devendo prevalecer a norma que mais fortemente proteja a pessoa que teve seu direito violado (Piovesan, 2008).

Por fim, ressalta-se que uma vez ratificados os tratados de direitos humanos, estes devem ser observados pelo Brasil, nos termos aqui propostos.

No que toca especificamente à ordem interna brasileira, conforme anota Piovesan (2016, p. 393), o processo de democratização no Brasil, que tem como marco a Constituição Federal de 1988, possibilitou transformações que transcenderam o plano interno, atingindo também o modo do Brasil se relacionar com o mundo, implicando o avanço do reconhecimento de obrigações internacionais assumidas em matéria de direitos humanos.

Assim, a partir da Constituição Federal de 1988, importantes instrumentos internacionais foram reconhecidos pelo Brasil, através da ratificação, procedimento adotado pelo Estado Brasileiro como o aceite definitivo do Poder Executivo, segundo o qual ele reconhece formalmente a adesão ao tratado e fica vinculado juridicamente ao que foi pactuado, tanto no plano interno como no plano externo.

A ratificação difere, portanto, da assinatura, que é o aceite precário e provisório do Poder Executivo, sem irradiar efeitos vinculantes, pois segundo o direito brasileiro, para

a conclusão dos tratados internacionais, exige-se a conjugação de vontades entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo – arts. 49, I, e 84, VIII, da Constituição Federal.

Assim, a lógica da incorporação dos tratados internacionais no Brasil é: após os atos de negociação, conclusão e assinatura do Tratado pelo Poder Executivo, este é encaminhado para apreciação e aprovação do Poder Legislativo, que o deve referendar o ato, para só então o Poder Executivo promover a ratificação, em verdadeira sistemática de freios e contrapesos, evitando-se a concentração de poderes nas mãos do Poder Executivo.

A ratificação, portanto, é o ato formal pelo qual, após o tratado ser apreciado e aprovado pelo Poder Legislativo, o Poder Executivo de um país confirma formalmente que está obrigado ao tratado já anteriormente negociado, assinado e referendado pelo Poder Legislativo, ou seja, no Brasil é a ratificação que irradia efeitos jurídicos do tratado tanto no plano interno (vinculando, portanto, o direito interno ao que foi declarado internacionalmente), quanto no plano internacional, sujeitando o Estado inclusive à responsabilização internacional caso não o observe (Piovesan, 2016, p. 117).

Ao assim proceder, o Brasil se alinha à globalização dos direitos humanos, aceita a legitimidade da preocupação da comunidade internacional a esse respeito, compromete-se a desenvolver o Estado Democrático de Direito, e principalmente, a “proteger, mesmo em situações de emergência, um núcleo de direitos básicos e inderrogáveis”, aceitando que as obrigações assumidas serão fiscalizadas e monitoradas pela comunidade internacional, mediante os mecanismos previstos nos tratados ratificados pelo Brasil (Piovesan, 2016, p. 403).

Com isso, amplia-se o conceito de cidadania, pois os nacionais passam a ser titulares não apenas de direitos previstos no âmbito interno, mas também de direitos reconhecidos no âmbito internacional, ampliando-se o universo de direitos fundamentais e, por conseguinte, também a sua dignidade, liberdade e autonomia (Piovesan, 2016, p. 402-403).

Nesse contexto, conforme a pesquisa de Piovesan (2016, p. 399), destacam-se, no cenário brasileiro, a ratificação dos seguintes tratados:

Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, em 20 de julho de 1989;

Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos cruéis, Desumanos ou Degradantes, em 28 de setembro de 1989;
Convenção sobre os Direitos da Criança, em 24 de setembro de 1990;
Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, em 24 de janeiro de 1992;
Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em 24 de janeiro de 1992;
Convenção Americana de Direitos Humanos, em 25 de setembro de 1992;
Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a mulher, em 27 de novembro de 1995;
Protocolo à Convenção Americana referente à Abolição da Pena de Morte, em 13 de agosto de 1996; Protocolo à Convenção Americana referentes aos Direitos Econômicos e Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador), em 21 de agosto de 1996;
Convenção Interamericana para Eliminação de todas as formas de discriminação contra Pessoas Portadoras de Deficiências, de 15 de agosto de 2001;
Estatuto de Roma, que cria o Tribunal Penal Internacional, em 20 de julho de 2002;
Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de discriminação contra a Mulher, em 28 de junho de 2002;
Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança sobre o de Crianças em Conflitos Armados, em 27 de janeiro de 2004;
Protocolo Facultativo à Convenção sobre os Direitos da Criança sobre Venda, Prostituição e Pornografia infantis, em 27 de janeiro de 2004;
Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, em 11 de janeiro de 2007;
Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo em 1º de agosto de 2008;
Protocolo Facultativo ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, bem como o Segundo Protocolo ao mesmo Pacto visando a Abolição da Pena de Morte, em 25 de setembro de 2009;
Convenção Internacional para a Proteção de todas as pessoas contra o Desaparecimento Forçado, em 29 de novembro de 2010;
Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de pessoas, em 3 de fevereiro de 2014.

Todavia, inobservados, tal não implica recurso imediato aos órgãos de proteção internacional de direitos humanos, posto que a ordem internacional confere aos tribunais internos o papel de exercer o filtro inicial (Gemake, 2011), pois conforme Piovesan (2016, p.245), o Direito Internacional dos Direitos Humanos não pretende substituir o sistema nacional: lhe é subsidiário e suplementar, procura, pois, suprir suas omissões e deficiências, oferecendo, portanto, uma garantia adicional de proteção.

Assim, conforme o princípio da complementaridade, as violações a direitos humanos primeiro devem ser controladas pelas ordens jurídicas internas, cabendo recorrer à ordem internacional somente quando verificadas omissões ou impossibilidade de proteção, o que pode inclusive, acarretar a responsabilização do Estado em todas as esferas – Legislativo, Judiciário e Executivo (Cansado Trindade, 2003).

Mas, ainda assim, a vinculação dos Estados ao direito internacional é uma realidade de fato e de direito que não se pode mais negar, expandindo seus efeitos inclusive para o

princípio do devido processo legal, falando-se atualmente em um verdadeiro “devido processo legal constitucional e internacional” (Gomes, 2011).

Visto isso, conforme denota Bobbio (1992, p. 25), o que importa hoje na temática dos direitos humanos, não é mais tanto como fundamentá-los e sim, como protegê-los.

3. O devido processo legal como um legítimo direito humano que se presta ao controle do arbítrio dos atos estatais: conceito, origem e desenvolvimento, nuances

O devido processo legal está previsto como direito humano, de uma forma mais pronunciada, na Declaração Universal dos Direitos humanos (Assembleia Geral da ONU, 1948), nos seus arts. 8º a 11, e na Convenção Americana dos Direitos Humanos (Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, 1969), nos arts.7º e 8º.

Da Declaração Universal dos Direitos humanos (Assembleia Geral da ONU, 1948), destaca-se:

Artigo 8º Toda a pessoa tem direito a recurso efectivo para as jurisdições nacionais competentes contra os actos que violem os direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição ou pela lei.

Artigo 9º Ninguém pode ser arbitrariamente preso, detido ou exilado.

Artigo 10º Toda a pessoa tem direito, em plena igualdade, a que a sua causa seja equitativa e publicamente julgada por um tribunal independente e imparcial que decida dos seus direitos e obrigações ou das razões de qualquer acusação em matéria penal que contra ela seja deduzida.

Artigo 11º 1.Toda a pessoa acusada de um acto delituoso presume-se inocente até que a sua culpabilidade fique legalmente provada no decurso de um processo público em que todas as garantias necessárias de defesa lhe sejam asseguradas.

2.Ninguém será condenado por acções ou omissões que, no momento da sua prática, não constituíam acto delituoso à face do direito interno ou internacional. Do mesmo modo, não será infligida pena mais grave do que a que era aplicável no momento em que o acto delituoso foi cometido.

Da Convenção Americana dos Direitos Humanos (Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, 1969), extrai-se:

Artigo 7. Direito à liberdade pessoal:

1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais.
2. Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas.
3. Ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários.
4. Toda pessoa detida ou retida deve ser informada das razões da sua detenção e notificada, sem demora, da acusação ou acusações formuladas contra ela.
5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o

processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

6. Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura se a prisão ou a detenção forem ilegais. Nos Estados Partes cujas leis prevêem que toda pessoa que se vir ameaçada de ser privada de sua liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente a fim de que este decida sobre a legalidade de tal ameaça, tal recurso não pode ser restringido nem abolido. O recurso pode ser interposto pela própria pessoa ou por outra pessoa.

7. Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.

Artigo 8. Garantias judiciais:

1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

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

a. direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal;

b. comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;

c. concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa;

d. direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;

e. direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;

f. direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;

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

e. direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio, nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;

h. direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.

3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza.

4. O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.

5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça.

Não obstante, todos esses direitos que derivam do devido processo legal, que se irradiam nas legislações internas dos países, tem origem histórica na Magna Carta de João Sem Terra, de 1215 (Magna Charta Libertatum), um dos primeiros documentos históricos representativos dos direitos humanos, que representou uma ruptura epistemológica ao transcender as exigências dos nobres e bispos, contemplando também direitos que segundo autores, compõe a primeira geração de direitos humanos, impondo liberdades negativas ao Estado, que se vislumbra a origem do devido processo legal,

previsto mencionado no documento como a necessidade de julgamento “*per legem terrae*”. A formação e desenvolvimento do instituto deve ser analisada, para ser compreendida a extensão e importância que possui na atualidade.

Embora importante, a Magna Carta inglesa foi antes derivada da necessidade de contenção da violência e do arbítrio do Estado, com o que se liga todos os direitos mencionados nos instrumentos de direitos humanos mencionados. Assim, não foi propriamente o ápice da evolução cultural de um povo que tivesse atingido a maturidade jurídica e cultural. Decorreu da imperativa necessidade de segurança jurídica dos ingleses diante das invasões estrangeiras e mais propriamente ainda da imperativa necessidade de contenção da arbitrariedade monárquica (Altavila, 1989, p. 147-170). E forneceu diretrizes jurídicas fundamentais para a estruturação política e jurídica inglesa (Dória, 1986, p. 11), vindo a constituir importante “antecedente das modernas constituições, no que tange à forma escrita e proteção de direitos individuais” (Ferreira Filho, 2001, p. 8). Assim, ainda que destinados no início, a apenas determinados homens, é festejado por muitos autores como verdadeiro fundamento do Estado de Direito.

Com efeito, a história política da Inglaterra indica que o príncipe John, chamado de Sem-Terra (Lackland), por não ter sido beneficiado com herança paterna (era o quarto filho de Henrique II e de Leonor de Aquitania), quando sucedeu seu irmão, Ricardo Coração-de-Leão, passou a exigir altos tributos e a agir de modo tirânico, o que causou descontentamento tanto dos nobres como dos mais humildes (Altavila, 1989, p. 147-170). De outro lado, as invasões normandas instigavam ainda mais os sentimentos nacionalistas, contribuindo para o clima de descontentamento geral que fomentou a busca de estabilidade e segurança do passado (Altavila, 1989, p. 147-170).

A soma desses ingredientes deu origem ao movimento que, desde 1213, vinha pressionando João Sem-Terra, e que culminou com a marcha do “Exército de Deus e da Santa Igreja” sobre Londres, em 24 de maio de 1215, em que os barões ingleses, recusando lealdade ao rei, obtiveram grande adesão dos londrinos. Aludido movimento só acabou em 15 de junho de 1215, com a aceitação pelo monarca, do documento conhecido como *Articles of the Barons*, que serviu de base para a redação da Great Charte, devidamente selada por João Sem-Terra (Lima, 1999, p. 26).

Pound, citado por Moraes (2001, p. 144) explica que os barões e o clero poderiam ter derrubado o reinado, porém, como a pretensão era obter o delineamento mais preciso de seus direitos e deveres em relação ao Governo, uma vez que já haviam experimentado viver sob a legalidade, quando do governo de Henrique II, a qual só não foi submetida o clero, optaram pela confecção do documento (Moraes, 2001, p. 144).

Não obstante o clima de contrariedade em que foi assinado, o documento marcou, pela primeira vez de forma expressa, a instituição do devido processo legal na história do direito. A cláusula 39 do documento que deu origem ao devido processo legal, fazia menção à necessidade de que a invasão do Poder Real sobre o patrimônio jurídico de um particular ocorresse por meio de um julgamento, que deveria respeitar a lei da terra (“*per legem terrae*”), e foi assim redigida, em sua versão original:

Nullus líber homo capiatur vel imprisonetur aut disseisetur de libero tenemento suo vel libertatibus, vel liberis consuetudinibus suis, aut utlagetur, aut exoletur, aut aliquo modo destruat, nec super eo ibimus, nec super eum mittemus, nisi per legale iudicium parium suorum, vel per legem terrae.

Na tradução do prof. Eduardo Cunha da Costa, inserida do trabalho de Scarparo (2011, p. 4), a cláusula assim dispunha:

Nenhum homem livre será capturado ou aprisionado ou desapossado ou exilado ou de outro modo destruído, nem contra ele iremos ou contra ele mandaremos, salvo pelo julgamento legal de seus pares ou pela lei da terra.

Desse modo, o artigo assegurava aos homens livres, notadamente a classe nobre inglesa, a inviolabilidade de seus direitos a vida, a liberdade e a propriedade, salvo pelo julgamento de seus pares e de acordo com a lei da terra. Ao subordinar a validade do julgamento à lei da terra (ou pela lei do país), o artigo impôs uma garantia de legalidade vasta e penetrante (Lima, 1999, p. 31).

É a exigência de julgamento segundo a lei do país ou da terra – *per legem terra* –, aludida posteriormente como *law of the land*, que se constitui em antecedente histórico da expressão *due process of law*, a qual é tributada ao Estatuto de 1354 (*Statute of Westminster of the Liberties of London*, durante o reinado de Eduardo III, que dispunha, segundo Scarparo (2011, p. 4):

None shall be condemned without trial. Also, that no man, of estate or condition that he be, shall be put out of land or tenement, nor taken or imprisoned, nor disinherited, nor put to death, without being brought to answer by due process of law.

Na tradução de Scarparo (2011, p. 4), referida disposição significa que:

Ninguém será condenado sem julgamento. Também, nenhum homem, da classe ou posição social que for, será expulso da terra ou de sua morada, ou levado aprisionado, ou deserdado, ou morto, sem ser trazido à resposta pelo devido processo legal.

Sobre a pluralidade de expressões “*per lege terrae*”, “*law of the land*” e posteriormente “*due process of law*”, segundo Lima (Lima, 1999, p. 31), San Tiago Dantas (2004) afirma que todas tiveram um único sentido originário, qual seja, o de cerceamento do poder, constituindo-se como base para a construção de uma jurisprudência de proteção aos direitos do indivíduo, notadamente no que se refere as garantias processuais..

Desse modo, a Carta Magna, acrescida das alterações de 1225 e de inúmeras reinterpretações, no transcorrer dos séculos, representou marco na história constitucional da Inglaterra, erigindo-se como símbolo de liberdade sob a lei para os ingleses, e significou o mais importante documento medieval no processo de positivação dos direitos humanos (Lima, 1999, p. 30).

A Revolução Inglesa de 1688 (Revolução Gloriosa), que evitou a guerra civil, impedindo que Jaime II colocasse o rei acima do Parlamento e da lei confirmam a realidade descrita. Trevelyan, citado por Altavila (1989, p. 285-287), ensina que essa revolução deixou ao rei a fonte da autoridade executiva, porém, subordinou-o a lei, que passou a ser interpretada e aplicada por juízes independentes e irremovíveis. Nesse contexto, a lei era passível de alteração somente pelo Parlamento.

Sobre o tema, Paulo Fernando Silveira e René David, citados por Medeiros (2002, p. 64), explicam que, para os ingleses, a lei da terra é aquela revestida de legitimidade, porque adotada pelo povo, através dos costumes, e declarada pelos juízes (*common law*). No referido sistema, o direito surge a partir de fatos concretos depois de sua apreciação pelos juízes, do que decorre o precedente judiciário (*stare decisis*). A partir daí a opinião da Corte, se torna a lei da terra (*law of the land*) e o Parlamento, se entender necessário, com base no precedente judiciário, edita a lei, pormenorizando o entendimento adotado, ou seja, de forma a ampliar ou restringir sua aplicação. Disso decorre o entendimento de que os direitos e garantias inglesas conferidas pela *common law* derivam da Magna Carta, pois esta delineou os seus princípios fundamentais.

Tal concepção de liberdade sob os auspícios da lei foi disseminada pelos ingleses, inclusive para as colônias da América do Norte, o que foi de decisiva importância para a evolução do princípio, conforme anota Siqueira Castro (1989, p. 10).

É que, embora a origem do princípio do devido processo legal se deve, em termos de marco histórico - pois é sabido que, em termos gerais, o documento constitui-se de recompilação de antigas leis, usos e costumes de caráter civil, penal ou mercantil (Lima, 1999, p. 29) - à Magna Carta inglesa, tendo sido contemplado e portanto confirmado em outros importantes documentos representativos do processo inglês: o *Petition of Rights* (1628), o Habeas Corpus Act (1679) e o *Act of Settlement* (1701) (Scarparo, 2011, p. 5), o seu desenvolvimento se deu principalmente no direito norte-americano.

Isso porque o capítulo 39 do documento de 1215, ao qual se deve o surgimento do *due process of law*, caracterizou-se, no sistema inglês, na limitação imposta pela lei ao poder do monarca, o que consagrou a supremacia do Parlamento, eis que qualquer ato seu era considerado lei da terra (Lima, 1999, p. 38-39). Assim, embora a cláusula funcionasse como um limite genérico a todos os poderes do Estado, e não apenas ao Executivo, já que naquele tempo inexistia uma distinção evidente entre o Legislativo e o Executivo (ambos estavam sob os auspícios da coroa) (Lima, 1999, p. 39), na Inglaterra o *due process of law*, nunca significou controle sobre a legislação (não tinha aspecto substantivo, não implicava análise de proporcionalidade dos atos estatais), já que esta era ditada pelo Parlamento, após, como visto, o surgimento do precedente judiciário pelo sistema da *common law*. Isso porque, conforme Gama (2005, p. 48), na Inglaterra o Parlamento era o representante do consenso e depositário da soberania e da função de garantidora dos direitos e liberdades civis.

É que, repita-se, naquele tempo inexistia uma distinção evidente entre o Legislativo e o Executivo (ambos estavam sob os auspícios da coroa) motivo pelo qual os limites impostos pelo aludido documento funcionavam, na verdade, como um limite genérico a todos os poderes do Estado, e não apenas ao Executivo (Lima, 1999, p. 39).

Todavia, o que importa para o presente trabalho é que o surgimento do princípio de forma expressa na história do direito inglês medieval deu-se com o intuito de limitar o poder do soberano, como um autêntico direito humano de primeira geração, tendo em vista a realidade absolutista vigente na época, transmitindo-o, em parte, ao Parlamento,

bem como salvaguardando aqueles direitos que conforme a doutrina do direito natural, se reconhecia aos súditos

Pontuado o seu nascimento, convém noticiar que o desenvolvimento do devido processo legal como instrumento de controle axiológico concreto sobre os atos do Estado, somente deu-se nas colônias inglesas da América, com os primeiros colonizadores ingleses que aportaram na América no século XVII, que iniciaram a formação de um povo que veio a dar novo significado ao direito inglês que os acompanhou, pois a *common law* inglesa, até mesmo, por razões religiosas, já não respondia de forma convincente aqueles que foram obrigados a emigrar por conta das perseguições (Lima, 1999, p. 40).

Para os dissidentes protestantes, o direito inglês não era o baluarte das liberdades do indivíduo. Essa ideia inicial sofreu transformações no novo continente com a melhoria das condições de vida dos colonos e a transformação do pensamento econômico e político, que culminou na descrença das colônias na noção de supremacia do Parlamento (Lima, 1999, p. 40), mormente pelo preconceito contra o Legislativo, tendo em conta as opressões exercidas pelo Parlamento londrino frente as colônias inglesas (Dergint, 1996, p. 78).

Desse fato decorre que mesmo antes do surgimento da Constituição norte-americana, em 1787, a garantia do *due process of law* já vigorava em algumas constituições estaduais, sob a forma *law of the land*, sempre associada “a um corajoso princípio de resistência da cidadania contra o arbítrio dos governantes” (Castro, 1989, p. 12).

Nas colônias inglesas da América o princípio ganhou maior expressão, vinculando todos os poderes do Estado, inclusive o Legislativo, o que não se deu na Inglaterra, face ao princípio da supremacia do Parlamento (Grinover, 1975, p. 10).

Não obstante, foi somente com a edição das 10 emendas à constituição norte-americana, em 1791, conhecido como *Bill of Rights*, que essa garantia foi positivada no direito americano, especificamente por meio da Quinta Emenda (que protegia contra abusos perpetrados pelos órgãos federais (Grinover, 1975, p. 10) e, posteriormente em 1868, por meio da Décima Quarta Emenda (quando perceberam a necessidade de proteger o indivíduo também contra os órgãos estaduais) (Grinover, 1975, p. 10), que *law of the*

land foi consagrado na expressão *due process of law* como imperativo constitucional (Castro, 1989, p. 30).

E em que pese a dualidade das expressões para o fenômeno, ambas já eram desde há muito entendidas como sinônimo pelos colonos americanos, no sentido de que o Estado estava proibido de limitar os direitos individuais ou de propriedade, a não ser por meio do devido procedimento (Castro, 1989, p. 30).

No que diz respeito especificamente às emendas, observa-se que a Quinta Emenda à Constituição dos Estados Unidos - como todas as demais emendas que formaram a *Bill of Rights*, ratificadas na mesma ocasião -, teve o escopo de limitar a atuação do recém formado governo central, ainda que de forma limitada, haja vista os poderes concedidos ao governo pela Constituição; anos depois, a Décima Quarta Emenda, limitou a esfera de atuação dos governos estaduais (Lima, 1999, p. 70-72).

Não obstante a inserção na Constituição americana, por meio das emendas, observa-se que até a metade do século dezenove, o único sentido para a expressão era o processual, no sentido de que garantia o direito a um processo formalmente ordenado. Após isso, o desenvolvimento propiciou que pressões de importantes interesses econômicos fizessem surgir um sentido substantivo para a cláusula (Lima, 1999, p. 44), no sentido de garantir um controle axiológico sobre a atuação do Estado e seus agentes (Castro, 1989, p. 50).

Nesse processo, foram relevantes para a ampliação do âmbito da garantia, ora estudados precedentes julgados logo após a independência dos Estados Unidos, que incluíam a noção de direitos fundamentais de índole jusnaturalista, mormente o direito de propriedade (Castro, 1989, p. 50), a serem obrigatoriamente respeitados pelas instituições governamentais, servindo de base para os argumentos constitucionais contra o arbítrio dos legisladores.

Disso decorre a consagração da Suprema Corte dos Estados Unidos, no início do século XIX, no papel de revisão dos atos do legislador contrários aos preceitos constitucionais, tendo como parâmetro a cláusula do *due process of law*, no sentido substancial, principalmente (Lima, 1999, p. 44-45).

