

O VOTO DE LEWANDOSKI NO HC 143.641 E A CULTURA DO ENCARCERAMENTO

LEWANDOSKI'S VOTE IN HC 143.641 AND THE CULTURE OF INCARCERATION*

RODRIGO DO PRADO BITTENCOURT**
UNIVERSIDADE DE COIMBRA, PORTUGAL

JOSÉ RAIMUNDO BITTENCOURT***
FACULDADE DE DIREITO DO SUL DE MINAS, BRASIL

Resumo: Este artigo analisa o voto do relator do *Habeas Corpus* 143.641 – São Paulo, que foi o ministro do STF Ricardo Lewandowski. Este remédio constitucional tinha o intuito de evitar que mulheres grávidas ou com filhos até doze anos de idade permanecessem encarceradas em prisão preventiva, muitas vezes em condições indignas que afetavam a elas e à sua prole. Um dos principais eixos da justificativa de Lewandowski foi o combate à cultura do encarceramento. Esta mentalidade punitiva tem suas bases na história das sociedades disciplinares, estudadas por Foucault. Percebe-se a importância da prisão para a Modernidade, especialmente a partir do século XX e início do século XXI, quando essa instituição foi desenvolvida de diferentes maneiras, concretizando abusos e centralizando o controle social e a repressão que ultrapassam seus limites e prejudicam os direitos humanos.

Palavras-chave: Prisão preventiva. Direitos humanos. Cultura do encarceramento. Disciplina. História.

Abstract: This article analyzes the rapporteur's vote of the *Habeas Corpus* 143,641 - São Paulo, who was the minister of the Supreme Court (STF) Ricardo Lewandowski. This constitutional remedy was intended to avoid the preventive detention of pregnant women or mothers of children with age until twelve years old, often in unworthy conditions that affected them and their offspring. One of the main axes of Lewandowski's justification was the fight against the culture of incarceration. This punitive mentality is based on the history of disciplinary societies, studied by Foucault. One perceives the importance of prison for Modernity, especially from the 20th century and the beginning of the 21st century, when this institution was developed in different ways, concretizing abuses and centralizing social control and repression that go beyond its limits and hurt rights humans.

Keywords: Preventive detention. Human rights. Incarceration culture. Discipline. History.

* Artigo recebido em 22/03/2021 e aprovado para publicação pelo Conselho Editorial em 30/04/2021.

** Curriculum lattes: <http://lattes.cnpq.br/7719768662629907> . E-mail: rodrigobittencourt@gmail.com.

*** E-mail: heladecmd@gmail.com.

Introdução

O *Habeas Corpus* 143.641 – São Paulo foi impetrado originalmente por um conjunto de juristas, com o intuito de combater a adoção sistemática da medida de prisão preventiva de mulheres que sejam mães de crianças, segundo a definição do Estatuto da Criança e do Adolescente, incluindo neste grupo também as grávidas. A definição de criança, nos termos da lei, está no artigo segundo do referido estatuto: “Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.” (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.)

O relator deste *habeas corpus* no Supremo Tribunal Federal foi o ministro Ricardo Lewandowski, que, após considerações preliminares sobre a competência ou não da corte máxima para julgar a matéria e sobre a pertinência jurídica no ordenamento legal brasileiro de um *habeas corpus* coletivo, acabou por deferir o pedido; com algumas modulações, entretanto. As características do pedido e do voto do relator serão esmiuçadas posteriormente.

Antes disso, entretanto, cabe dizer que este artigo tem o intuito de analisar não apenas o voto do ministro como um todo, mas contempla o conjunto para melhor entender uma de suas partes. O objetivo principal é o estudo daquela que parece ser a principal justificativa utilizada pelo relator para sua decisão: a de que há um excesso de aprisionamentos, no Brasil. Este excesso se daria de modo tão intenso e sistematizado que chegaria a gerar mesmo uma “cultura do encarceramento”.

Ainda que o ministro não tenha demonstrado ter o intuito de analisar o fenômeno em escala global, mas tenha se debruçado apenas sobre o Brasil, cabe-se questionar o alcance da dita a “cultura do encarceramento”. Seria ela um fenômeno tipicamente nacional ou apenas seria a demonstração de uma realidade global, da qual o nosso país é apenas mais um exemplar? Esta é uma das questões que este artigo busca analisar. Por isso, após um primeiro momento em que se analisa o *Habeas Corpus* 143.641, ele apresenta uma segunda parte, em que se realiza as raízes históricas mais recentes desta chamada “cultura do encarceramento” e se discute esta expressão é cabível ou não. Para isso, se discute a importância da instituição prisional no século XX e agora, no século XXI, recorrendo-se, sobretudo à obra de Foucault (2014) como parâmetro teórico de análise do tema.