O âmbito material do preceito, que serviu de justificativa, como dito, para o controle axiológico dos atos estatais, surge num ambiente em que afluía o liberalismo político

e econômico, que teve seu apogeu nos séculos XVIII e XIX, com base no qual ao Estado cabia não apenas se ocupar dos encargos atinentes a segurança coletiva, às relações exteriores e a poucos serviços públicos, deixando que o convívio social seguisse o curso da natureza, segundo a máxima individualista *le monde va lui meme* (Castro, 1989, p. 54).

Com efeito, foi quando vigorava a ideia de absentéismo estatal de Adam Smith, para quem as ações do governo deveriam restringir-se proteção da sociedade contra a violência e a invasão externa, a prestação de uma justiça adequada a tutela dos indivíduos e à consecução de reduzidas obras e serviços públicos, cuja exploração não interessasse a ninguém, haja vista a pequena margem de lucro; que se desenvolveu a desconfiança contra qualquer excesso de autoridade (Castro, 1989, p. 54).

Essa visão liberal do mundo, culminou na noção de que a atuação governamental tinha de se limitar a assegurar a autonomia do indivíduo e, assim, promover a economia de mercado, tudo entendido, na época, como direito natural e inalienável, do que decorre o implícito papel da dogmática jurídica, naquela época, em favor do liberalismo burguês, compromissado ideologicamente com a ascensão do capitalismo concorrencial (Castro, 1989, p. 55).

Nesse ambiente estrutural dos valores da liberdade e da riqueza sacramentado pelo constitucionalismo norte-americano é que o Tribunal Maior dos Estados Unidos, passou a ver na cláusula do *due process of law*, a fórmula ideal para patrocinar a *judicial review*, culminando no controle da razoabilidade e racionalidade das leis e dos atos de governo em geral (Castro, 1989, p. 55).

Assim, a justiça estadunidense não fez cerimônia em proceder revisão da legislação econômico-social, editada em profusão a partir da segunda década do século passado, o que resultou no axioma de que uma lei não pode ser considerada *law of the land*, ou mesmo consentânea do *due process of law*, se lhe faltar razoabilidade ou racionalidade — ou seja, quando for arbitrária (Castro, 1989, p. 55) — arbitrariedade essa entendida na época como invasão do Estado sobre o desenvolvimento da economia.

Com base nisso é que se afirma que a concepção de liberdade em que se enraizavam as expressões *law of the land* e *due process of law*, e que informava as instituições

jurídicas anglo-americanas desde a medieva Carta Magna, propiciou a que, nos Estados Unidos, a referida cláusula fosse erigida em um autêntico baluarte da justiça (Castro, 1989, p. 57-58).

Sobre o tema, Baracho (1984) aponta que ambas as expressões, examinadas conjuntamente na Inglaterra e nos Estados Unidos, deram ensejo a construção jurisprudencial no sentido de proteção aos direitos individuais, em especial no que concerne às garantias processuais. O autor afirma ainda que com o tempo, a cláusula do *due process of law* passou de uma garantia em face do juízo à garantia de igualdade de tratamento em face de qualquer autoridade e que dessa ampliação de sentido deriva a limitação constitucional dos poderes do Estado.

Tendo em vista que sempre esteve associado ao sistema de liberdades fundamentais que caracterizam o liberalismo social e político, a cláusula serviu como instrumento de preservação do *stablishment* econômico e financeiro, quando o intervencionismo estatal começa a surgir em meados do século XX.

Foi então que o princípio ganhou nítidos contornos materiais, servindo de instrumento contra os ideais privatistas na luta contra o avanço avassalador do Estado, após o 1º pós-guerra. Com base nisso é que a Corte estadunidense invalidou, na década de 30, do referido século, cerca de 200 textos legislativos da política do *New Deal*, tendo essa intervenção judicial recrudescido ainda mais nas décadas seguintes (Castro, 1989, p. 59).

Sobre a matéria, Dergint enfatiza que a pretexto de preservar o regime econômico calcado na livre iniciativa é que foram invalidados os primeiros exemplares da legislação intervencionista contemporânea. De fato, naquela época vários Estados americanos editaram leis de caráter social, visando proteger o bem-estar e a incolumidade dos trabalhadores, bem assim leis para o controle dos monopólios e de tutela de outros interesses sociais, que não raramente foram rechaçadas perante o entendimento de que contrastavam com a nova interpretação da cláusula do devido processo legal, no sentido de que privariam o empregador do pleno e livre gozo de sua propriedade.

Ou seja, o âmbito do princípio que hoje temos como garantidor dos direitos fundamentais paradoxalmente serviu, quando de seu surgimento, para justificar e perpetuar os abusos daqueles que detinham o poder econômico.

Tal processo de transformação funcional de um instituto jurídico que, pela via pretoriana, ganha novos contornos para servir como mecanismo de tutela para novas relações sociais e típica do sistema jurídico norte-americano, como afirma Carlos Roberto de Siqueira Castro, revelando a concepção instrumental do instituto, em que radica o pensamento jurídico daquele país e que permite a Constituição operar a serviço da evolução histórica da sociedade.

Não obstante, o âmbito material do instituto tenha surgido como forma de limitar a interferência do Estado na vida econômica privada da nação americana, com o passar dos anos, mormente com o desenvolvimento do Estado Social (Castro, 1989, p. 60), a garantia trilhou caminhos exegéticos na direção de se revestir de escudo protetor das liberdades individuais não econômicas. Ou seja, com a retração da interferência judicial na organização do domínio econômico e social, a garantia ganha revitalização quando passa a controlar as invasões estatais nas faculdades ditas personalistas, essenciais ao exercício da personalidade humana e da cidadania.

Dentre estas, Castro aponta a liberdade de pensamento e de opinião, o direito à informação, as chamadas liberdades de participação política (direito de votar e de ser votado), de representar e de fiscalizar os atos do Poder Político (Castro, 1989, p. 69).

Ressalta-se ainda que a construção do âmbito material do princípio se deu de forma exegética, ou seja, na jurisprudência americana. Essa evolução implicou na transformação da garantia num amálgama entre o princípio da legalidade e o da razoabilidade para o controle dos atos normativos e da generalidade das decisões estatais, provando a relatividade histórica das constituições.

Com base nessa evolução de interpretação e aplicação do instituto, é que Carlos Roberto de Siqueira Castro afirma que foi essa visão revitalizadora da legalidade, que possibilitou ao princípio do devido processo legal transformar-se no mais importante instrumento jurídico de proteção das liberdades públicas nos Estados Unidos da

América, bem como nos demais países que o incorporaram em sua ordem constitucional, em direção à democracia e ao futuro (Castro, 1989, p. 78).

É que, o que importa para o presente trabalho é que o surgimento do princípio de forma expressa na história do direito inglês medieval deu-se com o intuito de limitar o poder do soberano, tendo em vista a realidade absolutista vigente na época, nascendo com o intuito de regular procedimentos do Estado que intencionassem invadir o patrimônio jurídico dos súditos (como escudo protetor da vida, propriedade e liberdade, direitos de primeira geração que impunham uma ação negativa do Estado) e se desenvolveu como parâmetro para análise da razoabilidade e proporcionalidade dos atos Estatais em geral, sejam eles legislativos, executivos ou judiciários.

4. O devido processo legal: pontuando as diferenças entre o aspecto procedimental e o substancial

Quando se trata do “devido processo legal procedimental” remete à maneira pela qual uma norma, seja lei, regulamento, ato administrativo ou ordem judicial, é executada. O que importa aqui, segundo Paulo Fernando Silveira, é se o procedimento empregado por aqueles que aplicam essa norma — cuja incidência pode implicar violação à vida, liberdade ou propriedade de alguém — está de acordo com o devido processo legal, adstrito, quando se fala no âmbito procedimental do princípio, a sua forma (Medeiros, 2002, p. 67).

Com base nesse aspecto, Vallisney de Souza Oliveira simplifica o conceito do devido processo legal procedimental afirmando que sob esse ângulo, “ninguém pode ser julgado, condenado ou despojado dos seus mais preciosos e fundamentais bens jurídicos, sem ser olvido em processo regular”. Também afirma que o aspecto adjetivo do princípio se refere a própria atuação do Judiciário, com o seu autocontrole, pelas vias recursais e poderes concedidos aos juízes para exercer o controle da atividade procedimental administrativa (Oliveira, 2002, p. 299).

Por sua vez, Maria Rosynete Oliveira Lima ensina que a via procedimental do princípio do devido processo legal, implica reconhecer em qualquer procedimento estabelecido pelo Estado, entendendo este como uma sucessão ordenada de atos, uma maneira

suficiente de minimizar o risco de decisões que acarretem restrição indevida de alguns dos bens tutelados pela cláusula (Lima, 1999, p. 239).

Em outras palavras, significa dizer que esse aspecto do princípio se preocupa prioritariamente com a obediência à forma, não com o conteúdo, das etapas do procedimento, no sentido de que haveria violação ao princípio se o aplicador deixasse de cumprir qualquer das etapas intermediárias do conjunto que compõem o iter processual (Lima, 1999, p. 239).

Não obstante, para a autora, a problemática não se resume à identificação dos interesses inerentes aos bens tutelados pela cláusula, antes, desdobra-se em outro problema, qual seja, o de estabelecimento de um procedimento justo. Dessa maneira, a vexata *questio* muda de enfoque para ocupar o Judiciário em saber qual processo é o devido – diga-se, o mais adequado – para que a justiça seja alcançada (Lima, 1999, p. 77).

Nelson Nery Júnior, ao falar do princípio, ensina que embora tenha surgido como garantia de proteção no processo penal, ou seja, com o cunho eminentemente processualístico, e tenha ganhado contornos pertinentes ao direito material, não perdeu seu caráter processual (Nery Júnior, 2002, p. 40-41).

Tanto é assim que o Nelson Nery afirma que no direito processual americano, a cláusula garante ao litigante vários direitos inerentes ao direito processual, como: (i) o de comunicação adequada sobre a recomendação ou base da ação governamental; (ii) julgamento por juiz imparcial; (iii) oportunidade de deduzir defesa oral perante o juiz; (iv) oportunidade de apresentar provas ao juiz; (v) chance de reperguntar às testemunhas e de contrariar provas que forem utilizadas contra o litigante; (vi) direito de ter um defensor no processo perante o juiz ou tribunal; (vii) direito a obter urna decisão fundamentada, com base no que consta nos autos (Nery Júnior, 2002, p. 40).

Além desses elementos essenciais, afirma Nery Junior, o procedural *due process* americano enseja outras garantias adicionais, como (i) o direito a ser processado mediante a produção de provas; (ii) o direito de se publicar e estabelecer conferência preliminar sobre as provas que serão produzidas; (iii) o direito a uma audiência pública; (iv) à transcrição dos atos processuais; (v) ao julgamento pelo tribunal do júri (civil) e o

(v) ônus da prova, que o governo deve suportar mais acentuadamente do que o litigante individual (Nery Júnior, 2002, p. 40-41).

Na mesma direção, Carlos Roberto de Siqueira Castro destaca do sistema jurídico norte-americano a (i) proibição do *bill of attainder*, ato legislativo que importa em considerar alguém culpado pela prática de crime sem a precedência de um processo e julgamento regular em que seja assegurada ampla defesa; (ii) a proibição de leis retroativas (*ex post facto law*); (iii) vedação de auto-incriminação forçada (*self-incrimination*); (iv) proibição de julgamento duas vezes pelo mesmo fato (*double jeopardy*); (v) a observância do direito à ampla defesa e do contraditório; (vi) a invalidade, no processo, de provas obtidas por meios ilícitos (*fruits of the poisonous tree*); (vii) direito a julgamento por júri (*jury trial*) que seja parcial e competente; (viii) direito a julgamento rápido e público (*speed and public trial*); (ix) direito a ser informado da natureza e da causa da acusação (*fair notice*); (x) assistência de advogado (Castro, 1989, p. 34-37).

Além dessas garantias explícitas, coexistem as implícitas, como (i) o direito a ter seu dia na corte (*his day in the Court*) e a ser ouvido o quanto antes em audiência judicial (*prompt hearing*); (ii) direito do contraditar argumentos e pronunciar-se sobre as provas; (iii) direito de qualquer suspeito ser notificado pela autoridade policial da prerrogativa de permanecer calado e ser assistido por advogado (Castro, 1989, p. 34-37).

No que se refere ao sistema americano, é de ser ressaltado, ainda, que é a natureza do ramo do direito em que a cláusula é aplicada que vai definir o alcance do postulado, que incide de maneiras diferentes na jurisdição civil e penal, bem como, mais recentemente, na esfera da Administração Pública (Castro, 1989, p. 34).

Em resumo, no ordenamento jurídico norte-americano, o âmbito procedimental do princípio garante ao indivíduo a existência de um processo justo, que assegure os meios adequados de defesa aos acusados, além da igualdade dos litigantes e imparcialidade dos julgadores, requisitos que, uma vez negados, importam na obstrução da realização da justiça, circunstância repelida desde a Magna Carta (Castro, 1989, p. 34).

Especificamente sobre a incidência do princípio no Brasil, Nelson Nery Junior afirma que é no sentido unicamente processual que o instituto tem sido interpretado, tanto que tem sido invocado ao longo dos anos, de um modo geral, como base de garantias como

(i) o direito a citação e ao conhecimento do teor da acusação; (ii) o direito a um rápido e público julgamento; (iii) direito ao arrolamento de testemunhas e à notificação das mesmas para comparecimento perante os tribunais; (iv) direito ao procedimento contraditório; (v) a não ser processado, julgado ou condenado por alegada infração às leis *ex post facto*; (vi) a plena igualdade entre acusação e defesa; (vii) direito contra medidas ilegais de busca e apreensão; (viii) direito de não ser acusado nem condenado com base em provas ilegalmente obtidas; (ix) direito a assistência judiciária, inclusive gratuita e (x) privilégio contra a auto-incriminação (Nery Júnior, 2002, p. 40).

Maria Rosynete Oliveira Lima afirma que no Brasil os três elementos que compõe a cláusula no seu sentido processual, são: (1) igualdade das partes; (2) decisões fundamentadas e (3) juiz natural e imparcial (Lima, 1999, p. 265-266).

Nos Estados Unidos, afirma Maria Rosynete Oliveira Lima, o procedural *due process* deve conter três requisitos mínimos: *notice, hearing and legally competent tribunal*, ou seja, deve haver cientificação da pessoa interessada, assegurando-lhe direito a uma audiência, e no fim, decisão por um juiz ou órgão competente (Lima, 1999, p. 265-266).

Nesse contexto, tanto no Brasil como nos Estados Unidos, o procedural *due process of law* nada mais é do que a garantia do acesso a justiça, ou seja, de a parte poder deduzir sua pretensão em juízo do modo mais amplo possível — de ter um processo justo.

Nelson Nery defende com tal segurança esse aspecto do princípio que chega a defender que no ordenamento jurídico pátrio, bastaria a Constituição Federal de 1988 ter enunciado o princípio em seu caput e se tornariam desnecessários a maioria dos incisos do art. 5º da Carta Magna (Nery Júnior, 2002, p. 41-42).

Sobre a matéria, importante também o esolho de Tucci e Cruz e Tucci, citado por Medeiros (2002, p. 68), para quem o devido processo legal constitui-se como garantia conferida pela Constituição no sentido de buscar a concretização dos direitos e garantias fundamentais por meio do direito ao processo, consubstanciado num procedimento regularmente desenvolvido, em todos os seus aspectos, e num prazo razoável (Medeiros, 2002). Ensinamentos estes que revelam a concepção do princípio em sua esfera unicamente procedimental.

No mesmo norte, muitos autores afirmam que do princípio do devido processo legal derivam inúmeros outros princípios garantidores do direito a um processo justo, público e célere — como muitos dos contidos nos incisos do artigo 5º da Constituição Federal, posição defendida também por Nelson Nery Junior, como dito.

Com base nisso é que Vallisney de Souza Oliveira, embora reconheça o aspecto material do instituto, afirma que o princípio, no seu âmbito procedimental, não tem conceito bem delineado, “pois se concretiza por meio da atuação de outros princípios que dele decorrem, como o caso do contraditório, da ampla defesa, da igualdade da fundamentação das decisões, da publicidade dos atos, da proibição de provas obtidas por meios ilícitos, na forma do art. 5º, LVI, da CF/88” (Oliveira, 2002, p. 299).

Além disso, afirma o autor que esse preceito “harmoniza-se também com os princípios da economia e celeridade processuais, no sentido de que o jurisdicionado tem direito a um processo que termine dentro de um prazo razoável, com o aproveitamento máximo dos atos processuais” (Oliveira, 2002, p. 299).

Com efeito, é no sentido unicamente processual que o princípio tem sido entendido pela maior parte da doutrina brasileira. Para demonstrar, destaca-se lição de Antônio Carlos Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Candido Rangel Dinamarco (Cintra; Dinamarco e Grinover, 1975):

(...) a garantia do acesso à justiça, consagrando no plano constitucional o próprio direito de ação (como direito a prestação jurisdicional) e o direito de defesa (direito a adequada resistência as pretensões adversárias), tem como conteúdo o direito ao processo, com as garantias do devido processo legal. Por direito ao processo não se pode entender a simples ordenação de atos, através de um procedimento qualquer. O procedimento há que realizar-se em contraditório, cercado-se de todas as garantias necessárias para que as partes possam sustentar suas razões, produzir provas, influir sobre a formação do convencimento do juiz. E mais: para que esse procedimento, garantido pelo devido processo legal, legitime o exercício da função jurisdicional.

Luiz Cezar Medeiros (2002, p. 70-71), ao tratar da esfera procedimental do princípio vai além do sentido do acesso a justiça da forma mais ampla possível ao aduzir:

A garantia da prestação jurisdicional com a devida presteza, sem procrastinação ou iniquidades decorrentes do rigorismo formal inútil, é corolário do devido processo legal, expressão que no dizer unânime da doutrina não se refere simplesmente a procedimento e sim a processo, englobando, como não poderia deixar de ser, o processo judicial patrocinado pelo Estado, em conformidade com os ditames maiores da ordem. Em verdade, na sua essência, a garantia do devido processo legal constitui a regulação constitucional do formalismo processual. E a partir dele que se pode encontrar a linha de referência para o balizamento entre o informalismo e o excesso de formalismo. Sua missão é coibir o arbítrio do Estado em relação as partes, ou de uma das partes em relação a outra, e viabilizar a

solução dos conflitos através da realização do direito material e da justiça. Assim, só prevalecem as formas que correspondam a essas duas finalidades.

Enfim, o âmbito procedimental do princípio do devido processo legal diz respeito ao *iter* processual que deve ser observado quando da prestação da tutela jurisdicional. Pode-se dizer, então, que na realização da Justiça por meio do Direito essa faceta do princípio é tão relevante quanto o próprio processo, sem o qual, nas palavras de Calamandrei, citado por Grinover, Cintra e Dinamarco (1975, p. 7), de nada valeriam todas as liberdades do indivíduo abstratamente formuladas pela constituição.

Superada a análise do aspecto procedimental, deve ser mencionado o que particulariza o princípio no seu aspecto substancial.

Modernamente se tem entendido que não obstante seja necessária a esfera procedimental do princípio, pois, como visto, garante a justiça processual, esta, por si só, não basta. De acordo com essa ideia, se tem afirmado que além “de um processo justo a própria invasão patrimonial deve ser justa, razoável e proporcional” (Morais, 2001, p. 138), assim como a intervenção na liberdade.

De fato, como afirmou Manoel dos Reis Moraes, a fórmula literal da cláusula mostra-se insuficiente no Estado Democrático de Direito, em que não se pode conformar com decisões com aparência de Justiça. Antes, aduz o autor, a virtude deve ser substancialmente alcançada (Morais, 2001, p. 194), para que o objetivo maior do processo, que é a pacificação social, seja enfim atingido.

Nesse sentido é que se admite que quando se trata de restringir direitos — mormente os relativos ao trinômio vida-liberdade-propriedade o seu titular tem assegurado pela cláusula não só o direito ao *iter* processual adequado, com todas as garantias decorrentes do princípio do devido processo legal na sua interpretação procedimental (tratamento isonômico, ampla defesa, contraditório, juiz natural, entre outros), mas também a aplicação de normas de direito material que obedeçam aos princípios de razoabilidade e proporcionalidade (Lima, 1999, p. 285).

Por esse entendimento, as normas ditadas pelo Estado não podem ser aplicadas indiscriminadamente somente pelo fato de terem sido colocadas por autoridades

competentes, ou serem formalmente válidas; tampouco, sob os mesmos fundamentos, os demais atos estatais podem ser tidos sempre como adequados.

Ou seja, uma norma formalmente perfeita que não respeite os preceitos constitucionais, em sistemas jurídicos em que vigora o princípio da supremacia da Constituição, como o brasileiro, não se presta a restringir o arbítrio do Poder, que originou o surgimento do princípio.

Nesse sentido, colhe-se da dissertação de Luiz César Medeiros (2002, p. 72-73) que: “a dimensão substantiva do devido processo legal diz respeito ao conteúdo da matéria tratada na lei ou no ato administrativo, ou seja, se a sua substancia está de acordo com o devido processo, como cláusula constitucional garantidora das liberdades civis”.

Mais adiante, Medeiros (2002, p. 72-73) complementa, afirmando, com base em San Tiago Dantas (2004), que “não basta a expedição de um ato legislativo formalmente perfeito para preencher o requisito do *due process of law*, sob pena da cláusula se tornar inoperante como limite ao arbítrio legislativo. Nem todo ato legislativo pode ser considerado *law of the land*”.

O que se deve ter em mente, então, quando se trata de atuação estatal, em qualquer das esferas de poder — Legislativo, Judiciário e Executivo —, é que esta deve obedecer aos ditames da razão e da moral da sociedade — consubstanciada, em sistemas jurídicos como o brasileiro, na realidade constitucional, sob pena de ser invalidada. Acerca da matéria, colhe-se do escólio de Siqueira Castro (1989, p. 174-175):

Parece evidente, inobstante, que o controle extraparlamentar da `razoabilidade' e da `racionalidade' das leis somente tem condições de subsistir nos sistemas de constituição rígida e nos quais seja atribuída a órgão específico (de natureza política ou jurisdicional) a inexcusável missão de formular veredito conclusivo acerca da compatibilidade das normas infraconstitucionais em face da Lei Major do Estado. Em países onde a tradição constitucional, diversamente do modelo norte-americano, firmou-se no sentido da supremacia absoluta do Parlamento e da prevalência das deliberações parlamentares sobre as dos demais órgãos da soberania, da qual é protótipo a Inglaterra, não há falar-se, verdadeiramente, em controle judicial (em qualquer outro) da (plausibilidade das leis. Ai, na esteira do depoimento de Blackstone, pioneiro sistematizador da Constituição inglesa, inexistente força institucional capaz de contrastar os editos parlamentares, por mais irrazoáveis que eles possam ser.

Com base nessa interpretação é que se reconhece que o princípio não tem uma forma definida, antes, tem interpretação elástica, não só porque a priori não se tem como definir razoabilidade e proporcionalidade, como também pelo fato de que a realidade

dos direitos fundamentais não é estática — motivo pelo qual o princípio só toma forma quando analisado nos casos concretos, podendo ser ponderada a cada caso, no sentido sempre de garantir o respeito aos ditames constitucionais, não só adstritos aos direitos ali positivados, como os que com o desenvolvimento social surgirão.

Nesse sentido, observou Carlos Roberto de Siqueira Castro, “a locução devido processo legal perfaz uma simbiose de direitos supralegais nominados ou inominados nos textos constitucionais, mas em qualquer caso afinados com o diapasão de justiça vigente em cada tempo e lugar” (Castro, 1989, p. 174-175).

Referida proposta da interpretação do princípio em seu âmbito substancial, levando-se em conta o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, não significa a volta ao jusnaturalismo como afronta ao entendimento positivista. Antes, trata-se de buscar interpretação que mais se amolda a uma realidade constitucional dinâmica, que encontra fundamento para os direitos humanos na própria existência e consciência moral de um determinado povo, chamado por uns de neopositivismo (Morais, 2001, p. 34).

Tal realidade, para Manoel dos Reis Moraes implica o reconhecimento de um certo avanço das regras para os princípios, pois não raras vezes aquelas se mostram insuficientes para a resolução do caso concreto. O autor aponta, inclusive, que o fundamento não é novo, pois Aristóteles, na obra *Ética a Nicômacos*, já afirmava que se a lei que estabelece uma regra geral não contempla a solução de um caso concreto que porventura apareça “é correto, onde o legislador é omissos e falhou por excesso de simplificação, suprir a omissão, dizendo o que o próprio legislador diria se estivesse presente, e o que teria incluído em sua lei se houvesse previsto o caso em questão” (Morais, 2001, p. 204).

O parâmetro de aferição do devido processo legal substantivo é, pois, a razoabilidade e a proporcionalidade, o que passa a ser analisado. Como o princípio do devido processo legal, em seu âmbito substantivo, não admite forma precisa e acabada, pré-definida aos casos concretos, se tornou, nos sistemas constitucionais que a adotam, um postulado genérico de legalidade a exigir que os atos do Poder Público se compatibilizem com a noção de um direito justo, consentâneo com o conjunto de valores incorporados a ordem jurídica democrática conforme a evolução do sentimento constitucional, calcado na realidade social¹ (Castro, 1989, p. 152).

Nesse norte, por servir de mecanismo de controle da justiça das leis, o princípio presta grande serviço ao Direito Público, na medida em que serve de limitação da soberania estatal em face dos direitos fundamentais do homem, o que garante a própria existência da organização democrática (Castro, 1989, p. 152).

Referida abrangência e indeterminação conceitual, que possibilita riqueza na manipulação do postulado na avaliação das normas inseridas num sistema hierárquico de valores, configurando-se como verdadeiro termômetro da validade dos atos estatais, abre horizonte para o questionamento judicial acerca do mérito dos atos legislativos e administrativos, eliminando, por conseguinte, grande margem de onipotência que normalmente se lhes atribui.

Com base nessa noção, Carlos Roberto de Siqueira Castro notícia que nos países de constitucionalismo desenvolvido é permitido aos juízes exercer um efetivo controle no tocante à razoabilidade e racionalidade da produção legislativa, o que ocorre com maior incidência com as normas jurídicas produzidas pelos variados agentes da Administração Pública (Castro, 1989, p. 152).

Para melhor compreender o fenômeno legislativo, toma-se como base o conceito de classificação, para o qual o exercício da função normativa importa em toda sorte de classificação jurídica.

Desse modo, é válida a afirmação de que legislar significa classificar. Ou seja, ao se classificar pessoas conforme os mais diversos critérios fáticos, atribui-se a cada segmento da realidade efeitos jurídicos peculiares e de toda espécie. Com isso, o papel da ordem jurídica passa a ser a garantia da existência de um verdadeiro “sistema de limites”, que vale tanto para o Estado, quanto para o indivíduo, e que opera de acordo com os interesses sociais que o próprio ordenamento estabelece ao descrever graus jurídicos diversos aos inúmeros fatos da vida, transformando-os em fatos jurídicos.

Tendo em mente a ideia de que a legislação pode ser tomada como um sistema de classificação, a moderna teoria constitucional tende a exigir que as diferenciações normativas sejam razoáveis e racionais, no sentido de que devem se constituir em meio hábil a atingir finalidades constitucionalmente válidas.

Para tanto, deve haver uma relação de congruência entre o que a norma estabelece e o fim a que ela se destina, caso contrário, a norma será arbitrária, no sentido de ser irrazoável e irracional, posto que nem mesmo como legítimo mandatário popular é permitido ao legislador discriminar injustificadamente pessoas, bens e interesses da sociedade política. Isso se dá porque as normas devem atender a interesses públicos (Castro, 1989, p. 157).

Assim, se existem limites ao arbítrio do Poder Legislativo, é mister se reconhecer que o princípio do devido processo legal serve de instrumento de controle das normas jurídicas e decisões administrativas irrazoáveis e irracionais.

Em outras palavras, a apreciação do mérito ou conteúdo dos atos de caráter normativo, com vistas a afastar decisões capazes de interferir na esfera de liberdade ou com os bens individuais úteis à sociedade, afasta o totalitarismo.

Isto porque, como dito, “a nenhuma autoridade constituída, nem mesmo ao legislador legitimamente investido da representação política, é dado deliberar de forma arbitrária e incondicionada” (Castro, 1989, p. 157-158).

Daí o entendimento moderno, tanto em sede doutrinária como jurisprudencial, de que é vedado ao legislativo adotar, sobretudo, critérios de classificação vedados expressamente pela Constituição como sexo, raça, religião e que além disso, a distinção normativa seja razoável e racional, sob pena de ser desrespeitada pelos destinatários, bem como invalidada quando da aplicação, tomando-se como base principalmente o âmbito substantivo do princípio do devido processo legal.

No que diz respeito a invalidação da norma ante ao controle de mérito realizado por órgão julgante, tendo em vista a falta de razoabilidade e proporcionalidade, e interessante a tese de que se trata, na verdade, de forma de coibição do arbítrio do Poder calcado no sistema de freios e contrapesos (Castro, 1989, p. 157), que um poder tem a prerrogativa, através de determinados instrumentos, averiguar a atuação de outro, de modo a garantir o perfeito equilíbrio do sistema.

É certo que no Brasil há ainda grande resistência ao controle judicial do mérito dos atos do Poder Público, o que é justificado por aqueles que não veem com bons olhos esse avanço do Judiciário sobre o Legislativo, sob o argumento da existência de

discricionabilidade e autonomia de que dispõe o agente do Estado ao decidir no tocante a oportunidade e conveniência de seus atos. Nesse aspecto, Carlos Roberto de Siqueira Castro afirma que o pensamento jurídico brasileiro não acompanhou a evolução do constitucionalismo americano em que pese lá repousem as raízes de nossa formação republicana (Castro, 1989, p. 157-158).

Com efeito, tanto no plano doutrinário como no jurisprudencial é majoritária no país a postura tímida e retrograda com relação ao princípio da “legalidade igualitária” inserta no princípio do devido processo legal.

Por conta dessa postura é que a simples observância do cânone da similaridade — lei igual para os iguais e dos demais direitos individuais elencados na Constituição, mostra-se para muitos, como requisitos suficientes para emprestar validade constitucional às classificações operadas pelos entes estatais, o que se deve, em grande escala, pela tradição no direito brasileiro de respeitar a esfera de discricionabilidade do Legislativo e do Executivo, com base, principalmente, no efeito de “administrativização” do direito constitucional, fruto da tradição de autoritarismo que assola a história política do país, não obstante surja, vez por outra, a análise da razoabilidade e racionalidade das normas quando se trata de restrição a direitos fundamentais (Castro, 1989, p. 178).

Ocorre que a produção normativa pela via da democracia representativa não garante que o conteúdo das leis corresponda ao ideal de justiça prevalente em cada tempo e lugar, pois o fato de a maioria legitimar a imposição da lei não implica que esta seja justa. De fato, conforme aduz Jose Eduardo Faria, da legitimidade decorre a aceitação de sistemas jurídicos e políticos sem a utilização da força, não a justiça da norma. Nesse norte, para Siqueira Castro, a margem da noção de que a ideia de um direito justo varia conforme o tempo e o lugar, pode-se deduzir que a noção de injustiça das leis decorre fundamentalmente na dissociação entre o ato normativo, o interesse coletivo e o sistema de valores incorporados e aceitos pela sociedade.

Pode ocorrer ainda que muito embora a norma se apresente satisfatória ou aceitável por maior parte de seus destinatários, não seja consentânea com os valores sociais (por exemplo, quando normas beneficiam alguns seguimentos da sociedade em detrimento de outros, ferindo, assim, o sentimento de igualdade). Em qualquer caso, contudo, os aplicadores do direito positivo não terão de aplicar a norma injusta, tornando como

fundamento o âmbito material do princípio do devido processo legal (Castro, 1989, p. 206-211). Enfim, conforme os ensinamentos de Maria Rosynete Oliveira Lima, o princípio do devido processo legal em seu âmbito substantivo opera por meio de outros princípios concretizadores, quais seja, o da proporcionalidade e o da razoabilidade (Castro, 1989, p. 287).

5. O devido processo legal no ordenamento jurídico brasileiro

Entendidos os aspectos do direito humano ao devido processo legal, bem como os subprincípios por meio dos quais atua, procurou-se observar a incidência do instituto no ordenamento jurídico pátrio e como se verifica no processo penal brasileiro.

Nesse norte, foi analisado separadamente o contexto anterior a Constituição Federal de 1988, em que o princípio vigia entre nós de maneira implícita, e somente era visualizado na forma procedimental, do contexto posterior a Constituição Cidadã, no qual a positivação do princípio implicou na superação da discussão acerca da vigência do instituto para a discussão acerca da esfera substantiva do princípio.

A história constitucional brasileira contempla a existência, até os dias atuais, de oito Constituições — 1824, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967, 1969 e 1988. Contudo, o princípio do devido processo legal somente foi contemplado de forma expressa pelo ordenamento jurídico brasileiro por meio da Constituição Federal de 1988.

Não obstante, Manoel dos Reis Morais afirma, no mesmo sentido da obra de Maria Rosynete Oliveira Lima, que mesmo não estando positivado na legislação brasileira, o princípio do devido processo legal foi tratado até 1988 tanto pela doutrina como pela jurisprudência pátria como princípio implícito, graças ao fato de que as Constituições anteriores, com exceção da Carta de 1824 continham cláusula de não exclusão de outros direitos além daqueles positivados pelo documento — ou seja, o rol de direitos e garantias elencados nas constituições não era taxativo, mas exemplificativo (Morais, 2001, p. 170).

Acerca dos regimes constitucionais, verifica-se que a Constituição de 1824, outorgada por D. Pedro I, é considerada ponto de partida de nossa história político-constitucional, ainda que não refletisse as necessidades histórico-políticas da nação brasileira

emergente, já continha em seu texto algum contato limitativo a ação estatal no campo dos direitos humanos, principalmente no art. 179.

No mesmo forte, a Constituição de 1891, primeira constituição da era republicana brasileira, conservou em seu texto as conquistas no campo dos direitos individuais inclusive acrescentando novos direitos, como a plenitude de defesa, liberdade de associação e de expressão, elencados principalmente pelos artigos 72 e 78 —, além de garantir aqueles direitos não enumerados expressamente.

Do mesmo modo, a Constituição de 1934, embora vigente por pouco tempo, trouxe em seu bojo, além daqueles direitos já previstos pelas constituições anteriores, os direitos relativos a liberdade de consciência, de crença e de profissão, entre outras elencadas no artigo 113, renovando a cláusula de não-exclusão dos direitos e garantias implícitos no artigo 114.

Por sua vez, a Constituição de 1937, vigente no chamado “Estado Novo”, restringiu severamente o rol de direitos e garantias individuais, mormente aqueles decorrentes da liberdade de imprensa e de opinião, depondo algumas das conquistas fundamentais incorporadas na Constituição anterior, como os princípios da legalidade e da irretroatividade da lei, entre outros cuja restrição foi necessária para garantir maior amplitude de poder ao Presidente da República.

Vale destacar que tanto o Código Penal como o Código de Processo Penal são desse período, de onde se retira o seu caráter extremamente autoritário.

Como resultado da Assembleia Constituinte de 1945, passou a vigor no país a Constituição de 1946, que expressou solenemente os grandes princípios regedores das liberdades humanas, mormente os atinentes a vida, liberdade, propriedade e segurança individual, apontando convictamente, na visão de Francisco de Assis Alves, no sentido de construir instrumento de resistência ao poder, inclusive com a aceitação dos direitos e garantias implícitos, sem as reservas da Constituição de 1937 (Lima, 1999, p. 63).

Não obstante, a Constituição de 1967 seguiu as linhas básicas da Constituição de 1937. Essa Constituição, embora contivesse cláusula de inclusão dos direitos e garantias implícitos, revelou-se autoritária no prever a suspensão dos direitos Fundamentais, entre outros instrumentos de supressão dos direitos individuais.

No que concerne Emenda constitucional n. 1, considerada por muitos como a Constituição de 1969, observa-se que ela manteve boa parte do texto de 1967 no que se refere aos direitos fundamentais, mantendo inalterado o direito de ação e a garantia de ampla defesa aos acusados, acrescentando a garantia de instrução criminal contraditória, além de outros direitos e garantias, inclusive aqueles implícitos no ordenamento.

No mesmo norte dos apontamentos de Maria Rosynete Oliveira Lima, Manoel dos Reis Morais afirma que, com exceção do período em que vigorou a Constituição de 1937 — que possibilitou no art. 123 a restrição de direitos e garantias fundamentais em prol do bem das necessidades de defesa, do bem estar, da paz e da ordem coletivas, conceitos esses subordinados, pela Carta Política, ao entendimento do Governante — e do período em que vigoraram os Atos Institucionais, em que a afirmação de que o princípio do devido processo legal vigia entre nós de forma implícita não se aplica, o instituto foi estudado por alguns autores nacionais, ainda que de forma tímida, mas sempre tendo em vista as garantias concedidas aos indivíduos frente ao Estado.

Este tratamento tímido do instituto é devido ao autoritarismo dos governos, cuja tônica era de Estado de legalidade em que, nos dizeres de Manoel Gonsalves Ferreira Filho, o Estado recusa subordinação a um Direito a ele superior, identificando o Direito ao seu comando, de forma a reconhecer que é irrelevante se cogitar acerca da justiça ou injustiça das leis, realidade que não foi terreno fértil para uma substancial evolução do princípio.

Com efeito, conforme a explanação acerca das Constituições vigentes no Brasil até a entrada em vigor da Constituição de 1988, tido houve entre nós um repúdio contra os direitos e garantias implícitos, como ocorreu nos Estados Unidos em relação a Nona Emenda — em que não se aceitava o exame de constitucionalidade de uma ação estatal se ela conflitasse com um direito expresso na Constituição americana — o que possibilitou que o instituto fosse tratado no Brasil por alguns de seus pensadores do direito (Lima, 1999, p. 172).

Ou seja, o princípio do devido processo legal não era um “princípio positivado de Direito”, mas um “princípio geral de Direito do ordenamento jurídico brasileiro” (Lima, 1999, p. 173-174).

Dentre os pensadores que se debruçaram sobre a existência do princípio do devido processo legal no Brasil destacam-se, numa evidente posição vanguardista para a época, juristas como Castro Nunes e Carlos Alberto Lúcio Bittencourt.

Seguiram esse caminho também autores como Humberto Theodoro Junior, Jose Frederico Marques, Antônio Roberto Sampaio Dória e Ada Pellegrini Grinover, que reconheceram a existência normativa do princípio do devido processo legal no ordenamento jurídico brasileiro, não obstante sua não inscrição expressa nos textos constitucionais anteriores a 1988 (Lima, 1999, p. 172-173).

Acerca da recepção do instituto do devido processo legal pelo direito brasileiro, Carlos Alberto Lúcio Bittencourt, citado por Lima (1999, p. 166) asseverou em 1949:

Sendo o nosso regime com base precipuamente no americana, é manifesto que todas aquelas garantias que o direito constitucional dos Estados Unidos reconhece aos cidadãos americanos se incluem, também, ex vi do art. 144 da nossa Constituição entre as que assistem, necessariamente, aos cidadãos brasileiros. Esta conclusão é tanto mais importante quanta é certo que, em virtude dela, deverá ter plena aplicação, entre nós, a cláusula do “due process of law”, que o legislador constituinte não enumerou expressamente.

Com respeito a obra de San Tiago Dantas (2004), compreendida também no período anterior a Constituição de 1988, observa-se que a parte de ter grande relevância, não concebeu o instituto do devido processo legal como próprio do direito brasileiro³⁷, embora sua concretização já fosse possível de ser apontada principalmente pela existência de outros direitos e garantias individuais.

De fato, San Tiago Dantas (2004), citado por Moraes (2001, p. 173), tratou de reconhecer no princípio do devido processo legal a proteção das *general rules* — que pode ser interpretada como o âmbito procedimental do princípio e a tese de que nem todo ato legislativo pode ser considerado *law of the land*.

Acerca do segundo aspecto, ressaltou que a lei, para ser considerada em sua gênese em razão do *due process of law*, deveria perseguir o valor justiça e não prejudicar os direitos fundamentais.

O autor San Tiago Dantas (2004) considerou ainda que no sistema judiciário brasileiro o princípio correlato ao devido processo legal seria o da igualdade, o que comprova que na realidade, ainda que não expresso, o princípio do devido processo legal não podia ser vislumbrado no Brasil.

Por sua vez, Jose Frederico Marques, no artigo “A garantia do *due processo of law* no direito tributário”, defendeu que embora a Administração Pública goze de auto-executoriedade e de presunção de legitimidade, não pode descuidar do devido processo legal, pois seus atos não devem ser praticados sem nenhum parâmetro de limitação.

Não obstante, como foi apontado no capítulo primeiro deste texto, Marques considerou a princípio apenas como garantia do iter processual adequado, ou seja, ignorou o âmbito substantivo do instituto.

Ada Pellegrini Grinover, ao tratar dos princípios constitucionais e do Código de Processo Civil, ao tratar do tópico denominado “A tutela constitucional do processo: o *due processo of law*” admitiu a existência do princípio no direito pátrio ao apontar para a valoração teleológica do processo, que seria atingir a Justiça.

Comprova ainda a tese de que o princípio vigia de forma implícita, a existência de julgamentos em que o próprio Supremo Tribunal Federal utilizava-se, como forma de atingir a justiça, de vários subprincípios concretizadores do devido processo legal.

Com base nessas ponderações é que se pode afirmar com segurança que o princípio vigorou apenas de forma implícita e muito tênue somente na forma procedimental — no ordenamento jurídico pátrio até 1988, quando entrou em vigor a nova Constituição.

Ou seja, até então, o princípio, que sob a ótica substantive nos Estados Unidos já era invocado para garantir a proteção do tricórnio vida-liberdade- propriedade frente ao arbítrio do legislador, no Brasil, quando era utilizado, era somente no enfoque procedimental.

6. A recepção do devido processo legal pela Constituição Federal de 1988

Conforme já foi visto no primeiro capítulo, a Constituição Federal vigente, promulgada em 5 de outubro de 1988, consagrou expressamente o princípio do devido processo legal no inciso LIV do artigo 5º, com a seguinte redação: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Além da positivação constitucional, é de ser ressaltado que em 1992, por meio do Decreto Legislativo n. 27, o Brasil aprovou a Convenção Americana sobre Direitos

Humanos de São Jose, Costa Rica, convenção essa datada de novembro de 1969, em vigor no âmbito internacional desde 1978, que contempla em seu artigo 8º várias garantias judiciais.

Não obstante o Pacto consagra o princípio do devido processo legal apenas em seu âmbito procedimental, ou seja, no sentido de garantir ao indivíduo, por meio do devido procedimento, ou seja, o mais amplo, justo e equânime acesso a justiça.

Assim, em que pese a importância da Convenção recepcionada pelo direito brasileiro, a inserção do princípio do devido processo legal em sua mais completa dimensão no ordenamento jurídico pátrio deu-se indubitavelmente por meio do regramento constitucional de 1988.

A opção do constituinte em positivar a clausula respondeu, certamente, as dúvidas de renomados autores acerca da existência do princípio no Brasil, como San Tiago Dantas (2004) e Victor Nunes Leal. Com base nessa nova realidade, a positivação do princípio tem sido constantemente festejada pela doutrina brasileira.

Esse novo contexto jurídico despertou renovado interesse do Judiciário e da doutrina nacionais acerca do princípio do devido processo legal, no sentido de que não se discute mais a recepção ou não do dispositivo, mas a sua significação no contexto do ordenamento jurídico brasileiro.

Deparamo-nos então com o amplo tratamento do instituto, tanto doutrinário como jurisprudencial, não só no que diz respeito ao aspecto procedimental do princípio, mas também sobre o seu enfoque substancial, que deve ser levado em conta não somente pelo

Judiciário, mas também pelo Executivo e Legislativo ou seja, hoje se pode ver o instituto no Brasil como instrumento hábil ao controle amplo do Poder Estatal.

Não obstante, a confusão acerca da abrangência do instituto ainda tido foi por completo dissipada, de modo que alguns autores continuaram a ver o principio sob a ótica exclusivamente procedimental, sob afirmações do tipo de que a clausula se refere apenas a processo judicial, ou que ela é o gênero do qual os demais direitos são

espécies, ou que basta a estrita observância das etapas procedimentais para que o comando constitucional seja satisfeito.

Referido posicionamento, como visto, reduz sensivelmente o alcance da norma, posto que admite a invocação da cláusula apenas para observar a atuação do Judiciário, excluindo de seu âmbito os atos do Executivo e do Legislativo nas ocasiões em que interferem no âmbito da liberdade ou bens da pessoa.

Da leitura do segmento, pode-se conjecturar que os citados autores, ao aduzir que a sua positivação é fato irrelevante frente as demais garantias contidas no texto constitucional, consideram o *due process of law* em sua esfera meramente procedimental.

Não obstante o tratamento defasado dado por alguns autores, no sentido de emprestar a cláusula do devido processo legal interpretação que extirpa seu âmbito substancial, pode-se aduzir que a positivação do princípio pela Carta de 1988 implicou um "rompimento no dogmatismo processual, fazendo com que suas regras formais sejam vivificadas pelos preceitos constitucionais", atitude necessária "para se ter uma visão unitária do ordenamento jurídico, que interpreta a norma em conformidade com a Constituição" (Lima, 1999, p. 180).

Em outras palavras, a nova realidade constitucional tem o mérito não só de por ponto final nas dúvidas acerca da existência do princípio do devido processo legal no direito brasileiro, como de elevar, por meio da mudança do enfoque acerca da discussão do princípio, a sua interpretação, no sentido aceitar sua esfera substancial como instrumento de restrição da ação do Estado dos direitos fundamentais tutelados, no sentido de evitar invasões arbitrárias.

7. O devido processo legal no processo penal brasileiro

Conforme é sabido, é no processo penal se resolvem os mais agudos conflitos entre o Estado e o cidadão (Greco), e também neste ambiente que o indivíduo fica mais fortemente à mercê do Estado, pois a desproporção de forças é avassaladora (Câmara, 1997). Tanto é assim que há estudiosos que correlacionam o equilíbrio de forças no processo penal ao próprio patamar de evolução do Estado Democrático de Direito (Greco).