1. *Habeas Corpus* 143.641

A) O relatório

O *Habeas Corpus* 143.641 – São Paulo teve como pacientes “todas as mulheres submetidas à prisão cautelar no sistema penitenciário nacional, que ostentem a condição de gestantes, de puérperas ou de mães com crianças com até 12 anos de idade sob sua responsabilidade, e das próprias crianças”. Ele foi impetrado junto ao Supremo Tribunal Federal pela Defensoria Pública da União, com assistência do Coletivo de Advogados em Direitos Humanos (CADHU), de Eloisa Machado de Almeida, de Hilem Estefania Cosme de Oliveira, de Nathalie Fragoso e Silva Ferro, de Andre Ferreira e de Bruna Soares Angotti Batista de Andrade; tendo como relator o ministro Ricardo Lewandowski.

As entidades coatoras foram os Juízes e Juízas das Varas Criminais Estaduais, os Tribunais dos Estados e do Distrito Federal e Territórios, os Juízes e Juízas Federais com Competência Criminal, os Tribunais Regionais Federais e o Superior Tribunal de Justiça. Dentre os *amicus curiae* estavam as Defensorias Públicas de cada estado da Federação e do Distrito Federal, o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), o Instituto Terra Trabalho e Cidadania (ITTC), a Pastoral Carcerária, o Instituto Alana, a Associação Brasileira De Saúde Coletiva (ABRASCO) e o Instituto de Defesa do Direito de Defesa – Márcio Thomaz Bastos (IDDD).

O HC 143.641 teve como intuito garantir um cumprimento de pena digno para as mulheres grávidas ou mães de crianças até 12 anos em prisão preventiva, uma vez que a falta de condições nos estabelecimentos prisionais acarretava, segundo argumentação dos impetrantes, violação aos direitos básicos das crianças e das próprias mães, como, por exemplo, o direito ao acompanhamento pré-natal. Além disso, muitas das presas preventivamente acabam inocentadas ou condenadas a penas alternativas.

Defendendo-se o instrumento do *habeas corpus* coletivo, foi usado o argumento de que um processo ágil e simples é direito de todos e todas, segundo convenção internacional da qual o Brasil é signatário. O fundamento legal foi o seguinte dispositivo da Convenção Americana de Direitos Humanos:

Artigo 25 - Proteção judicial

1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais. (Convenção Americana de Direitos Humanos)

Além disso, foi dito que violações sistemáticas e coletivas demandam uma ação institucional e de abrangência geral. A competência, devido a este caráter coletivo e ao fato de o Superior Tribunal de Justiça ser uma das entidades coatoras, caberia ao Supremo Tribunal Federal.

A Lei 13.257/2016, que alterou o Código de Processo Penal, prevê “a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar para gestantes e mães de crianças”; ainda assim, metade dos pedidos de substituição não são atendidos pela Justiça.

Tal estado de coisas, fere o preceito que determina que as crianças sejam prioridade no tratamento por parte do Estado e que as privações pelas quais elas passam são ainda maiores no sistema prisional do que a média nacional (que já não é adequada). Assim, há uma penalização das mães e das crianças por culpa da ineficiência do Estado. O caso dos presos em contêineres ou em regime mais gravoso do que o de sua condenação também foram apresentados como argumentos em prol do *habeas corpus* coletivo.

O Instituto Alana requereu sua admissão como *amicus curiae*, afirmando que o *habeas corpus* deveria ser concedido, com o intuito de preservar os direitos e o bem-estar das crianças, alegando que o artigo 227 da Constituição é norma de eficácia plena e aplicabilidade imediata.

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (CF, 1988)

1. B) Voto

Preliminar de competência.

Julgando a preliminar de validade do *habeas corpus* coletivo, o ministro entende que ele é, sim, admissível. Tendo em vista outros julgados do Supremo Tribunal Federal que concederam validade a instrumentos judiciais coletivos. Citando ainda o “caso Verbitsky”, ocorrido na Argentina, defendeu o *habeas corpus* coletivo, ainda que não haja para ele previsão legal expressa. Sendo inadequado argumento da Procuradoria-Geral da República de que as pacientes são indeterminadas e indetermináveis. Afinal, os dados fornecidos pelo Departamento Penitenciário Nacional acabam com esta indeterminação. Assim, defende-se a aplicação do conceito de “direitos individuais homogêneos”, consagrado na doutrina consumerista e “positivado no art. 81, parágrafo único, III, do Código de Defesa do Consumidor”.

É apresentado pelo relator ainda o argumento de que o *habeas corpus* coletivo ajudará a desobstruir o Judiciário, sempre abarrotado de processos, e garantirá o cumprimento de direitos fundamentais que não seriam alcançados sem ele, em alguns casos, justamente por esta grande quantidade de processos não definitivamente julgados (que somam mais de 100 milhões).