Nessa perspectiva, constatada a recepção do princípio do devido processo legal no ordenamento jurídico constitucional brasileiro, imperioso analisar as nuances do instituto no processo penal brasileiro, já que, de todas as garantias constitucionais relativas ao processo, é a mais importante – pois dela decorrem todas as demais.

Além disso, o estudo do uso da força pelo Estado no processo penal mostra-se de suma relevância social, especialmente perante a realidade brasileira, cuja imensa esmagadora “clientela” do sistema penal é feita de pessoas menos favorecidas, composto especialmente de pessoas pobres, de pouca instrução e majoritariamente negros.

Não fosse isso, a gravidade da aplicação da lei penal as suas conhecidas e inevitáveis projeções em todas as esferas da vida de um cidadão, também justificam que sejam revisitadas as “garantias” a fim de analisar a efetiva salvaguarda da dignidade humana do “cliente” da justiça penal, impedindo que este seja tratado como um mero “objeto” na perseguição criminal (Greco).

Por tudo isto, entende-se que um indivíduo tenha o seu direito a um processo resguardado, ou seja, não basta que o acusado, no processo penal, tenha a aplicação da pena através de um processo – é imperioso a absoluta regularidade formal e material deste processo (Tucci – Constituição e Processo, p. 17)

No que toca ao aspecto procedimental, o princípio do devido processo legal dá origem e suporte a outros direitos e garantias contidos expressamente em incisos do art. 5º da Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988.

Na ótica do processo penal, o instituto refere ao modo de proceder do Estado na apuração e julgamento da infração penal, ou seja, as regras que deve observar e os caminhos que deve obrigatoriamente percorrer para que a aplicação da pena seja legítima, sob a ótica da justiça que se pretende em um Estado Democrático de Direito.

Sob o viés do contido no art. 5º da Carta Política brasileira, dentre esses direitos e garantias que dão contorno ao aspecto procedimental do instituto, de modo genérico aplicam-se a todos os ramos processuais, a garantia de jurisdição (inc. XXXV), o contraditório e ampla defesa (inc. LV), a razoável duração do processo (inc. LXXVIII), a proibição de prova ilícita (inc. LVI), a vedação a tribunal de exceção (inc. XXXVII), o direito de petição aos Poderes Públicos e o amplo acesso à informação (inc. XXXIV),

a garantia de julgamento perante autoridade competente (inc. LIII), a publicidade dos atos processuais (LX), a assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos (inc. LXXIV).

Rogério Lauria Tucci (1993), particularizam o devido processo penal, o princípio da reserva legal (inc. XXXIX), o princípio da irretroatividade da lei penal, salvo para beneficiar o réu (inc. XL), a impossibilidade de alteração da coisa julgada, salvo para beneficiar o réu (inc. XXXVI), o direito à integridade física e à própria vida do indiciado, réu ou condenado, proibindo-se a tortura ou o tratamento desumano ou degradante (incs. III, XLVIII, XLIX, L), a inviolabilidade de domicílio e o sigilo de correspondência (incs. XI e XII), a não obrigatoriedade de identificação criminal para o civilmente identificado (inc. LVIII), o direito de petição e de obtenção de certidão para a defesa de direitos (inc. XXXIV).

Além dos mencionados por Tucci (1995), entende-se que também derivam do princípio do devido processo legal e especializam o “devido processo penal” as seguintes previsões constitucionais: o princípio da presunção de inocência (inc. LVII), o reconhecimento da instituição do Tribunal do Júri, assegurados a plenitude de defesa, o sigilo das votações, a soberania dos veredictos e a competência dos crimes dolosos contra a vida (inc. XXXVIII), a proibição de prisão salvo situação de flagrante ou por ordem escrita e fundamentada (inc. LXI), o direito à comunicação imediata da prisão ao juiz e à família ou pessoa indicada pelo preso (inc. LXII), o direito de não produzir prova contra si mesmo, consubstanciado no direito à informação ao preso acerca de seus direitos, inclusive o de permanecer calado, assegurando-lhe assistência da família e advogado (inc. LXIII), o direito à identificação, ao preso, dos responsáveis pela prisão ou interrogatório policial (inc. LXIV), o direito ao relaxamento imediato de prisão ilegal (inc. LXV), a impossibilidade de prisão quando a lei autorizar a liberdade provisória, com ou sem fiança (inc. LXVI), a garantia de Habeas Corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder (LXVIII) bem como a sua gratuidade (LXXVII); e a submissão do Brasil à jurisdição do Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão (parágrafo 4º).

Em que pese a análise do aspecto procedimental do devido processo legal penal seja facilmente verificável e, como visto, abranger uma série ampla de direitos e garantias, o mesmo não ocorre com o aspecto material do princípio.

Isso porque, sob a ótica substantiva, o entendimento é de que todos os atos do Estado que importam a invasão do Estado na esfera de direitos de um indivíduo devem ser justos, razoáveis e proporcionais, tomando-se como parâmetro os direitos fundamentais estabelecidos pela Constituição Federal, que visam, em última instância, assegurar a dignidade da pessoa humana.

Desse modo, aplicar o princípio do devido processo legal em toda a sua inteireza – implica admitir que as próprias leis penais que se objetiva aplicar com a utilização do processo penal devem ser justas, razoáveis e proporcionais, sob pena de desobediência à cláusula do devido processo legal em seu sentido material.

E, mais do que isso, as próprias leis processuais penais devem estar de acordo com os direitos fundamentais recepcionados pelo ordenamento, sob pena de violação à dignidade da pessoa humana.

Isso porque, conforme já ressaltado anteriormente no presente trabalho, uma norma formalmente perfeita que não respeite os preceitos constitucionais, em sistemas jurídicos em que vigora o princípio da supremacia da Constituição, como o brasileiro, não se presta a restringir o arbítrio do Poder e proteger o cidadão frente à atuação do Estado, que na seara penal se mostra de extrema envergadura.

Disso decorre a conclusão de que, sob a ótica do sentido material ou substantivo do princípio, o Poder Judiciário, ao realizar seus julgamentos, pode se servir do devido processo legal como instrumento de fiscalização sobre as práticas dos atos legislativos e executivos.

CAPÍTULO III – CONTRIBUIÇÃO EMPÍRICA

Como é sabido, o processo de investigação desenvolvido neste trabalho foi constituído pelas seguintes etapas: fase teórica, fase metodológica e fase empírica. O presente capítulo engloba as duas últimas etapas e aborda, portanto, o método, a definição e caracterização do que foi objeto de estudo, a descrição e fundamentação do método de recolha de dados, a análise da informação recolhida, a interpretação dos resultados e a sua comunicação.

1. Objetivos do trabalho

Como objetivos gerais o trabalho pretendeu investigar as decisões judiciais criminais no Brasil à luz da criminologia crítica e feminista, por meio do recorte metodológico do direito humano ao devido processo legal, suas nuances e reflexos na legislação processual penal, e eventuais divergências de sua manifestação com relação às questões de gênero e classe social dos envolvidos.

Para atingir esse desiderato, como objetivos específicos foi analisado o percurso de evolução teórica da criminologia, demarcando-se a criminologia crítica e a feminista como referenciais para o presente trabalho, em função da sua pauta de reivindicação de implementação dos direitos humanos para todos, seara em que se insere o devido processo legal, que foi o argumento utilizado na pesquisa.

Também foi objetivo específico analisar os contornos do devido processo legal, sua origem, evolução e modos como se exprime no ordenamento jurídico brasileiro, e especialmente como se concretiza no processo penal, seara que dialoga com a criminologia.

Outro objetivo específico consistiu em analisar a praxe judicial criminal, a fim de analisar se há diferenças na implementação do direito humano ao devido processo legal na seara criminal com relação às questões de gênero e classe social dos envolvidos.

Nesse contexto foi realizado estudo quali-quantitativo das características das decisões judiciais criminais proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, pois esse direito humano está inserido no ordenamento jurídico brasileiro como direito fundamental, dentro das cláusulas pétreas contidas na Constituição Federal, documento do qual este Tribunal é o

guardião e interprete, competindo a ele impor – visto que o Estado detém o monopólio da força, o que exerce também pelo Poder Judiciário – a última palavra nas discussões sobre a violação desse direito no Brasil.

2. Métodos utilizados

No intuito de atingir o objetivo da pesquisa, delimitou-se o campo científico em que o tema se insere, qual seja, a criminologia crítica e a feminista, identificando-se a sua pauta reivindicatória contemporânea, que é a implementação dos direitos humanos, dentre eles o direito ao devido processo legal e sua previsão e implementação no Brasil, buscando-se identificar se a praxe judicial reflete diferenças de gênero e classe social.

Foram utilizados como método de abordagem o dedutivo, a metodologia de investigação é quali-quantitativa, exploratória-descritiva, como método de procedimento, o monográfico, como técnica de pesquisa, a documentação bibliográfica, de legislação e jurisprudência pertinente ao tema extraída do Supremo Tribunal Federal.

Como o ponto mais sensível na aplicação prática do devido processo legal ocorre no âmbito criminal, pois os processos criminais, para além da estigmatização e violência simbólica e psicológica, podem implicar restrição da própria liberdade e atingir o corpo físico do homem, na parte empírica foram estudadas as decisões criminais proferidas pelo Poder Judiciário Brasileiro, buscando-se identificar se a praxe judicial reflete diferenças de gênero e classe social.

Assim, foram analisadas decisões criminais que tratam do devido processo legal proferidas em julgamentos pelo Supremo Tribunal Federal, posto ser ele o Tribunal competente para harmonizar a interpretação e aplicação do direito ao devido processo legal, haja vista sua previsão constitucional.

3. Documentos analisados

Os documentos analisados consistiram, entre outros, na legislação penal e processual penal em vigor no Brasil, como o Código Penal, o Código de Processo Penal, a Constituição Federal, e os Tratados de Direitos Humanos recepcionados pelo Brasil, mais especificamente os que consagram a igualdade no tratamento penal e direitos

inerentes ao devido processo penal, como em decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.

Como objeto principal de análise, o estudo concentrou-se nas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, em que ele tenha sido provocado a se manifestar sobre violação ao devido processo legal em processos criminais ou a eles vinculados diretamente, a fim de verificar como interpreta e aplica o direito humano ao devido processo legal no âmbito criminal e suas variáveis referentes ao gênero e classe social dos envolvidos.

Nesse contexto, foi realizada a recolha de documentais (decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal) preexistentes, obtida nos Bancos de Dados públicos do Tribunal mencionado, que foram estudados por si próprios e serviram de fonte de informação para a recolha de dados.

4. Procedimentos realizados

Foram colhidas 100 decisões.

A recolha destas 100 decisões do Supremo Tribunal Federal deu-se durante o ano de 2016 da seguinte forma:

(1) foi realizada consulta à base de dados pública deste tribunal, na página do tribunal na internet, de acesso público, no seguinte endereço: <<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>;

(2) O caminho para chegar aos julgados foi realizado da seguinte maneira (pesquisa confirmada na data de 08 de setembro de 2016, entre as 12h 46min e 18h, segundo horário de Brasília):

(a) foi clicado no termo “jurisprudência”;

(b) foi selecionado o termo “pesquisa”;

(c) no campo denominado “pesquisa livre”, foram digitados os seguintes termos: “devido processo legal penal”;

(d) foi clicado no campo “pesquisar”:

(e) foi clicado no campo “804 documento(s) encontrado(s)”

(f) da listagem de 804 julgados indicados pelo banco de dados de acesso público, foram selecionados os 100 primeiros julgados, que compõe a lista que integra o Anexo 1

O Tribunal escolhido para a colheita das decisões foi o Supremo Tribunal Federal porque é o tribunal a quem compete interpretar a Constituição Federal no Brasil, e o devido processo legal foi recepcionado como direito fundamental nesta Carta Política. Portanto, o resultado de suas decisões impõe aos demais juízes e tribunais do país o norte de como deve ser interpretado e aplicado o direito humano (que é também um princípio, como já foi explicitado) ao devido processo legal na seara penal.

As decisões do Supremo Tribunal Federal que serviram de amostra foram analisadas tendo como norte e principal recorte metodológico a análise do argumento de violação ao devido processo legal em processos criminais, por isso o argumento de pesquisa escolhido foi “devido processo legal penal”, haja vista que a maior parte dos crimes estão previstos no Código Penal e legislação penal extravagante e o rito de julgamento no Código de Processo Penal e legislação processual penal extravagante.

Referidos julgados foram analisados quanto ao tratamento do devido processo legal nos processos criminais da seguinte maneira: (1) se a decisão efetivamente apreciou o mérito ou não do recurso (o Supremo Tribunal Federal é instância principalmente recursal do Poder Judiciário, apreciar o mérito é analisar a discussão jurídica referente ao devido processo legal); (2) se não analisou o mérito, qual a motivação da decisão; (3) se analisou o mérito, se o fez sob o viés substantivo ou procedimental do devido processo legal; (4) qual o crime estava em questão; (5) como o resultado do julgamento afetou a posição processual do réu e da acusação e de outros entes que porventura estejam envolvidos.

Na sequência da análise dos julgados do Supremo Tribunal Federal, foram analisadas questões de gênero: (1) quanto ao réu, se homem, mulher ou ambos; (2) quanto ao relator do julgamento: se homem ou mulher; (3) quanto à composição do órgão julgador: se predominavam homens ou mulheres; (4) quanto aos ministros faltantes na sessão de julgamento: se homens ou mulheres; (5) quanto ao gênero da defesa, se

realizada por advogados homens ou mulheres; (6) se a votação do julgamento não foi unânime, qual o gênero que divergia.

Quanto ao acesso à justiça, a fim de averiguar questões atinentes ao maior ou menor acesso à Justiça dependendo do status social do envolvido, foi analisado dos julgados do Supremo Tribunal Federal: (1) qual a modalidade de provocação do Supremo Tribunal Federal; (2) se o Supremo Tribunal Federal foi provocado pela defesa ou pela acusação; (3) se a modalidade de defesa era pública ou patrocinada de forma privada.

Os dados levantados foram comparados entre si para analisar a aplicação do devido processo legal no Brasil, através da ótica do Supremo Tribunal Federal, afim de constatar eventuais divergências quanto à classe social e gênero dos envolvidos.

5. Resultados: análise e discussão

As decisões do Supremo Tribunal Federal foram analisadas quanti e qualitativamente, segundo os padrões acima mencionados e confrontados e complementados com as informações obtidas em relatórios do sistema carcerário brasileiro e dados sobre a população brasileira.

i. Análise de mérito do devido processo legal em processos criminais ou a eles diretamente relacionados

O primeiro aspecto a ser destacado é que, das 100 decisões selecionadas conforme descrito acima, 5 referem-se a ações de controle direto de constitucionalidade, que se prestam a analisar a congruência dos atos normativos com os preceitos da Constituição Federal (logo, os instrumentos em que a análise do devido processo legal é mais evidente), sendo os demais processos sujeitos a controle difuso ou ações, processos ou procedimentos de competência originária.

Do total da amostra, observou-se que em mais de 70 decisões o Supremo Tribunal Federal, embora tenha admitido o processamento do recurso ou ação, não analisou o mérito do argumento de que houve violação ao devido processo legal.

Tal realidade pode ser interpretada segundo vários aspectos. O primeiro, a partir da negação da prestação jurisdicional na seara criminal quando o argumento manejado pelo réu (a maioria das provocações analisadas tiveram iniciativa da defesa) é de violação a

direito previsto na Constituição Federal, posto que essa corte a isso se destina, o que confronta com o direito humano e fundamental de acesso à Justiça de forma ampla, ou seja, não apenas enquanto garantia de pronunciamento judicial sobre o tema invocado (formalidade) mas também que suas arguições sejam efetivamente analisadas (materialmente). O direito de acesso à Justiça e a proibição de negativa de jurisdição é previsto e consagrado em vários dispositivos da Constituição Federal brasileira.

Essa negativa de apreciar a discussão sobre o devido processo legal, em mais de 70% das decisões analisadas, implica que nesses casos, não foram apreciadas violações a direitos dele diretamente decorrentes e que são a sua expressão como aqueles mencionados no capítulo II, e para ser mais claro, implica em dizer que nesses casos, a Corte se negou a analisar as alegações de violação de direito tais como: (1) a garantia de jurisdição; (2) o direito ao contraditório e ampla defesa; (3) o direito a razoável duração do processo; (4) a proibição de prova ilícita; (5) a vedação a tribunal de exceção e a garantia de julgamento perante autoridade competente; (6) o direito de petição aos Poderes Públicos para a defesa de direitos; (7) o amplo acesso à informação; (8) a publicidade dos atos processuais; (9) a assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos; (10) o princípio da reserva legal; (11) o princípio da irretroatividade da lei penal, salvo para beneficiar o réu; (12) a impossibilidade de alteração da coisa julgada, salvo para beneficiar o réu; (13) o direito à integridade física e à própria vida do indiciado, réu ou condenado; (14) a proibição de tortura ou o tratamento desumano ou degradante; (15) a inviolabilidade de domicílio e o sigilo de correspondência; (16) a não obrigatoriedade de identificação criminal para o civilmente identificado; (17) o direito de obtenção de certidão para a defesa de direitos; (18) o princípio da presunção de inocência – crucial na seara penal; (19) o reconhecimento da instituição do Tribunal do Júri, assegurados a plenitude de defesa, o sigilo das votações, a soberania dos veredictos e a competência dos crimes dolosos contra a vida; (20) a proibição de prisão salvo situação de flagrante ou por ordem escrita e fundamentada – crucial, no sistema penal brasileiro, eis que pelo menos um terço dos presos do Brasil não contam com condenação definitiva; (21) o direito à comunicação imediata da prisão ao juiz e à família ou pessoa indicada pelo preso; (22) o direito de não produzir prova contra si mesmo, consubstanciado no direito à informação ao preso acerca de seus direitos, inclusive o de permanecer calado, assegurando-lhe assistência da família e advogado; (23) o direito à identificação, ao preso, dos responsáveis pela prisão ou interrogatório policial; (24) o

direito ao relaxamento imediato de prisão ilegal; (25) a impossibilidade de prisão quando a lei autorizar a liberdade provisória, com ou sem fiança; (26) a garantia de Habeas Corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder, bem como a gratuidade da ação de Habeas Corpus.

Em que pese seja impressionante o número de violações que podem ser invocadas com o argumento de violação ao devido processo legal – e a sua não apreciação pela Corte Constitucional do país possa ser interpretada inclusive como um salvo-conduto para as autoridades públicas que cometem essas violações, propiciando a sua continuidade, o outro lado da moeda é que o sistema processual brasileiro admite elevado número de recursos na seara penal (e nas outras matérias também), o que enseja a possibilidade de alongar um processo penal no tempo, de forma a prorrogar o momento de uma decisão penal tornar-se definitiva.

Porém, com base nas decisões que foram analisadas no presente estudo, esses recursos não parecem ser manejados de forma igualitária por todas as classes sociais, pois os processos que serviram de amostra, em sua esmagadora maioria, chegaram ao Supremo Tribunal Federal por meio de defesas financiadas de forma privada, o que indica que os processos criminais que “não terminam nunca”, ou cujos crimes acabam por prescrever em face do longo percurso temporal, são aqueles em que os réus podem pagar pelas defesas.

Tal realidade mostra um resposta desigual do sistema, ao menos no que toca ao tema do acesso formal à Justiça, em relação à classe social a que pertence o réu – pois se ele tiver condições de financiar um advogado criminal para realizar a sua defesa, terá a chance de manipular o sistema processual com a propositura de inúmeros recursos para fugir da tutela penal, como por exemplo, quando provoca com isso a prescrição, ou pelo menos retardar o máximo a aplicação da lei criminal, propiciando fugas.

Daí a conclusão de que o sistema penal, pelo menos no que se refere aos julgamentos do Supremo Tribunal Federal, funciona sob uma lógica desigual que gera além de altos custos para o Estado e para as partes envolvidas, também o sentimento de impunidade e de insegurança jurídica da população face à incapacidade do sistema de fornecer uma resposta igual e final ao conflito no tempo adequado, favorecendo classes mais abastadas.

Com relação ao argumento utilizado para não analisar o mérito da alegação de violação ao devido processo legal, observou-se que a quase totalidade das decisões em que o STF se esquivou de realizar a apreciação foi fundamentada na seguinte posição: de que a violação noticiada na verdade refere à legislação infraconstitucional, que no entendimento dominante daquela corte representa violação reflexa à Constituição Federal e portanto não merece análise de mérito em sede de controle difuso.

Ou seja o STF utiliza como argumento a premissa de que ao invocar o artigo constitucional, as partes estão se utilizando de um subterfúgio para provocar a prestação jurisdicional da corte constitucional, quando na verdade pretendem a impugnação da legislação infraconstitucional, o que compete ao STJ julgar (em recurso provavelmente já analisado) e não ao STF. Todavia, se o argumento é a discrepância da lei face à Constituição Federal, o recurso cabível é face ao STF e não ao STJ – isso impõe a conclusão de que o recurso está correto e a competência é mesmo do STF e não do STJ, de modo que a forma de decidir do STF é inequivocamente uma negativa de prestação jurisdicional.

Referidas decisões invocam em quase sua totalidade direta ou indiretamente o julgamento do Agravo em Recurso Extraordinário (ARE-RG 748.371), que foi julgado em sede de Repercussão Geral. Em muitos casos utilizaram a mesma fundamentação que a proferida nos Embargos de Declaração do Recurso Extraordinário com Agravo, ARE 953024 ED, de relatoria do Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 28/06/2016, publicado em 09/08/2016, que compõe a lista do Anexo 1: “a matéria debatida no Tribunal de origem restringe-se ao âmbito infraconstitucional, de modo que a ofensa à Constituição, se existente, seria reflexa ou indireta, o que inviabiliza o processamento do presente recurso. É uníssona a jurisprudência desta Corte no sentido de que o recurso extraordinário não se presta a analisar legislação infraconstitucional. Nessa esteira, vale dizer que o Supremo Tribunal Federal já assentou que não há repercussão geral em relação à violação dos princípios do contraditório, da ampla defesa, dos limites da coisa julgada e do devido processo legal quando o julgamento da causa depender de prévia análise da adequada aplicação das normas infraconstitucionais (ARE-RG 748.371, tema 660, de minha relatoria, DJe 1º.8.2013)”.

Ou seja, apesar de o sistema funcionar propiciando um elevado número de recursos, o fato é que nem todos os que tem suas provocações processadas (admitidas) tem suas alegações de fato analisadas – o que sugere uma resposta às avessas ao excesso

de recursos protelatórios: ainda que admitidos, ou seja, ainda que assegurado o acesso formal à Corte Constitucional, no final das contas a maior parte dos recursos e provocações não são sequer analisados, de modo que mesmo aos mais abastados, não se garante o acesso material a esta Corte de Justiça.

Das decisões que analisaram o mérito da violação ao devido processo legal, mais de 20 decisões analisam apenas o aspecto meramente procedimental do princípio, analisando aspectos ligados à obediência aos ritos procedimentais do processo penal, como momento de apresentação de defesa e produção de provas e concluem, em sua grande maioria, pela obediência da decisão atacada ao devido processo legal.