Análise do Mérito

Reconhece-se que a situação das presas é precária e que há ainda certo punitivismo por parte do Judiciário, citando para isso a ADPF 347 MC/DF. Afirmando que “68% das mulheres estão presas por crimes relacionados ao tráfico de entorpecentes” defende-se a prisão domiciliar, dizendo que “a prisão preventiva se mostra desnecessária, já que a prisão domiciliar prevista no art. 318 pode, com a devida fiscalização, impedir a reiteração criminosa” (grifo meu). A questão que cabe levantar, entretanto, é se o mesmo Supremo Tribunal Federal que atesta a incapacidade do Estado de cumprir suas funções no sistema prisional desconhece o fato de que este mesmo Estado tampouco consegue fiscalizar todos e todas em prisão domiciliar. Até porque é muito mais fácil fiscalizar os que estão num dado estabelecimento prisional do que cada um em sua casa.

O relator insiste que o Estado é incapaz mesmo de suas tarefas mais básicas, e que ainda mais o seria no tocante à dignidade das presas, citando para isso o “caso Alyne Pimentel” e a condenação do Brasil perante o Sistema Universal de Direitos Humanos. São citados diversos documentos da ONU a respeito da saúde materna e da igualdade de gênero, a própria Constituição Federal de 1988 e a Lei 11.942/2009, com o fito de provar que o país não cumpre suas obrigações para com este grupo vulnerável. O relator chega a mencionar algumas espécies de violações aos direitos humanos e a classificá-los de “atrocidades”:

O cuidadoso trabalho de pesquisa de Eloísa Machado de Almeida, Bruna Soares Angotti, André Ferreira, Nathalie Fragoso e Hilem Oliveira, constante da inicial, revela, inclusive por meio de exemplos, a duríssima - e fragorosamente inconstitucional - realidade em que vivem as mulheres presas, a qual já comportou partos em solitárias sem nenhuma assistência médica ou com a parturiente algemada ou, ainda, sem a comunicação e presença de familiares. A isso soma-se a completa ausência de cuidado pré-natal (acarretando a transmissão evitável de doenças graves aos filhos, como sífilis, por exemplo), a falta de escolta para levar as gestantes a consultas médicas, não sendo raros partos em celas, corredores ou nos pátios das prisões, sem contar os abusos no ambiente hospitalar, o isolamento, a ociosidade, o afastamento abrupto de mães e filhos, a manutenção das crianças em celas, dentre outras atrocidades. Tudo isso de forma absolutamente incompatível com os avanços civilizatórios que se espera tenham se concretizado neste século XXI. (Voto do Ministro Lewandowski no HABEAS CORPUS 143.641 SÃO PAULO)

O relator afirma que conceder o *habeas corpus* coletivo seria estar de acordo com os documentos internacionais a respeito da dignidade dos encarcerados e mesmo os mais amplos, abrangendo os Direitos Humanos como um todo. É citada ainda a “Repercussão Geral de número 423” em que se decidiu que não pode o preso permanecer em regime prisional mais gravoso, por falta de vaga em instituição adequada. Menciona-se ainda as Regras de Bangkok: Regras das Nações Unidas para o Tratamento de Mulheres Presas e Medidas Não Privativas de Liberdade para Mulheres Infratoras e jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que acolhe estas regras internacionais. Afirma-se ainda que há exageros que são cometidos, traduzindo a pena restritiva de liberdade como um padrão desnecessário e mesmo indesejável:

[haveria uma] “cultura do encarceramento” que se evidencia pela exagerada e irrazoável imposição de prisões provisórias a mulheres pobres e vulneráveis, em decorrência de excessos na interpretação e aplicação da lei penal, bem assim da processual penal, mesmo diante da existência de outras soluções, de caráter humanitário, abrigadas no ordenamento jurídico vigente. (Voto do Ministro Lewandowski no HABEAS CORPUS 143.641 SÃO PAULO)

Se tratará posteriormente, com mais vagar e cuidado, disto que o ministro relator chamou de “cultura do encarceramento”, pois, com efeito, este é o foco principal deste estudo. No momento, porém, é preciso seguir a análise dos principais pontos elencados no Voto como pertinentes à decisão proferida: citando o Instituto Alana e pesquisa de Harvard, o relator afirma que os danos causados às crianças pela situação precária de suas mães presas podem ser graves e irreversíveis. Cita-se até mesmo James Heckman, Nobel de Economia, sobre a primeira infância e criminalidade.

Cita-se também os artigos 7º, 8º e 9º do Estatuto da Primeira Infância (Lei 13.257/2016). E afirma-se, no tocante ao já citado art. 318 do Código de Processo Penal, que a melhor solução para aplicação do disposto nos incisos IV e V será usar deste *habeas corpus* coletivo para estabelecer os parâmetros a disciplinar a aplicação da lei, não expressos no texto legal.

Em face de todo o exposto, concedo a ordem para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar - sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP - de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, nos termos do art. 2º do ECA e da Convenção sobre

Direitos das Pessoas com Deficiências (Decreto Legislativo 186/2008 e Lei 13.146/2015), relacionadas neste processo pelo DEPEN e outras autoridades estaduais, enquanto perdurar tal condição, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelo juízes que denegarem o benefício. (Regras de Mandela). (Voto do Ministro Lewandowski no HABEAS CORPUS 143.641 SÃO PAULO)

Os critérios, portanto, são de denegar a prisão domiciliar apenas nos casos de crimes violentos contra os próprios filhos e situações excepcionalíssimas fundamentadas pelos juízes que mantiverem estas mães preventivamente presas. Além disso, o relator estendeu o benefício às mulheres em idêntica situação, mesmo que ainda não relacionadas pelo Departamento Penitenciário Nacional. Deixou, entretanto, a cargo do juiz julgar os casos de pessoas tecnicamente reincidentes, desde que seguidos os critérios já citados.

Se a prisão domiciliar for “inviável ou inadequada”, poderá o magistrado usar o art. 319 do Código de Processo Penal para conceder prestações penais alternativas. Não caberá a presente ordem, entretanto, em casos de “suspensão ou destituição do poder familiar por outros motivos que não a prisão”. Por fim, o relator estabelece que os juízes devem segui-la de ofício, sem necessidade de requisição por advogado.

2. A “cultura do encarceramento”

A expressão “cultura do encarceramento” aparece sete vezes no voto do ministro relator, sem, entretanto, que seja definida com clareza. Destas sete aparições, três se dão em forma de citação de outros autores e duas em resumo. A primeira delas já se dá em citação, tendo sido extraída do voto do relator, ministro Marco Aurélio de Mello, da ADPF 347 MC/DF. Assim, tal expressão já surge não como uma ideia isolada do ministro Lewandowski, mas como um traço intelectual compartilhado por ao menos dois membros no interior da corte suprema do país.

Não se pode negar o fato de que se trata de expressão relativamente clara, que remete a uma realidade, bastante conhecida por todos os brasileiros, de alta criminalidade, inúmeras ordens de prisão e sistema prisional superlotado e desumano. Pode-se discordar da aplicação desta expressão e da crítica que ela faz à adoção de penas restritivas de liberdades, mas não se pode refutar o fato de que ela remete a um imaginário comum e a um conjunto de fatos de conhecimento geral; a uma realidade bem definida, portanto.

Ainda que se trate de fatos concretos, a expressão carece de definição conceitual no voto aqui estudado. Talvez por seu autor supô-la de fácil entendimento e autoexplicativa,

ainda que polêmica. Em sua primeira aparição no texto, na citação já mencionada, ela vem seguida de um dado que busca confirmá-la e reforçar a ideia de que, no Brasil, adotamos as penas restritivas de liberdade em excesso; ideia que subjaz à escolha desta expressão. O ministro Marco Aurélio a coloca entre aspas, no trecho que será utilizado por Lewandowski em seu voto:

É possível apontar a responsabilidade do Judiciário no que 41% desses presos, aproximadamente, estão sob custódia provisória. Pesquisas demonstram que, julgados, a maioria alcança a absolvição ou a condenação a penas alternativas, surgindo, assim, o equívoco da chamada ‘cultura do encarceramento’. (Voto do ministro Marco Aurélio de Mello na ADPF 347 MC/DF)

Percebe-se que não se trata de uma linguagem pretensamente neutra, mas assumidamente parcial, que toma partido daqueles que desejam a imposição de penas alternativas e o refreamento do número de prisões, em determinadas situações. É esta a posição do relator da ADPF 347 MC/DF, que chega a fazer um mea-culpa do Judiciário, diante do grande número de presos. Mea-culpa que se estendeu a todo o Supremo Tribunal Federal, no reconhecimento daquilo que foi chamado pela corte de “estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro” (STF. Informativo Nº 798).

Não se pretende aqui discutir as políticas de combate ao crime no Brasil, ou mesmo como transformar o sistema prisional em algo, no mínimo, constitucional. O foco deste artigo é analisar a expressão em sua conotação mais ampla e fundamental, enquanto realidade verdadeiramente de caráter cultural (e, portanto, subjacente ao modo de pensar de toda uma coletividade) e sua utilização pelo ministro Lewandowski. Esta “cultura” não é tipicamente brasileira, mas transnacional, atingindo diversos povos, desde sua fundação na Modernidade, junto à criação da disciplina.

Foucault (2014) relata a prisão como mecanismo de repressão social e de classe que vai muito além da ação física, mas que inculca obediência e suprime a liberdade por meio da disciplina. Esta ação disciplinar teria servido de exemplo e molde para outras instituições, tais como os quartéis, as escolas, os manicômios e os hospitais, por exemplo.