Das decisões que analisaram o aspecto substancial do princípio (proporcionalidade e justiça entre fins e meios da lei), em conjunto com o aspecto procedimental, ou isoladamente, abordando explicitamente ou implicitamente a proporcionalidade entre fins e meios da lei impugnada, 2 referem-se ao exercício do controle difuso de constitucionalidade e 5 delas referiam-se a ações de controle concentrado de constitucionalidade (que justamente servem para analisar o choque de atos normativos com o conteúdo constitucional), porém uma delas não refere a seara penal (ADI 5127).

Nas duas oportunidades que o STF entrou no mérito para analisar o argumento de violação material ao devido processo legal, para autorizar aplicação da legislação infraconstitucional de forma diversa da letra da lei, por entender violar materialmente o instituto, o fez com relação a rito do processo penal militar.

Nos dois processos em que ele fez a referida análise destaca-se o tipo de crime praticado e a qualidade do agente criminoso: (1) HC 127.900/AM, em que consta: “Posse de substância entorpecente em local sujeito à administração militar (CPM, art. 290). Crime praticado por militares em situação de atividade em lugar sujeito à administração militar” - Ou seja, tratava-se de réu homem, militar, que praticou crime militar; (2) RHC 124.137 Agr/BA, em que consta o seguinte, na ementa: “PENAL E PROCESSUAL PENAL MILITAR. AGRESSÃO A SUPERIOR HIERÁRQUICO. CRIMES DE VIOLÊNCIA CONTRA SUPERIOR E LESÃO LEVE. ARTS. 157, § 3º, E 209 DO CÓDIGO PENAL MILITAR” – ou seja, tratava-se de réu homem, militar, que praticou crime militar.

Desse modo, observou-se uma forte discrepância técnica entre a argumentação que o Supremo Tribunal utilizou para afastar a análise de mérito da maior parte dos processos e as 2 decisões de análise de mérito em controle difuso que enfrentaram o aspecto substancial do devido processo legal para se pronunciar sobre a possibilidade de alteração do rito previsto em legislação infraconstitucional.

Por outro lado, foge desse entendimento nas 2 decisões realizadas em controle difuso de constitucionalidade, em que analisa o mérito da violação do devido processo legal sob o aspecto substancial, analisando a congruência da legislação infraconstitucional com o devido processo legal de forma ampla (substancial, inclusive), para autorizar a aplicação da lei de modo diverso do que a letra da lei preconiza, a fim de atualizar a prática processual com a perspectiva democrática do processo.

As 2 decisões vão no mesmo sentido, destacando-se, para ilustrar, parte da argumentação proferida no julgamento do Recurso em Habeas Corpus, identificado como RHC 124137 AgR, de relatoria do Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 17/05/2016, publicado em 01/06/2016, que compõe a lista do Anexo 1 do presente: “O art. 400 do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei nº 11.719/2008, fixou o interrogatório do réu como ato derradeiro da instrução penal, prestigiando a máxima efetividade das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, CF), dimensões elementares do devido processo legal (art. 5º LIV, CF) e cânones essenciais do Estado Democrático de Direito (art. 1º, caput, CF), por isso que a nova regra do Código de Processo Penal comum também deve ser observada no processo penal militar, em detrimento da norma específica prevista no art. 302 do Decreto-Lei nº 1.002/69, conforme precedente firmado pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal nos autos da HC nº 127900/AM, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 03/03/2016, impondo a observância do novo preceito modificador em relação aos processos submetidos à Justiça Penal Militar”.

Desse modo, embora na grande maioria dos casos o Supremo Tribunal Federal negue a possibilidade de analisar a alegação de violação ao direito humano ao devido processo legal por alegar que o argumento implica atacar legislação infraconstitucional, o que representa ofensa reflexa, em outros casos de controle difuso ele adentra na análise do mérito e faz justamente a análise da congruência da legislação infraconstitucional com o conteúdo do devido processo legal, justamente para determinar aplicação atualizada da

lei, de forma diversa da letra da lei, mas de modo atualizado com o parâmetro constitucional.

Todavia, na amostra analisada, no controle difuso somente fez essa análise no caso de réus homens e militares.

Em sede de controle concentrado, mais propício para essa análise, constatou-se ser mais comum que o Supremo Tribunal Federal adentre na análise da violação frontal dos atos normativos em face do devido processo legal.

Quanto ao controle concentrado, na ADI 2144, uma Ação Declaratória de Inconstitucionalidade, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil pede a declaração de inconstitucionalidade do parágrafo 1º do art. 370 do Código de Processo Penal, por violação ao devido processo legal, à isonomia e a ampla defesa ao estabelecer tratamento diferenciado entre advogado constituído, do querelente ou do assistente e o Ministério Público e o defensor nomeado.

Na decisão, o Tribunal, que por unanimidade julgou improcedente a ação, assevera que as previsões do estatuto processual penal não ferem o devido processo legal por violação à paridade de armas, invocando que a legislação pode fazer tratamento desigual quando tal for justificado. Fundamenta no sentido de que o advogado constituído de forma privada representa, de certa forma, uma Justiça Privada, que esses advogados, assim como ocorre nos processos cíveis, cujas intimações ocorrem por meio da imprensa oficial, devem ter estruturados meios de acompanhar essas publicações, e que portanto não merecem tratamento igualitário com o Ministério Público, a Defensoria Pública ou os advogados dativos nomeados que não puderem se eximir do feito, que representam a Justiça Pública e em face do elevado número de processos devem ser intimados de forma pessoal (e não pela imprensa, como os constituídos).

Em que pese seja verdadeiro o fato de que o mesmo tratamento acontece com os advogados nos processos cíveis, o Supremo Tribunal Federal deixou de analisar o fato de que ao reconhecer a necessidade de o advogado privado manter uma estrutura para acompanhar as publicações acaba por encarecer a prestação de serviços advocatícios, especialmente numa área em que os réus mais pobres são mais prejudicados, contribuindo ainda mais para o desnível social entre a clientela penal que pode pagar e aquela que não pode.

Com esse posicionamento, fortalece ainda mais o sistema tal como funciona: réus pobres sujeitam-se a defesas promovidas por órgãos públicos, que vivem abarrotados de trabalho, e réus mais abastados por advogados privados.

A ADI 5240, proposta pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil, visava a declaração de inconstitucionalidade do Provimento Conjunto 03/2015 do Tribunal de Justiça de São Paulo, que regulamentou as audiências de custódia no Estado de São Paulo, determinando a apresentação do preso em flagrante em juízo em até 24 horas após a sua detenção, para averiguação da legalidade da prisão, em cumprimento do disposto no artigo 7º, item 5, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (pacto de San Jose da Costa Rica).

Na visão do órgão de classe, a inconstitucionalidade deveria ser declarada especialmente porque “o regramento da audiência de custódia, por ter natureza jurídica de norma processual, dependeria da edição de lei federal, por força dos artigos 22, inciso I, e 5º, inciso II, da Constituição Federal”; e porque “a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) tampouco poderia servir de fundamento para a edição do provimento atacado, visto que, segundo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 466.343, tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil ingressariam no ordenamento jurídico nacional com status supralegal, de modo que, na sua ótica, não seria possível a sua regulamentação direta através da espécie normativa empregada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo”.

Antes de entrar na análise de mérito dos argumentos, foi registrado na decisão os seguintes fatos: (1) o levantamento oficial do Conselho Nacional de Justiça apontou que do total de presos no Brasil, cerca de 41% estão presos de forma provisória, ou seja, sem uma decisão penal que possa ser executada, que somadas aos adolescentes privados de liberdade em estabelecimentos muito acima de sua lotação máxima demonstram que o sistema carcerário brasileiro se encontra num quadro dramático; (2) é necessário que a sociedade compreenda que o quadro de criminalidade em que o Brasil se encontra também deriva da situação em que são cumpridas as prisões no Brasil, de modo que se mostrava imperiosa a averiguação, pelo menos, de sua legalidade; (3) a ilegalidade de muitas prisões provisórias ficou evidenciada já no primeiro mês de aplicação das audiências de custódia, em face da redução, somente neste mês, de 50% das prisões cautelares no

TJES (Estado do Espírito Santo) e redução de 40% das prisões cautelares no TJSP (Estado de São Paulo).

Ao fazer menção a estes fatos, fica demonstrado inequivocamente que o Supremo Tribunal Federal leva em consideração os fatos sociais antes da tomada de decisão, bem como as consequências que decisões como a que ora se analisa podem impactar na realidade - o que torna particularmente preocupante, pois denota que sua ação é direcionada para a manutenção do estado de coisas como estão (gestão a escassez), em que pese reconhecer as ilegalidades.

Sobre os fundamentos técnicos da decisão, destaca-se que o STF não conheceu parte da ação, e portanto não entrou propriamente na análise de mérito com relação a essa parte, que se refere aos artigos 1º, 3º, 5º, 6º e 7º do Provimento Conjunto 03/2015 do TJSP, por entender que estes artigos "apenas explicitam disposições esparsas da Convenção Americana sobre Direitos do Homem e do Código de Processo Penal, permitindo, assim, a sua compreensão clara e sistemática, indispensável ao seu fiel cumprimento". Como fundamento, alegou que a Convenção Americana de Direitos Humanos foi incorporada pelo ordenamento jurídico brasileiro com caráter de supralegalidade, o que representou a paralisação dos efeitos de toda a legislação ordinária conflitante com esse preceito convencional. Além disso, asseverou que "o direito convencional a uma audiência de custódia deflagra o procedimento legal de habeas corpus perante a Autoridade Judicial", que o Habeas Corpus encontrou seu fundamento histórico no devido processo legal e que no Brasil se encontra regulamentado pelo Código de Processo Penal e que a resolução atacada ao esmiuçar o procedimento da audiência de custódia não inova a ordem jurídica naqueles dispositivos, motivo pelo qual a ação não foi conhecida nesses tópicos.

Com relação aos artigos 2º, 4º, 8º, 9º, 10 e 11 do Provimento atacado, o Tribunal conheceu a ação porém julgou-a improcedente, pois entendeu tratar-se de matéria de organização administrativa interna do Tribunal que emitiu o ato, que portanto possui competência constitucional para realizar o seu disciplinamento, conforme o artigo 96, inciso I, alínea a, da Constituição Federal.

Em que pese tenha representado um grande avanço no que toca ao controle de legalidade das prisões provisórias, buscando implementar de forma mais abrangente e substancial o devido processo legal, o que era urgente, posto que ao passo que o sistema carce-

rário brasileiro carece de vagas, contava em 2014 com 40% dos presos em regime provisório, sem sentença penal condenatória executável, portanto, o fato é que essa realidade não pode ser tao comemorada como deveria.

Isso porque essa decisão foi proferida em 20 de agosto de 2015 e durante o ano de 2016 o Supremo Tribunal Federal, em duas oportunidades, uma no Habeas Corpus 126.292 e outra na análise da liminar nas ADCs 43 e 44, sinalizou que retrocedeu ao posicionamento histórico que garantia ao acusado a integralidade da aplicação do princípio da presunção de inocência e assegurava o direito de responder ao processo penal em liberdade e de recorrer livre caso inexistisse motivo para prisão provisória, manifestando-se no sentido de possibilitar a execução provisória da pena após decisão condenatória em segunda instância.

Tal realidade possibilita a interpretação da intenção de substituir presos provisórios ilegais por presos condenados, ainda que não definitivamente. Ainda que isso possa significar o emprego de uma maior racionalidade para o sistema, pois admite pensar que pelo menos, e afinal de contas, é menos indigno prender um condenado do que um acusado sem sentença penal condenatória, o fato é que, diversamente da decisão proferida na ação que analisou a constitucionalidade das audiências de custódia, as decisões que analisaram a possibilidade da execução provisória da pena em segunda instância não possuem força para cumprimento obrigatório pelos demais juízes e tribunais - ou seja, ao entrar nessa seara, o Tribunal deixou margem para discricionariedade na determinação do cumprimento da pena de forma provisória.

Desse modo, se por um lado, verificamos a intenção de fazer com que as prisões provisórias passem realmente a valer como exceção no ordenamento jurídico brasileiro, ao passo que os condenados em segunda instância podem ter que cumprir provisoriamente a pena antes do trânsito em julgado, o fato é que a determinação dessas prisões para cumprimento de pena em caráter não definitivo ficou a cargo da discricionariedade dos tribunais, e, mesmo determinada em segunda instância, pode ser objeto de questionamento mediante Habeas Corpus ou mesmo por interposição de recursos aos tribunais superiores – no caso, Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal.

Tal constatação denota existir margem de insegurança e discricionariedade ao sistema, o que não é recomendável na seara penal, sob pena de dar azo a interpretações ora de im-

punidade, ora de punibilidade seletiva. Isso porque, repita-se, agora, os Tribunais podem determinar a prisão após a decisão condenatória em segundo grau, determinando o cumprimento da pena em sede de execução provisória (antes do trânsito em julgado, em violação ao princípio da presunção de inocência, que perde força no ordenamento jurídico brasileiro), mas não são obrigados a tanto e não vem decidindo de maneira uniforme nesse tema.

Além disso, mesmo que determinem a prisão após decisão condenatória em segunda instância, referidas decisões podem ser revertidas nos Tribunais superiores, justamente porque as decisões que "autorizaram" isso não foram tomadas em sede de controle concentrado, ou seja, não possuem obrigatoriedade erga omnes e deverão ser controladas pelos Tribunais de segunda instância, justamente o foco de maior corrupção no Poder Judiciário.

Com relação à Medida Cautelar na ADPF 378, proposta pelo Partido Comunista do Brasil e acompanhada por vários outros partidos e entidades, dentre eles o Partido dos Trabalhadores na qualidade de "amicus curie", verifica-se que tinha a medida cautelar foi recebida como aditamento da ação principal, que tinha como finalidade assegurar "a compatibilidade do rito de impeachment de Presidente da República previsto na Lei nº 1.079/1950 com a Constituição de 1988".

Essa ação foi proposta com o objetivo de assegurar o rito adequado para a cassação da Presidente Dilma Rousseff e de um modo geral todas as discussões ali travadas tratam do devido processo legal, direta ou indiretamente, seja sob o enfoque material/substancial ou procedimental.

Como a finalidade do presente trabalho não é discutir propriamente o impeachment, para não cair na tentadora armadilha dessa análise (que por si só ensejaria um outro trabalho de pesquisa inteiro), será destacado apenas que ficou determinada uma certa congruência entre o processo penal comum e o rito do impeachment ao ser decidido que "no curso do procedimento de impeachment, o acusado tem a prerrogativa de se manifestar, de um modo geral, após a acusação. Concretização da garantia constitucional do devido processo legal (due process of law)" e que "o interrogatório do acusado, instrumento de autodefesa que densifica as garantias do contraditório e da ampla defesa, deve ser o último ato de instrução do processo de impeachment. Aplicação analógica da

interpretação conferida pelo Supremo Tribunal Federal ao rito das ações penais originárias".

Por fim, com relação a decisão proferida nessa ação, merece ser destacado que os argumentos que pareceram ser decisivos para o desfecho do processo de impeachment eram na verdade aqueles referentes ao voto aberto dos parlamentares e à possibilidade de apresentação de defesa prévia para o Presidente da Câmara dos Deputados, posto ocupado na época pelo Deputado Eduardo Cunha, por meio do qual pretendia-se buscar o não recebimento da denúncia. Assim, ao vetar a apresentação de defesa prévia e garantir o voto aberto (público), selou-se o destino da Presidente Dilma Rousseff.

Por fim, em sede de controle concentrado, resta analisar a Medida Cautelar na ADPF 347, proposta pelo PSOL, Partido Socialismo e Liberdade. A ação foi proposta com o objetivo de que fosse "reconhecida a figura do “estado de coisas inconstitucional” relativamente ao sistema penitenciário brasileiro e a adoção de providências estruturais em face de lesões a preceitos fundamentais dos presos, que alega decorrerem de ações e omissões dos Poderes Públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal" .

A Medida Cautelar foi requerida com o intuito de que fossem determinadas varias medidas para amenizar o quadro dramático que vive hoje o sistema prisional brasileiro. Foi objeto de pedido liminar na medida cautelar: "a) aos juízes e tribunais – que lancem, em casos de determinação ou manutenção de prisão provisória, a motivação expressa pela qual não aplicam medidas cautelares alternativas à privação de liberdade, estabelecidas no artigo 319 do Código de Processo Penal; b) aos juízes e tribunais – que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão; c) aos juízes e tribunais – que considerem, fundamentadamente, o quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro no momento de implemento de cautelares penais, na aplicação da pena e durante o processo de execução penal; d) aos juízes – que estabeleçam, quando possível, penas alternativas à prisão, ante a circunstância de a reclusão ser sistematicamente cumprida em condições muito mais severas do que as admitidas pelo arcabouço normativo; e) ao juiz da execução penal – que venha a abrandar os requisitos temporais para a fruição de benefícios e direitos dos presos, como a progressão de regime, o livramento condicional e a suspen-

são condicional da pena, quando reveladas as condições de cumprimento da pena mais severas do que as previstas na ordem jurídica em razão do quadro do sistema carcerário, preservando-se, assim, a proporcionalidade da sanção; f) ao juiz da execução penal – que abata, da pena, o tempo de prisão, se constatado que as condições de efetivo cumprimento foram significativamente mais severas do que as previstas na ordem jurídica, de forma a compensar o ilícito estatal; g) ao Conselho Nacional de Justiça – que coordene mutirão carcerário a fim de revisar todos os processos de execução penal, em curso no país, que envolvam a aplicação de pena privativa de liberdade, visando a adequá-los às medidas pleiteadas nas alíneas “e” e “f”; h) à União – que libere as verbas do Fundo Penitenciário Nacional, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos”.

No mérito da ação pede que sejam confirmados os pedidos feitos em sede liminar e: "a) haja a declaração do “estado de coisas inconstitucional” do sistema penitenciário brasileiro; b) seja determinado ao Governo Federal a elaboração e o encaminhamento ao Supremo, no prazo máximo de três meses, de um plano nacional visando à superação, dentro de três anos, do quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro; c) o aludido plano contenha propostas e metas voltadas, especialmente, à (I) redução da superlotação dos presídios; (II) contenção e reversão do processo de hiperencarceramento existente no país; (III) diminuição do número de presos provisórios; (IV) adequação das instalações e alojamentos dos estabelecimentos prisionais aos parâmetros normativos vigentes, no tocante a aspectos como espaço mínimo, lotação máxima, salubridade e condições de higiene, conforto e segurança; (V) efetiva separação dos detentos de acordo com critérios como gênero, idade, situação processual e natureza do delito; (VI) garantia de assistência material, de segurança, de alimentação adequada, de acesso à justiça, à educação, à assistência médica integral e ao trabalho digno e remunerado para os presos; (VII) contratação e capacitação de pessoal para as instituições prisionais; (VIII) eliminação de tortura, maus-tratos e aplicação de penalidades sem o devido processo legal nos estabelecimentos prisionais; (IX) adoção de providências visando a propiciar o tratamento adequado para grupos vulneráveis nas prisões, como mulheres e população LGBT; d) o plano preveja os recursos necessários à implementação das propostas e o cronograma para a efetivação das medidas; e) o plano seja submetido à análise do Conselho Nacional de Justiça, da Procuradoria Geral da República, da Defensoria-Geral da União, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, do Conselho Nacional do Ministério Público e de outros órgãos e institui-

ções que desejem se manifestar, vindo a ser ouvida a sociedade civil, por meio da realização de uma ou mais audiências públicas; f) o Tribunal delibere sobre o plano, para homologá-lo ou impor providências alternativas ou complementares, podendo valer-se do auxílio do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do Conselho Nacional de Justiça; g) uma vez homologado o plano, seja determinado aos Governos dos estados e do Distrito Federal que formulem e apresentem ao Supremo, em três meses, planos próprios em harmonia com o nacional, contendo metas e propostas específicas para a superação do “estado de coisas inconstitucional” na respectiva unidade federativa, no prazo máximo de dois anos. Os planos estaduais e distrital deverão abordar os mesmos aspectos do nacional e conter previsão dos recursos necessários e cronograma; h) sejam submetidos os planos estaduais e distrital à análise do Conselho Nacional de Justiça, da Procuradoria Geral da República, do Ministério Público da respectiva unidade federativa, da Defensoria-Geral da União, da Defensoria Pública do ente federativo, do Conselho Seccional da OAB da unidade federativa, de outros órgãos e instituições que desejem se manifestar e da sociedade civil, por meio de audiências públicas a ocorrerem nas capitais dos respectivos entes federativos, podendo ser delegada a realização das diligências a juízes auxiliares, ou mesmo a magistrados da localidade, nos termos do artigo 22, inciso II, do Regimento Interno do Supremo; i) o Tribunal delibere sobre cada plano estadual e distrital, para homologá-los ou impor providências alternativas ou complementares, podendo valer-se do auxílio do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do Conselho Nacional de Justiça; j) o Supremo monitore a implementação dos planos nacional, estaduais e distrital, com o auxílio do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do Conselho Nacional de Justiça, em processo público e transparente, aberto à participação colaborativa da sociedade civil”.

A medida cautelar foi deferida por maioria de votos, nos seguintes termos: (1) "em relação à alínea “b”, para determinar aos juízes e tribunais que, observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, realizem, em até noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contados do momento da prisão"; (2) "em relação à alínea “h”, por maioria e nos termos do

voto do Relator, deferiu a cautelar para determinar à União que libere o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos"; (3) "O Tribunal, por maioria, deferiu a proposta do Ministro Roberto Barroso, ora reajustada, de concessão de cautelar de ofício para que se determine à União e aos Estados, e especificamente ao Estado de São Paulo, que encaminhem ao Supremo Tribunal Federal informações sobre a situação prisional".

O direito ao devido processo legal se encontra espalhado em muitos argumentos, todavia, foi invocado de maneira mais explícita no que toca às aplicações de penalidades dentro dos estabelecimentos penais, matéria do mérito da ação não analisada na decisão selecionada.

Além disso, merece ser destacado que o fato de o sistema penitenciário brasileiro se encontrar em situação alarmante é público e notório e já foi diagnosticado por várias entidades não governamentais e pelo próprio governo por meio do Relatório Infopen 2014 e que a decisão em análise é de 09/09/2015, logo, posterior ao informe oficial do governo sobre a dramática condição do preso no Brasil.

Em face da situação de evidente calamidade, o fato de a decisão em sede cautelar ter restringido a concessão de liminar a apenas dois itens dos solicitados, determinando em acréscimo apenas que o Estado de São Paulo encaminhe informações sobre o sistema prisional denota em verdade a falta de vontade – ou de coragem – dos julgadores em analisar de modo mais sensível a situação do preso no Brasil, aceitando pacificamente a manutenção do estado das coisas como estão, em evidente afronta ao devido processo legal seja em que aspecto for analisado, bem como negando o acesso a Justiça por parte daqueles que não conseguem chegar ao STF e o fizeram por meio da referida ADPF.

ii. Crimes

Com relação aos tipos penais que eram objeto dos processos analisados ou de processos a eles diretamente analisados, verificou-se que as decisões não indicavam, sempre, de modo claro ou detalhado os tipos penais envolvidos e todas as suas peculiaridades.

Porém de um modo geral, foram indicados os nomes dos tipos penais, o que deu ensejo a analisarmos os grupos de tipos penais mais comuns cujos processos eram analisados pelo Supremo Tribunal Federal.

Nesse sentido, observou-se que os tipos penais mais mencionados pertencem ao grupo dos Crimes contra a Administração Pública descritos no Código Penal, que foram identificados pelo menos 24 vezes.

Dentre esses, pelo menos 16 ocorrências de tipos penais praticados por funcionários públicos contra a Administração Pública em geral, destacando-se o tipo penal que descreve o Peculato, que apareceu pelo menos 7 vezes e o de corrupção passiva, expresso em pelo menos 3 vezes).

Em segundo lugar, os tipos penais pertencentes ao grupo dos Crimes contra o Patrimônio descritos no Código Penal, com pelo menos 12 ocorrências, destacando-se, entre estes, a sonegação e a apropriação de contribuição previdenciária, com pelo menos 6 ocorrências.

Em terceiro lugar tanto os Crimes contra a Vida como os Crimes contra a Fé Pública, ambos descritos no Código Penal brasileiro, com pelo menos 11 ocorrências cada grupo. Dentre os crimes contra a vida, apenas o homicídio foi detectado e dentre os tipos penais contra a Fé Pública, os mais detectados foram os de falsidade ideológica e uso de documento falso que compõem, juntos, pelo menos 8 ocorrências.

Em quarto lugar, o grupo dos Crimes relacionados a entorpecentes, que foram identificados pelo menos em 10 oportunidades, sendo os mais recorrentes os tipos penais relacionados ao tráfico de drogas e os de associação para o tráfico.

Após, subsequentemente e em ordem decrescente foram identificados: Crimes contra a ordem tributária, o sistema financeiro e a lavagem de capitais (juntos, pelo menos 9 ocorrências); Crimes contra a liberdade sexual (pelo menos 6 ocorrências), Crimes contra a licitação, (pelo menos 5 vezes), Crimes de responsabilidade praticados por chefes do Poder Executivo (pelo menos, 4 vezes), Crimes relacionados a armas de fogo ou munição (pelo menos em 3 oportunidades), Crimes de trânsito (pelo menos 2 vezes) e Crimes contra honra (pelo menos 1 vez).

A sequência da incidência dos crimes por grupo não coincide com os crimes mais cometidos pelos encarcerados, segundo o relatório do Infopen 2014, o que indica, de modo claro, que os processos penais julgados pelo Supremo Tribunal Federal são praticados por pessoas cujo perfil não coincide com os privados de liberdade no Brasil.

Com efeito, os dados do Relatório Infopen 2014 indicam que o grupo dos crimes contra o patrimônio lidera o topo do encarceramento (46%), seguidos pelos crimes previstos na Lei de Drogas (28%), dos crimes contra a pessoa (13%) depois pelo Estatuto do Desarmamento (5%), em quarto lugar os crimes contra a dignidade sexual (4%), sendo os demais presos relacionados a crimes contra a paz pública, crimes previstos em legislação específica, crimes contra a fé pública, crimes contra a Administração Pública e dos crimes de trânsito.

Ou seja, na amostra analisada os crimes contra a Administração estão entre o maior número de ocorrências na pesquisa, no entanto, aparecem como número quase irrelevante entre os encarcerados (1%), o que denota a irracionalidade do sistema carcerário brasileiro (ou uma racionalidade reversa: que aparta do acesso a todos os graus de jurisdição parcela da sociedade que mais deles necessita, posto que privados de liberdade, funcionando como instrumento reverso de higienização, ou seja de manutenção da privação de liberdade daqueles que a sociedade não quer ter por perto, ou seja, os pobres, aqueles que não tem cesso aos bens sociais e acabam por trilhar os caminhos da criminalidade).

Importa destacar que se reconhece a impossibilidade, no presente estudo, de fazer uma correlação exata entre os crimes identificados e os praticados pelos encarcerados (até porque, possivelmente, também no relatório do Infopen 2014 essa correlação entre preso e tipo de crime não é exata, haja vista as reincidências e concursos entre crimes, que não foi indicado no relatório como foi averiguado)

Todavia, é possível afirmar com segurança que, mesmo sem uma correlação exata, os processos penais mais analisados pelo Supremo Tribunal Federal não refletem a realidade da população carcerária brasileira, reafirmando-se: quem está privado de liberdade, que mais necessita do acesso à justiça, não tem acesso ao Supremo Tribunal Federal.

Tal constatação sugere uma realidade desigual no judiciário brasileiro no que diz respeito à seara criminal, que por ser a corte guardiã dos valores mais caros da sociedade representados na Constituição Federal irradia cultura de manutenção da separação entre ricos e pobres, beneficiando as classes mais abastadas.

Vale destacar ainda que, segundo os resultados do Infopen de 2014, o Brasil ocupa o 4º lugar em população carcerária no mundo, com 622.202 presos (sendo que o sistema apresentava apenas 371.884 vagas, contando com um déficit de 250.318 vagas, com

taxa de ocupação na ordem de 167%). Do total de presos, 94,2% é composto de homens e as mulheres somam 5,8%, totalizando 37.380 mulheres presas na oportunidade da confecção do relatório.

Do total de presos, o relatório indicou que cerca de 250.000 eram presos provisórios, ou seja, presos antes de qualquer decisão condenatória, o que representava o total de 40% dos encarcerados.

Ora, se esses presos não são compostos em sua maioria por criminosos contra a Administração Pública, isso demonstra que o Supremo Tribunal Federal brasileiro está servindo como instância de casta – que existe e funciona para os que menos dela necessitam e podem, inclusive, patrocinar, com seus próprios recursos financeiros, a sua defesa.

Embora se possa afirmar com segurança que o Supremo Tribunal Federal é mais acessível a homens pertencentes a classes sociais mais abastados, posto que julga mais processos patrocinados por defesas subsidiadas de modo privado do que pelas defensorias públicas e dativas, e que julga majoritariamente processos que tratam de crimes que por suas características são cometidos por classes superiores aquelas que compõe o sistema carcerário brasileiro, já que os crimes referidos nos julgados não lideram os topos das estatísticas oficiais da criminalidade no país, não se pode afirmar, no entanto, que ele analisou mais o mérito da violação nos processos de pessoas pertencentes a classes sociais mais abastadas em detrimento de outras menos abastadas, ou que fez isso prioritariamente para réus homens em detrimento de réus mulheres.

Isso porque, paradoxalmente à realidade carcerária brasileira, observou-se que os homens das classes menos favorecidas, que compõe a maior parte dos privados de liberdade, assim como as réus mulheres, sequer conseguem fazer os seus processos chegarem a ser julgados pelo STF, que se mostrou ser um Tribunal composto majoritariamente por homens, que analisam e julgam prioritariamente réus homens, mas não quaisquer homens, aqueles pertencentes a classes sociais mais abastadas, que praticam crimes que diferem do topo da criminalidade brasileira e que possuem condições de subsidiar defesa de modo privado.

Portanto, isso demonstra que a Corte Brasileira constitui um instrumento de manutenção do estado de coisas, e não de garantia dos direitos constitucionalmente assegurados – o que é, declaradamente, a sua função.

iii. Defesa

Quanto ao financiamento da defesa, observou-se que mais de 80 processos parecem ter sido patrocinados de modo privado, tendo os demais sido levados adiante pelas Defensorias Públicas ou dativas, o que sugere que o Supremo Tribunal Federal é mesmo um Tribunal para julgar pessoas que possuem condições de patrocinar advogados de forma privada.

Quanto à iniciativa e provocação do Supremo Tribunal Federal, observou-se que mais de 80 processos derivaram de provocações feitas pela defesa e apenas 5 provocações feitas pelos Ministérios Públicos, o que sugere que a corte funciona mais para oferecer resposta aos interesses de réus que não coincidem com a classe majoritária dos encarcerados, pouquíssimo para atender aos reclames da acusação e praticamente não funciona para atender interesses dos encarcerados.

Mais uma vez aqui a Corte Constitucional Brasileira se manifesta como instrumento de manutenção do estado de coisas, e não de garantia dos direitos constitucionalmente assegurados.

iv. Resultados dos julgamentos

Quanto ao resultado dos julgamentos, embora tenha ficado claro que o STF julga prioritariamente crimes cometidos por pessoas que não pertencem à classe que predomina no sistema carcerário brasileiro e que podem subsidiar seu próprio advogado, sem recorrer aos órgãos públicos de defesa, a verdade é que em 86 dos processos analisados esta Corte de Justiça negou provimento aos recursos ou sequer conheceu o recurso ou a ação.

Ou seja, além de julgarem muito, de priorizarem o julgamento de pessoas cuja responsabilidade para com a vida deveria ser mais cobrada, posto que usufruem de mais bens sociais, o que se conclui pelas características dos crimes que mais apareceram e também pelo fato de que na maior parte podiam patrocinar seus próprios advogados é que o

STF julga inutilmente as provocações penais, posto que a maioria dos recursos e ações da seara penal ali analisadas em nada resulta.

Tal realidade evidencia a má gestão de recursos financeiros, pois o funcionamento da estrutura custa muito aos cofres públicos, mas também humanos, posto que formado por pessoas teoricamente extremamente capacitadas e preparadas, perdendo assim a oportunidade de influenciar de maneira mais construtiva e positiva não apenas o meio técnico jurídico, mas também a sociedade em geral, uma vez que enquanto Tribunal guardião da Constituição, é também o guardião dos valores mais caros para a sociedade e como tal irradia a cultura de suas decisões.

Ao reverso, se de qualquer ângulo que se analise seja possível concluir que o sistema funciona mal para as funções declaradas, podemos dizer que ele funciona muito bem para as funções não declaradas, que é justamente desencorajar o exercício do direito de defesa e manter a separação entre ricos e pobres, negando mais um bem social, que é o acesso à Justiça, justamente a quem mais necessita, que são as camadas mais pobres da sociedade.

v. Diferenças em função do gênero

No que diz respeito às diferenças no tratamento entre os réus segundo o gênero, observou-se que dos 100 processos analisados, em 88 puderam ser identificados réus homens e apenas 5 com réus mulheres.

Embora o relatório Infopen 2014 identifique que do total de presos, 94,2% é composto de homens e as mulheres somam 5,8%, também é verdade que os réus que chegam ao STF não coincidem de maneira uniforme com os que estão presos, conforme já mencionado acima.

Assim, fazendo-se uma leitura mais pormenorizada do relatório Infopen 2014, observou-se que do total das presas mulheres, 64% lá estão por tipos penais previstos na Lei de Drogas (realidade muito superior que a dos homens, por exemplo). E, segundo estudos de

E entre os processos analisados, dentre os referentes a réus mulheres, 2 referem crime de homicídio, 2 fazem menção a crimes praticados por funcionárias públicas contra a Administração da Justiça e 1 por crime contra a fé pública.

Ou seja, também entre as mulheres, as encarceradas parecem não ter acesso ao Supremo Tribunal Federal, recebendo, portanto, o mesmo tratamento que os réus homens, ao menos no que diz respeito ao acesso ao STF.

No que toca à escolha da defesa pelas réus mulheres, embora se observe que foram em sua totalidade patrocinadas de modo privado, apresentaram panorama diverso das defesas dos homens, pois em um dos processos consta defesa feita por advogada mulher, em outro processo por um homem e uma mulher, nos demais por advogados homens.

A realidade das réus mulheres, no que toca à escolha da defesa, segundo a amostra selecionada, discrepa da realidade dos réus pertencentes ao gênero masculino, em que a maioria esmagadora prefere constituir advogados do gênero masculino. As mulheres, ao contrário, parecem confiar suas defesas tanto para patrocínio de advogados homens quanto por advogadas mulheres, em quase que igual proporção, pelo menos na amostra selecionada.

Quanto ao gênero dos advogados, no total, observou-se 86 registros de advogados homens sozinhos ou acompanhados, 5 registros de advogadas mulheres, sozinhas ou acompanhadas, 4 registros expressos de advogados homens em conjunto com advogadas mulheres, 5 registros de defesa realizada pela Defensoria Pública sem indicação do gênero.

Desse modo, conclui-se que o gênero que predomina entre os advogados que atuam na seara criminal perante o Supremo Tribunal Federal é o masculino, o que sugere algumas hipóteses de interpretação: (1) a advocacia criminal é realizada prioritariamente por advogados homens; (2) os réus homens pertencentes a classes mais abastadas, que predominaram na amostra, como visto, confiam mais em advogados homens para o patrocínio de sua defesa; (3) o tribunal privilegia o processamento de casos patrocinados - ou encabeçados - por advogados homens, daí isso se refletir na elevada desproporção.

As hipóteses não puderam ser analisadas a fundo em razão das limitações do presente trabalho, porém acredita-se que o panorama seja o resultado destas e de outras variáveis, que em maior ou menor proporção determinam o perfil masculino da justiça criminal realizada pelo STF.

Isso porque o gênero que predomina entre os juízes que compõe o STF também é o masculino (na composição dos 11 ministros/juízes, apenas 2 são mulheres), o que reflete a desproporção nas relatorias dos processos analisados (13 processos relatados por juízas mulheres; 87 processos relatados por juízes homens) e também reflete a predominância do gênero masculino em todos os órgãos de julgamento desta Corte.

Um dado interessante sobre o gênero dos juízes que eventualmente faltaram às sessões de julgamento: observou-se que raramente as juízas mulheres faltavam às sessões, enquanto os homens faltavam com mais frequência, sendo raras também as discordâncias destas juízas com relação a maioria, o que difere sutilmente do comportamento dos juízes homens que costumam divergir mais que as mulheres.

vi. Discussão complementar

Para tentar compreender os resultados do desinteresse do sistema criminal no que toca à diferença de tratamento entre os gêneros, foram observados os indicadores sociais das mulheres no Brasil¹, disponibilizados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, para tentar compreender quem compõe o sistema criminal.

Nesses dados, foi constatado que, segundo dados atualizados até 08/06/2018, apenas 13,4% dos policiais civis e militares do Brasil eram mulheres.

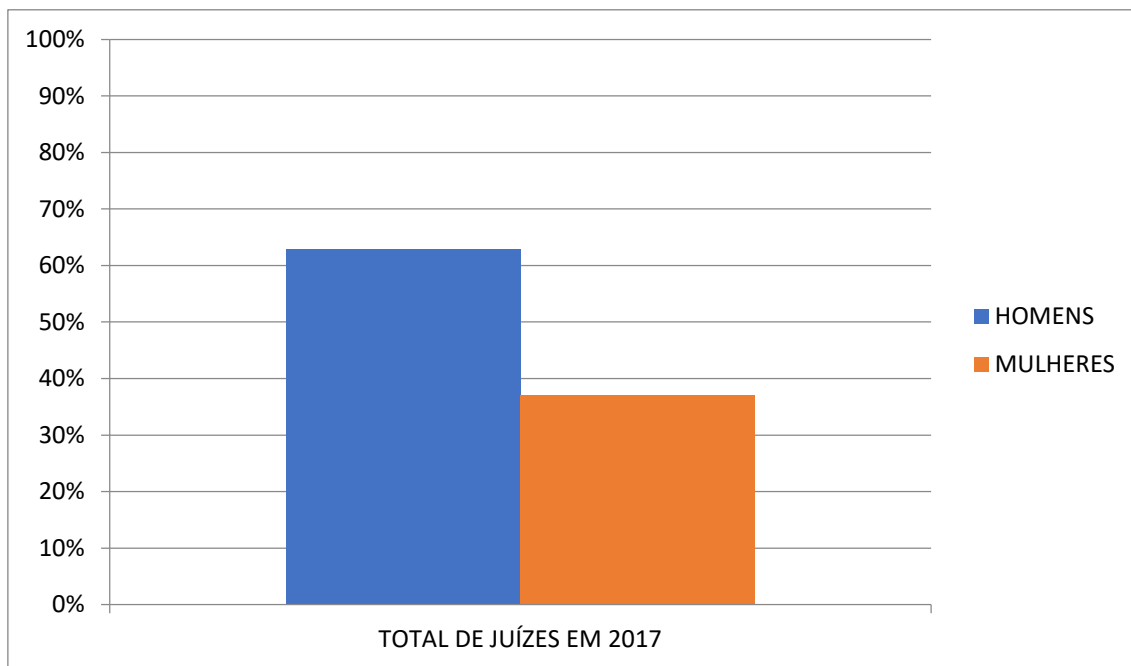
Dentre os agentes da polícia federal, estimam um número entre 15 e 25%, porém segundo notícia veiculada em 2017, a instituição não revelou o total de efetivo e a proporção entre os gêneros². Todavia, não é a polícia federal a incumbida para crimes desta natureza.

No que toca à proporção entre os magistrados, que no Brasil compõem-se apenas de juízes, segundo os dados oficiais do Conselho Nacional de Justiça, destacados da notícia

1 Estatísticas de Gênero – Indicadores Sociais das Mulheres no Brasil. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101551_informativo.pdf> . Acesso em: 08/06/2018.

2 Em notícia jornalística publicada em 12/06/2017, foi veiculado que a Polícia Federal sequer fornece o número atual de servidores. Batista, V. (2017). PF nega acesso a dados públicos sobre número de servidores. *Blog do servidor. Correio brasiliense*. <<http://blogs.correiobrasiliense.com.br/servidor/pf-nega-acesso-dados-publicos-sobre-numero-de-servidores/>> . Acesso em: 08/06/2018. Já a notícia veiculada sob o título “Mulheres ocupam mais espaço na PF, mas dizem que machismo persiste” , publicada em 07/10/2017 no jornal “Folha de São Paulo”, versão online disponibilizada pelo site UOL , dá conta de que a corporação não divulga o número exato de policiais federais, porém que os sindicatos estimam que o número de mulheres ocupando postos de policiais federais gira entre 15% e 25% do total de efetivos. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2017/10/1925147-mulheres-ocupam-mais-espaco-na-pf-mas-dizem-que-machismo-persiste.shtml>> . Acesso em: 08/06/2018.

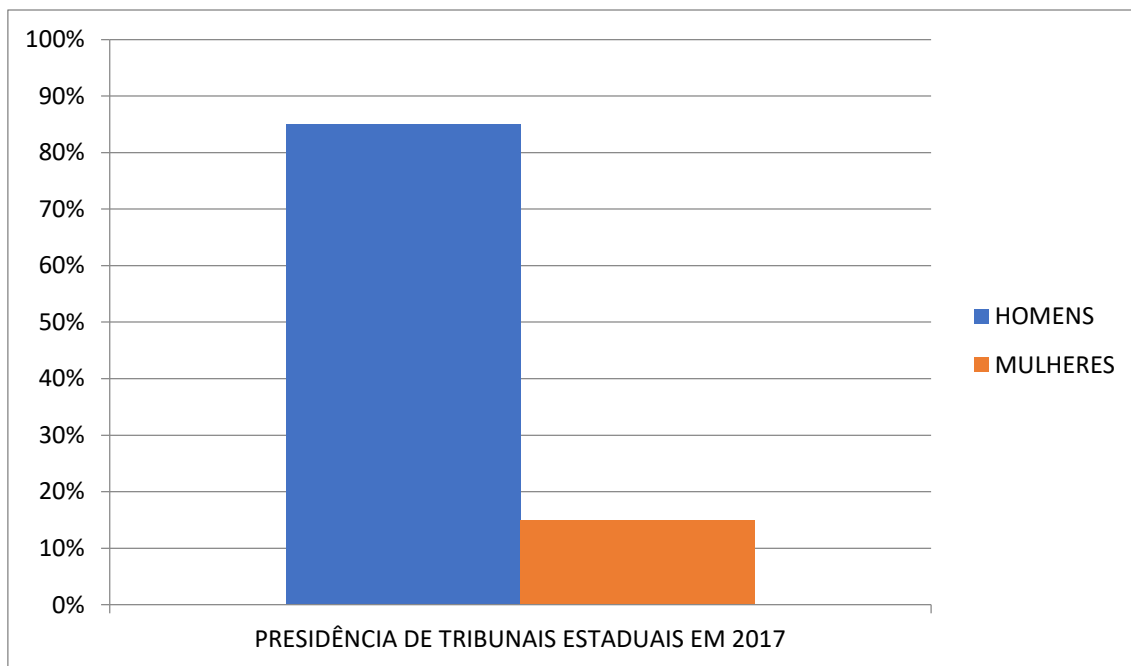
veiculada no site da instituição em 08/07/2017³, do total de 17.670 profissionais em atividade em todo o país, 37,4% é composto pelo gênero feminino.



A mesma notícia informa que em apenas 4 dos 27 Tribunais de Justiça estaduais (que julgam preponderantemente os crimes de violência contra a mulher) tinham, à época, uma mulher no cargo de Presidente (Tribunais de Justiça do Acre, Amapá, Bahia e Roraima).

À exceção dos tribunais superiores, nos outros tribunais, a proporção de mulheres na Presidência é maior, devendo ser destacado ainda que a escolha do Presidente é feito por eleição e a praxe é a escolha do mais antigo.

3 Freire, T. (2017). Mulheres representam 37,3% dos magistrados em atividade em todo o país. Agência CNJ de Notícias. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84432-percentual-de-mulheres-em-atividade-na-magistratura-brasileira-e-de-37-3>>. Acesso em: 09/06/2018.

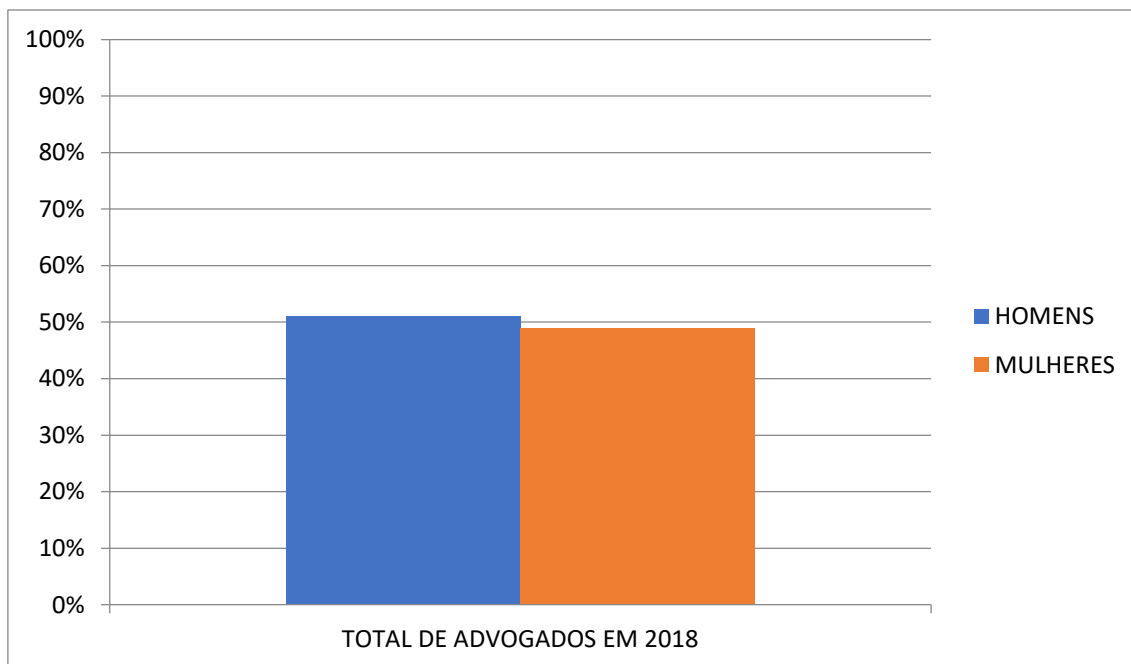


Não fosse menor presença das mulheres da magistratura de uma forma geral, e a mais acentuada ausência em lugares de liderança e comando nas instituições da Justiça Estadual, onde é apurada a violência contra a mulher, as juízas brasileiras já começam a denunciar abertamente a existência de sexismo nas instituições⁴.