Surgida ao longo dos séculos XVII e XVIII, a disciplina faz com que o controle se torne menos violento e, conseqüentemente, mais barato. As punições violentas são cada vez mais desnecessárias, pois já não há rebeldia dentre os dominados. Submissos, eles aprenderam a obedecer aos que lhes dominaram, temendo novas punições e represálias. Além disso, a punição violenta sempre corre o risco de ir na contramão da pretendida

pacificação social, acirrando os ânimos e causando revolta social. A violência que ela tenta esconder está também em sua própria ação de contenção, podendo sempre descambar numa revolta contra o que perpetra. René Girard (2008) mostrou muito bem que muitas vezes o rei era o alvo a ser exterminado, no intuito de promover a pacificação social. Sem muitos elos de união com os demais membros da coletividade, por sua própria posição social, ele, como o escravo, pode vir a ser a vítima ideal, na tentativa de se evitar a guerra fratricida de todos contra todos, nos moldes do estado de natureza hobbesiano (2019). Esta guerra adviria graças não apenas ao medo diante do semelhante, mas também ao vínculo de sangue conceituado por Erich Fromm como “um dever sagrado que recai num membro de determinada família, de um clã ou de uma tribo, que tem de matar um membro de uma unidade correspondente, se um de seus companheiros tiver sido morto” (1975. p. 366).

A disciplina seria um modulador de comportamento muito eficiente, capaz de promover a submissão das classes baixas, no interesse dos burgueses. Afinal, a disciplina seria a própria essência da dinâmica do trabalho proletário nas empresas capitalistas. Seria mesmo uma conduta ideal a ser adotada por todos os dominados, em todos os momentos de suas vidas.

A prisão, para Foucault (2014), a partir do momento que passou a ser regida pela disciplina (estruturada a partir do panóptico e do ideal de “ver sem ser visto”) e voltada para a “regeneração” do preso, se tornou um mecanismo capaz de cercear a liberdade mesmo após o cumprimento da pena. Ao inculcar a obediência e a disciplina, ela criaria uma grande quantidade de ex-rebeldes, agora submissos e capazes de suportar o jugo da exploração capitalista.

Subjaz à instituição prisional a ideia de “reformatar o caráter” e de “reeducar o preso”. Trata-se de uma educação para a disciplina, na visão de Foucault (2014), e isso só é possível porque toda a sociedade capitalista já assimilou a ética do trabalho e da busca por prosperidade como essência de seu ser. Neste ponto, é preciso voltar à obra clássica de Weber (*A ética protestante e o espírito do capitalismo*), que apresenta uma tendência à submissão, ao esforço rotineiro, racional e concentrado, à valorização do sucesso gradual e consistente e outras atitudes que acabarão por se organizar em um único mecanismo de moldar mentes e condutas: a disciplina. Neste sentido, a obra de Weber explicaria os antecedentes de uma sociedade que, em seu auge, se organizou a partir de um novo conhecimento e método de ação; em outras palavras, se organizou disciplinarmente.

Só é possível tratar de “regeneração” e “reeducação” quando se postula a existência de um único caminho a seguir, um único modelo de conduta válido. No capitalismo, esta

conduta é a da disciplina ordeira e da busca incessante pelos bens materiais. No socialismo soviético, por sua vez, esta conduta era a da plena submissão ao Estado e da adequação de sua vida às necessidades ditas coletivas. Em todo caso, a disciplina e a prisão se colocam como eixo central destes dois modelos. Por conseguinte, ela pode ser considerada o eixo central de todo o século XX: seja a prisão doutrinadora do socialismo soviético ou a prisão doutrinadora do capitalismo liberal. Nos dois casos, há doutrinação (ou pelo menos tentativa de doutrinação), repressão e domínio; **tudo estruturado em torno da ação disciplinar e da instituição prisional.**

O fim do homem soviético, de Svetlana Aleksievitch, denuncia a época stalinista como auge de uma sociedade fortemente vigiada e reprimida, que praticamente se organizava em torno das prisões. Embora, o período de degelo promovido por Nikita Kruschev tenha diminuído a intensidade deste amplo sistema repressivo, ele permaneceu ativo, pelo menos, até o governo de Gorbachév. Pode-se considerar a tentativa de golpe de estado realizada contra o último secretário-geral da URSS como a derradeira expressão deste sistema totalitário. Ainda que o ataque ao parlamento russo ordenado por Yéltsin também possa ser visto como eco dos anos de totalitarismo, que se recusava a simplesmente desaparecer de cena de uma hora para outra.

Para a maioria dos analistas políticos ocidentais a Rússia de hoje tampouco deve ser considerada democrática. Ainda assim, ela não pode ser comparada ao poder de repressão do totalitarismo stalinista. Esta ação e controle social não se manifestava apenas na prisão, mas perpassava todas as esferas da sociedade civil: a educação, o mundo do trabalho, as atividades recreativas, a sociabilidade típica dos soviéticos de então, etc. Todos, enfim, sabiam que estavam sempre sendo vigiados e que não poderiam cometer nenhum “deslize”.

A exemplo do que ocorria na URSS, a ideologia seria essencial para garantir o funcionamento deste sistema repressivo. No país socialista, a ideologia se organizava a partir de ideais de grandiosidade do Estado no âmbito das relações internacionais e da exigência de sacrifícios à população, em prol de melhorias econômicas, igualdade social e conquista da segurança para todos (sobretudo frente aos inimigos externos). A ideia de que se estava construindo um grande país e que o futuro seria bem melhor fazia com que mesmo algumas das vítimas da repressão (mesmo os que foram mandados para os *gulags*) apoiassem o regime sem criticá-lo ou hesitar em colaborar.

O medo, sem dúvida, colaborava para a situação de submissão ao regime totalitário, mas o livro de Svetlana Aleksievitch mostra claramente que muitas pessoas de fato acreditavam nos ideais disseminados pela ideologia reinante e se sacrificavam de bom grado

pelo Estado Soviético e não por medo. Havia até vítimas de *gulags* (algumas enviadas para estas terríveis prisões por motivos banais ou suspeitas sem o menor fundamento) que deixavam os campos de prisioneiros convencidas de que todo aquele terror era necessário para o bem comum e, que se houve erro no seu caso específico, isso não autorizaria ninguém a desvalorizar o país e seu líder. Havia, de fato, vítimas de Stálin que amavam Stálin. O poder da ideologia era forte o suficiente para ser muito mais eficaz e visceral que o próprio medo.

No mundo capitalista, analisado por Foucault (2014), a ideologia não se encontra tão fortemente centralizada e institucionalizada, mas o fato de estar difusa pela sociedade não faz dela inexistente ou ineficaz. A ideologia capitalista, que valoriza a propriedade privada como essência da vida humana e separa os que a detêm daqueles que nada têm, cumpre um forte papel na sociedade disciplinar. Ao difundir a disciplina por toda a parte, ela faz da prisão não uma excrescência, mas apenas parte de um sistema mais amplo. A disciplina deixa de ser vista como um mecanismo de repressão e passa a ser pensada como parte normal (e até natural) da existência humana.

O nazismo e a prisão-extermínio; os Estados Unidos da América e a prisão do sadismo enquanto espetáculo privado

Uma variante do capitalismo, no século XX, foi o fascismo (englobando diversos tipos de fascismo; inclusive o nazismo). A vertente liberal do capitalismo sem dúvida foi nominalmente vencedora nos conflitos deste sangrento século, mas a variante fascista se apresentou como uma alternativa desejável para muitas pessoas, em diversos países; subsistindo, mais ou menos velada, até hoje.

O nazismo criou um novo tipo de prisão, a prisão-extermínio. Os campos de prisioneiro se tornaram campos de morte para milhões de judeus, soviéticos, comunistas, socialistas, homossexuais, ciganos e outros grupos sociais tidos como “indesejáveis” pelos nazistas. Como Foucault (2014) demonstrara, durante séculos a prisão foi a antessala da morte, mas de uma morte pública, espetacularizada e tida como exemplar.

Com a ideia de “reeducação”, a prisão passou a ser um fim em si mesmo e não apenas uma etapa para o fim específico de matar as pessoas tidas por inimigas do Estado. Mesmo a pena de morte mudou: já não se tratavam mais de mortes cruéis realizadas em praça pública, mas de mortes que buscavam ocorrer sem dor ou sofrimento, realizadas em locais de restrito acesso, longe dos olhos do público. Ainda hoje, são assim cumpridas as penas de morte nos Estados Unidos da América e em diversos outros países que ainda executam este tipo de punição.

O nazismo, porém, tratou a pena de morte não como uma exceção e *ultima ratio*, mas como uma regra, no caso de grupos tidos como inimigos do Estado ou da pureza da raça aariana. Assim, criou-se a morte em escala industrial e este extermínio não se deu em campo aberto, mas no interior de prisões especialmente destinadas para este fim: os campos de extermínio. A prisão, portanto, já não era um local de passagem para o patíbulo, mas o próprio patíbulo. Já não se tratava de “regenerar” ou “reeducar”, mas de exterminar e este extermínio já não era a exceção, mas a regra.

Esta prisão é, portanto, diferente das prisões do capitalismo liberal e do socialismo real. Ela não leva em consideração a disciplina como um fim em si mesmo. A disciplina é aplicada tão somente como um método para melhor gerir o ambiente em preparação para a morte, fim último a que ela se destina. Nem por isso, a ideologia estava ausente destas prisões-extermínio. Muito pelo contrário, ela era essencial para seu funcionamento. Acontece, porém, que a ideologia já não era vista como transmissível pelos guardas aos prisioneiros. Estes não teriam como se “regenerar” ou “reeducar”, por serem natural e culturalmente inferiores. Os guardas, entretanto, deveriam estar fortemente imbuídos da ideologia nazista. Somente assim, conseguiriam conviver com seu cruel trabalho de matar os que lhes eram enviados.

A adoção das câmaras de gás não se deu logo no início das mortes em campos de extermínio. A ideia só foi introduzida após o comando nazista constatar que os assassinatos por pelotões de fuzilamento estavam levando um grande número de soldados e oficiais das SS ao alcoolismo, à depressão e outras doenças psíquicas. A ideia do uso de gás tóxico foi de evitar o contato entre os carrascos e as vítimas, produzindo uma morte mais próxima da automatização e sem um elo de causa e consequência tão evidente.

Com a prisão-extermínio, a ideologia nazista de superioridade racial e cultural se sustenta e dá ensejo ao recrudescimento do fanatismo e da violência. Mais uma vez, estamos diante de uma sociedade que gira em torno da instituição prisão, em que todos podem ser presos pelo mais fútil e banal “deslize” em sua conduta. Mais uma vez, a exemplo do que ocorria na União Soviética, a prisão é uma ameaça constante e, por isso, se coloca como eixo principal da vivência das pessoas daquele país. É uma ameaça para os tidos como “inferiores” e também para os próprios “arianos puros”, uma vez que a ameaça se estende a eles também, ainda que em menor grau. Afinal, se o modelo da prisão-extermínio foi típico desta sociedade, ele não foi o único vigente e a Alemanha nazista conviveu também com prisões que visavam “reeducar” e “regenerar”, como o capitalismo liberal e o socialismo totalitário. Uma das civilizações mais educadas e requintadas do mundo, segundo Adorno e Horkheimer

(1985), engendrou a pior e mais cruel barbárie, colocando como eixo central de sua vida coletiva a prisão.

Se o século XX foi dominado pela instituição prisão, isso não significa que esta instituição perdeu força no século XXI. Os abusos e torturas perpetrados nas prisões de Abu Ghraib, no Iraque, e em Guantánamo, em Cuba são provas de que a prisão continua a ser uma instituição fundamental para as sociedades modernas, no modo em que estão estruturados estes agrupamentos humanos. Perceba que “fundamental” significa não apenas algo “importante” ou “essencial”, mas também se liga a ideia de “base”, de “origem”, de “pedra angular” que tudo sustenta e edifica. Assim, a prisão continua a ser a instituição responsável pelo molde de conduta e pela salvaguarda dos valores essenciais das atuais sociedades.

As novidades de Abu Ghraib e Guantánamo, entretanto, estão em seu sadismo como pura e simples razão de ser. Diante de todo o aparato de tecnologia, todo o poder econômico, militar e político dos Estados Unidos, diante de toda sua vasta e complexa rede de inteligência (sendo tudo isso complementado pelo auxílio de seus inúmeros aliados), a tortura nestas prisões, reveladas por fotos de uma cruza e maldade avassaladoras, só tem lugar enquanto instrumento de sadismo em seu mais alto grau.

Há décadas, os estudos psicológicos e criminológicos demonstram que a tortura não é eficaz enquanto instrumento de descoberta da verdade acerca de qualquer fato. Sob suplício, a vítima é levada a confessar qualquer coisa, com o único intuito de ser deixada em paz. Ela pode inventar a mais mirabolante história, tão somente para agradar os torturadores, na esperança de que cesse a tortura. A CIA e as Forças Armadas dos EUA sabem muito bem disso. Não se está mais na época da inquisição espanhola, quando se poderia utilizar o argumento de que a tortura teria uma finalidade prática.

Ainda assim, tais prisões foram utilizadas para experiências sádicas realizadas com o único intuito de fornecer um cruel entretenimento privado aos militares por elas responsáveis. Trata-se de sadismo para consumo pessoal, numa pervertida volúpia de gozar das vidas e dos corpos daqueles tidos como inimigos. Algo a ser fotografado, filmado e compartilhado com amigos e familiares, como se fosse a coisa mais banal do mundo. O escândalo desta prática foi revelado ao mundo em 28/04/2004, pela emissão de tv estadunidense CBS, que apresentou algumas fotos e vídeos destas torturas em solo iraquiano. Logo, surgiram inúmeros relatos de que o mesmo ocorreria na prisão mantida pelos EUA em Cuba. A consequência destas revelações? Brandas punições aos envolvidos, configurando a mais grotesca e aviltante impunidade.

Conclusão

Aceite-se ou não a validade da expressão “cultura de encarceramento” e todo o âmbito de significados e reminiscências que ela traz consigo para a discussão referente à prisão preventiva de mulheres mães de filhos de até 12 anos, ela de fato tem um profundo sentido social, estruturado sobre forte base histórica e sociológica. Não se pode negar que a prisão é uma instituição central para a Modernidade e que chegou ao seu auge no século XX.

Ainda que no século XXI, a instituição prisional pareça ter perdido sua centralidade, dando espaço a novas formas de controle social, ela ainda continua viva e gerando desdobramentos de crueldade inimaginável, como mostram as prisões mantidas pelos EUA em território estrangeiro, em que o sadismo é corriqueiro e se dá de forma espetacularizada, como entretenimento privado dos militares. Trata-se de um desenvolvimento da sociedade do espetáculo denunciada por Guy Debord (1997) num grau nunca antes imaginado. É uma espécie de amálgama do sadismo totalitário nazista com a indústria cultural estadunidense.

Assim, não se pode negar que haja uma “cultura de encarceramento”, que perpassa não apenas o Brasil, confirmada pelos dados apresentados por Marco Aurélio de Mello, bem como todo o mundo moderno. A prisão se constituiu numa instituição sem a qual as sociedades atuais não conseguem se estruturar. Ela foi, de maneira aparentemente sorrateira e despercebida, deixando de ocupar o lugar de exceção e excrescência para se tornar o modelo de tudo (Foucault, 2014). A vigilância constante só faz sentido se puder acarretar uma punição e a prisão surge como este elemento punidor, esteja ou não presente o intuito regenerador e reeducador que ela advogou para si no momento do nascimento da disciplina enquanto instrumento de controle social.

A centralidade da prisão nas sociedades modernas não é um dado da natureza, mas social. Assim, foi construída historicamente e pode ser desconstruída, se assim o desejarem os que herdaram esta estrutura de poder e controle. O voto do ministro Lewandowski vem justamente ao encontro desta desconstrução. Ele não aboliu a prisão ou extinguiu a punição de pessoas condenadas, mas devolveu à prisão seu lugar de exceção e ao Direito Penal sua característica de *ultima ratio*. Neste sentido, o ministro se mostrou muito consciente de que no Estado Democrático de Direito há diversos valores que precisam nortear a ação da Justiça e a prisão não pode se tornar um fetiche que sacie a sede de vingança de alguns ou mascare a sensação de insegurança coletiva, frente à criminalidade. Ela deve ser estruturada de modo a não ferir os princípios básicos da dignidade humana. Sobretudo no que se refere a crianças. Há espaço para a punição numa sociedade democrática; nisso, ela não é diferente das

sociedades autoritárias ou mesmo totalitárias. A diferença está no fato de que, nas democracias, há espaço para muito mais; para diversas outras realidades e não somente a prisão.

Referências

- ADORNO, T.; HORKHEIMER, Max. **Dialética do Esclarecimento**. Tradução de Guido Antonio de Almeida, Rio de Janeiro, Zahar Editores, 1985.
- ALEKSIÉVITCH, S. **O fim do homem soviético**. Tradução de Lucas Simone. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.
- BRASIL. **ADPF 347 MC/DF**. STF. 09/09/2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em 29/04/2020.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 29/04/2020.
- BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941** (Código de Processo Penal). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em 29/04/2020.
- BRASIL. **Habeas Corpus 143.641 – SÃO PAULO**. STF. Voto do Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. 56 páginas. Votação em plenário em 20/02/2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>>. Acesso em 29/04/2020.
- BRASIL. **Informativo Nº 798**. STF. Brasília, 7 a 11 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>>. Acesso em 29/04/2020.
- BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990** (Estatuto da Criança e do Adolescente). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm>. Acesso em 29/04/2020.
- BRASIL. **Repercussão Geral 423**. STF. Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 641.320 Rio Grande do Sul. Relator Ministro Gilmar Mendes, pp. 474-479. Plenário em 16/06/2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11436372>>. Acesso em 29/04/2020.
- DEBORD, G. **A sociedade do espetáculo**. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.
- FROMM, E. **Anatomia de destrutividade humana**. Trad. Marco Aurélio de Moura Matos. Rio de Janeiro: Zahar, 1975.
- FOUCAULT, M. **Vigiar e punir: Nascimento da prisão**. Petrópolis: Vozes, 2014.

GIRARD, R. **A violência e o sagrado**. São Paulo: Paz e Terra, 2008.

HOBBS, T. **Leviatã**: Ou a Matéria, Forma e Poder de uma República Eclesiástica e Civil. São Paulo: Martins Fontes, 2019.

WEBER, M. **A ética protestante e o espírito do capitalismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

Universidade Católica de Petrópolis
Centro de Teologia e Humanidade
Rua Benjamin Constant, 213 - Centro - Petrópolis
Tel: (24) 2244-4000
lexhumana@ucp.br
<http://seer.ucp.br/seer/index.php?journal=LexHumana>



BITTENCOURT, Rodrigo do Prado; BITTENCOURT, José Raimundo. O VOTO DE LEWANDOSKI NO HC 143.641 E A CULTURA DO ENCARCERAMENTO. *Lex Humana*, v. 13, n. 1, p. 204-220, 2021. ISSN 2175-0947. Disponível em: <<http://seer.ucp.br/seer/index.php/LexHumana/article/view/2052>>