Acerca da distribuição entre advogados, segundo a Ordem dos Advogados do Brasil, em 09/07/2018, o Brasil contava com o total de 1.094.210 advogados inscritos, dentre os quais 531.823 são mulheres e 562.387 são homens⁵.

⁴ Vasconcelos. F (2018). Juízas acusam associação de machismo: Magistradas deixam entidade nacional com argumento de que encontro científico não convidou mulheres. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/04/juizas-acusam-associacao-de-machismo.shtml>> . Acesso em: 14/07/2018.

⁵ Informação disponibilizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, disponível em: <<http://www.oab.org.br/institucionalconselhofederal/quadroadvogados>> . Acesso em: 09/06/2018.



Todavia, entre as decisões analisadas, apenas

Do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias de 2016⁶, nesse ano o Brasil contava com 726.712 presos. O total de número de vagas, no entanto, era de 368.049, de onde se observa o excedente de 358.622 presos, o que revela a sensível precariedade do sistema prisional brasileiro.

O relatório informa ainda que entre os anos 2000 e 2016, a taxa de aprisionamento no Brasil aumentou 157%, com a população prisional crescendo 7,3% ao ano.

Além disso, 40% do total de encarcerados eram presos sem condenação (cerca de 292 mil), 38% presos em regime fechado, 15% presos em regime semiaberto e 6% em regime aberto. Dos presos que se conseguiu obter informações sobre a escolaridade (70% do total), 51% não tinham o ensino fundamental (que normalmente se cumpre até os 14 anos de idade) completo. Dos que se conseguiu informação sobre o estado civil (64% do total), 60% eram solteiros.

6 Brasil, Ministério da Justiça, Departamento Penitenciário Nacional. Levantamento nacional de informações penitenciárias – Infopen – junho de 2016. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf> . Acesso em 08/06/2018.

Com relação ao tipo penal (crime cometido), dos presos que se conseguiu informação (66%), observou-se que, excluído o tipo penal do feminicídio⁷, apenas 1% estavam presos por ato tipificado como violência doméstica. O que confirma a suposição feita no Mapa da violência – Homicídio de Mulheres no Brasil, de 2015, com base no relatório Infopen de 2014.

⁷ No relatório Infopen – junho de 2016 somente há a indicação do número de homicídios, Como a lei que inseriu o feminicídio (homicídio qualificado/) é recente, de 2015, acredita-se que ainda não haviam dados oficiais sobre esse tipo penal.

CONCLUSÃO

A desigualdade de tratamento entre ricos e pobres e entre homens e mulheres, pelo Poder Judiciário, não é tema novo e já vem sendo denunciado há décadas. Portanto, os resultados encontrados não são fruto de uma invenção da autora, muito menos de privilégio de países em desenvolvimento, eis que pesquisadores provenientes dos mais diversos países vem denunciando há muito tempo o uso do sistema penal como garante da segregação social, sustentada pela cultura patriarcal e androcêntrica do direito, inclusive pelo uso da força inerente às decisões judiciais.

A contribuição científica do trabalho advém da utilização de dados concretos extraídos do sistema criminal brasileiro, que comprovaram a veracidade das denúncias realizadas por frentes da criminológicas que sustentam teoricamente o trabalho e forneceram pistas para a compreensão das desigualdades anunciadas.

Todavia, um aspecto que merece ser destacado, ao final, é o fato de que apesar de o Poder Judiciário ser aqui denunciado como fonte de reafirmação de desigualdades, a verdade é que a instância judiciária é apenas a ponta do iceberg.

Primeiro, porque a primeira baliza de atuação do Poder Judiciário é dada pela lei escrita, e esta é elaborada em alguns casos justamente para a função não declarada da manutenção da desigualdade.

Segundo, porque, sendo inerte, a resposta do Poder Judiciário depende de provocação e, assim, também reflete a ação conjugada de várias outras instituições que lhe antecedem e concorrem para a formação do pensamento criminológico jurisdicional “oficial”.

Mesmo os órgãos de acusação (no Brasil, o Ministério Público) dependem da atuação das polícias (no Brasil, são várias), que trabalham na seleção dos crimes e agentes a serem investigados, bem como na produção de um mínimo lastro probatório de autoria e materialidade do crime aptas a fundamentar a justa causa para a instauração da ação penal.

E como o próprio Poder Judiciário, todas essas instituições interpretam a lei, tomam decisões na direção de um ou outro resultado e também são formadas por pessoas que possuem subjetividade, crenças, valores, preconceitos.

E se quisermos ir mais além, também as polícias atuam majoritariamente mediante o oferecimento da notícia do crime, ou seja, mediante denúncias das vítimas diretas ou indiretas, e depende, portanto, daquilo que a sociedade pretende que seja investigado e punido.

Portanto, já se percebe, como limitação do trabalho, inclusive, que o problema analisado é também estrutural, conjuntural, decorrente de uma multiplicidade de causas, de uma série de fatores, de várias instituições que inequivocamente participam, com suas atuações prévias, do resultado final dos julgados.

Se de um lado essa constatação torna o trabalho limitado, também é verdade que, de outro lado, o torna também mais complexo e rico, pois a análise das decisões judiciais fornece também resultados mais profundos, eis que revelam não apenas elementos acerca do funcionamento do Poder Judiciário mas da própria sociedade, em geral.

Contudo, apesar de dialogar com a sociedade e responder às suas demandas e a das demais instituições, é através do discurso judicial que a letra fria da lei se transforma em direito concreto, pois as decisões judiciais possuem características que as atuações e decisões das outras instituições não possuem.

Isso porque, além do poder simbólico – o Poder Judiciário ecoa quando fala, e também quando cala – as decisões judiciais possuem coercibilidade direta, substitutividade e a definitividade, características que decisões de outras instituições não tem.

Em linhas gerais, em que pese se reconheça o estigma causado pelo próprio processo penal (vitimização secundária), o fato é que a denúncia de uma vítima à polícia não condena o agressor. A prisão em flagrante delito do agressor pela polícia não é suficiente para mantê-lo preso. O oferecimento da ação penal pelo Ministério Público não transforma o réu em culpado. Isso ocorre, em última análise, através da decisão de um magistrado, ou de vários.

Assim, se é por meio do Poder Judiciário que se faz a subsunção do caso à norma, que o direito sai da caverna e deixa de ser uma ideia abstrata, uma previsão fria, objetiva e inanimada em um texto escrito e se transforma em algo palpável, subjetivo, concreto e vivo, imposto a todos e contra todos, a realização de tal atividade merece mesmo ser observada, controlada, vigiada, afim de que se garanta a realização e a promoção da paz, dos homens e mulheres que a eles se submetem – e não o seu aniquilamento.

Assim, o presente trabalho finda com mais com perguntas do que respostas, e o convite para que a comunidade acadêmica continue a investigar esse tema.

ANEXO 1

Lista das 100 decisões do Supremo Tribunal Federal analisadas no presente trabalho conforme explicitado no Capítulo III:

Inq 4023 / AP - AMAPÁ INQUÉRITO Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA Julgamento: 23/08/2016 Órgão Julgador: Segunda Turma
ARE 953024 ED / MG - MINAS GERAIS EMB.DECL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Relator(a): Min. GILMAR MENDES Julgamento: 28/06/2016 Órgão Julgador: Segunda Turma
ARE 955299 AgR / SP - SÃO PAULO AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Relator(a): Min. LUIZ FUX Julgamento: 28/06/2016 Órgão Julgador: Primeira Turma
ARE 931661 ED / DF - DISTRITO FEDERAL EMB.DECL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO Julgamento: 28/06/2016 Órgão Julgador: Primeira Turma
ARE 961557 AgR / DF - DISTRITO FEDERAL AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO Julgamento: 28/06/2016 Órgão Julgador: Primeira Turma
ARE 955777 AgR / SC - SANTA CATARINA AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO Julgamento: 28/06/2016 Órgão Julgador: Primeira Turma
HC 130478 AgR / MT - MATO GROSSO AG.REG. NO HABEAS CORPUS Relator(a): Min. GILMAR MENDES Julgamento: 21/06/2016 Órgão Julgador: Segunda Turma
ARE 966624 AgR / RJ - RIO DE JANEIRO AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA Julgamento: 07/06/2016 Órgão Julgador: Segunda Turma
MS 33324 ED / DF - DISTRITO FEDERAL EMB.DECL. EM MANDADO DE SEGURANÇA Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO Julgamento: 07/06/2016 Órgão Julgador: Primeira Turma
ADI 2144 / DF - DISTRITO FEDERAL AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI Julgamento: 02/06/2016 Órgão Julgador: Tribunal Pleno
HC 130441 AgR / RJ - RIO DE JANEIRO AG.REG. NO HABEAS CORPUS

<p>Relator(a): Min. EDSON FACHIN Julgamento: 31/05/2016 Órgão Julgador: Primeira Turma</p>
<p>HC 130358 AgR / RJ - RIO DE JANEIRO AG.REG. NO HABEAS CORPUS Relator(a): Min. EDSON FACHIN Julgamento: 31/05/2016 Órgão Julgador: Primeira Turma</p>
<p>ARE 936653 AgR / MG - MINAS GERAIS AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO Julgamento: 24/05/2016 Órgão Julgador: Primeira Turma</p>
<p>ARE 936821 AgR / GO - GOIÁS AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO Julgamento: 24/05/2016 Órgão Julgador: Primeira Turma</p>
<p>RHC 124137 AgR / BA - BAHIA AG.REG. NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS Relator(a): Min. LUIZ FUX Julgamento: 17/05/2016 Órgão Julgador: Primeira Turma</p>
<p>RHC 133931 AgR / BA - BAHIA AG.REG. NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI Julgamento: 10/05/2016 Órgão Julgador: Segunda Turma</p>
<p>ARE 938357 AgR / AL - ALAGOAS AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Relator(a): Min. GILMAR MENDES Julgamento: 10/05/2016 Órgão Julgador: Segunda Turma</p>
<p>ARE 933518 AgR / SP - SÃO PAULO AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Relator(a): Min. LUIZ FUX Julgamento: 03/05/2016 Órgão Julgador: Primeira Turma</p>
<p>ARE 950962 AgR / SP - SÃO PAULO AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA Julgamento: 26/04/2016 Órgão Julgador: Segunda Turma</p>
<p>ARE 927242 ED / SP - SÃO PAULO EMB.DECL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO Julgamento: 26/04/2016 Órgão Julgador: Primeira Turma</p>
<p>ARE 867391 AgR / SP - SÃO PAULO AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Relator(a): Min. ROSA WEBER Julgamento: 26/04/2016 Órgão Julgador: Primeira Turma</p>
<p>ARE 951960 AgR / PR - PARANÁ AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA Julgamento: 05/04/2016 Órgão Julgador: Segunda Turma</p>
<p>ARE 937266 AgR / ES - ESPÍRITO SANTO</p>

<p>AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Relator(a): Min. LUIZ FUX Julgamento: 05/04/2016 Órgão Julgador: Primeira Turma</p>
<p>ARE 892262 AgR / DF - DISTRITO FEDERAL AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI Julgamento: 05/04/2016 Órgão Julgador: Segunda Turma</p>
<p>ARE 919691 AgR / DF - DISTRITO FEDERAL AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI Julgamento: 05/04/2016 Órgão Julgador: Segunda Turma</p>
<p>ARE 945868 AgR / RJ - RIO DE JANEIRO AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Relator(a): Min. LUIZ FUX Julgamento: 05/04/2016 Órgão Julgador: Primeira Turma</p>
<p>ARE 935202 AgR / AM - AMAZONAS AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Relator(a): Min. LUIZ FUX Julgamento: 29/03/2016 Órgão Julgador: Primeira Turma</p>
<p>ARE 907231 AgR / RJ - RIO DE JANEIRO AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO Julgamento: 29/03/2016 Órgão Julgador: Primeira Turma</p>
<p>HC 106152 / MS - MATO GROSSO DO SUL HABEAS CORPUS Relator(a): Min. ROSA WEBER Julgamento: 29/03/2016 Órgão Julgador: Primeira Turma</p>
<p>ARE 939441 ED / RJ - RIO DE JANEIRO EMB.DECL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI Julgamento: 15/03/2016 Órgão Julgador: Segunda Turma</p>
<p>ARE 868309 AgR / RJ - RIO DE JANEIRO AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Relator(a): Min. LUIZ FUX Julgamento: 15/03/2016 Órgão Julgador: Primeira Turma</p>
<p>ARE 927928 AgR / DF - DISTRITO FEDERAL AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI Julgamento: 15/03/2016 Órgão Julgador: Segunda Turma</p>
<p>ARE 931346 AgR / SP - SÃO PAULO AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI Julgamento: 15/03/2016 Órgão Julgador: Segunda Turma</p>
<p>ARE 934092 AgR / SP - SÃO PAULO AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI Julgamento: 15/03/2016</p>

<p>Órgão Julgador: Segunda Turma ARE 940765 AgR / MG - MINAS GERAIS AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Relator(a): Min. LUIZ FUX Julgamento: 15/03/2016 Órgão Julgador: Primeira Turma</p>
<p>Ext 1401 / DF - DISTRITO FEDERAL EXTRADIÇÃO Relator(a): Min. CELSO DE MELLO Julgamento: 08/03/2016 Órgão Julgador: Segunda Turma</p>
<p>ARE 938912 AgR / SP - SÃO PAULO AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Relator(a): Min. GILMAR MENDES Julgamento: 08/03/2016 Órgão Julgador: Segunda Turma</p>
<p>ARE 936510 AgR / RS - RIO GRANDE DO SUL AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Relator(a): Min. GILMAR MENDES Julgamento: 08/03/2016 Órgão Julgador: Segunda Turma</p>
<p>HC 127900 / AM - AMAZONAS HABEAS CORPUS Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI Julgamento: 03/03/2016 Órgão Julgador: Tribunal Pleno</p>
<p>ARE 942055 AgR / RJ - RIO DE JANEIRO AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA Julgamento: 01/03/2016 Órgão Julgador: Segunda Turma</p>
<p>ARE 933530 AgR / RS - RIO GRANDE DO SUL AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA Julgamento: 01/03/2016 Órgão Julgador: Segunda Turma</p>
<p>ARE 935062 AgR / MS - MATO GROSSO DO SUL AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA Julgamento: 01/03/2016 Órgão Julgador: Segunda Turma</p>
<p>HC 123971 / DF - DISTRITO FEDERAL HABEAS CORPUS Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI Relator(a) p/ Acórdão: Min. ROBERTO BARROSO Julgamento: 25/02/2016 Órgão Julgador: Tribunal Pleno</p>
<p>ARE 933844 AgR / SP - SÃO PAULO AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Relator(a): Min. LUIZ FUX Julgamento: 23/02/2016 Órgão Julgador: Primeira Turma</p>
<p>AP 905 QO / MG - MINAS GERAIS QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO PENAL Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO Julgamento: 23/02/2016 Órgão Julgador: Primeira Turma</p>
<p>HC 126292 / SP - SÃO PAULO HABEAS CORPUS Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI Julgamento: 17/02/2016 Órgão Julgador: Tribunal Pleno</p>

<p>ARE 934581 AgR / DF - DISTRITO FEDERAL AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA Julgamento: 16/02/2016 Órgão Julgador: Segunda Turma</p>
<p>ARE 930352 AgR / DF - DISTRITO FEDERAL AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO Julgamento: 16/02/2016 Órgão Julgador: Primeira Turma</p>
<p>Pet 5740 AgR / - AG.REG. NA PETIÇÃO Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI Julgamento: 16/02/2016 Órgão Julgador: Segunda Turma</p>
<p>RE 922472 AgR / RS - RIO GRANDE DO SUL AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO Julgamento: 02/02/2016 Órgão Julgador: Primeira Turma</p>
<p>ARE 929848 AgR / RR - RORAIMA AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO Julgamento: 02/02/2016 Órgão Julgador: Primeira Turma</p>
<p>ARE 887170 AgR-ED / SC - SANTA CATARINA EMB.DECL. NO AG.REG. NO RECURSO EXTRA- ORDINÁRIO COM AGRAVO Relator(a): Min. LUIZ FUX Julgamento: 02/02/2016 Órgão Julgador: Primeira Turma</p>
<p>ADPF 378 MC / DF - DISTRITO FEDERAL MEDIDA CAUTELAR NA ARGÜIÇÃO DE DES- CUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Relator(a): Min. EDSON FACHIN Relator(a) p/ Acórdão: Min. ROBERTO BARROSO Julgamento: 17/12/2015 Órgão Julgador: Tribunal Pleno</p>
<p>ARE 926126 AgR / DF - DISTRITO FEDERAL AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO Julgamento: 15/12/2015 Órgão Julgador: Primeira Turma</p>
<p>ARE 933905 AgR / RS - RIO GRANDE DO SUL AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Relator(a): Min. GILMAR MENDES Julgamento: 15/12/2015 Órgão Julgador: Segunda Turma</p>
<p>AI 743714 AgR / RO - RONDÔNIA AG.REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI Julgamento: 15/12/2015 Órgão Julgador: Segunda Turma</p>
<p>HC 118856 Extn / SP - SÃO PAULO EXTENSÃO NO HABEAS CORPUS Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO Julgamento: 09/12/2015 Órgão Julgador: Primeira Turma</p>
<p>ARE 925299 ED / SP - SÃO PAULO EMB.DECL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Relator(a): Min. GILMAR MENDES Julgamento: 01/12/2015 Órgão Julgador: Segunda Turma</p>

<p>ARE 895011 AgR / GO - GOIÁS AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI Julgamento: 01/12/2015 Órgão Julgador: Segunda Turma</p>
<p>ARE 921436 AgR / ES - ESPÍRITO SANTO AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Relator(a): Min. LUIZ FUX Julgamento: 24/11/2015 Órgão Julgador: Primeira Turma</p>
<p>HC 129509 / RJ - RIO DE JANEIRO HABEAS CORPUS Relator(a): Min. EDSON FACHIN Relator(a) p/ Acórdão: Min. ROBERTO BARROSO Julgamento: 24/11/2015 Órgão Julgador: Primeira Turma</p>
<p>ARE 920615 AgR / DF - DISTRITO FEDERAL AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA Julgamento: 17/11/2015 Órgão Julgador: Segunda Turma</p>
<p>PPE 760 AgR / DF - DISTRITO FEDERAL AG.REG. NA PRISÃO PREVENTIVA PARA EX-TRADIÇÃO Relator(a): Min. EDSON FACHIN Julgamento: 10/11/2015 Órgão Julgador: Primeira Turma</p>
<p>RE 603616 / RO - RONDÔNIA RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. GILMAR MENDES Julgamento: 05/11/2015 Órgão Julgador: Tribunal Pleno</p>
<p>HC 114164 / SP - SÃO PAULO HABEAS CORPUS Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI Julgamento: 03/11/2015 Órgão Julgador: Segunda Turma</p>
<p>ARE 874771 AgR / RS - RIO GRANDE DO SUL AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI Julgamento: 27/10/2015 Órgão Julgador: Segunda Turma</p>
<p>ARE 898710 AgR / PR - PARANÁ AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Relator(a): Min. LUIZ FUX Julgamento: 27/10/2015 Órgão Julgador: Primeira Turma</p>
<p>ARE 908245 AgR / RJ - RIO DE JANEIRO AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Relator(a): Min. LUIZ FUX Julgamento: 27/10/2015 Órgão Julgador: Primeira Turma</p>
<p>ARE 890219 AgR / RJ - RIO DE JANEIRO AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO Julgamento: 27/10/2015 Órgão Julgador: Primeira Turma</p>
<p>RE 682354 AgR / AM - AMAZONAS AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI Julgamento: 20/10/2015 Órgão Julgador: Segunda Turma</p>

<p>ARE 913869 AgR / SP - SÃO PAULO AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Relator(a): Min. GILMAR MENDES Julgamento: 20/10/2015 Órgão Julgador: Segunda Turma</p>
<p>ADI 5127 / DF - DISTRITO FEDERAL AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Relator(a): Min. ROSA WEBER Relator(a) p/ Acórdão: Min. EDSON FACHIN Julgamento: 15/10/2015 Órgão Julgador: Tribunal Pleno</p>
<p>ARE 761970 ED / DF - DISTRITO FEDERAL EMB.DECL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI Julgamento: 06/10/2015 Órgão Julgador: Segunda Turma</p>
<p>ARE 880066 AgR / RS - RIO GRANDE DO SUL AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Relator(a): Min. LUIZ FUX Julgamento: 29/09/2015 Órgão Julgador: Primeira Turma</p>
<p>ARE 900105 AgR / RJ - RIO DE JANEIRO AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO Julgamento: 29/09/2015 Órgão Julgador: Primeira Turma</p>
<p>ARE 911164 AgR / PE - PERNAMBUCO AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Relator(a): Min. GILMAR MENDES Julgamento: 29/09/2015 Órgão Julgador: Segunda Turma</p>
<p>RMS 32202 / DF - DISTRITO FEDERAL RECURSO ORD. EM MANDADO DE SEGURANÇA Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO Julgamento: 29/09/2015 Órgão Julgador: Primeira Turma</p>
<p>Inq 4130 QO / PR - PARANÁ QUESTÃO DE ORDEM NO INQUÉRITO Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI Julgamento: 23/09/2015 Órgão Julgador: Tribunal Pleno</p>
<p>ARE 908555 AgR / AP - AMAPÁ AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Relator(a): Min. GILMAR MENDES Julgamento: 22/09/2015 Órgão Julgador: Segunda Turma</p>
<p>ARE 688986 AgR / RS - RIO GRANDE DO SUL AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI Julgamento: 22/09/2015 Órgão Julgador: Segunda Turma</p>
<p>ARE 907991 AgR / MG - MINAS GERAIS AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Relator(a): Min. GILMAR MENDES Julgamento: 22/09/2015 Órgão Julgador: Segunda Turma</p>
<p>HC 101489 / SP - SÃO PAULO HABEAS CORPUS Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO Relator(a) p/ Acórdão: Min. EDSON FACHIN Julgamento: 22/09/2015 Órgão Julgador: Primeira Turma</p>
<p>ARE 781553 AgR / PR - PARANÁ AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO</p>

<p>Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI Julgamento: 15/09/2015 Órgão Julgador: Segunda Turma</p>
<p>ADPF 347 MC / DF - DISTRITO FEDERAL MEDIDA CAUTELAR NA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO Julgamento: 09/09/2015 Órgão Julgador: Tribunal Pleno</p>
<p>ARE 907264 ED / ES - ESPÍRITO SANTO EMB.DECL. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Relator(a): Min. GILMAR MENDES Julgamento: 08/09/2015 Órgão Julgador: Segunda Turma</p>
<p>ARE 845341 AgR / DF - DISTRITO FEDERAL AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI Julgamento: 08/09/2015 Órgão Julgador: Segunda Turma</p>
<p>ARE 894463 AgR / SP - SÃO PAULO AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI Julgamento: 08/09/2015 Órgão Julgador: Segunda Turma</p>
<p>RMS 28428 / SP - SÃO PAULO RECURSO ORD. EM MANDADO DE SEGURANÇA Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO Julgamento: 08/09/2015 Órgão Julgador: Primeira Turma</p>
<p>ARE 896207 AgR / PE - PERNAMBUCO AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Relator(a): Min. GILMAR MENDES Julgamento: 01/09/2015 Órgão Julgador: Segunda Turma</p>
<p>AI 823235 AgR / SP - SÃO PAULO AG.REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO Julgamento: 01/09/2015 Órgão Julgador: Primeira Turma</p>
<p>ARE 897714 AgR / RJ - RIO DE JANEIRO AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Relator(a): Min. GILMAR MENDES Julgamento: 25/08/2015 Órgão Julgador: Segunda Turma</p>
<p>ARE 899681 AgR / AP - AMAPÁ AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Relator(a): Min. GILMAR MENDES Julgamento: 25/08/2015 Órgão Julgador: Segunda Turma</p>
<p>ARE 897703 AgR / RS - RIO GRANDE DO SUL AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Relator(a): Min. GILMAR MENDES Julgamento: 25/08/2015 Órgão Julgador: Segunda Turma</p>
<p>AI 863020 AgR / MG - MINAS GERAIS AG.REG. NO AGRAVO DE INSTRUMENTO Relator(a): Min. GILMAR MENDES Julgamento: 25/08/2015 Órgão Julgador: Segunda Turma</p>
<p>HC 126081 / RS - RIO GRANDE DO SUL HABEAS CORPUS Relator(a): Min. ROSA WEBER Julgamento: 25/08/2015 Órgão Julgador: Primeira Turma</p>

<p>ADI 5240 / SP - SÃO PAULO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Relator(a): Min. LUIZ FUX Julgamento: 20/08/2015 Órgão Julgador: Tribunal Pleno</p>
<p>ARE 895887 AgR / PI - PIAUÍ AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Relator(a): Min. GILMAR MENDES Julgamento: 18/08/2015 Órgão Julgador: Segunda Turma</p>
<p>ARE 750432 AgR / SP - SÃO PAULO AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI Julgamento: 18/08/2015 Órgão Julgador: Segunda Turma</p>
<p>ARE 897952 AgR / SP - SÃO PAULO AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Relator(a): Min. GILMAR MENDES Julgamento: 18/08/2015 Órgão Julgador: Segunda Turma</p>
<p>ARE 880598 AgR / SP - SÃO PAULO AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI Julgamento: 18/08/2015 ~ Órgão Julgador: Segunda Turma</p>

REFERÊNCIAS

- Albrecht, P. A. (2010). *Criminologia: uma fundamentação para o direito penal*. Curitiba: Lumen Juris.
- Alexy, R. (2017). *Teria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros.
- Altavila, J. (1989). *Origem dos direitos dos povos*. São Paulo: Icone.
- Alves, P. R. R. (2011). Conflitos sistêmicos e a procedimentalização do conhecimento jurídico. (Re) *Pensando Direito*. V. 1. N. 1. Disponível em: <<http://local.cnecsan.edu.br/revista/index.php/direito/article/view/10/7>>. [Consultado em 20 de jun. 2018]
- Andrade, M. C; Dias, J. F. (2013). *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra.
- Andrade, V. R. P. (2015). *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- Baracho, J. A. O. (1984). *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense.
- Barata, M. J. (2004). Compreensão e Responsabilidade: Compreensão e responsabilidade: Uma Digressão pela Criminologia. *Revista Interações*. N. 6. pp. 9-38. Disponível em: <<http://repositorio.ismt.pt/bitstream/123456789/240/1/Barata%202004%20Compreens%C3%A3o%20e%20Responsabilidade%20-%20Uma%20Digress%C3%A3o%20pela%20.pdf>>. [Consultado em 13 de nov. 2016].
- Baratta, A. (2011). *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia.
- Barbosa, E. S. (2011). O devido processo penal e as garantias do contraditório e da ampla defesa no inquérito policial. *Sistema penal e violência*. V. 3. N. 1. Jan-jun. de 2011. pp. 74-78. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/sistemapenaleviolencia/article/view/7942/6416>>. [Consultado em 20 de jun. 2018].
- Batista, N. (2002). *Mídia e sistema penal no capitalismo tardio*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/13245-13246-1-PB.pdf>>. [Consultado em 20 de jun. 2018].
- Batista, V. (2017). PF nega acesso a dados públicos sobre número de servidores. *Blog do servidor. Correio brasileiro*. <<http://blogs.correiobraziliense.com.br/servidor/pf-nega-acesso-dados-publicos-sobre-numero-de-servidores/>>. [Consultado em 08 de jun. 2018].
- Batista, V. M. (2011). *Introdução crítica à criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Revan.

Bauman, Z. (1999). *Globalização: as conseqüências humanas*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

Beccaria, C. (1764). *Dos delitos e das penas*. Disponível em: < Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/delitosB.pdf> >. [Acesso em 08 de jun. de 2018]

Becker, H. S. (1963). *Outsiders: estudos de sociologia do desvio*. Rio de Janeiro: Zahar Editores.

Bíblia Católica. Disponível em: <<http://www.bibliacatolica.com.br/>>. [Consultado em 24 de dez. 2016]

Bissoli Filho, F. (1997). *O estigma da criminalização no sistema penal brasileiro: dos antecedentes à reincidência criminal*. Dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, para obtenção do título de Mestre em Direito, sob a orientação da Professora Doutora Vera Regina Pereira de Andrade. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/77220/108702.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. [Consultado em 13 de nov. 2016]

Bitencourt, C. R. (2018). *Tratado de direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva.

Bobbio, N. (1986). *O futuro da democracia; uma defesa das regras do jogo*. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra.

Bobbio, N. (1992). *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus.

Bobbio, N. (1994). *A teoria das formas de governo*. Brasília: Editora Universidade de Brasília.

Bobbio, N. (1994). *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Brasília: Editora Universidade de Brasília.

Bobbio, N.; Matteucci, N.; Pasquino, G. (1998). *Dicionário de política*. Brasília: Editora Universidade de Brasília. V. 1.

Bonavides, P. (1994). *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros.

Bourdieu, P. (2003). *A dominação Masculina*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil.

Brasil (1940). *Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940: Código Penal*. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm> [Consultado em 10 de nov. 2016].

Brasil (1941). *Decreto-Lei n. 3.689, de 4 de outubro de 1941: Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm> [Consultado em 10 de nov. 2016].

Brasil (1984). *Lei Federal n. 7.210: Institui a Lei de Execução Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. [Consultado em 08 de julh. 2018].

Brasil (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em:<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.[Consultado em 10 de nov. 2016]

Brasil (1990). *Lei Federal n. 8.069, de 13 de julho de 1990: Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do adolescente e dá outras providências*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm>. [Consultado em 08 de julh. 2018].

Brasil (1992). *Decreto Federal n. 592, de 6 de julho de 1992: Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. [Consultado em 08 de julh. 2018].

Brasil (1996). *Decreto Federal n. 1.973, de 1 de agosto de 1996: Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm>. [Consultado em 08 de julh. 2018].

Brasil (2002). *Decreto Federal n. 4.377, de 13 de setembro de 2002: Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto n o 89.460, de 20 de março de 1984*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm>. [Consultado em 08 de julh. 2018].

Brasil (2006). *Lei Federal n. 11.340, de 7 de agosto de 2006: Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8o do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>.[Consultado em 08 de julh. 2018].

Brasil (2011). *Lei Federal n. 12.527, de 18 de novembro de 2011: Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5o, no inciso II do § 3o do art. 37 e no § 2o do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei no 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei no 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei no 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112527.htm>. [Consultado em 08 de julh. 2018].

Brasil (2015). *Lei Federal n. 13.104, de 9 de março de 2015: Altera o art. 121 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para prever o*

feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/L13104.htm>. [Consultado em 08 de julh. 2018].

Brasil, Conselho Nacional de Justiça (2014). *Diagnóstico de pessoas presas no Brasil*. Brasília/DF. publicação do CNJ. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf> [Acessado em: 20 de dezembro de 2016].

Brasil, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (2017). Estatísticas de Gênero – Indicadores Sociais das Mulheres no Brasil. *Estudos e Pesquisas – Informação Demográfica e Socioeconômica - n. 38*. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101551_informativo.pdf> . >. [Consultado em 08 de julho de 2018].

Brasil, Ministério da Justiça, Depen (2014). *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen – dezembro de 2014*. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/dl/infopen-dez14.pdf>>. [Consultado em 08 de julh. 2018].

Brasil, Ministério da Justiça, Depen (2015). *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen Mulheres – junho de 2014*. Disponível em: < <http://www.justica.gov.br/news/estudo-traca-perfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-no-brasil/relatorio-infopen-mulheres.pdf>>. [Consultado em 08 de julho de 2018].

Brasil, Ministério da Justiça, Depen (2017). *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen – junho de 2016*. Disponível em: < http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf>. [Consultado em 08 de julh. 2018].

Brasil, Senado Federal, Observatório da Mulher contra a Violência (2016). *Panorama da Violência contra as Mulheres no Brasil – indicadores nacionais e estaduais – 2018*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/institucional/datasenado/omv/indicadores/relatorios/BR-2018.pdf>>. [Consultado em 08 de julho de 2018].

Bretas, A. S. N. (2010). *Fundamentos da criminologia crítica*. Curitiba: Juruá.

Brindeiro, G. (1997). O devido processo legal. *Revista Consulex*, ano 1, n. 9, set., pp. 36-37.

Câmara, L. (1997). *Prisão e Liberdade Provisória: Lineamentos e Princípios do Processo Penal Cautelar*. Curitiba, Juruá.

Campos, C. H. (1998). *O Discurso Feminista Criminalizante no Brasil: limites e possibilidades*. Dissertação (Mestrado em Direito), Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis. 1998.

Campos, C. H. (2014); Carvalho, S. de. *Tensões atuais entre a criminologia feminista e a criminologia crítica: a experiência brasileira*. Disponível em: < http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2014/02/1_8_tensoes-atuais.pdf> Acesso em 10 de junho de 2016.

Canotilho, J. J. G. (1993). *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina.

Carvalho, S. (2013). Criminologia crítica: dimensões, significados e perspectivas atuais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 21. Vol. 104. Out-set/2013. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

Carvalho, S. (2015). *Antimanual de criminologia*. São Paulo: Saraiva.

Castro, C. R. de S. (1989). *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense.

Catttoni, M. (2001). *Direito processual constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos.

Cintra, C. A.; Dinamarco, C. R.; Grinover, A. P. (2002). *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros.

Comparato, F. K. (2008) *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva.

Costa Rica, São José, Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos (1969). *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.Convencao_Americana.htm>. [Consultado em 30 de julho de 2018].

Dantas, S. T. (2004). *Problemas de direito positivo*. Rio de Janeiro: Forense.

Dergint, A. do A. (1996). Aspecto material do devido processo legal. *Genesis: Revista de direito administrativo aplicado*. Curitiba, ano 2, n. 8, abril, pp. 77-85.

Dias, J. (1984). *Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra.

Dias, J. de F.; Andrade, M. da C. (1984). *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra Editora.

Dias, M. B. (2007). *A Lei Maria da Penha na justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

Dória, A. R. S. (1986). *Direito constitucional e tributário e o “due process of law”*. Rio de Janeiro: Forense.

Dubout, E. (2007). *La procéduralisation des obligations relatives aux droits fondamentaux substantiels par la cour européenne des droits de l’homme*. Disponível em: <<http://www.rtdh.eu/pdf/2007397.pdf>>. [Consultado em 14 de nov. 2016]

Espindola, R. S. (2002). *Conceitos de princípios constitucionais*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

- Fernandes, A. S (2002). *Processo penal constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Ferrajoli, L. (2002). *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2002.
- Ferreira Filho, M. G. (2001). *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva.
- Ferreira, M. L. R. (2007). A mulher como o “outro”: a filosofia e a identidade feminina. *Revista da Faculdade de Letras da Universidade do Porto*. v.23-24, p.139-153, 2007.
- Foucault, M. (1979). *Microfísica do Poder*. Rio de Janeiro: Edições Graal.
- Foucault, M. (2005). *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes.
- Foucault, M. (2009). *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau.
- França, Paris, Assembleia Geral da ONU (1948). *Declaração Universal de Direitos Humanos*. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. [Consultado em 30 de julho de 2018].
- Franco, F. B. (1999). A fórmula do devido processo legal. *Revista de processo*. São Paulo, ano 24, n. 94, abr./jun., pp. 81-108.
- Fraser, N.; Honneth, A. (2003). *Redistribution or Recognition? A political-philosophical exchange*. London: Verso.
- Freire, T. (2017). Mulheres representam 37,3% dos magistrados em atividade em todo o país. *Agência CNJ de Notícias*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84432-percentual-de-mulheres-em-atividade-na-magistratura-brasileira-e-de-37-3>>. [Consultado em 09 de junho de 2018].
- Gama, L. E. P. J. (2005). *O devido processo legal*. São Paulo: Editora de Direito.
- Gemake, S. C. A. (2011). A necessária influência do processo penal internacional no processo penal brasileiro. *Conselho da Justiça Federal*. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/ojs2/index.php/mono/article/viewFile/1567/1510>> [Consultado em 20 de out. 2016]
- Giddens, A. (1993). *A Transformação da Intimidade: sexualidade, amor e erotismo nas sociedades modernas*. São Paulo: UNESP.
- Goffman, E. (2004). *Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. Disponível em: <https://disciplinas.stoa.usp.br/pluginfile.php/92113/mod_resource/content/1/Goffman%20Estigma.pdf>. [Consultado em 20 de nov. 2016].
- Goldschmidt, J. (2002). *Princípios gerais do processo civil*. Belo Horizonte: Lider.

Gomes, L. F; Molina, A. G. P., (2002). *Criminologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

Gomes, L. S., Maggi, N. R. (2010). A inveja: articulação entre psicanálise e literatura. *Revista Veredas*, 13 (jun.), p. 79-100. Disponível em: <http://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/6393710/veredas_13.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1491151240&Signature=CFkPfnVVvt6WiwFK3BF6GB6kSUs%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DEducar_pelo_Espinho.pdf#page=79>. [Consultado em 01 de abr. 2017].

Gomes, L.F (2011). *O novo CPP, constitucional e internacional*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-fev-17/coluna-lfg-devido-processo-legal-constitucional-internacional>>. [Consultado em 23 de out. 2016].

Grinover, A. P. (1975). *Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil*. São Paulo: Bushatsky,

Guerra Filho, W. S. (1998). *A dimensão processual dos direitos fundamentais e da Constituição*. Brasília a. 35 n. 137 jan./mar. 1998. Disponivem em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/327/r137-02.pdf>> [Consultado em 19 de out. 2016]

Harding, S. (1993). A instabilidade das categorias analíticas na teoria feminista. *Revista Estudos Feministas*. Rio de Janeiro, 1993, vol.1, no.1, p.07-32

Hespanha, B. (1986). *Tratado de teoria do processo*. Vol. I. Rio de Janeiro: Forense.

Hulsman, L.; Celis, J. B. C (1993). *Penas Perdidas: o sistema penal em questão*. Rio de Janeiro: Luam.

Ippolito, D. (2011). *O garantista de Luigi Ferrajoli*. Disponível em: <<file:///C:/Users/Anne/Downloads/Dialnet-OGarantismoDeLuigiFerrajoli-5007536.pdf>>. [Consultado em 20 de nov. 2016].

Jardim, A. (1992). *Direito Processual Penal; estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Forense.

Kuckes, N. (2006). *Cível due process, criminal due process*. Disponível em: <<http://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1532&context=yldr>>. [Consultado em 20 de nov. 2016]

Larrauri, E. (1991). *La herencia de la criminologia crítica*. Madrid: SigloVeintiuno.

Lenoble, J. (2002). *L'efficience de la gouvernance par le droit: pour une procéduralisation contextuelle du droit*. Disponível em: <https://www.usherbrooke.ca/droit/fileadmin/sites/droit/documents/RDUS/volume_33/33-12-lenoble.pdf>. [Consultado em 20 de nov. 2016].

Lima, M. R. O. (1999). *O princípio do devido processo legal*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris.

- Lopes Jr., A (2016). *Direito processual penal*. São Paulo: Saraiva.
- Louro. G. L. (1997). *Gênero, sexualidade e educação. Uma perspectiva pós estruturalista*. São Paulo. Editora Vozes.
- Löwy, I. (2000). Universalidade da ciência e conhecimentos “situados”. *Cadernos Pagu*. 15. pp. 15-38. Disponível em: <<http://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/cadpagu/article/view/8635360>>. Acesso em: 22/04/2017. 08:05.
- Luhmann, N. (1980). *Legitimação pelo procedimento*. Brasília: Editora Universidade de Brasília.
- Luhmann, N. (1983). *Sociologia do Direito I*. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro.
- Luhmann, N. (1984). *Sociologia do Direito II*. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro.
- Mannheim, H. (1985). *Criminologia comparada*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.
- Matos, R.; Machado, C. (2012). Criminalidade feminina e construção do gênero: Emergência e consolidação das perspectivas feministas na Criminologia. *Análise Psicológica*. Vol. XXX, n. 1-2 (2012), p. 33-47 Disponível em: <<http://www.scielo.mec.pt/pdf/aps/v30n1-2/v30n1-2a05.pdf>>. [Consultado em: 08 jul de 2018].
- Medeiros, L. C. (2002). *Formalismo Processual e a Instrumentalidade: aspectos destacados*. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica). Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, Santa Catarina, Brasil.
- Mello, C. A. B. (2012). *Elementos de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros.
- Mendes, S. R. (2012). *(Re) Pensando a criminologia: reflexões sobre um novo paradigma desde a epistemologia feminista*. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/11867/1/2012_SoraiadaRosaMendes.pdf> . [Consultado em: dezembro de 2016].
- Mesquita, G. F. (2006). O devido processo legal em seu sentido material: breves considerações. *Revista de informação legislativa*. Brasília a. 43 n. 170 abr./jun. 2006. p. 209-220. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/92748/Mesquita%20Gil.pdf?sequence=1>> . Último acesso em: 22/07/2018
- Moraes, A. (2007). *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2007.
- Morais, M. R. (2001). *Estado de Direito e Justiça: o princípio do devido processo legal como instrumento de sua realização*. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, República Federativa do Brasil.

- Nery Junior, N. (2002). *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- Nucci, G. S. (2010). *Princípios constitucionais e processuais penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Nucci, G. S. (2013). *Direito processual penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.
- Oliveira, C. (2000). Devido processo legal. *Revista de direito constitucional e internacional*. São Paulo, Ano 8, n. 32, jul./set., pp. 176-192.
- Oliveira, V. de S. (2002). Expressões do devido processo legal. *Revista de processo*. Ano 27, n. 106, abr./jun., pp. 297-306.
- Ordem dos Advogados do Brasil, Conselho Federal. *Institucional: quadro de advogados*. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/institucionalconselhofederal/quadroadvogados>> . [Consultado em 09 de julho de 2018].
- Pedrosa, R. L. (1998). *Direito em História*. Nova Friburgo: Imagem Virtual.
- Piovesan, F. (2008). A Constituição Brasileira de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos. *EOS — Revista Jurídica da Faculdade de Direito / Faculdade Dom Bosco. Núcleo de Pesquisa do Curso de Direito*. — v. 2, n. 1 (jan./ jun. 2008). Curitiba: Dom Bosco.
- Piovesan, F. (2015). *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. São Paulo: Saraiva.
- Piovesan, F. (2016). *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva.
- Poncinho, M. (2014). *Metodologia de investigação e comunicação do conhecimento científico*. Lisboa: Lidel.
- Queiroz, O. N. C. (1998). O devido processo legal. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, ano 87, v. 748, fev., pp. 47-63.
- Reale, M. (1994). *Teoria tridimensional do direito – situação atual*. São Paulo: Saraiva.
- Reale, M. (1999). *Filosofia do Direito*. São Paulo: Saraiva.
- Rocha, J. A. (1999). *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros.
- Rosa, A. M. (2013). *Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- Rosas, R. (1997). *Direito processual constitucionais: princípios constitucionais do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

- Rosas, R. (2001). Devido processo legal: proporcionalidade e razoabilidade. *Revista dos tribunais*. São Paulo, ano 90, v. 783, jan., pp. 11-15.
- Santos, B. S. S. (1989). *Introdução a uma Ciência Pós-Moderna*. Lisboa: Afrontamento.
- Santos, J. C. (2006). *A criminologia radical*. Curitiba: Lumen Juris.
- Scarparo, E. K. (2011). *Considerações atuais sobre o devido processo legal*. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br:8080/portal/conteudo/considera%C3%A7%C3%B5es-atuais-sobre-o-devido-processo-legal>>. [Acessado em: 20 de dezembro de 2016].
- Schecaira, S. S. (2011). *Criminologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Scott, J. (1995). Gênero: uma categoria útil de análise histórica. *Educação & Realidade*, Porto Alegre, v. 20, n. 2, p. 71-99, jul./dez. 1995. Disponível em: <<http://www.direito.mppr.mp.br/arquivos/File/SCOTTJoanGenero.pdf>> . [Consultado em 20 de jun. 2018].
- Silva, J. A. (1999). *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros.
- Silva, M. M. da (1999). O princípio da razoabilidade, como expressão do princípio da justiça, e a esfera de poderes jurisdicionais do juiz. *Novos estudos jurídicos*, ano 5, n. 8, abr., pp. 7-15.
- Smart, Carol (1995). *Feminism and the Power of Law*. London, Routledge.
- Souza Netto, J. L. (2003). *Processo penal: sistemas e princípios*. Curitiba: Juruá.
- Sutherland, E. H. (1983). *White collar crime: the uncut version*. London: Yale University Press, 1983.
- Sykes, G. M. (1974). *The Rise of Critical Criminology*. Disponível em:<<http://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5895&context=jclc>>. [Consultado em 20 de nov. 2016]
- Tácito, C (1996). A razoabilidade das leis. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 204, p. 1-7, abr./jun. 1996. Disponível em: <<file:///C:/Users/Anne/Downloads/46749-95874-1-PB.pdf>>. [Consultado em 20 de jun. 2018].
- Tourinho Filho, F. C. (2013). *Manual de processo penal*. São Paulo: Saraiva.
- Trindade, C. A. A. (2003). *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003. v. 1.
- Tucci, R. L. (2012). *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

Tucci, R. L.; Tucci, J. R. C. (1989). *Constituição de 1988 e processo: regulamentos e garantias constitucionais do processo*. São Paulo: Saraiva.

Vasconcelos, F. (2018). *Juízas acusam associação de machismo: Magistradas deixam entidade nacional com argumento de que encontro científico não convidou mulheres*. Disponível em: < <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/04/juizas-acusam-associacao-de-machismo.shtml>> . [Consultado em 09 de junho de 2018].

Waiselfisz, J. J. (2015). Mapa da violência – Homicídios de Mulheres no Brasil 2015. Flacso: Brasil. Disponível em: <https://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf> . [Consultado em 20 de jun. 2018]

Zaffaroni, R. E. (2013). *A questão criminal*. Rio de Janeiro: Revan.

Zaffaroni, R. E. (2017). *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan.