

**DIREITO PENAL E
SEGURANÇA PÚBLICA**

CONSELHO EDITORIAL SELO ÁGORA21

PRESIDÊNCIA	Felipe Dutra Asensi Marcio Caldas de Oliveira
CONSELHEIROS	Adriano Rosa (USU, Rio de Janeiro) Alfredo Freitas (AMBRA, Estados Unidos) André Guasti (TJES, Vitória) Arthur Bezerra Junior (UNINOVE, São Paulo) Bruno Zanotti (PCES, Vitória) Camila Jacobs (AMBRA, Estados Unidos) Camilo Zufelato (USP, São Paulo) Carolina Cyrillo (UFRJ, Rio de Janeiro) Claudia Pereira (UEA, Manaus) Claudia Nunes (UVA, Rio de Janeiro) Daniel Giotti de Paula (Intejur, Juiz de Fora) Eduardo Val (UFF, Niterói) Fernanda Fernandes (PCRJ, Rio de Janeiro) Gláucia Ribeiro (UEA, Manaus) Jeverson Quinteiro (TJMT, Cuiabá) José Maria Gomes (UERJ, Rio de Janeiro) Luiz Alberto Pereira Filho (FBT-INEJE, Porto Alegre) Paula Arevalo Mutiz (FULL, Colômbia) Paulo Ferreira da Cunha (UP, Portugal) Pedro Ivo de Sousa (UFES, Vitória) Raúl Gustavo Ferreyra (UBA, Argentina) Ramiro Santanna (DPDFT, Brasília) Raphael Carvalho de Vasconcelos (UERJ, Rio de Janeiro) Rogério Borba (UCAM, Rio de Janeiro) Santiago Polop (UNRC, Argentina) Siddharta Legale (UFRJ, Rio de Janeiro) Tatyane Oliveira (UFPB, João Pessoa) Tereza Cristina Pinto (CGE, Manaus) Thiago Pereira (UCP, Petrópolis) Vanessa Velasco Brito Reis (PGM, Petrópolis) Vania Marinho (UEA, Manaus) Victor Bartres (Guatemala) Yolanda Tito Puca (UNMSM, Peru)

REVISADO PELA COORDENAÇÃO DO SELO ÁGORA21

ORGANIZADORES
ANDRIJA ALMEIDA
ANTONIO SANTORO
REGINA BERARDI

DIREITO PENAL E SEGURANÇA PÚBLICA



GRUPO MULTIFOCO
Rio de Janeiro, 2018

Copyright © 2018 Andrija Almeida, Antonio Santoro e Regina Berardi (org).

DIREÇÃO EDITORIAL Felipe Dutra Asensi e Marcio Caldas de Oliveira

EDIÇÃO E PREPARAÇÃO Thiago França

REVISÃO Coordenação Selo Agora 21

PROJETO GRÁFICO E CAPA Carolinne de Oliveira

IMPRESSÃO E ACABAMENTO Gráfica Multifoco

DIREITOS RESERVADOS A

GRUPO MULTIFOCO

Av. Mem de Sá, 126 - Centro

20230-152 / Rio de Janeiro, RJ

Tel.: (21) 2222-3034

contato@editoramultifoco.com.br

www.editoramultifoco.com.br

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS.

Nenhuma parte deste livro pode ser utilizada ou reproduzida sob quaisquer meios existentes sem autorização por escrito dos editores e autores.

Direito penal e segurança pública

ALMEIDA, Andrija

SANTORO, Antonio

BERARDI, Regina

1ª Edição

Agosto de 2018

ISBN: 978-85-8273-513-8

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

D598

Direito penal e segurança pública / organizadores
Andrija Almeida, Antonio Santoro, Regina Berardi. –
Rio de Janeiro: Ágora21, 2018.
370 p. ; 21 cm.

Inclui bibliografia.
ISBN 978-85-8273-513-8

I. Direito penal - Brasil. I. Almeida, Andrija. II.
Santoro, Antonio. III. Berardi, Regina. IV. Título.

CDD 345.81

Sumário

Conselho científico do **CAED-JUS** **9**

Sobre o **CAED-JUS**..... **11**

O delinquente por tendência (aspectos psicológicos e sociais):13

Catharina Maniaudet

O ônus da prova no processo penal: uma análise segundo a teoria dos elementos negativos do tipo..... 29

Rafael Gonçalves Figueiredo

A nova hermenêutica do Direito Penal: uma releitura do modelo garantista de Estado e suas implicações nos direitos fundamentais..... 43

Mariana Faria Filard e Júlio César Mendes Brasil

Cálculo de pena anual. Direito constitucional à obtenção de certidões..... 63

Bruno Joviniano de Santana Silva

A construção e a desconstrução da morte como homicídio no tribunal do júri: a mobilização da legítima defesa em processos envolvendo policiais militares em Salvador-BA81

Fernando Santos da Silva

Cidades sitiadas: o crescimento das facções criminosas no Brasil e propostas de políticas de segurança pública implementadas pelo Estado do Ceará 105

Natália Pinto Costa e Mateus Natanael Targino Maurício

Das imunidades parlamentares, do foro por prerrogativa de função e da possibilidade da aplicação de medidas cautelares a parlamentares federais121

Mateus Natanael Targino Maurício, Natália Pinto Costa e Wagneriana Lima Temóteo Camurça

Políticas de segurança pública e teoria da anomia: aumento da criminalidade do país sob a ótica dos escritos de Emyile Durkheim e Robert Merton141

Cyntia Maria Rodrigues Monteiro, Danilo Carneiro Teixeira, Wagneriana Lima Temóteo Camurça e Vanessa Farias Pinheiro

A prisão preventiva e a lei nº. 12.403/2011 na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso161

Hugo Rogério Grokskreutz

O tráfico internacional de pessoas para o fim de exploração sexual 183

Débora Nicodemo

O Sistema Prisional Brasileiro sobre um prisma Nietzscheano: um sistema pautado na vingança e crueldade	197
<i>Carla Cristina de Souza</i>	
Pedofilia virtual	211
<i>Fernanda Santos Fernandes</i>	
Coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético e os direitos fundamentais	237
<i>Flávio Mirza, Rafael Pacheco Lanes Ribeiro e Matheus Rezende Gomes Deotti</i>	
Drogas, estado e cultura: leituras jurídicas.....	259
<i>Michele da Silva Conceição e Antonio Cláudio da Silva Neto</i>	
Presídios, um holocausto sem fim	277
<i>Bernardo Pilotto de Moura e Aline Ferreira Souto</i>	
Sobre la posibilidad de suspender la ejecución de las penas en caso de interposición de un recurso de amparo ante el tribunal constitucional español. Una extracción de notas de los autos del alto tribuna...	305
<i>María Castro Corredoira</i>	
Bioética e a retirada do material genético para composição do banco de dados	319
<i>Aline Ferreira Souto e Bernardo Pilotto de Moura</i>	
Apuntes sobre los orígenes de la tipificación penal portuguesa de la violencia doméstica.....	335
<i>María Castro Corredoira</i>	

Em defesa do juiz das garantias: a interceptação telefônica à luz dos direitos ao contraditório e ao julgamento por um juiz imparcial..... 351

Antonio Eduardo Ramires Santoro e Frederico de Faria von Sydow Bittencourt

Conselho científico do **CAED-JUS**

Adriano Rosa (USU)

Alexandre Bahia (UFOP)

Alfredo Freitas (AMBRA, Estados Unidos)

Antonio Santoro (UFRJ/IBMEC/UCP)

Bruno Zanotti (PCES)

Claudia Nunes (UVA)

Daniel Giotti de Paula (PFN)

Denise Salles (UCP)

Edgar Contreras (Universidad Jorge Tadeo Lozano, Colômbia)

Eduardo Val (UFF/UNESA)

Felipe Asensi (UERJ/UCP/USU/Ambra)

Fernando Bentes (UFRRJ)

Glaucia Ribeiro (UEA)

Gunter Frankenberg (Johann Wolfgang Goethe-Universität -
Frankfurt am Main, Alemanha)

João Mendes (Universidade de Coimbra, Portugal)

Jose Buzanello (UNIRIO)

Klever Filpo (UCP)

Luciana Souza (FMC)

Marcello Mello (UFF)

Nikolas Rose (King's College London, Reino Unido)

Oton Vasconcelos (UPE/ALBCJ)

Paula Arévalo Mutiz (Fundación Universitaria Los Libertadores,
Colômbia)

Pedro Ivo Sousa (UFES)

Santiago Polop (Universidad Nacional de Río Cuarto, Argentina)

Siddharta Legale (UFRJ)

Saul Tourinho Leal (UNICEUB/IDP)

Sergio Salles (UCP)

Susanna Pozzolo ([Università degli Studi di Brescia, Itália](#))

Thiago Pereira (UNILASSALE)

Tiago Gagliano (PUC-PR)

Sobre o **CAED-JUS**

O **Conselho de Altos Estudos em Direito (CAED-Jus)** é iniciativa de uma rede de acadêmicos brasileiros e internacionais para o desenvolvimento de pesquisas jurídicas e reflexões de alta qualidade.

O **CAED-Jus** desenvolve-se exclusivamente de maneira virtual, sendo a tecnologia parte importante para o sucesso das discussões e para a interação entre os participantes através de diversos recursos multimídia. Desde a sua criação, o **CAED-Jus** tornou-se um dos principais congressos do mundo com os seguintes diferenciais:

- Democratização da divulgação e produção científica
- Publicação dos artigos em livro impresso, cujo pdf é enviado aos participantes
- Galeria com os premiados de cada edição
- Interação efetiva entre os participantes através de ferramentas online
- Diversidade de eventos acadêmicos no **CAED-Jus**

- Exposição permanente do trabalho e do vídeo do autor no site para os participantes
- Coordenadores de GTs são organizadores dos livros publicados

O Conselho Científico do **CAED-Jus** é composto por acadêmicos de alta qualidade no campo do direito em nível nacional e internacional, tendo membros do Brasil, Estados Unidos, Colômbia, Argentina, Portugal, Reino Unido, Itália e Alemanha.

Em 2018, o evento ocorreu entre os dias 20 a 22 de junho de 2018 e contou com 12 Grupos de Trabalho e mais de 400 participantes. A seleção dos coordenadores de GTs e dos trabalhos apresentados ocorreu através do processo de *peer review*, o que resultou na publicação dos oito livros do evento. Os coordenadores de GTs foram convertidos em organizadores dos respectivos livros e, ao passo que os trabalhos apresentados em GTs que não formaram 10 artigos foram realocados noutro GT, conforme previsto em edital.

Os coordenadores de GTs indicaram trabalhos para concorrerem ao Prêmio CAED-Jus 2018. A Comissão Avaliadora foi composta pelos professores Thiago Rodrigues Pereira (UNILASALLE-RJ), Glaucia Maria de Araújo Ribeiro (Universidade do Estado do Amazonas) e Paula Lucia Arévalo Mutiz (Fundación Universitaria Los Libertadores, Colômbia). O trabalho premiado foi de autoria de Marconi do Ó Catão sob o título “A cidade em busca de uma gestão ambientalmente adequada para o destino final do lixo eletrônico”.

O delinquente por tendência (aspectos psicológicos e sociais):

Catharina Maniaudet

Introdução:

O que se busca é saber se um criminoso pode nascer com sua personalidade formada para o cometimento de delitos, ou se apenas seria uma inclinação, uma tendência.

Estudos psicológicos demonstram que biologicamente a constituição de todo ser humano possui as mesmas características, a mesma consciência, a mesma estrutura. No entanto, além do fator biológico o homem é influenciado desde as primeiras convivências sociais familiares, escolares e daí forma sua personalidade e se desenvolve. Porém ainda assim guarda em si sua essência individual.

Toda pessoa, todo ente possui virtudes e defeitos, qualidades, alguns aspectos desta formação biológica, podem ser usados tanto em seu benefício ou em seu desfavor, depende apenas de como esse indivíduo será educado, formado e conduzido.

Alguém que possui uma qualidade de liderança, atitude, pode tanto gerenciar uma grande empresa ou uma facção criminosa.

O caminho que ela seguirá dependerá das suas escolhas, e para que tais escolhas ocorram o indivíduo possui um caráter a ser formado, então desempenhará seu papel na sociedade.

1. O delinquente por tendência:

A tendência que aqui se refere, reporta a disposição, propensão a cometer delitos, características do indivíduo, conjunto de fatores, dentro da personalidade e caráter, que o podem conduzir ao cometimento de delitos, desvios de conduta social.

A criminologia e o Direito Penal dão o devido valor ao homem através de suas ações o que é e como deve ser. Muito se questiona acerca do indivíduo e seu nascimento já com tendência prévia a delinquir. No passado estudos de Lombroso, por exemplo, suscitava a existência do criminoso nato inclusive com definições morfológicas, o que por fim, a questão das características físicas padronizadas no delinquente restaram sem veracidade. Apenas em parte, não na totalidade de tais estudos.

Na obra de Lombroso, essa criação de uma Escola de Antropologia Criminal, nascida na Itália, afirma-se ainda que na constituição orgânica do indivíduo, no meio familiar e no ambiente social podem estar localizadas as causas e as raízes do delito, cuja descoberta permitirá a cura. (ZAFFARONI, 2010, pg.342)

A tendência para o caminho do crime depende, portanto da personalidade, do caráter do indivíduo, como também as influências recebidas externamente.

No século passado, falava-se em criminoso nato, talvez a mais relevante diferença aqui trazida, criminoso nato, não sig-

nifica o mesmo do que criminoso por tendência, nem sequer criminoso habitual, ou aquele que faz do crime sua profissão.

Apresentar características e propensões diversas ao cometimento de infrações pode não significar que um indivíduo tenha nascido delinquente.

Determinado pensamento, que também incluía caracteres anatômicos, que estariam acima de hábitos de vida e condições sociais, tentava mostrar que o indivíduo nascia com inclinações delimitada à práticas delituosas. Algo recebido até por hereditariedade.

A tendência não é precisamente apenas uma qualidade nem característica, ainda que dê lugar a elas. Também não é só o modo de ser. Ela varia de acordo com a personalidade, com a índole do ser e o mundo circundante. Não é adquirido nem fixado para determinado tipo de pessoa, as diversas interações externas coatuam, compõem uma manifestação complexa de probabilidades e possibilidades. (ZAFFARONI, 2010, pg.345)

O positivismo criminológico valorizou, no século passado, o delinquente nato, como se houvesse uma disposição, uma inclinação natural, propensão ao delito, necessidade de cometê-lo, constituindo neste indivíduo uma anormalidade de sentido ético e social, que determina o modo específico de reagir aos estímulos do ambiente. (ZAFFARONI, 2010, pg.334)

Não se deve descartar totalmente esta hipótese, pois de fato características tanto físicas quanto intelectuais podem sim designar um indivíduo a se adequar a determinadas carreiras profissionais, portanto também poderia escolher a opção da delinquência, pois para agir em desconformidade com a lei são necessárias desenvolturas peculiares.

Interessante aqui seria pensar no que difere um indivíduo que decide optar pelo caminho da legalidade ou, seguir o mau percurso, a via da criminalidade. Importante pensar em quais momentos estas escolhas deste indivíduo são abortadas

ou encorajadas. Mesmo sendo repreendido, pode ser que exista uma tendência tão forte que o conduza de toda forma a “fazer o mal”.

Por vezes, a “anormalidade”, o “desvio” dos padrões sociais já se apresenta muito cedo, ainda na infância. Assim acredita-se ser a fase mais adequada para se tratar certos comportamentos desviantes.

A infância é o período mais adequado para combater tais anomalias (psicopatias ou distúrbios neuróticos, psicoses e personalidades inadaptadas), posto que nesta fase o tratamento tem positiva influência dos fatores ambientais que estimulam a boa formação do caráter. (ZAFFARONI, 2010, pg.352)

Algumas regras éticas e morais são desafiadas por alguns indivíduos muito cedo, como relatos de um determinado jovem, que ao lado do desejo de dominar, comandar, exercer poder, orgulho, apresentou desde a infância, tirania contra os pais, manipulações mentais, não aceitar ser contrariado, dentre outras condutas, dentre elas matar aulas e induzir colegas ao mesmo erro, gosto precoce por armas. (FOUCAULT, 2014, pg. 17)

Tais comportamentos aleatoriamente não possuem relevância, porém somados, podem caracterizar condutas, propensões a desvios sociais.

O senso ético, o senso moral, a maneira com a qual o indivíduo enxerga a vida, o quanto valoriza as regras de convivência, o modo que atribui valores, provavelmente fará diferença ao optar pelo cometimento de um delito.

Nenhuma lei impede ninguém de ser desequilibrado afetivamente, nem impede que alguém tenha distúrbios emocionais, orgulho pervertido, dentre outros. Se não desafiam a lei, desafiam a moral, a fidelidade, a modéstia e a ética. (FOUCAULT, 2014, pg.15)

O que caracteriza o delinquente por tendência, também pode ser encontrado nos delinquentes habituais e profissio-

nais, sendo que nessas a falha provém quase sempre de causas ambientais e sociais, enquanto no delinquente por tendência deriva-se principalmente de coeficientes endócrinos. (ZAFFARONI, 2010, pg.346)

Interessante perceber que o delinquente por tendência, possui intactas suas capacidades mentais, ou seja, por mais desajustada que seja sua conduta perante a sociedade falando em termos éticos, ele é imputável.

Apesar de amoral, malvado e perigoso, conserva todos os requisitos atinentes à imputabilidade, sendo responsável por seus atos. (ZAFFARONI, 2010, pg.347)

Existem fatores sociais inegáveis diante da nossa sociedade que contribuem ao desenvolvimento da criminalidade.

Ausência de recursos, infância desprotegida, abandono moral, analfabetismo, dentre outras carências. (ZAFFARONI, 2010, pg. 348)

Dependendo das oportunidades que o ser humano possui de trabalhar, estudar, se desenvolver em um ambiente social saudável, familiar, o indivíduo pode ser conduzido à criminalidade, não apenas por fatores de personalidade e tendência, talvez por não enxergar uma opção diferenciada, ou para este ente, pode ser demasiadamente difícil o não ingresso ao crime devido aos traumas e circunstâncias de vida deste indivíduo.

Essa inclinação pode ser determinada também por fatores da personalidade, características do indivíduo, que não justificam exatamente que venha a se tornar um delinquente. A pessoa pode ser enérgica, mais temperamental, o que não significa que se tornará um homicida, por exemplo. Tais características, aliadas a determinadas circunstâncias podem gerar o desvio.

No próprio Código Penal italiano, delinquentes por tendência são considerados indivíduos que, embora possuam intelecto lúcido e vontade perfeita, ou seja, não são

inimputáveis, carecem do sentido ético e social. (ZAFFARONI, 2010, pg. 339)

Pode ser que a falta de ética de algumas pessoas as torne mais encorajada ao delito, menos temerosa aos castigos das punições infringidas se este que cometeu o crime for detido.

Certamente não são todos os indivíduos que possuem o mesmo sentido ético, nem se valorizam as mesmas qualidades, nem todos possuem os mesmos sentimentos. Indiferença, falta de compaixão diante do padecimento do próximo, ou prazer em praticar atos criminosos. (ZAFFARONI, 2010, pg. 340)

A tendência pode não ser nem qualidade nem característica, nem jeito de ser, trata-se de um conjunto de possibilidades que varia de acordo com a natureza de cada personalidade, de cada indivíduo. Mesmo que nascido dos mesmos pais, as pessoas são diferentes. (ZAFFARONI, 2010, pg. 345)

Mesmo sendo gêmeos, e recebendo a mesma educação, dois indivíduos podem tomar caminhos diferentes, fazer escolhas diferentes.

Causas fisiológicas da personalidade podem resultar da hereditariedade e do ambiente do indivíduo. A hereditariedade inclui todos os fatores existentes no indivíduo desde o começo da vida, já o ambiente são fatores externos. (WOODWORTH, 1975, pg.179)

A hereditariedade funciona comparando, grosso modo, como se o indivíduo fosse uma semente e os fatores externos a terra. Ambos são importantes no desenvolvimento da personalidade, tanto a carga genética quanto as influências e experiências externas.

2. Personalidades psicopáticas:

Apresentar determinados comportamentos psicopáticos, dependendo do nível, não seria caracterizado exatamente como

uma tendência criminosa, tais indivíduos são imputáveis, seria algo como que caracterizado no âmbito da índole, alguns podem até dizer que seria um instinto maldoso, propenso a maldade esta pessoa que se intitula seria inclinada ao mal.

São assim localizadas na esfera biopsíquica, e social, pois todo o histórico social vivido por este indivíduo contribui para este estado, a diferença está em como ele processa estas experiências sociais vividas por ele.

São indivíduos que apesar de possuírem o intelecto lúcido e domínio sobre a vontade, carecem de sentido ético e social.

Em casos extremos, os psicopatas matam a sangue frio, com requinte de crueldade, sem medo nem arrependimento. Porém o que a sociedade desconhece é que os psicopatas, em sua maioria não são assassinos e vivem como se fossem pessoas comuns. (SILVA, 2016, pg.19)

Potencialmente todos os indivíduos estão sujeitos a emoções, variações de temperamento e comportamento, mas cabe avaliar o quanto podem se esforçar para obterem mudanças, e se verdadeiramente existe possibilidade real de atingi-las. Para que se estabeleça uma adequação às normas que regem a sociedade. Um pouco de desvio pode até ser permitido.

2.1 Ajustamento e desajustamento:

Existem várias formas de desajustamentos entre indivíduos e sociedade, mas nem todas estas condutas são criminosas.

Muitos dos problemas individuais se referem às relações do indivíduo com os que o rodeia, socialização entre pessoas que se inicia desde a infância. E a maneira pela qual se enfrenta uma situação, um problema, se consegue resultados desejados, e constituem-se os ajustamentos individuais. O ajustamento satisfatório assegura os resultados desejados, sem produzir os indesejados. Obtem-se ajustamento por meio de

aprendizagem e repetição, de maneira a tornar as atitudes e comportamentos correspondentes habituais e fáceis. Também os desajustamentos são aprendidos, se tornam habituais e automáticos. (WOODWORTH, 1975, pg.433)

Os desajustamentos variam de intensidade, dos mais sérios aos mais comuns, o que irá diferir indivíduos anormais de normais.

Os indivíduos normais se diferem dos chamados anormais, não por estarem completamente livres de desajustamentos, mas por terem desajustamentos menos sérios e menos persistentes, ou seja, as pessoas normais não ficam com a vida perturbada por situações de desajustamentos. São casos de temores e ansiedades que não conseguem vencer, estados neuróticos, psicoses, insanidades ou depressão extremas. São formas graves de desajustamentos que podem envolver processos químicos orgânicos. (WOODWORTH, 1975, pg. 434)

Se os desvios mais sérios forem tratados tanto na infância, ou utilizando-se de terapia ou psicoterapia, poderá ocorrer grande melhora do indivíduo, a questão mais preocupante é quando o indivíduo possui já na infância traumas no lar, na família ou na escola, onde deveria achar suporte ele pode estar proliferando sua doença.

A problemática se instaura quando este indivíduo começa a ter um desvio social fora dos padrões permitidos pela sociedade.

Os indivíduos portadores de psicopatias, a despeito de possuírem nível intelectual médio ou elevado, exteriorizam distúrbios de conduta de natureza ética ou antissocial, com dificuldades para apreender as normas de sociabilidade e bom senso. Importante destacar que anormalidade aqui não significa doença. (ZAFFARONI, 2010, pg.351)

Dentre os tipos de psicopatologia, existe um tipo chamado psicopata insensível, que por sua capacidade delitiva, pratica crimes com alto grau de torpeza, perversão ou mal-

vadez, ou seja, indiferença pelo sofrimento alheio. (ZAFFARONI, 2010, pg.355)

Os psicopatas não são necessariamente assassinos. Podem estar envolvida em transgressões sociais, como tráfico de drogas, corrupção, roubos, assaltos à mão armada, estelionatos, fraudes no sistema financeiro, agressões físicas, violência no trânsito, dentre outros. Porém em sua maioria não são descobertos nem penalizados por seu comportamento ilícito. A personalidade criminoso de um psicopata é de difícil controle social e ninguém está tão habilitado a desobedecer às leis, enganar ou ser violento como ele. (SILVA, 2016, pg.144)

Existem, portanto, vários níveis de psicopatia, alguns possuem pouco altruísmo, outros bem menos.

Importante ressaltar que os psicopatas possuem níveis variados de gravidade, leve, moderado e grave, os primeiros se dedicam a golpes, roubos, já os últimos são capazes de assassinar. Além de psicopatas, podem ser chamados de sociopatas, personalidades antissociais, dissociais ou amorais. A parte racional ou cognitiva dos psicopatas é perfeita e íntegra, por isso sabem perfeitamente o que estão fazendo. (SILVA, 2016, pg.20)

Os psicopatas insensíveis seriam indivíduos destituídos de compaixão, vergonha, sentimento de honra e arrependimento, sendo introspectivos e sombrios. Tornando assim evidente a semelhança de características entre o psicopata insensível e a construção da figura do delinquente por tendência. (ZAFFARONI, 2010, pg.355)

Em parte é também uma suposição pensar que todo indivíduo com comportamentos de desvios sociais ou psicopatas em baixo grau de periculosidade possam tornar-se delinquentes. O que se observa nestes comportamentos são inclinações a cometimento de delitos, a princípio desajustes.

Em todo grupo existem pessoas que se desviam dos padrões sociais de comportamento, existe uma tolerância até

certo ponto. Pode acontecer de um indivíduo desajustado em determinado grupo social sentir-se confortável em outro. Quando um indivíduo fica desajustado em seu grupo social, podem surgir problemas de personalidade que se manifestam através de rebeldia, outras vezes sobre retraimento e neurose. (WOODWORTH, 1975, pg.154)

A tendência ou inclinação para o cometimento de delito é variável, depende da índole da pessoa e das forças do mundo externo, constituição humana e adaptação do organismo ao mundo circundante. (ZAFFARONI, 2010, pg.345)

Pode ocorrer que a falta de piedade, insensibilidade falta de compadecimento com o sofrimento alheio tenha se tornado característica de indivíduos que se acostumaram a ver de perto a criminalidade, ou uma realidade social repleta de insegurança pobreza e violência, porque de certa forma a violência gera violência.

3. Capacidades e consciência individuais:

Antes de avaliar as próprias capacidades e qualidades, o homem necessita saber quem ele é, que lugar ocupa em seu meio, como se relacionar com o próximo. Existe uma necessidade presente de se conhecer. Para se adequar saudavelmente em sociedade ser humano precisa desenvolver sua consciência.

Porém, existem indivíduos desprovidos dessa capacidade. Eles vivem em sociedade, mas nunca experimentaram a inquietude mental, sentimento de culpa ou remorso, por desapontar, magoar, enganar ou até mesmo tirar a vida de alguém. (SILVA, 2016, pg.36)

A consciência é a capacidade de interagir com as pessoas, o meio de interagir com o próximo, são ligações sociais e emocionais da existência humana.

Estar consciente é fazer uso da razão ou da capacidade de raciocinar e de processar os fatos que se vivenciam, é ser capaz de pensar e ter ciência das próprias ações físicas e mentais. Na clínica médica se avalia este estado de consciência desde lucidez até confuso, atestando os níveis de percepção do mundo externo. (SILVA, 2016, pg.26)

Indivíduos desprovidos destas capacidades emocionais, ou seja, de consciência, provavelmente serão perigosos, pois podem ser considerados psicopatas.

A terminologia psicopata não designa loucura ou doença, a tradução é doença da mente, mas não se encaixa na visão tradicional das doenças da mente. Não são loucos nem desorientados, são frios e calculistas, desprovidos de altruísmo. (SILVA, 2016, pg.38)

Independentes de etnia e classe social, estes estereótipos permeiam qualquer ramo da sociedade. Estes indivíduos podem possuir grande propensão ao cometimento de delitos, talvez por não se importarem demasiadamente com o próximo.

Importante resaltar sobre a capacidade de cada indivíduo, como vai agir para conseguir o que necessita e como vai reagir quando se frustra em determinadas circunstâncias, todos os indivíduos possuem peculiaridades.

A expressão pode significar capacidade real e capacidade potencial. Um indivíduo é sempre capaz, mas nem sempre haverá possibilidade de realização. Porque a capacidade tem limites. A prova direta de qualquer realização é, portanto, a própria atuação do indivíduo é a prova direta de não realização é quando o indivíduo tenta realizar tal tarefa e não consegue. (WOODWORTH, 1975, pg.26)

Cada ser humano tem suas limitações, cada ser pode desenvolver suas capacidades em áreas diferentes de formas diferentes. Uns conseguem estudar outros apresentam maiores dificuldade de dar andamento aos estudos, por exemplo.

Acredita-se não ser possível medir capacidades, pode-se talvez formular métodos de aptidão para certos ramos de trabalho, predizer realizações individuais. (WOODWORTH, 1975, pg.29)

Pode ser que, de acordo com suas capacidades, indivíduos venham a ocupar determinados cargos na sociedade, e seguir determinadas profissões.

Mas as capacidades emocionais podem determinar como lidar com frustrações e como seguir motivado para conseguir o que quer. Grandes problemas podem ocorrer quando indivíduos não possuem um medidor ético para a consecução de seus objetivos pessoais.

4. Fatores sociais da formação da personalidade:

A personalidade possui um aspecto biológico, genético, e fatores de desenvolvimento externos.

A psicologia tem como princípio fundamental observar o indivíduo em seu ambiente, e atinge seu grau máximo quando se trata de traçar o desenvolvimento da personalidade. Da mesma forma que a capacidade individual, a personalidade se desenvolve por meio de atividades, e estas dependem de estímulos recebidos do ambiente, bem como do próprio indivíduo. Não é apenas o ambiente social o estimulador, o temperamento também depende do clima, da localização geográfica onde reside o indivíduo. (WOODWORTH, 1975, pg. 152.)

Tudo o que o indivíduo é biologicamente, e também o que absorve em termos de experiências, tudo o que vivencia, interações sociais, ele vai compor em sua personalidade.

A personalidade não é propriamente imposta ao indivíduo. É a reação dele mesmo ao meio e depende deste

ambiente externo e do organismo individual. (WOODWORTH, 1975, pg. 154.)

5. Crime e fenômeno social:

Tenta-se entender se o delinquente surge no cenário social apenas como um “produto do meio” em que vive, ou se já possui fatores internos preestabelecidos e quais influências desse meio social podem influir sobre a pessoa, ou apenas seria o crime uma consequência natural da sociedade doente?

Transformar o crime numa doença social seria o mesmo que admitir que a doença não é uma coisa acidental mas que, pelo contrário, deriva em certos casos da constituição fundamental do ser vivo; consistiria em eliminar qualquer distinção entre o fisiológico e o patológico. Pode sem dúvida acontecer que o crime tome formas anormais; é o que acontece quando, por exemplo, atinge uma taxa exagerada. (DURKHEIM, 1983, pg.119)

Classificar o crime como um fenômeno de sociologia normal não significa apenas que seja um fenômeno inevitável, ainda como lastimável, provocado pela incorrigível maldade dos homens; é afirmar que é um fator da saúde pública, que é parte integrante de qualquer sociedade sã. (DURKEIM, 1983, pg. 119)

A sociedade não permite, pois, na mesma medida, a todos os membros da dela, um comportamento ao mesmo tempo dentro das normas, o crime será desencadeado de toda forma.

Ora, como é possível não associar a falta de oportunidades, a dificuldade de ascensão social, ou até mesmo a dificuldade de encontrar um meio lícito que seja digno para o próprio sustento do indivíduo, ao desvio para a criminalidade?

O processo de criminalização, pode não se condicionar apenas pela posição de classes, existem propensões ao come-

timento de delitos localizadas na seara da mente, no psicológico do indivíduo, os quais possuem vários fatores de propensão a delinquir.

6. A Personalidade do indivíduo:

Importante é sempre se lembrar das diferenças individuais, das capacidades e características variáveis de um indivíduo para outro.

Importante saber diferenciar caráter de personalidade. Caráter refere-se principalmente à conduta que possa ser designada como certa ou errada, que se enquadre ou deixe de enquadrar-se nos padrões de comportamento socialmente aceitos. Personalidade refere-se ao comportamento agradável ou desagradável a outrem e favorável ou desfavorável à posição do indivíduo em relação a seus semelhantes, embora não seja necessariamente certo ou errado. (WOODWORTH, 1975, pg. 97)

São nomes de atividades diversas, usados para empregar, a maneira de ser, indicando como o indivíduo se comporta, o estilo característico do comportamento.

No sentido lato do termo, personalidade pode ser definida como qualidade total do comportamento do indivíduo, indicada por seus hábitos de pensamento e de expressão, suas atitudes e interesses, maneiras de agir e filosofia pessoal. (WOODWORTH, 1975, pg.98)

Em determinada circunstância um indivíduo se comporta de uma maneira, mas não é suficiente, pois é também necessário saber como se comporta em diversas situações.

Na descrição científica da personalidade, a psicologia procura identificar traços mais importantes apresentados pelo indivíduo. Um traço da personalidade é uma certa qualidade particular de comportamento bom humor, confiança, por exemplo. O que caracteriza o indivíduo é a soma destas unidades. (WOODWORTH, 1975, pg.99)

Cada ser humano possui estilo próprio de qualidades e defeitos. Essas características individuais são relativamente permanentes.

Vários estudos sistemáticos aplicando o método de correlação e inter-relação de traços resulta no estabelecimento de certos traços primários da personalidade. (WOODWORTH, 1975, pg.102)

Importante observar, que estas características do indivíduo podem conduzi-los a diferentes atitudes.

O conjunto de traços designados como introversão e extroversão, seria o centro de atenção em matéria de personalidade. Extroversão consiste primordialmente em focalizar interesses no mundo exterior, inclusive pessoas, e em atribuir principalmente a objetos externos os valores desta vida. Por outro lado introversão consiste em concentrar interesses e atribuir valores primordialmente aos pensamentos, sentimentos e ideias do próprio indivíduo. (WOODWORTH, 1975, pg.103)

Normalmente os indivíduos possuem interesses em ambas as categorias, porém um sempre vai predominar. Essas características podem contribuir para que uma pessoa tenha certa inclinação, tendência ou aptidão para o cometimento de delitos.

O comportamento do indivíduo pode depender de estímulos recebidos do ambiente e de suas características fisiológicas, internas. São fatores internos e externos. Portanto alguns psicólogos entendem que quando há problemas com um indivíduo, que possua desvio de personalidade e cometa furtos, por exemplo, estudos mostram que, se este indivíduo for posto em outro ambiente pode melhorar significativamente sua conduta.

Como o ambiente físico, o ambiente social exerce pressão sobre o indivíduo, impondo-lhe condições, tentando persuadi-lo, dando-lhe ordens. O indivíduo resiste consideravelmente a essas pressões sociais. Por vezes o indivíduo foge a certo elemento de seu ambiente ao invés de resistir, ele evita,

porém ambas são maneiras de combater aspectos favoráveis do meio em que se vive. (WOODWORTH, 1975, pg. 229)

Considerações finais:

Conclui-se que alguns indivíduos envolvidos em meios sociais desfavoráveis podem apresentar desvios sérios em sua personalidade, e tornarem-se criminosos por tendência, sabendo que a tendência não é precisamente qualidade nem característica, ainda que dê lugar a elas. Leva-se também em conta os fatores psicossomáticos, que não derivam de ambientes sociais, e pode ser que ainda os dois fatores conjugados produzam um indivíduo propenso a delinquir.

Bibliografia:

BAUMAN, Zygmunt e MAY, Tim. *Aprendendo a pensar com a Sociologia*. 2 Ed. Zahar, 2001.

DURKHEIM, Émile. *Os Pensadores: As Regras do Método Sociológico*. 2 ed. Victor Civita, 1983.

FOUCAULT, Michel. *Os Anormais*. 2 ed. Editora wmfmartins fontes, 2014.

SILVA, Ana Beatriz Barbosa. *Mentes Perigosas o psicopata mora ao lado*. 2 ed. Editora Principium, 2016.

WOODWORTH, Robert S. e MARQUIS, Donald G. *Psicologia: Atualidades Pedagógicas*. 10 ed. Companhia Editora Nacional, 1975.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl e OLIVEIRA, Edmundo. *Criminologia e Política Criminal*. 1 Ed. GZ editora, 2010.

O ônus da prova no processo penal: uma análise segundo a teoria dos elementos negativos do tipo

Rafael Gonçalves Figueiredo

Introdução

Na praxe forense pouco se discute acerca do ônus probatório e suas implicações no processo penal. Ocorre que tal matéria pode distinguir o inocente do culpado.

O modo como está previsto o artigo 156, do Código de Processo Penal hoje em dia é completamente retrógrado, despidido de qualquer amparo constitucional, de modo que uma reforma é mais urgente.

Analisando friamente os dizeres desse dispositivo, chega-se a uma conclusão equivocada de como realmente deve ser interpretado o CPP. Aliás, como se verá mais adiante, esse não é o único dispositivo com falhas.

Tais máculas se dão, principalmente pela idade avançada do manual processual vigente, que já conta com mais de

sete décadas e está longe de ser revogado, haja vista a mora do legislativo.

Além disso, também concorre para a deficiência do CPP, o berço abjeto que nasceu. Ao que se infere, teve sua origem em 1942, em meio à 2ª Guerra Mundial, o que obviamente faz com que seja completamente avesso às garantias individuais, mesmo porque foi contemporânea da Constituição Polaca de 1937.

Essa Carta teve como marco influências fascistas. Deve ser frisado que ela chegou a dar poderes ao presidente – à época Getúlio Vargas – para que interferisse no judiciário.

Assim, tendo em vista que situações como essas, somado ao fato de que o sistema não tolera nada que seja contrário à CF/88, ainda que não haja reforma da lei infraconstitucional, esta deve se amoldar, de modo a dar harmonia ao sistema.

Portanto, este enxuto trabalho tentará demonstrar, de forma rasa, como dar constitucionalidade à lei – o que qualquer juiz pode fazer através da via difusa – sem perder de vista as formalidades exigidas pelo sistema. Afinal, o que ora se propõe deve ser encarado como obrigação dos operadores do direito, que não devem, nunca, perder esquecer de olhar as leis através das lentes da CRFB/88.

1. Sistema acusatório

Embora a doutrina não seja unânime nesse aspecto, depreende-se de uma análise sistemática da Constituição que o Brasil adota o modelo acusatório, em detrimento do inquisitório.

Isso se deve, pois, diversas regras foram trazidas pela CF/88, com o fito de evitar abusos, fornecendo maiores garantias para o acusado, bem como delimitando a função do juiz, sendo este colocado numa função diversa do órgão de acusação.

A exemplo dessas regras tem-se:

a) o Ministério Público como único titular da ação penal pública (129, I, CF) – noutros tempos, havia o processo judicialiforme, o qual poderia ser iniciado pelo magistrado ou, até mesmo, pelo delegado. Este ainda está previsto no Código de Processo Penal (artigo 26), embora esteja tacitamente revogado pela CF/88;

b) o contraditório, a ampla defesa, o devido processo legal e a presunção de inocência como direitos fundamentais (art. 5º, incisos LV, LIV, LVII, respectivamente);

c) a exigência de publicidade e fundamentação das decisões judiciais, estampada no art. 93, IX, CF;

d) o igual peso entre as provas. Nenhuma tem valor absoluto; não existe prova tarifada;

e) a liberdade como regra. Tal é decorrência lógica da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CF).

Portanto o sistema que ora se descreve tem por escopo garantir maior imparcialidade do juiz, impedindo que se imiscua nas funções que não são de natureza judicante. *A imparcialidade do julgador decorre não de uma virtude moral, mas de uma estrutura de atuação.*

Por outro lado, existe o modelo inquisitório: basicamente a antítese do acusatório. Neste, que vigeu no Brasil até 05 de outubro de 1988, com a promulgação da atual constituição, há clara intenção de “caçar” o réu, pondo todo o sistema persecutório, incluindo magistrados, nessa epopeia.

Um parêntese deve ser aberto para esclarecer que, em que pese a constituição ter obliterado esse modelo, ainda hoje há

quem diga ser ele o vigente. Outros, todavia, não declaram isso, embora o apliquem na prática.

Suas principais características são:

a) aglutinação da função de julgar e acusar num só órgão, o que culmina na ausência de imparcialidade do juiz;

b) o segredo como regra dos julgamentos, a exemplo da inquisição (total descompasso com a democracia);

c) o contraditório e a ampla defesa são sensivelmente mitigados, em prol de um procedimento mais célere e despido de garantias, numa clara busca desenfreada pela condenação;

d) as provas são tarifadas. Cada uma tem seu valor, de modo que basta ao juiz realizar uma “equação” para alcançar o resultado do julgamento. Com isso, a confissão se torna a “rainha das provas”, o que, evidentemente, fomenta a tortura; e

e) a prisão cautelar como regra. Paira sobre o acusado certa presunção de culpa: “se está sendo processado, santo não é”.

De se ver, assim, que ao passo que vige hoje uma Constituição democrática, com regras claramente do primeiro sistema, ainda existe pesado ranço inquisitório no Brasil.

Isso se deve, principalmente, a dois aspectos: o primeiro diz respeito ao momento histórico em que o Código de Processo Penal ainda vigente foi elaborado, isto é, em 1942, em meio à 2ª Guerra Mundial – período mais nefasto da história. Tal conjectura, por óbvio, dá azo a regras mais duras e pouco democráticas, afinal o ser humano tem medo. Um segundo aspecto se deve ao que foi a inspiração para criação desse código: a Teoria Geral do Processo Civil. Por óbvio que seria uma heresia dizer que o código de processo civil é inquisitório, pois esse modelo nada tem a ver com sua

natureza e/ou finalidade. Contudo, por emprestar conceitos para o processo penal, tornou-o avesso ao que seria um sistema justo, preciso e especializado em lidar com a liberdade do agente. O que se busca dizer é que a teoria geral do processo civil é criada para instrumentalizar relações cíveis, normalmente envolvendo propriedade. Por outro norte, o processo penal não apenas instrumentaliza um direito material, mas o legitima para que o Estado possa, em último caso, cercear a liberdade de um indivíduo (princípio da necessidade - *nulla poena et nulla culpa sine iudicio*¹), que só “perde” para a vida na escala de importância de direitos fundamentais trazidos pelo *caput* do artigo 5º da Carta Magna.

É nesse momento que o leitor se depara, dentre tantos outros², com o artigo 155, do Código de Processo Penal que

1. Com maestria, explica Aury Lopes Júnior:

À medida que o Estado se fortalece, consciente dos perigos que encerra a autodefesa, assume o monopólio da justiça, ocorrendo não só a revisão da natureza contratual do processo, senão a proibição expressa para os particulares de tomar a justiça por suas próprias mãos. Frente à violação de um bem juridicamente protegido, não cabe outra atividade que não a invocação da devida tutela jurisdicional. Impõe-se a necessária utilização da estrutura preestabelecida pelo Estado – o processo penal – em que, mediante a atuação de um terceiro imparcial, cuja designação não corresponde à vontade das partes e resulta da imposição da estrutura institucional, será apurada a existência do delito e sancionado o autor. O processo, como instituição estatal, é a única estrutura que se reconhece como legítima para a imposição da pena.

*Isso porque o Direito Penal é despido de coerção direta e, ao contrário do direito privado, não tem atuação nem realidade concreta fora do processo correspondente. (LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 55).*

2. Outros importantes exemplos são:

- a) a condenação, quando o Ministério Público pede a absolvição ou, até mesmo, o reconhecimento de agravantes sem que tenham sido levantadas por esse órgão (art. 385, CPP);
- b) oitiva de testemunhas não arroladas pelas partes (artigo 209, CPP);
- c) a conversão de flagrante em preventiva, sem que haja pedido da acusação (312, CPP);
- d) reinquirição do réu (196, CPP); e

dão certo protagonismo ao juiz, o que vai de encontro com o sistema vigente, pois, como dito – em outras palavras – ao juiz não cabe agir, mas analisar as provas produzidas pelas partes. Magistrado que busca é inquisidor. Juiz que investiga, busca algo e esse algo com certeza não é a inocência alheia.

É necessário que se mantenha a separação para que a estrutura não se rompa e, portanto, é decorrência lógica e inafastável, que a iniciativa probatória esteja (sempre) nas mãos das partes. Somente isso permite a imparcialidade do juiz.

(...)

a imparcialidade é garantida pelo modelo acusatório e sacrificada no sistema inquisitório, de modo que somente haverá condições de possibilidade da imparcialidade quando existir, além da separação inicial das funções de acusar e julgar, um afastamento do juiz da atividade investigatória/instrutória.

Assim, vê-se que o único modo de garantir ao acusado um julgador justo e imparcial – que é seu direito (artigo 5º, incisos XXXVII e LIII, da Constituição Federal) e não mera faculdade da lei – é trabalhando-se com um sistema acusatório puro.

2. Ônus da prova

O ônus da prova é traduzido como a obrigação, distribuída a cada parte, de comprovar determinada premissa. Em outras palavras, e sob uma ótica civil-processualista, é, via de regra, o encargo daquele que alegou comprovar o que disse (333, CPC).

e) a ordem de realização de outras diligências (artigo 156, incisos I e II, CPP).

Trata-se de importante regra processual que garante maior dinamismo no processo e, até mesmo, via de escape para o julgador, quando não estiver bem convencido de determinada alegação.

No processo civil, como mencionado, é normalmente o encargo do sujeito que ventilou determinada tese, comprová-la. Exemplifica-se: ao buscar auxílio do poder judiciário mediante ação judicial, João menciona ter adquirido um carro de José, contudo este não lhe foi entregue, embora pago. Por óbvio – ou por comando legal, art. 333, I, CPC – que cabe a João, logo na inicial, demonstrar que houve pagamento. Caso assim não o faça, o juiz poderá, inclusive, indeferir a inicial por falta de prova (art. 282, VI, Código de Processo Civil).

A distribuição do ônus da prova repousa principalmente na premissa de que, visando à vitória na causa, cabe à parte desenvolver perante o juiz e ao longo do procedimento uma atividade capaz de criar em seu espírito a convicção de julgar favoravelmente. O juiz deve julgar secundum allegata et probata partium e não secundum propriam suam conscientiam – e daí o encargo, que as partes têm no processo, não só de alegar, como também de provar (encargo = ônus).

De forma similar o Código de Processo Penal estabelece em seu o artigo 156, do Código de Processo Penal, que cabe à parte que alega a prova de sua ilação³. Ao que se infere, esta regra tem especial influência do direito processual civil (art. 333, CPC e 373, Novo CPC) que, aliás, tem inegável influência – ou seria ingerência? –, até os dias atuais, sobre a doutrina penal-processualista, como dito.

3. Art. 156. *A prova da alegação incumbirá a quem a fizer (...).*

Contudo tal forma está em descompasso com o que se entende por mais justo e equilibrado.

Primeiramente de se frisar – mais uma vez – a intromissão causada pela teoria geral do processo civil na elaboração do CPP. Ora, essa teoria tem como alicerces relações entre particulares que nada influem num cerceamento de defesa. A maioria das discussões travadas na seara cível resultará em “perdas e danos”, ou seja, em pecúnia.

Noutro giro, o que se discute no âmbito processual penal é a liberdade do agente que, tão logo tem um processo deflagrado, já foi arranhada. Seja pelo preconceito ocasionado pelos próprios operadores do direito – que inegavelmente, até por serem seres humanos, tratam o réu como culpado –, seja pela sociedade que ao tomar conhecimento de que um sujeito vai à uma audiência, que seja, o indigita como criminoso.

Portanto, como de um lado – processo civil – tem-se um problema financeiro e, de outro – processo penal –, tem-se um embate acerca do cárcere que no mais das vezes vem a cercear a liberdade do indivíduo, não há que se emprestar conceitos de um sistema para o outro.

Assim sendo, por óbvio que o ordenamento clama por uma reforma total do sistema processual-penal. É premente o surgimento de um novo Código de Processo Penal, a fim de corrigir todas as falhas da gênese espúria do atual.

Todavia, sabidamente o Projeto de Lei 156 – que ainda não é o ideal – caminha a lentos passos no Congresso Nacional. Além disso, quando a matéria é a liberdade/cárcere, o (mau)senso comum vigora. O que se quer dizer é que quanto mais duras as penas e menos garantias tiver o réu, maior o gozo público⁴.

4. A esse respeito, oportuno citar o inigualável Amilton Bueno de Carvalho: Desde meu olhar – repito: todo olhar é datado, tem o seu momento de ex-

Dessa forma, vislumbra-se, como alternativa imediata a Teoria dos Elementos Negativos do Tipo, esculpida por *Adolph Joseph Matthäus Merkel*, mais conhecido por seu último nome – para Cleber Masson, teria sido criada por *Hellmuth von Weber*⁵ e para Rogério Greco, por *Hans-Heinrich Jescheck*.

3. Teoria dos elementos negativos do tipo

Segundo dispõe a mencionada teoria, para que o tipo seja preenchido em sua plenitude, não basta que o agente cometa atitude que se enquadre nele – por mais contraditório que possa parecer –, mas também que não esteja em situação alguma de antijuridicidade. Ao analisar a conduta supostamente delituosa, deve-se antecipar a análise das excludentes de ilicitude, pois, estas integrariam o próprio tipo.

Exemplificando, o tipo descrito no artigo 121, do Código Penal, deveria ser lido da seguinte forma: *matar alguém salvo em legítima defesa, estado de necessidade*, e assim por diante.

Nesse rumo, o conceituado professor de direito penal em diversos cursos preparatórios para concursos públicos Cleber Masson, promotor de justiça no Estado de São Paulo, preconiza:

Preconizada pelo alemão Hellmuth von Weber, propõe o tipo total do injusto, por meio do qual os pressupostos

plosão, de emergência -, a função do Direito Penal é eger alguns indesejados, aquelas pessoas que delas queremos nos livrar, aqueles de quem temos asco profundo (ciente que normalmente temos nojo exatamente daquilo que somos), ou seja, o “outro”, para destruí-los, e, como somos “bondosos”, “civilizados”, “cristãos”, não nos permitimos aniquilá-los fisicamente, então reservamos para eles um local menos indigno (a morte aos poucos): o cárcere. (CARVALHO, Amilton Bueno, in *Direito Penal a Marteladas* (Algo sobre Nietzsche e o Direito), Lumen Iures/Direito, Rio de Janeiro: 2013, p. 129.)

5. MASSON, Cleber. *Direito Penal Esquematizado – Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2009, p. 260.

das causas de exclusão da ilicitude compõem o tipo penal com seus elementos negativos.

Tipicidade e ilicitude integram o tipo penal (tipo total). Consequentemente, se presente a tipicidade, automaticamente também estará delineada a ilicitude. Ao reverso, ausente a ilicitude, o fato será atípico.

*Não há distinção entre os juízos distintos da tipicidade e da ilicitude. Crime, assim, não é o fato típico e ilícito, mas sim um **tipo total do injusto**, em uma única análise. Opera-se um sistema bipartido, com duas fases para aferição do crime: tipo total (tipicidade + ilicitude) e culpabilidade. Portanto, identificada a tipicidade, resultará identificada a ilicitude. Por outro lado, afastada a tipicidade, restará também afastada a ilicitude.*

Por fim, convém também citar o conceito cunhado pelo ilustre Rogério Greco:

Hans-Heinrich JESCHECK, precursor da teoria dos elementos negativos do tipo, “o tipo deve abarcar não só as circunstâncias típicas do delito, mas também todas aquelas que afetem a antijuridicidade. OS PRESSUPOSTOS DAS CAUSAS DE JUSTIFICAÇÃO SE ENTENDEM, ASSIM, COMO ELEMENTOS NEGATIVOS DO TIPO. Incluem-se, portanto, no tipo porque somente quando faltam é possível um juízo definitivo sobre a antijuridicidade do fato. Elementos do tipo e pressupostos das causas de justificação se reúnem, por esta via, em um tipo total e se situam sistematicamente em um mesmo nível.

Assim, os elementos negativos do tipo são as causas de justificação, porque implicitamente integram o tipo e só permitem que ele opere quando ausentes no caso concreto.

De se concluir que ao se analisar a tipicidade da conduta devem ser apreciados, simultaneamente, conduta típica e ilícita, daí o porquê da expressão tipo total do injusto, já que são somadas, numa só etapa, ambos os itens.

Tal entendimento de direito material que, aparentemente, não tem implicância alguma, causa diversas consequências no campo processual, em especial no encargo probatório do órgão acusador.

4. Ônus da prova sob o prisma da teoria dos elementos negativos do tipo

É evidente que similar ao que ocorre no processo civil, no processo penal é incumbência do órgão de acusação – aquele que alega – comprovar a veracidade de suas alegações (156, *caput*, CPP).

De igual forma, consoante o vigente manual processual é dada à defesa o ônus – e não obrigação – de comprovar suas ilações, de forma que, alegando eventual legítima defesa, por exemplo, deveria demonstrar, seja documentalmente ou através de testemunhas, a veracidade de suas informações.

Contudo, ao ler o CPP sob a ótica constitucional percebe-se que o artigo 156 não ultrapassa a malha da constitucionalidade, ficando retido juntamente a diversos outros dispositivos; e isso se deve, pois afronta o sistema acusatório, mais calmamente trabalhado no item 1 deste trabalho.

O que se quer dizer é que qualquer juiz não só pode como deve deixar de aplicar referido artigo em prol de um sistema límpido, e em consonância com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Afinal, é dado a todo e qualquer magistrado o dever de realizar o controle difuso de constitucionalidade.

Dessa maneira, embora aparentemente este profissional fique diante de um vácuo normativo – pois inaplicável o artigo em questão –, é nesse instante que vem à tona a Teoria dos Elementos Negativos do Tipo e seu tipo total do injusto.

Como explicado, essa teoria exige que, para que se tenha um crime, antes de analisar a culpabilidade, deve-se somar (i) conduta típica e (ii) não seja antijurídica. Portanto, não bastaria mera imputação, pela acusação, de uma conduta típica, mas, também, antijurídica. Assim, antes de haver denúncia, o promotor de justiça, procurador da república ou querelante deveriam se ater às causas excludentes de ilicitude. Concluindo pelo crime, **devem demonstrar**, além da conduta criminosa, a **prova de que o agente não agiu sob a proteção de uma justificante**.

É exatamente dessa forma que explica Gustavo Badaró:

Para esta teoria, as excludentes de ilicitude integrariam o tipo penal, razão pela qual deveriam ser concebidas como integrantes do fato constitutivo do direito de punir invocado pelo autor e não como fato impeditivo de tal direito. Conseqüentemente, no campo da distribuição do ônus da prova, por se tratar de elementos negativos do tipo penal, as excludentes de antijuridicidade deveriam ser provadas pelo Ministério Público e a dúvida sobre a sua existência seria resolvida em favor do acusado. (Sem destaques no original).

Perceba que como o próprio autor disse, a deficiência probatório resultaria numa decisão favorável ao acusado. O que é bastante compreensível e óbvio, pois este é inocente até que comprovem o contrário.

Tal entendimento mudaria totalmente o modo como as provas seriam encaradas pela acusação, assim como a análise

pelo magistrado que, diante de falta de prova no sentido de que o réu não agiu em estado de necessidade, por exemplo, deveria absolvê-lo. Afinal, como prevalece a presunção de inocência e o responsável por maculá-la não obteve êxito, inocente deve permanecer o réu.

Por outro lado, sob o prisma da defesa, mera alegação de que o réu se enquadra em um dos incisos do art. 23, Código Penal, seria suficiente para ser levada em consideração – e a sério –, pois, *a priori*, **o réu sempre esteve nessa situação**. Além disso, essa alegação reforçaria a responsabilidade do magistrado de não se olvidar da presunção de inocência (art. 5º, inciso LVII, CF).

Considerações finais

Nota-se, por fim, que a melhor alternativa ao processo penal brasileiro é o encargo atribuído ao membro do Ministério Público, desde o nascedouro da ação penal, de comprovar que o réu não está em nenhuma situação justificante.

Chega-se a tal conclusão coligindo o sistema acusatório, extraído da análise da CF/88, com a presunção de inocência – direito fundamental.

Somente dessa forma é que se pode ter um processo justo, isonômico, e com um juiz imparcial.

Aliás, oportuno dizer que não há que se falar em juiz equidistante no processo penal. Isso, pois, como é conferida ao acusado a presunção de inocência, este inicia o processo com certa “vantagem”, o que o deixaria mais próximo do julgador que, por sua vez, seria um sentinela de suas garantias. Nesse cenário, a tarefa precípua do defensor é de rememorar o juiz das garantias constitucionais do réu, enquanto que a do magistrado é de aplicá-las rigorosamente.

Referências bibliográficas

- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Ônus da prova no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. 439 p.
- BAUMAN, Zygmunt, tradução, Carlos Alberto Medeiros, **Medo líquido**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008, 239 p.
- BINDER, Alberto B. **O Descumprimento das Formas Processuais**,: Lumen Juris,
- BUENO, Cassio Scarpinella, **Novo Código de Processo Civil anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015, 752 p.
- CARVALHO, Amilton Bueno, **Direito Penal a Marteladas (Algo sobre Nietzsche e o Direito)**, Rio de Janeiro: Lumen Iures/Direito, 2013, 162 p.
- GRECO, Rogério, **Curso de Direito Penal – Parte Geral**, Rio de Janeiro: Impetus, 2010, 201 p.
- LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal**. 10^a edição. São Paulo: Saraiva, 2013. 1094 p.
- MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquematizado – Parte Geral**. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2009. 1035 p.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 26^a edição, revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2010. 384 p.
- TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

A nova hermenêutica do Direito Penal: uma releitura do modelo garantista de Estado e suas implicações nos direitos fundamentais

Mariana Faria Filard e Júlio César Mendes Brasil

Introdução

Em 1986, o sociólogo Ulrich Beck traz à lume a temática dos riscos, objetivando melhor explicar questões da modernidade (ou da pós-modernidade). Verifica-se que Beck, aponta a Revolução Industrial, como marco histórico no qual os perigos fabricados pela sociedade industrial são evidenciados e suscitam a interferência penal em novas searas. Inegável que novas tecnologias, aliadas ao desenvolvimento de outras áreas do conhecimento humano, fazem surgir situações inusitadas exigindo reflexão contínua acerca da proteção e segurança aos indivíduos, e conseqüentemente, da formatação da sociedade industrial.

Não há como negar essas transformações de paradigmas que conferem à sociedade atual, um caráter reflexivo. Anthony Giddens denomina esta época de ‘modernidade reflexiva’, pois esta sociedade depara-se com riscos oriundos do próprio desenvolvimento, causando insegurança jurídica, digna de clamores por maior rigidez de controle, por meio de ações e decisões punitivas com o escopo de minimizar estes riscos emergentes.

A partir disto, surge o Direito Penal, com a árdua tarefa de expandir sua atuação, ocasionando controvérsias acerca da legitimidade desta proteção e deste alcance, interpretando o Código Penal Brasileiro atendendo ao Princípio da Supremacia da Constituição, adequando suas normas às diretrizes maiores, para decisões judiciais realmente efetivas.

Trata-se de uma reflexão de relevância científica e acadêmica, pois o Direito Penal, ante seu aspecto preventivo e punitivo, faz-se imprescindível para a manutenção da ordem social, sendo instrumento para salvaguardar o cidadão dos mandos e desmandos estatais. Essa discussão acerca da flexibilização das normas penais deve ser questão premente em nosso Estado Democrático. Deve-se primar por sua aplicação como *ultima ratio*, pois não se pode buscar por meio do Direito Penal, soluções paliativas para questões complexas e profundas.

1. Hermenêutica constitucional e a dinâmica penal

Em razão dos constantes reclamos sociais, necessário que as normas, especialmente a penal, acompanhe tais transformações. Inegável que diante da impossibilidade prática do legislador em produzir as normas na mesma rapidez das mudanças, a atividade interpretativa e de adequação, passa a ser atribuição do aplicador em cada caso concreto, de acordo com os novos parâmetros e perspectivas trazidos pela CFRB/88, harmonizando-se a legislação.

Cediço pontuar que o Código Penal Brasil, datado dos anos 40, exige uma nova interpretação, sob risco de que a inaplicabilidade da hermenêutica Constitucional, fará com que a lei perca sua eficácia e não atinja aos fins a que se destina, qual seja, de assegurar a ordem nacional dentro de uma perspectiva de bem estar social e humanística.

Neste sentido, como observa Ricardo Guastini (2007, p. 278) a interpretação da norma deve ser feita em harmonia e adequação com o texto constitucional, a fim de conservar a validade da norma frente à Constituição, sendo tal interpretação um processo importante da Constitucionalização da norma, evitando contradição.

Ainda nesta perspectiva de busca de adequação interpretativa, Marcelo Neves (1988, p. 68-69) acrescenta, indicando ser a inconstitucionalidade “um problema de relação intra sistemático das normas jurídicas, abordado do ponto de vista interno, conforme os critérios de validade contidos nas normas constitucionais”. Ainda nesse sentido, segue (1988, p. 68-69): “uma lei inconstitucional pode ser justa no sentido de corresponder a um determinado sistema de Direito Natural, ou por conformar-se à uma idéia de direito, como também pode ter o máximo de aceitação no grupo dos destinatários”

Logo, a questão da ausência de consonância na atividade interpretativa entre a lei infraconstitucional e a Constituição gera uma norma de decisão ilegal, e é neste sentido que o Princípio da Legalidade deve ser observado, não mais sob uma visão interpretativa clássica, mas dentro de uma atividade de adequação às exigências relativas à garantia de direitos fundamentais.

Neste momento, tratamos aqui da necessidade de adequação do ordenamento jurídico penal, à CFRB/88 sob o ponto de vista material. Sendo assim, a norma inconstitucional pode ser considerada como pertinente, haja vista ser emanada do poder competente, porém, inválida, ante a carência de suporte fático-jurídico.

Claro é que o texto normativo sempre admite diversas interpretações, onde uma poderia ser favorável e outra contrária à Constituição, cabendo ao intérprete escolher entre as possíveis, a mais adequada.

É fato que o Brasil é caracterizado por ser um Estado Democrático de Direito, cujos fundamentos elencados no art. 1º da CRFB/88 ensejam aplicação diversa da que ocorria no Estado Liberal. Verdadeiramente, é um Estado Social, que necessita de uma lei com adequação social.

Desta forma, não só na fase de elaboração da lei, mas também em sua concretização, materialmente é necessário que o intérprete esteja atento ao espírito da CRFB/88 e que consiga absorvê-lo para legitimidade de sua decisão e atenda à finalidade de um Estado que prioriza as garantias fundamentais aos seus cidadãos, com foco na Dignidade da Pessoa Humana.

Assim, cumpre ao intérprete da lei perceber que a medida de aplicação da pena deve manter-se de forma proporcional e somente ser aplicada em um procedimento justo, com garantias jurídico-constitucionais e, sobretudo, esteja em consonância com a interpretação constitucionalmente adequada.

Hodiernamente, o Direito Penal (teoria e práxis), está passando da formalização e da vinculação aos princípios valorativos, para uma tecnologia social, convertendo-se, paulatinamente, em instrumento político de manobra social. Este panorama representa o que denomina “dialética da modernidade”, traduzindo-se não mais na luta contra um Direito Penal moralizador - anteriormente entendido a partir da filosofia política do Iluminismo - mas contra um Direito Penal inspirado nas modernas teorias sociológicas, segundo um modelo globalizante, que no Direito Penal tem se refletido segundo a perspectiva do risco, em razão da qual se fala mais recentemente de um “Direito Penal do risco” (*Risikostrafrecht*).

É visível a revolução científica do Direito Penal, onde um paradigma mais antigo é total ou parcialmente substituído por um novo, totalmente incompatível com o anterior, como aduz Thomas Kuhn. Esta ideia representa a “superação” da razão técnico-instrumental, associada à emergência da “sociedade do risco”.

Esta reflexão se deve particularmente pelas questões que se formulam atualmente perante o *topos* que se convencionou chamar “Sociedade do risco” (*Risikogesellschaft*), desenvolvido a partir do ponto de vista sociológico, nos trabalhos de Ulrich Beck e Niklas Luhmann, na medida em que os aspectos essenciais decorrentes desta moderna sociedade do risco suscitam ao Direito penal problemas novos e incontornáveis.

2. Garantismo penal hermenêutica constitucional

Atualmente, ocorre forte movimento de reavaliação dos princípios constitucionais na hermenêutica do Direito Penal. Tem-se o garantismo penal, como um importante movimento consistente na instrumentalização de direitos e a busca da efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual abarca todos os demais direitos e as garantias inerentes aos cidadãos, possibilitando a efetivação da cidadania além do plano meramente formal.

Amilton Bueno de Carvalho (2003, p. 21.), aduz “as correntes críticas do Direito apontam para a necessária filtragem hermenêutico-constitucional do sistema jurídico, para que fique contaminado pelo ‘vírus’ constitucional”. Uma releitura garantista da Constituição remete a uma cultura jurídica diversa e profundas transformações normativas.

Nesse sentido, também Weinmann (2005, p. 124) destaca que, com a CFRB/88, busca-se compreender o garantismo

enquanto princípio geral do Direito, visando à extensão de direitos, assim, inobstante o fato de utilizar o Direito Penal como meio para aplicação das sanções penais ou para agravamento delas, faz-se imprescindível pensar em políticas públicas inclusivas, para prevenir os riscos do alto índice de criminalidade.

Assim, Franco (1991, p. 14) entende que o Direito Penal, situando-se numa velocidade empregada pela urgência, traz consigo o risco da insegurança jurídica, sendo um “recuo de liberdade”, devendo-se assumir uma tarefa de promoção de política social, buscando a inclusão dos vulneráveis e excluídos.

O Direito, nesta modernidade (ou pós modernidade) está sendo convocado a solucionar questões advindas de novas necessidades, para as quais não pode dar resposta empregando apenas os meios tradicionais do Direito Penal clássico. Conforme Habermas (1997, p. 50.), “no Estado Democrático de Direito, deve-se adotar uma compreensão da Constituição que proteja um processo de criação democrática do Direito e zele para que a cidadania disponha de meios para estabelecer um entendimento sobre a natureza dos seus problemas e a forma de sua solução”. No tocante ao assunto, assevera Streck que a importância do garantismo “reside na democracia constitucional, fruto de uma mudança radical de Paradigmas no direito” (STRECK, Lenio luiz, 2004, p. 48-50).

Como lecionam Zaffaroni e Pierancelli, não há dúvidas que o Direito Penal é compreendido como o discurso dos juristas e, orientado por princípios constitucionais, como por exemplo, o da legalidade, lesividade, “ultima ratio”, fragmentariedade, culpabilidade, humanidade. E é notório que o conceito proposto mostra-se tradicional, mas é também sabido que a sociedade evoluiu e surgiram novos bens jurídicos a serem tutelados, assim, o Direito deve acompanhar essa evolução, atendendo e protegendo as novas demandas sociais advindas com a modernidade.

O garantismo, então, consiste em um modelo de estrita legalidade, próprio do Estado de Direito, que sob o plano epistemológico trata-se de sistema cognitivo ou de poder mínimo; sob o plano político, como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos.

E diz-se que o sistema penal é garantista quando se amolda a este conceito/modelo, designando uma teoria jurídica da validade e da efetividade como categorias distintas não só entre si, mas também pela existência ou ‘vigor’ das normas, onde uma teoria que esta é hábil a fundar, precisamente, é uma teoria da divergência entre normatividade e realidade, entre direito válido e direito efetivo, um e outro vigentes:

Um Direito Penal garantista deve demonstrar ser um ‘ordenamento de liberdade’, limitativo dos poderes do Estado na intervenção social, e também, um ‘ordenamento de segurança’, exigindo-se assim, a ampliação dos poderes do Estado, em nome da proteção, advindos destes novos riscos sociais (SILVA, Eduardo Sanz de Oliveira, 2005, p. 262).

Neste novo contexto, o Direito Penal ganha novos contornos para tipificar condutas que ainda não lesaram bens jurídicos ou em que o perigo seja abstrato, tornando-se instrumento legítimo de precaução (COSTA, José de Faria, 2005, p. 48). No entanto, há que se assegurar o mínimo ético, ou seja, valores com funções garantidoras ou então, repassar aos outros ramos do Direito a incumbência de tutelar esses novos riscos.

2.1 Novo modelo penal: reflexões e justificativa deste modelo garantista

Diéz Ripollés traz alguns fatores que caracterizariam o novo modelo penal da segurança cidadã: o primeiro é o sen-

timento de insegurança que há alguns anos não existia. Há um temor social da atividade criminosa, causado pela mídia, e o segundo fator, o aproveitamento político. Vislumbra-se que, segundo esse novo modelo, o Direito Penal deve-se expandir para conquistar outros setores sociais, havendo uma maior penalização daqueles que já eram punidos, com o aumento do rigor na aplicação das penas.

Sob a concepção de modernidade reflexiva, impende ponderar que o cenário atual é marcado por incertezas e insegurança, uma sociedade complexa e de riscos. Essa expressão, “Risco” é própria da modernidade e é algo construído, ou seja, o risco é uma construção comunicativa da sociedade, que não pode ser avaliado sob a concepção do bem e do mal [...] O risco é um paradoxo, porque ele existe porque não existe, e é diferente da concepção de perigo, que por sua vez também é uma palavra da modernidade. Perigo é a probabilidade de um evento futuro nocivo e que continua a diminuir nas sociedades modernas, haja vista as condições, devido as inovações tecnológicas, de poder prevê, evitar o perigo”.

Ante esta definição, há duas tendências: uma funcionalista, dando uma função para o Direito Penal, sendo este instrumento legal discricionário (FERNANDES, Paulo Silva, 2001, p. 71-72.) para atender às novas tendências da modernidade; outra desformalista, sustentada por Jakobs (JAKOBS, Günther, MELIÁ, Manuel Cancio, 2005. p. 49), que argumenta serem tendenciosas as posições doutrinárias desta conjuntura, visando unicamente ao retorno de um ‘direito penal do inimigo’, onde as normas penais caracterizam-se pela expressiva antecipação da punição, correspondente a um direito penal prospectivo com vista à eliminação de um perigo, pela desproporcionalidade das penas previstas e pela supressão ou diminuição das garantias processuais.

O Direito Penal do inimigo, reveste-se de um “paradigma” expansionista-penalista, no qual o delinquente, adversário às normas jurídicas reconhecidas e vinculantes, é combatido como um inimigo, eliminando-se o risco social.

Norberto Bobbio (2004, p. 7) na obra de Luigi Ferrajoli, afirma que “ignorar toda a construção garantista em prol da defesa dos novos riscos, seria o mesmo que rasgar o resultado obtido da luta de batalhas seculares dos cidadãos contra os abusos e desmandos Estatais, que ao longo da história registram-se. A elaboração de um sistema geral de garantismo, termina por construir as vigas mestras do Estado de Direito, com finalidade de tutelar a liberdade do indivíduo e as garantias fundamentais.

A função garantista do direito consiste na limitação dos poderes e no correspondente aumento da liberdade e igualdade, no sentido de garantia de direitos fundamentais de todos, cuja função é aquela indicada por Kant, de fazer conviver as liberdades de todos, destinadas por suas naturezas à convivência, e toda vez que uma liberdade atenta contra outra liberdade alheia, quer dizer que essa liberdade se converteu em poder (FERRAJOLI, 2002, p. 681-766.).

3. Retorno do Direito Penal do inimigo

Tratando-se do Direito Penal Clássico, onde a função penal é a *ultima ratio*, por parte do Estado havia a tendência da aplicação de sanções de natureza restritiva, sendo uma alternativa à pena privativa. No Direito Penal Moderno há controvérsias quanto à essa função. Na tradução da modernidade reflexiva, a prevenção, de meta secundária da justiça penal, transformou-se em um paradigma penal dominante.

Interessante observar que a proteção dos bens jurídicos sempre seguiu o critério negativo, configurando-se em conceito crítico para nortear o legislador penalista. Hoje é con-

siderada exigência para que sejam penalizadas determinadas condutas, convertendo-se num critério positivo para justificar decisões criminalizadoras.

Aceitar esse novo paradigma, traz à lume o retorno do Direito Penal do Inimigo, e Manuel Cancio Meliá discorda de Günther Jakobs, aduzindo que esse Direito não se traduz em um, sendo apenas uma reação do Estado de combate do ordenamento jurídico contra indivíduos especialmente perigosos, apenas os ameaçando (JAKOBS, Günther, MELIÁ, Manuel Cancio, 2015, p. 49). Há uma verdadeira estigmatização de determinados grupos de delinquentes, ao invés da estabilização as normas e prevenção a ocorrência dos delitos.

Conforme Winfried Hassemer e Francisco Muñoz Conde, é freqüente, não apenas na linguagem cotidiana, mas também nas expressões técnicas, a associação de criminalidade e delito com a ideia de luta. O delito é concebido como um mal, a criminalidade como uma enfermidade infecciosa e o delinqüente como um ser perigoso. Quanto mais ameaçadores são considerados determinados delitos, quanto mais materialistas são as exigências que se impõem ao seu tratamento. Esta tendência está se generalizando notadamente sobre condutas terroristas e de tráfico de drogas, constituindo um Direito Penal para inimigos, isto é, para determinadas formas de criminalidade ou certos tipos de delinqüentes (HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco, 1989).

Dentro desse entendimento, vale registrar que o Brasil por ser caracterizado como uma sociedade de alta modernidade ou modernidade reflexiva, como defendem Anthony Giddens e Ulrich Beck, respectivamente, deve-se buscar a substancialização dos direitos e garantias constitucionais, haja vista que já se passaram mais de 20 anos da publicação da CFRB/88 e ainda hoje não se vislumbra a efetivação dos referidos direitos.

Diante da ideia de que a estrutura social que surge, exige uma profunda reflexão acerca da legitimação dos critérios

que se deve utilizar para a individualização da responsabilidade penal e isto, sobremaneira pode vir a comprometer a manutenção das garantias individuais, é que se faz imprescindível sabe até que ponto o garantismo penal encontra-se prestes a ser repensado, diante desta nova utilidade conferida pela modernidade reflexiva.

3.1 Reflexos sobre os direitos fundamentais e novas políticas criminais

Uma das atribuições exclusivas do Supremo Tribunal Federal - STF, além de estar em constante sentinela, é o exercício do controle concentrado de constitucionalidade; no entanto, o STF tem hesitado e se esquivado em muitos momentos nos quais é chamado a efetivar os direitos fundamentais o que conseqüentemente nos leva à verificação de que na prática há um esforço sem medidas para inviabilizar a concretização de tais direitos ao invés de buscar a o exercício efetivo por meio de processo constitucional (BARACHO JUNIOR, José Alfredo de Oliveira, 2003, p. 340).

Os novos julgados do STF tratam de novas interpretações denotando a indiferença e inaplicabilidade da boa Hermenêutica Constitucional e inviabiliza a construção discursiva dos provimentos, isto é, são provimentos e pressupostos com o fito, somente, de reproduzir o *status quo* para a preservação do entendimento arcaico de utilização do sistema jurídico para a ratificação de atos ou decisões muitas vezes ilegais e inconstitucionais, esquecendo que a Constituição deve ser a fonte para a compreensão e interpretação do direito no Estado Democrático.

Ressalte-se que os direitos fundamentais na pós-modernidade não existem somente para proteção o homem do Estado, mas sim para lhe garantir e assegurar a condição de cidadão.

De acordo com Ferreira Filho (2003, p. 240.), a doutrina clássica assevera que os direitos fundamentais são produtos

de um ente transcendental idealizador dos direitos garanti-
dores da liberdade e igualdade entre os homens e que até
hoje, muitos pensam que o direito deverá materializar o justo
como vontade dos homens.

Nesse mesmo diapasão, Habermas (2004, p. 64.) defen-
de que a compreensão pós moderna da Hermenêutica Cons-
titucional Democrática nos permite compreender objetiva-
mente o tema direitos fundamentais como algo construído
discursivamente pelos seus destinatários por intermédio do
processo enquanto garantia constitucional.

No Estado Democrático de Direito é o povo que garante
as suas próprias conquistas conceituais, por meio do devido
processo constitucional que será legitimado por um discurs-
so interpretativo e processualizado, seguindo a hermenêutica
constitucional democrática como o caminho a ser trilhado
para a construção participativa dos provimentos jurisdicionais.

Leal assevera que o exercício da função jurisdicional enquan-
to direito fundamental não pode consistir num ato eloqüente e
solitário praticado pelo magistrado em busca da realização da
Justiça, vez que o Direito Democrático é aquele produzido pelo
povo no espaço político-processualizado continuamente
aberto (LEAL, Rosemiro Pereira, 2005, p. 92-93).

Em termos processuais democráticos deve o aplicador e
operador do direito interpretar as normas jurídicas em con-
formidade com a sistematicidade jurídico-constitucional,
não se orientando pela busca incessante de uma dita justi-
ça salvadora, o que muitas vezes induz o intérprete da lei a
construir esdrúxulas interpretações, que materializam equí-
vocos jurídicos de cunho subjetivista, não havendo como se
conceber uma interpretação jurídica fora da lei.

No tocante à transformação do Direito Penal, as teses e
doutrinas que tratam da adequação à realidade, podem ser
agrupadas em três teorias principais: a teoria da função penal

restrita aos direitos individuais, a teoria do Direito Penal de risco e a teoria da dogmática criminal dualista.

Essas vertentes diferem-se entre si em decorrência do critério jurídico-político adotado pelos idealizadores, porém, todas, até mesmo a da restrição da missão penal, reconhecem que o Direito Penal na forma antropocêntrica delimitada pelo iluminismo se tornou impotente para enfrentar as demandas das sociedades democráticas contemporâneas. Contudo, não se pode olvidar que a função da dogmática jurídico-penal não é preventiva e não pode ser utilizada como mero instrumento de política criminal.

A adequação do Direito Penal à sociedade do risco abrangue uma nova postura político-criminal que substitua a função restrita e minimalista do Direito Penal à tutela de bens jurídicos individuais por uma função promocional, de modo a orientar a ação humana na sociedade por meio de valores.

As questões que terminam por não corroborar com a nova formatação do Direito Penal são a falta de uma política criminal definida. Hodiernamente, percebe-se uma política criminal dita maximalista, uma política criminal de emergência que, por sua vez está associada ao populismo penal.

Com efeito, há uma indiscriminada utilização do Direito repressivo como forma de exonerar o estado das suas obrigações, aparentando para a sociedade a falsa sensação de segurança e, nessa medida, transformando o Direito Penal em meramente simbólico.

É notório que, com a evolução e dinamismo social, tornando a sociedade complexa, de modernidade reflexiva, o Direito Penal deve ser modernizado, sem comprometer e/ou diminuir suas garantias, defende Diéz Ripollés.

O processo conhecido como criminalização primária que ao criar as leis penais não tutela bens universais e o processo, também conhecido, como criminalização secundária que se

caracteriza pela atuação direta de outras agências orientadas por rótulos de delinqüência, fazem do Direito Penal um instrumento de poder que atua seletivamente.

Destaca-se que o nosso país, por ser considerado em desenvolvimento almeja a concretização dos direitos e garantias fundamentais. Desta feita, aceitar a tese de que o Direito Penal deve ser desmembrado em Direito Penal do cidadão e do inimigo, assim como defender um Direito Penal em outra acepção, é contribuir para a proliferação da política criminal de emergência, utilizando apenas de meios paliativos para resolução do problema.

Considerações finais

O direito é um fenômeno complexo, com um distanciamento da noção de direito dogmático e social e não pode se limitar unicamente ao Estado, como forma legítima de interpretar e produzir esse fenômeno jurídico.

A teoria garantista é importante nesse sentido, uma vez que busca a essência social baseada em um caráter, acima de tudo, procedimental, sem se prender às tradicionais formas de observação do fenômeno. O doutrinador Ferrajoli centra sua abordagem partindo do pressuposto que o garantismo surge exatamente pelo descompasso existente entre a normatização estatal e as práticas que deveriam nela estar motivadas. No aspecto penal, destaca o autor que as atuações administrativas e policiais andam em descompasso com os preceitos estabelecidos nas normas jurídicas estatais.

Ferrajoli estabelece as bases conceituais e metodológicas do que foi chamado de garantismo penal. Entretanto, observa que os pressupostos estabelecidos na senda penal podem servir de subsídios para uma teoria geral do garantismo, que poderá ser aplicada às várias ramificações do direito, como administrativo, civil etc.

O aspecto formal do direito, segundo Ferrajoli, está no procedimento prévio existente, que funciona como pressuposto de legitimidade do surgimento de uma nova norma estatal, isto é, uma norma só será válida e legítima se for composta de acordo com os procedimentos formais traçados previamente pelo ordenamento jurídico, trazendo muita similitude com a teoria pura do direito.

Em função desses conceitos de validade e vigência, constata-se que a norma vigente, não dotada do caráter da validade (eminentemente material), estaria expurgada do ordenamento jurídico, revogada - no sentido amplo do termo - em função de sua incompatibilidade não com as diretrizes formais de seu surgimento, mas com a materialidade dos direitos fundamentais.

No tocante ao que se considera como conteúdo de um direito fundamental, a corrupção, em especial, e problemas sobre a gestão da coisa pública, em geral, ao invés de terem a teoria garantista como um aliado contra essas práticas; na verdade, ela pode ser uma forma de permitir a dominação política e jurídica de vertente autoritária em virtude da falta de precisão conceitual do que vem a ser um direito fundamental e a teoria *in casu*, pela possibilidade de inserir conteúdos pode legitimar, sim, formas incorretas de gestão de interesses públicos.

Poderia se questionar quanto à segurança jurídica. Todavia, como o garantismo trabalha com o direito a partir da estrutura do Estado, mas observando um ponto de vista externo de justificação, não se poderia dizer que a utilização de elementos argumentativos iria de encontro à segurança jurídica. Ao revés, a partir da própria estrutura do direito estatal, adotar-se-iam outras formas de interpretação, a partir de um novo referencial hermenêutico com a inclusão de perspectivas até então desprezadas pelas visões sistêmicas.

A teoria de Ferrajoli muito embora corra o risco acentuado de ser manipulada por estruturas de poder que se valham

da imprecisão conceitual dos direitos fundamentais, também serve de ânimo aos teóricos, haja vista que abre possibilidades argumentativas para a configuração de direitos fundamentais a cada problema específico.

Assim, verifica-se, então, que, mesmo podendo ser manipulada, a teoria do garantismo jurídico encontra guarida não apenas sob o aspecto filosófico, mas também nos cânones estatais do direito brasileiro, sendo uma forma de incluir elementos até então ausentes da interpretação jurídica em casos concretos.

Referências

BARACHO JUNIOR, José Alfredo de Oliveira. **Jurisdição Constitucional e os Direitos Fundamentais. Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais.** Coordenação José Adércio Leite Sampaio. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. **Modernização Reflexiva – Política, Tradição e Estética na Ordem Social Moderna.** Tradução de Magda Lopes. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997.

BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco** - Rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Editora 34, 2010.

BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de Direito Penal.** Vol. I, 8ª edição,. São Paulo:Saraiva, 2003.

BOBBIO, Norberto, em prefácio à obra *Direito e Razão. Teoria do garantismo penal, de Luigi Ferrajoli.* Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

- CARVALHO, Amilton Bueno de. **Garantismo Penal Aplicado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- COSTA, José de Faria (Coord.) **Temas de Direito Penal Económico** (Coord.), Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
- FERNANDES, Paulo Silva. **Globalização, “Sociedade de Risco” e o Futuro do Direito Penal**.
- FERRAJOLI, Luigi. **Para uma teoria geral do garantismo**. In: **Direito e razão: Teoria do garantismo penal**. Tradução de Fauzi Hassan Choukr. São Paulo: RT, 2002.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A cultura dos direitos fundamentais. Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Coordenação José Adércio Leite Sampaio. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- FRANCO, Alberto Silva. **Crimes Hediondos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- GIDDENS, Anthony. **As Conseqüências da Modernidade**. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991.
- GUASTINI, Ricardo. **A constitucionalização do Ordenamento Jurídico e a experiência italiana**. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. **A constitucionalização do Direito: Fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia – entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **O Estado Nação Europeu Frente aos Desafios da Globalização.** In *Revista Novos Estudos*, n. 43, São Paulo: CEBRAP, nov. 1995, p. 92 *apud* LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 5. ed. São Paulo: Thompson- IOB, 2004.

HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción a la criminología y al Derecho Penal.** Valencia, Tirant lo Blanch, 1989.

JAKOBS, Günther, MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo – noções e críticas.** São Paulo: Livraria do Advogado Editora, 2015.

KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas.** 7.^a ed. São Paulo: Perspectiva, 2003.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo*. 5. ed. São Paulo: Thompson- IOB, 2004.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Relativização Inconstitucional da Coisa Julgada – temática processual e reflexões jurídicas.** Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

NEVES, Marcelo. **O problema da inconstitucionalidade das leis.** In: *Teoria da inconstitucionalidade das leis*. Saraiva, 1988.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática.** 12. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

RIPOLLÉS, José Luis Díez. **Da Sociedade de Risco a Segurança Cidadã - Um Debate Desenfocado.** Artigo publicado na RECPC.

SILVA, Eduardo Sanz de Oliveira. Org: José de Faria Costa. **Temas de Direito Penal Econômico**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal Econômico como Direito Penal de Perigo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

SOUZA, Suzana Aires. **Os crimes fiscais. Análise dogmática e reflexão sobre a legitimidade do discurso criminalizador**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004

WEINMMANN, Amadeu de Almeida. **Direito Penal, cidadania e garantismo: uma abordagem crítico-analítica em uma sociedade de capitalismo emergente**. In: Direito em debate, ano XIII, Ijuí: Ed. Unijuí, n. 23, jan./jun. 2005.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual do Direito Penal Brasileiro**. 6^o ed: São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

Cálculo de pena anual. Direito constitucional à obtenção de certidões

Bruno Joviniano de Santana Silva

Introdução

O cálculo de pena é forma mais equilibrada e democrática de acompanhamento da execução, pois todos os atores, inclusive, o principal protagonista, o apenado, podem ter pleno conhecimento dos limites e extensão da execução penal, para fins de eventuais manifestações. Destarte, sem tal documento, a execução da pena fica bastante prejudicada, o que afronta a dignidade da pessoa humana, princípio magno, reitor das relações jurídicas, já que, não há direito, sem sujeito.

Em verdade, ao sentenciado que está cumprindo a sanção penal imposta, seja qual for o regime, somente lhe interessa a plena restituição do direito de ir e vir, que ocorrerá na oportunidade do cumprimento integral da pena, ou ao menos saber, quando esta se finalizará.

Nessa ótica, o cálculo de pena tem grande efeito psicológico sobre os apenados que se sentem devidamente tutelados pelo aparelho estatal, em meio a um sistema prisional caótico, que lhes pune duplamente por um mesmo fato ou atos, em um odioso e inconstitucional *bis in idem*.

Nesse viés, o direito de ter o montante de pena atualizado, tem caráter constitucional, plasmado no direito de petição e de obter certidões, uma vez que, cabe ao Poder Público fornecer aos administrados ou jurisdicionados, quando solicitado, pelo próprio interessado, ou por quem lhe faça as vezes, informações, documentos ou dados atinentes ao requerente, salvo interesse público devidamente fundamentado, pois é interesse público do Estado garantir ao apenado a perfeita individualização da pena.

Prescreve o art. 41, XVI, da LEP, *in verbis*:

(...) Art. 41 - *Constituem direitos do preso:*

...

XVI – *atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente*
(...)

Desse modo, é direito do apenado ter incorporado ao seu cálculo de pena toda remição efetivada, como mais lícito consectário do princípio da transparência e devido processo legal, sob pena de responsabilidade da autoridade judicial competente.

Ademais, a feitura ou atualização do cálculo de pena transparece ao apenado que os órgãos de execução estão cumprindo com empenho suas funções, nas medidas de suas possibilidades, retirando-lhe a sensação de total abandono dos órgãos institucionais, que, na maioria das vezes, não lhe concedem estruturas

penitenciárias dignas para que possa cumprir a pena, tampouco lhe proveem o arcabouço assistencial que a Lei previu.

Frise-se que não se está aqui defendendo requerimento desarrazoado de elaboração de cálculo de pena, toda vez que houver dia remido. De fato, seria plausível, ao menos, a elaboração de 2(dois) cálculos anuais, um no início e outro ao final do ano, que atenderia perfeitamente aos anseios da comunidade carcerária e aos fins da execução penal.

2. Requisitos necessários ao cálculo de pena

O atestado de pena deve ser objetivo, claro, de fácil inteligência, de modo a permitir a identificação dos marcos temporais, para obtenção das benesses atinentes à execução de pena.

Não é por outro motivo, que a confecção do cálculo de pena deve constar desse a soma total da pena; a pena cumprida; pena a cumprir; data provável término da pena; data provável do livramento; data da fuga e recaptura, se ocorridas, bem como o tempo de interrupção de cumprimento da pena; data de regressão cautelar ou definitiva, caso ocorridas; data base para análise de benefícios; os dias remidos, para fins de remição, caso existentes, oficiando-se, para tanto, a unidade prisional para fornecê-los; a detração, com a consequente liquidação da pena, com a perfeita indicação dos marcos temporais; data provável da progressão, assim como, os regimes inicial, atual, futuro de cumprimento da pena, de forma a viabilizar eventuais requerimentos que puderem ser feitos, tudo em obséquio aos princípios da individualização da pena, dignidade da pessoa humana e razoável duração do feito.

A elaboração da tabela de cálculo, deve levar em conta, em item apartado, a saída temporária, nos termos dos arts. 122 a 125 da Lei 7.210, observando, tal normativo, quanto aos requisitos para concessão. Ainda, em relação aos dias

remidos, na hipótese de saldo, este deve ser consignado no cálculo de pena, em quadro apartado.

Nessa ótica, os atos procedimentais e diligências não podem ser prolongados no tempo, em manifesto prejuízo ao jurisdicionado, que nada contribuiu para esta delonga, sob pena de vulnerar o princípio da dignidade da pessoa humana.

2.1 Decorrências nefastas da ausência de cálculo de pena atualizado

A situação é que a inexistência de cálculo de pena anual é flagrante ilegalidade, manifesto abuso de poder e, portanto, deve ser combatida, mediante os mais diversos instrumentos. Na execução penal, o conceito de liberdade ambulatorial deve ser compreendida, sob a ótica do princípio da progressividade, que numa concepção mais dilatada abrange não apenas a progressão de regime, mas também, a concessão de outros benefícios (saída temporária e livramento condicional, dentre outros). Logo, furtar o apenado desses benefícios, ilegitimamente, em razão da ausência de cálculo de pena, não se mostra razoável. Deve-se adotar, assim, um pensamento mais liberal, em relação aos instrumentos a serem utilizados para se solicitar a elaboração de cálculo de pena.

A ausência de cálculo de pena atualizado dificulta a análise de benefícios auferíveis pelo apenado. Essa demora em fazê-lo, por reiteradas vezes, resulta na denegação ou postergação de benefícios.

Grande injustiça é penalizar duplamente o apenado a permanecer mais tempo cumprindo pena do que o imposto na sentença, bem como ser tolhido de ir ao regime mais brando, quando já o cumpriu o requisito temporal para ser nele alocado, por ausência de cálculo de pena atualizado

3. Implicações extrapenais da violação do princípio da celeridade da tutela jurisdicional

Outra questão, inclusive de substrato constitucional, é a possibilidade de reparação cível, em razão de o apenado ter ficado preso por mais tempo que o imposto em sua sentença, ou ter permanecido em regime mais gravoso que aquele que efetivamente faria *jus*, decorrente da inércia do Estado de efetivar direitos legítimos e consolidados, isto é, adquiridos e acobertados pelo manto do ato jurídico perfeito.

Em sentido afirmativo, há expressa disposição constitucional no art. 5º, dispositivo dos direitos e garantias fundamentais, que alberga a postulação de reparação indenizatória, por ter o apenado permanecido preso, além do tempo devido.

O entendimento do STJ e STF têm trilhado, no sentido de que, exceto, nas situações de erro judiciário e de prisão, além do tempo fixado na sentença, nos termos do art. 5º, inciso LXXV, da Constituição Federal, bem como, nos casos previstos em lei, a regra é a de que o art. 37, § 6º, da Constituição não se aplica aos atos jurisdicionais, quando fundamentados, de forma regular e para o fiel cumprimento do ordenamento jurídico.

Por esta razão, é que a negligência estatal e o abandono podem sair muito mais onerosos do que a concessão de direitos legítimos e consolidados, em especial, ausência de cálculo de pena, que repercute na agilidade em aferir eventuais benefícios que o apenado faça *jus*, já que a manutenção do sentenciado custodiado mais tempo do que deveria, ou em regime diverso do qual deveria estar, decorre exclusivamente da demora estatal de dar tempestivamente a quem de direito, em conformidade com os ditames da justiça distributiva.

4. Amplitude subjetiva e objetiva dos meios judiciais de solicitação de cálculo de pena

Noutro giro, outrossim, é de alto relevo, saber qual instrumento judicial que deve ser manejado para se obter a elaboração de cálculo.

O cálculo de pena deve ser elaborado, de ofício, anualmente, sob pena de responsabilidade da autoridade judicial, consoante art. 41 da Lei de Execução Penal. Todavia, nas hipóteses em que este não for elaborado no prazo legal, inaugura-se a dúvida sobre a medida judicial adequada para se elaborar o cálculo de pena.

Na esfera normativa da execução penal, tem-se alguns instrumentos de provocação jurisdicional. São eles: simples petição, agravo de execução e excesso ou desvio. Vejamos o disposto na Lei de Execução penal:

“(...) Art. 185. Haverá excesso ou desvio de execução sempre que algum ato for praticado além dos limites fixados na sentença, em normas legais ou regulamentares.

Art. 197. Das decisões proferidas pelo Juiz caberá recurso de agravo, sem efeito suspensivo.

Art. 41 - Constituem direitos do preso:

(...)

XIV - representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito (...).”

Cabe pontuar que inexistente petição tarifada na execução penal, podendo o apenado valer-se de diversos instrumentos para ter seu benefício apreciado. Diga-se, de passagem, que o juiz, até mesmo, de ofício, pode decidir em favor do apenado.

Na verdade, o reeducando, por simples requerimento manuscrito, pode se dirigir ao magistrado, ou a qualquer autoridade da execução penal. Inexiste monopólio do *jus postulandi*, como forma de assegurar o pleno acesso do apenado à Justiça. A simplicidade reina na Execução Penal, inexistente o culto à formalidade excessiva, ou melhor, esta não deve ser buscada.

Afirmo ainda, que a legitimidade para se postular o cálculo de pena é ampla, não se restringindo ao apenado, defensor, mas a qualquer órgão de execução penal, terceiro interessado (familiares), por se tratar de matéria de ordem pública e interesse do Estado.

Conclusão

Diante da turbada realidade do sistema carcerário brasileiro (celas superlotadas e imundas, sem areação adequada ou luminosidade suficientes, atos extremos de brutalidade, como os atos praticados no complexo de Pedrinhas, em São Luís, no Maranhão, ou mesmo, da recente situação de falta de alimentos, a exemplo, do ocorrido no estado do Piauí) cabe pontuar que a ausência de cálculo de pena lesiona a incolumidade física e moral dos presos, e acarreta, por insuficiência do Estado, a permanência indevida do condenado em regime por mais tempo no sistema prisional, clara infração aos princípios atinentes ao processo de execução penal (progressividade, da legalidade, da reeducação do condenado e da humanização da pena), trazendo punições severas à toda sociedade (custeio dos apenados) e afetando os resultados quanto à recuperação do reeducando e diminuição do índice de reincidência e criminalidade.

Não busco, aqui, solução, muito embora todos saibamos qual seria (mais educação, saúde, base familiar e empregos), por ser palavra retórica, retumbante, simplista e oca. Busco

um chamamento à reflexão, acerca de nossos conceitos, princípios e valores, ou melhor, da sociedade em que vivemos.

Destarte, o atestado de pena a cumprir é um forte instrumento de ressocialização, escopo magno da execução penal, razão pela qual cabe ao Estado atuar com celeridade e tempestividade, imperativos axiológicos que se espraiam em todo o ordenamento jurídico, de forma a evitar a eternização de situações jurídicas, ou supressão de direitos ilegítimamente, devendo tais princípios serem observados e plenamente efetivados na execução penal ramo, em que os jurisdicionados se encontram em constante estado de vulnerabilidade.

Referências

- Abram, S. and G. Weszkalnys. 2011. ‘Anthropologies of Planning: Temporality, Imagination, and Ethnography’. *Focaal* 61: 3–18.
- Aiyer, A. 2007. ‘The Allure of the Transnational: Notes on Some Aspects of the Political Economy of Water in India’. *Cultural Anthropology* 22 (4): 640–658. doi:10.1525/can.2007.22.4.640.
- ALBERGARIA, Jason. Das penas e da Execução Penal. 2ª ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.
- ALEXY, Robert. “Teoría de los derechos fundamentales”. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- Anand, N. 2011. ‘Pressure: The Politicization of Water Supply in Mumbai’. *Cultural Anthropology* 26 (4): 542–564. doi:10.1111/j.1548-1360.2011.01111.x.
- Anderson, B. 1991. *Imagined Communities: Reflections on the Origins and Spread of Nationalism*. London: Verso.

- Anderson, C. W. 2011. 'WhatAggregators Do: Rhetoric, PracticesandCulturesof Digital andAnalogEvidence in Web-EraJournalism'. Paperreadatthe 12th InternationalSymposiumfor Online Journalism, Austin.
- ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito ambiental. 13 ed. Rio de Janeiro. Lumen Júris, 2011.
- Arons, N. G. 2004. *Waiting for Rain: The PoliticsandPoetryofDrought in NortheastBrazil*. Tucson: Universityof Arizona Press.
- Assembleia Legislativa do Estado do Ceará, and Conselho de Altos Estudos e AssuntosEstratégicos. 2009. 'Plano Estratégico dos Recursos Hídricos do Ceará'. Ceará: Fortaleza.
- AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. *Processo penal: esquematizado*. 6.^a ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.
- Bakker, K. 2010. 'A PoliticalEcologyofWaterPrivatization'. *Studies in PoliticalEconomy*70: 35–58.
- Ballester, A. 2012. 'Transparency Short-Circuited: LaughterandNumbers in Costa RicanWaterPolitics'. *PoLAR: Politicaland Legal Anthropology Review* 35 (2): 223–241.
- Ballester, A. 2015. 'The Ethicsof a Formula: Calculating a Financial-HumanitarianPrice forWater'. *American Ethnologist* 42 (1): 262–278.
- Barnes, J. 2014. *CultivatingtheNile: The EverydayPolitics ofWater in Egypt*. Durham, NC:Duke University Press.

- BARROSO, Luís Roberto. “Curso de direito constitucional contemporâneo”. São Paulo: Saraiva, 2010
- Barth, F. 1998. *Ethnic Groups and Boundaries: The Social Organization of Culture Difference*. Boston, MA: Little Press.
- Bhabha, H. K. 1994. *The Location of Culture*. London: Routledge.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: parte geral*. 11. Ed. São Paulo: 2007, Vol. 1.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 1 ed. Brasília. Editora Universidade de Brasília, 1999.
- Borchardt, W. G., J. S. Dailey and P. F. Nunes. 2011. ‘New Paths to Growth: The Age of Aggregation’. *Outlook: The Journal of High-Performance Business* Issue 3: 19–27.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 23. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.
- Caprara, A., J. Wellington de Oliveira Lima, A. Correia Pequeno Marinho, P. Gondim Calvasina, L. Paes Landim and J. Sommerfeld. 2009. ‘Irregular Water Supply, Household Usage and Dengue: A Bio-social Study in the Brazilian Northeast’. *Cadernos de Saúde Pública* 25 (1): S125–S136.
- Carse, A. 2012. ‘Nature as Infrastructure: Making and Managing the Panama Canal Watershed’. *Social Studies of Science* 42 (4): 539–563.
- CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional: teoria do Estado e da Constituição*. direito consti-

tucional positivo. 12 ed. Belo Horizonte. Del Rey, 2006.

Coddington, M. A. 2015. 'Telling Secondhand Stories: News Aggregation and the Production of Journalistic Knowledge'. Ph.D. diss., University of Texas at Austin.

Collier, S. J. and A. Ong. 2005. 'Global Assemblages, Anthropological Problems'. In A. Ong and S. J. Collier (eds), *Global Assemblages: Technology, Politics, and Ethics as Anthropological*

DELMANTO, Celso. e outros. Código Penal Comentado. 8. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DOTTI, Rene Ariel. Curso de Direito Penal: parte geral. 3. Ed. São Paulo: RT, 2010.

Execução Penal, São Paulo : Max Limonad, 1987.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. Comentários à Constituição brasileira de 1988. 2 ed. São Paulo. Saraiva, 1997.

Finan, T. J. and D. R. Nelson. 2001. 'Making Rain, Making Roads, Making Do: Public and Private Adaptation to Drought in Ceará, Northeast Brazil'. *Climate Research* 19 (2):97–108.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. Curso de direito ambiental brasileiro. 12 ed. São Paulo, Saraiva, 2011. 866 p.

FISCHER, Douglas. O SISTEMA ACUSATÓRIO BRASILEIRO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O PL 156. Disponível em: <http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista_2011/2011_Dir_Penal_fischer.pdf> Acesso em: 23 abr. 2016.

- Foucault, M. 1975. *Discipline and Punish: The Birth of the Prison*. New York: Vintage Books.
- Garcia, A. 2014. 'The Promise: On the Morality of the Marginal and the Illicit'. *Ethos* 42 (1):51–64.
- GASPARINI, Andreia. O direito ao silêncio no Brasil. Disponível em <www.lfg.com.br> Acesso em: 22 abr. 2016.
- Genep, A. van. 1960. *The Rites of Passage*. 1909, trans. M. B. Vizedom and G.L. Caffee. Chicago: University of Chicago Press.
- GOMES, Luiz Flávio. "Crime Organizado (art. 3º, da Lei nº 9.034/95): A Questão da Constitucionalidade dos 'Novos' Poderes Inquisitivos do Juiz – STF Abre Caminho para o Juiz 'Político'". IN: *Estudos de Direito Penal e Processual Penal*.
- GOMES, Luiz Flávio. MINISTÉRIO PÚBLICO PODE PROMOVER INVESTIGAÇÕES CRIMINAIS (DIZ STF). Disponível em: < <http://luizflaviogomes.com/ministerio-publico-pode-promover-investigacoes-criminais-diz-stf/>>. Acesso em: 18 abr. 2016.
- Grosz, E. 2004. *The Nick of Time: Politics, Evolution, and the Untimely*. Durham, NC: Duke University Press.
- Guyer, J. I. 1999. 'Anthropology: The Study of Social and Cultural Originality'. *African*
- Haraway, D. 2004. 'Modest_Witness@Second_Millennium'. In D. Haraway (ed.), *The Haraway Reader*. New York: Routledge, 223–250.
- Hardt, M. and A. Negri. 2005. *Multitude: War and Democracy in the Age of Empire*. New York: Penguin.

- Hayden, C. 2003. *When Nature Goes Public: The Making and Unmaking of Bioprospecting in Mexico*. Princeton: Princeton University Press.
- Hobbes, T. [1651] 1991. *Leviathan*. Cambridge: Cambridge University Press.
- JAKOBS, Günther, e MELIÁ Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo - Noções e Críticas*. 2ª edição. Tradução: André Luís Callegari e Nereu José GIACOMOLLI. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- JUNIOR, Goffredo Telles. *Iniciação na ciência do direito*. 2 ed. São Paulo. Saraiva, 2002. 386 p.
- JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira Baracho. *Responsabilidade civil por dano ao meio ambiente*. Belo Horizonte. Del Rey, 1999.
- Juris, J. S. 2012. 'Reflections on #OccupyEverywhere: Social Media, Public Space, and Emerging Logics of Aggregation'. *American Ethnologist* 39 (2): 259–279.
- KAC, Marcos. *O Ministério Público na investigação penal preliminar*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- Latour, B. 2005. *Reassembling the Social: An Introduction to Actor-Network Theory*, Clarendon Lectures in Management Studies. Oxford: Oxford University Press.
- Lemos, M. C. 2003. 'A Tale of Two Policies: The Politics of Climate Forecasting and Drought Relief in Ceara, Brazil'. *Policy Sciences* 36: 101–123.
- LIMA, Marcellus Polastri. *Manual de Processo Penal*. 6 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

- LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.
- LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. Vol. II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- LOPES Jr., Aury. Direito processual penal. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito ambiental brasileiro. 6 ed. São Paulo. Malheiros Editores, 1996.
- Malinowski, B. [1926] 1966. Crime and Custom in Savage Society. London: Routledge. Mauss, M. 1967. The Gift. New York: W. W. Norton.
- MARCÃO, Renato. “Curso de execução penal”. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MARCÃO, Renato. Código de processo penal comentado. São Paulo: Saraiva, 2016.
- MARQUES, José Frederico. A investigação Policial. In: Estudos de Direito Processual Penal. 2ª ed. Campinas: Millenium, 2001.
- MARTEL, Leticia de Campos Velho. Devido processo legal substantivo: razão abstrata, função e características de aplicabilidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- MILARÉ, Édis. Direito do ambiente: A gestão ambiental em foco. 5 ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2005.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. Execução Penal. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

- MIRANDA, Rafael de Souza. Excesso de execução.. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2370, 27 dez. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/14077>>. Acesso em: 27 maio 2015.
- Miyazaki, H. 2004. *The Method of Hope*. Stanford: Stanford University Press.
- Morita, A. 2016. 'Infrastructuring Amphibious Space: The Interplay of Aquatic and Terrestrial Infrastructures in the Chao Phraya Delta in Thailand'. *Science as Culture* 25 (1): 117–140.
- Mosse, D. 2003. *The Rule of Water: Statecraft, Ecology and Collective Action in South India*. Oxford: Oxford University Press.
- Nelson, D. R. and T. J. Finan. 2009. 'Praying for Drought: Persistent Vulnerability and the Politics of Patronage in Ceará, Northeast Brazil'. *American Anthropologist* 111 (3):302–316.
- NOVELINO, Marcelo. "Direito constitucional". São Paulo: Método, 2011.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 8ª ed. São Paulo: RT, 2011.
- OTTOBONI, Mário. *Ninguém é irrecuperável*. 2ª ed. ver. e atual. São Paulo: Cidade Nova, 2001.
- PACHECO, Denílson Feitoza. *Direito processual penal: teoria, crítica e práxis*. 6. ed. rev., ampl. e atual. Niterói, RJ: Impetus, 2009.

- Philips, A. 2012. 'List'. In C. Lury and N. Wakeford (eds), *Inventive Methods: The Happening of the Social*. London: Routledge, 96–109.
- Princeton, NJ: Princeton University Press. West, P. 2006. *Conservation Is Our Government Now: The Politics of Ecology in Papua New Guinea*. Durham, NC: Duke University Press.
- Problems. Malden: Blackwell, 3–21. do Amaral Filho, J. 2003. 'Reformas Estruturais e Economia Política dos Recursos Hídricos no Ceará'. Fortaleza, CE: SEPLAN-IPECE.
- Rabinow, P. 2009. *Marking Time: On the Anthropology of the Contemporary*. Princeton: Princeton University Press.
- RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2009.
- RANGEL, Paulo. *Investigação Criminal Direta pelo Ministério Público: Visão Crítica*. 3ª ed. rev. amp. e atual. de acordo com a decisão recente do STF: março de 2009. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- REIS, Alexandre Cebrian Araújo. GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Coordenador Pedro Lenza. *Direito processual penal esquematizado*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- ROMANO, Rogério Tadeu. Questões sobre execução da pena. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 19, n. 4178, 9 dez. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/32734>>. Acesso em: 05 jun 2015.

- Ruppert, E. 2012. 'The Governmental Topologies of Database Devices'. *Theory, Culture & Society* 29 (4-5): 116-136. doi:10.1177/0263276412439428.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 7ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- Simpson, L. D. 2003. 'Integrated Water Resources Management, Ceara, Brazil'. Washington, DC: World Bank.
- Sociological Review/Revue Africaine de Sociologie* 3 (2): 30-53. Strathern, M. 1996. 'Cutting the Network'. *Journal of the Royal Anthropological Institute N.S.*(2): 517-535.
- Strathern, M. 2014. 'Anthropological Reasoning: Some Threads of Thought'. *HAU: Journal of Ethnographic Theory* 4 (3): 23-37. Turner, V. 1995. *The Ritual Process: Structure and Anti-Structure*. New York: Aldine de Gruyter. Verran, H. 2001. *Science and African Logic*. Chicago: University of Chicago Press. von Schnitzler, A. 2016. *Democracy's Infrastructure: Techno-Politics and Protest after Apartheid*.
- STRECK, Lenio Luiz. Como assim "cada um analisa de acordo com seu convencimento"? Consultor Jurídico, 15 abril 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-abr-15/lenio-streck-assis-cada-analisa-acordo-convencimento>> Acesso em: 23 abr. 2016.
- TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar R. *Curso de Direito Processual Penal*. 11 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016.

TUCCI, Rogério Lauria. Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VASCONCELLOS. Vinicius Gomes de. O “Sistema Acusatório” do Processo Penal Brasileiro: Apontamentos Acerca do Conteúdo da Acusatoriedade a partir de Decisões do Supremo Tribunal Federal. In: Revista Direito, Estado e Sociedade, 17 de fevereiro de 2016. p. 199/200. Disponível em: < <http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/artigo08n47.pdf> > Acesso em: 23 abr. 2016.

A construção e a desconstrução da morte como homicídio no tribunal do júri: a mobilização da legítima defesa em processos envolvendo policiais militares em Salvador-BA

Fernando Santos da Silva

Introdução

No ano de 2016 foram registrados 4.222 civis mortos por foças policiais no país. Um crescimento de 25,8% em relação a 2015, sendo que 21.892 pessoas perderam suas vidas especificamente em ações policiais entre 2009 e 2016. Esse tipo de violência acomete um perfil de pessoas específicas, haja vista que 99,3% são homens, 81,8% têm entre 12 a 29 anos, e 76,2% são negros. (FBSP, 2017)

Na literatura especializada foram encontradas obras que tratam do sistema de justiça criminal, tribunal do júri e letalidade policial, alguns de maneira mais direta, outros de forma tangencial.

A presente pesquisa objetiva, a partir da análise de processos judiciais que tramitaram no Tribunal do Júri, na cidade de Salvador-BA, caracterizar as narrativas que constroem a morte de civis pela polícia como “homicídio” e as que reconstroem como “legítima defesa”.

O presente estudo insere-se no campo da pesquisa empírica em direito, recorre à abordagem qualitativa e utiliza como método a pesquisa documental (REGINATO, 2017). O *corpus* constitui-se de 4 (quatro) processos judiciais que tramitaram no tribunal do júri, sendo um sentenciado no ano de 2016 e os outros três em 2017, cujos réus eram policiais militares e a ação fora realizada durante a prática profissional.

A pesquisa se justifica pela existência de uma lacuna de estudos que façam a análise da temática numa interface entre o direito e as ciências sociais, no que se refere ao processamento de mortes decorrentes de ação policial, e as narrativas da construção do fato como homicídio e a reconstrução do mesmo fato em legítima defesa. Sendo assim, este trabalho busca contribuir como uma “gota” nesse “oceano” de estudos sobre o funcionamento do sistema de justiça criminal.

A realização deste trabalho decorre da monografia de conclusão do curso de Direito pela Universidade Federal da Bahia e está vinculada às atividades de iniciação científica do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica da Universidade Federal da Bahia (PIBIC-UFBA)⁶, desenvolvidas no

6. Edital PROPCI/UFBA 02/2017- PIBIC AF, cujo plano de trabalho: O Tribunal do Júri e as comunicações do sistema do direito sobre mortes de civis em ação policial militar: um estudo de sentenças judiciais proferidas em Salvador-BA/2015-2016.

Laboratório de Estudos Sobre Crime e Sociedade (LASSOS-UFBA), sob a orientação da Profa. Dra. Mariana Thorstensen Possas e tutoria da doutoranda Andrija Almeida.

Este trabalho está estruturado em 3 (três) seções. Na primeira, apresentamos uma revisão de literatura do tipo narrativa, não exaustiva, sobre as temáticas do sistema de justiça criminal, tribunal do júri e letalidade policial. Na segunda, expomos os esforços metodológicos para a realização da pesquisa, com foco nas ferramentas de coleta e análise de dados.

Na terceira seção, apresentamos os dados coletados e sua interpretação à luz da literatura sobre a temática.

1. O que se tem produzido sobre o tema: uma revisão narrativa das pesquisas sobre sistema de justiça criminal e letalidade policial

Apresentaremos uma revisão de literatura - não exaustiva - do tipo narrativa, levando em consideração as diversas construções teóricas e explicativas sobre as temáticas do sistema de justiça criminal, do tribunal do júri, e da letalidade policial, sob a perspectiva de uma interface das ciências sociais e do direito.

Lima, Misse e Miranda (2000), ao fazer uma revisão bibliográfica das ciências sociais sobre a violência, a criminalidade, a segurança pública e a justiça criminal, ressaltam a importância destas temáticas, de maneira crescente a partir da década de 1990. De forma direta ou tangencial esses estudos abordam a letalidade policial e o sistema de justiça criminal no Brasil, tema deste trabalho.

Nas ciências sociais, numa abordagem mais específica da ciência política, Sadek (2002) faz um apanhado histórico da construção do poder judiciário a partir do advento do Estado moderno e a sua relativa dependência e apagamento frente

aos poderes executivo e legislativo, bem como do sistema de justiça brasileiro e de como este foi se tornando mais complexo ao longo dos anos, e a urgência de estes fenômenos serem estudados por cientistas sociais e juristas conjuntamente.

Considerando o sistema de justiça sob a ótica das ciências sociais, Sadek e Oliveira (2012) mapeiam trabalhos que se basearam para a sua realização em metodologias empíricas de pesquisa, utilizando como fonte de dados os anais dos congressos da Associação Nacional de Pós-Graduação em Ciências Sociais (Anpocs) e a plataforma de periódicos nacionais do Scielo.

No campo do sistema de justiça criminal, dentre as diversas abordagens de análise, encontramos estudos sobre a análise de fluxo, sobre a produção decisória relacionada ao crime de homicídio e ao processamento desse crime. Ribeiro (2010) aponta os tipos de métodos do estudo de fluxo, sua importância e dificuldades para sua realização.

Os estudos empíricos sobre o sistema de justiça criminal concluem a partir da análise de dados sobre os crimes de homicídios, que há seletividade por parte do sistema em relação a determinados grupos sociais, consoante as pesquisas Debert, Lima e Ferreira (2008), de Ribeiro (2010) e Vargas (2014).

Vale ressaltar que tanto Ribeiro (2010) como Vargas (2014) chamam atenção para a interligação das instituições que fazem parte do sistema de justiça criminal, de modo que Ribeiro (2010) trata das “conexões” entre os atores e Vargas (2014), como “sistema como frouxamente integrado”.

Misse e colaboradores (2013) fazem análise do sistema de justiça criminal, na qual observa como as mortes que decorrem de atuação policial são processadas no sistema de justiça da cidade do Rio de Janeiro.

Zaccone (2015) investiga por meio da análise processamento dos “autos de resistência” pelo sistema de justiça criminal, a existência de uma política pública que enseja um

massacre sistêmico a partir das ações policiais voltadas para o extermínio de nacionais construídos como inimigos.

A pesquisa de Zaccone (2015) dialoga com a de Misse et al (2013) ao analisar de maneira sistemática os autos de resistência da cidade do Rio de Janeiro, bem como no compartilhamento de resultados empíricos.

A tese de Jesus (2016) propõe uma discussão sobre o sistema de justiça criminal em relação às verdades jurídicas produzidas tanto no inquérito policial, como nas várias formas do processo judicial. Para tanto, utiliza a obra *As verdades e as formas jurídicas* de Michael Foucault, para analisar as formas jurídicas no campo do direito penal.

Dentro do sistema de justiça criminal, ressaltamos os estudos referentes ao tribunal do júri. Adorno (1994), bem como Debert Lima e Ferreira (2008), analisando o tribunal do júri de São Paulo, apontam para aspectos simbólicos e morais como predominantes na atuação da promotoria e da defesa no convencimento dos jurados em sessão de julgamento.

As pesquisas realizadas por Schiritzmeyer (2012; 2014) chamam atenção para papel do jurado, desde sua escolha, com benesses que aproximam pessoas a realizarem este ofício, bem como obrigações. Levando em consideração aspectos mais gerais em relação ao tribunal do júri, para a autora, o júri pode ser apresentado como jogo, ritual, teatro e narrativa.

Na antropologia, Corrêa (1983) é uma das primeiras autoras a trabalhar com o processamento de homicídios envolvendo mulheres, a partir do exame de processos datados do período entre 1952 e 1972, em Campinas. É feita uma análise detalhada desses processos criminais e de todas as etapas que o constituem, levando em consideração também os discursos dos envolvidos. A autora lança mão também do simbolismo, de modo que a morte é transformada em uma fábula, manipulada pelos advogados, promotores e juízes. No presente

estudo, importa como objeto os estudos sobre a letalidade policial no tocante ao processamento pelo tribunal do júri.

Os estudos da literatura especializada sobre violência policial apontam para as mais diversas abordagens sobre a temática: as que levam em consideração a violência policial em determinados lugares e contra determinados tipos de pessoas, as que procuram entender os aspectos históricos e sociais da polícia, análises institucionais, as que individualizam o policial analisando sob uma perspectiva isolada do resto da instituição, dentre outras. (CASTELO BRANCO, NATAL e UBAS, 2015)

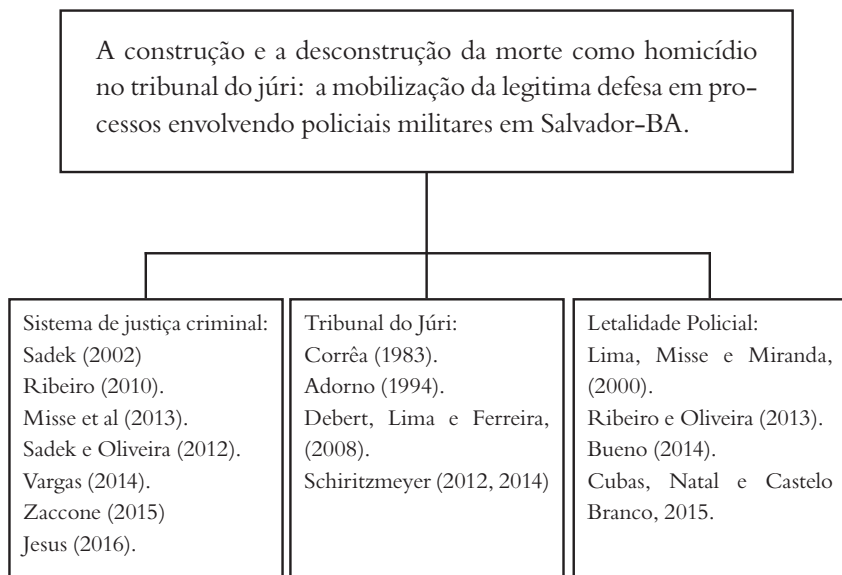
Bueno (2014) analisa o padrão do policiamento na nova Constituição após a ditadura militar que foi marco por métodos truculentos e arbitrários, apontando para uma mudança mais formal do que material. Ademais a autora salienta as dificuldades da mensuração empírica da letalidade policial, apontando os critérios que geralmente são utilizados.

O estudo de Ribeiro e Oliveira (2013) revela outro tipo de violência policial que não a letal, de modo a mensurar as violências verbais e físicas perpetradas pela polícia militar em face das ocasionadas por civis, dentro do marco conceitual de um Estado de Direito.

Apesar da complementaridade dos estudos da literatura especializada sobre o tema da letalidade policial, sistema de justiça criminal e tribunal do júri, verificou-se que há lacunas sobre a caracterização da morte de civis perpetrada pela polícia militar, sobretudo de caráter mais específico, com o enfoque no tribunal do júri. Desse modo, a referente pesquisa figura nessa lacuna, através de pesquisa empírica qualitativa, situando-se na interface entre a sociologia e o direito, visando contribuir ainda que minimamente para a produção científica acerca da temática.

A revisão de literatura aqui exposta pode ser visualizada no mapa de literatura representado na Figura 1 a seguir.

Figura 1- Mapa de literatura.



Fonte: Autoria própria.

2. Métodos e técnicas

O presente estudo insere-se no campo da pesquisa empírica em direito, recorre à abordagem qualitativa e utiliza como método a pesquisa documental (REGINATO, 2017).

Em relação à coleta de dados, selecionamos 4 (quatro) processos criminais que estavam em meio digital, de casos envolvendo morte de civil por policiais militares em serviço que entraram no sistema de justiça como homicídio, e tiveram ao seu fim a absolvição sumária com escopo na exclusão de ilicitude da legítima defesa.

Por questões éticas, não identificaremos os profissionais que nos ajudaram no acesso aos processos, bem como pre-

servaremos sob confidencialidade a numeração dos autos e os nomes dos sujeitos.

Após a coleta dos quatro processos judiciais, de cujas peças digitalizadas fizemos download e arquivamos em pastas do computador, procedemos à análise. Nas diversas etapas da análise, foram feitas leituras para reconhecer o objeto, leitura mais minuciosa de cada documento, bem como identificação de elementos necessários ao exame do objeto e elaboradas as categorias norteadoras para construção da grade de análise.

Destarte, com o preenchimento da grade de análise, passamos a observar os seguintes aspectos das narrativas do homicídio e da legítima defesa: a) quem são os atores? Quais as ações destes atores? Quais objetos são encontrados no local do crime? O que se fala do local do crime e quem fala? Qual o lastro probatório presente em ambas as narrativas?

A interpretação dos dados fora feita à luz da literatura especializada, correlacionando-a ao objetivo do estudo. Com isso, se observou a centralidade da narrativa constante tanto na construção do fato como homicídio e na legítima defesa, identificando os principais argumentos e sentidos das expressões utilizadas, bem como sua fundamentação.

3. A profecia autorrealizável na construção da legítima defesa: interpretando os dados

A morte provocada por agentes policiais em operação tramitam no tribunal do júri, consoante competência atribuída pela Constituição Federal de 1988, art. 5º, XXXXVIII, para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida. Com isso, o Código de Processo Penal regula o procedimento do tribunal do júri nos artigos 406 a 497.

O procedimento especial do tribunal do júri é bifásico. A primeira fase é conhecida como fase da formação da culpa ou

sumário de culpa. Esta fase ocorre exclusivamente perante o juiz togado, e se reconhece ao Estado o direito de submeter o acusado ao julgamento perante o plenário do júri. Nesse sentido, a primeira fase é praticamente idêntica ao procedimento ordinário, culminando ao final na sentença de pronúncia, impronúncia, absolvição sumária ou desclassificação.

A decisão que faz com que o procedimento siga para a segunda fase, onde os réus são julgados pelos jurados é a de pronúncia. Os processos analisados não passaram para a segunda fase do procedimento do tribunal do júri, pois houve absolvição sumária dos réus fundamentada na legítima defesa (art. art. 23, II, do CP).

Analisaremos os dados empíricos de maneira a identificar as narrativas que constituem um fato da vida, aqui representada pela morte, em um fato jurídico, primeiramente enquadrado em “homicídio” e posteriormente em “legítima defesa”, tendo como autores policiais militares em Salvador-BA.

Na construção do fato como homicídio, temos como fonte exclusiva a denúncia do Ministério Público, na qual aparecem como autores (1) os “denunciados”, que são os policiais militares, (2) o morto ou ferido, classificado como “vítima”, “indivíduo”, ou ainda como “vulnerável”.

As ações dos policiais militares são descritas como “livres e conscientes, com a união de desígnios e intenso *animus necandi*” de maneira que “deflagraram disparos de arma de fogo”, “agindo de forma totalmente desproporcional”, “executando sumariamente a vítima” ou ainda “assumindo o risco de produzir o evento morte”.

No que se refere às ações do morto este aparece, sempre “em fuga” e “em confronto” com os policiais militares, mas posteriormente se diz que a vítima estava em situação de “vulnerabilidade”, “indefeso” e “rendido”.

O instrumento utilizado para causar a morte, em todos os casos, foi a arma de fogo. O laudo cadavérico aparece como principal comprovação da morte (consumação de um homicídio), e o laudo de exame de lesão corporal, no caso de tentativa.

Na construção da legítima defesa as narrativas são construídas pelos advogados e por várias instituições do sistema de justiça criminal: Polícia Militar, Judiciário e Ministério Público.

Em relação aos autores, os policiais militares são apresentados como “denunciados”, “acusados”, “prepostos da Polícia Militar”, “agentes de bons comportamentos”, “indiciados” e “réus”. Esses atores aprecem sempre praticando ações “em apoio à outra viatura”, “realizando incursão em apoio à outra guarnição”, ou que estavam em “troca de tiros”, “reviando a disparos”, bem como “reagindo à injusta agressão”.

Já os mortos são apresentados como “meliantes”, “delinquentes”, “elementos alvejados” “bandidos”, “elementos armados”, “contumazes na prática de delito”, “elementos em atitude suspeita” que basicamente “atiraram contra os policiais ao serem abordados”.

Dentre os atores, os policiais têm papel central em todo enredo, haja vista que são eles quem primeiramente apresentam o fato da vida, enquadrando-o em uma narrativa jurídica, bem como estarão presentes em todo processo, reforçando o argumento de legítima defesa.

O cenário possui como características serem locais onde possuem “intenso tráfico de drogas”, ser um “local perigoso”, onde “a criminalidade só vem crescendo”, com “registro de bando armado”, acompanhado também do nome formal do local, ou da proximidade de algum bairro vizinho, e da nomenclatura pela qual o bairro é vulgarmente conhecido pelos policiais, pela mídia e por habitantes da capital baiana.

Além das armas utilizadas para efetuar os disparos, dá-se ênfase ao fato de as armas que foram encontrados com

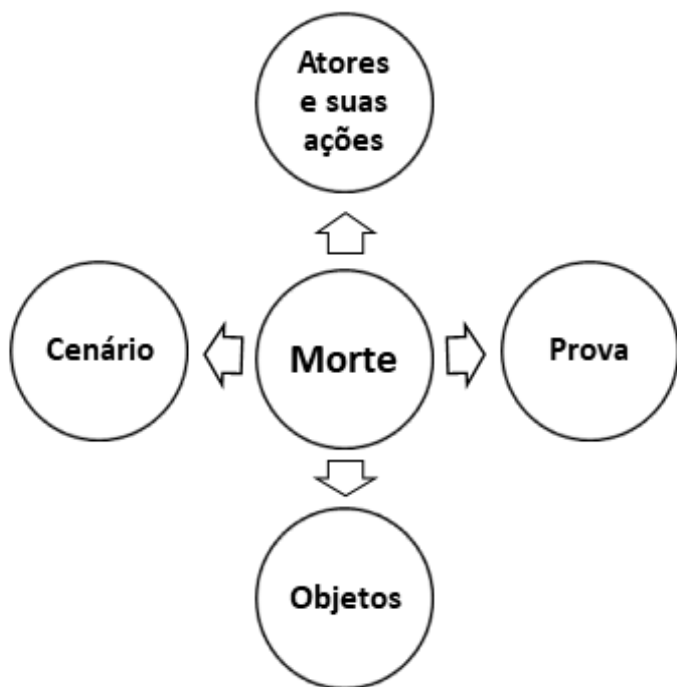
o morto estarem “municipiadas”. A certificação dos disparos é feita através da perícia realizada diretamente na arma que é apresentada pelos policiais militares, como sendo das vítimas.

Todo enredo possui como “lastro probatório” o depoimento das testemunhas as quais, no geral, são os próprios policiais que figuram no processo, o laudo de exame cadavérico ou laudo de lesões corporais, ficha disciplinar do acusado da morte, ficha policial do morto.

No que se refere à construção das narrativas de homicídio, a morte é o elemento central. A partir da morte é que se desenvolvem todos os outros elementos da narrativa, como os atores e suas ações, o cenário, o objeto utilizado para causar a morte, e o lastro probatório constitutivos do enredo.

A narrativa da morte como homicídio é conduzida pelo Ministério Público, a fim de demonstrar a desproporcionalidade da ação policial, a intenção de matar ou ainda assunção do risco de provocar a morte. É como se a partir da morte que se irradiassem os demais elementos narrativos, conforme esquematizado na Figura 1.

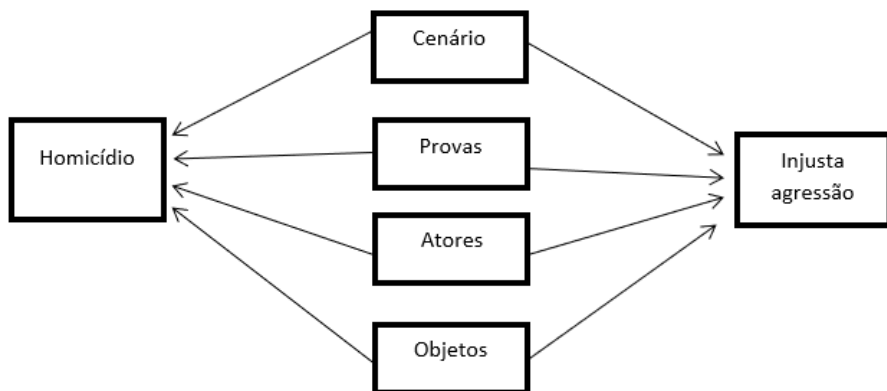
Figura 1- Componentes da narrativa na construção do fato como homicídio



Fonte: Autoria própria.

No caso da legítima defesa, o elemento central da narrativa é a “injusta agressão” sofrida pelos policiais militares, que “revidaram” contra os “bandidos”. Dito de outra maneira, o cenário, as provas, os objetos e atores são trazidos à narrativa para indicar o acontecimento da injusta agressão e, subsidiariamente, a morte, conforme Figura 2.

Figura 2- Elementos das narrativas do homicídio e da injusta agressão



Fonte: Autoria própria.

Dos processos analisados, levando em consideração a situação de confronto narrada como fundamento da legítima defesa dos policiais em relação aos suspeitos de crime, apenas em um caso houve ferimento em um dos policiais. Mesmo assim prevalece a versão de que os policiais estavam em perigo e por tal motivo acabaram por fazer vítimas letais.

Na construção da narrativa os policiais militares sempre acabam prestando socorro às vítimas que, após o final do confronto, são encontradas alvejadas com arma de fogo em mãos ou próxima ao corpo.

A explicitação dessa cena na narrativa policial, na qual corpos são encontrados no chão após o confronto, não dá conta de explicar, por exemplo, a quantidade de tiros e o local dos ferimentos nos corpos. Em um dos casos analisados, a vítima recebeu dez tiros, sendo dois nas costas. No processo, no entanto, não fica claro como isso aconteceu, qual foi a sequência de ações que tornaram esse resultado possível.

A cena descrita da versão policial é reproduzida pelo Ministério Público, pela defesa, e pelo poder judiciário na construção da verdade jurídica da legítima defesa. Não se questiona a ausência de descrição do confronto em si e não se exige mais do que essa imagem estática do final do confronto, com os corpos alvejados e caídos no chão.

Observamos uma regularidade na narrativa que é construída para indicar que os “marginais” atiraram antes dos policiais, pois estes foram “recebidos a tiros”, não podendo então agir de outra forma a não ser reagindo à “injusta agressão”. Podemos dizer assim que a utilização da expressão “recebido a tiros” funciona como senha para acionar a narrativa da injusta agressão.

Desde a versão contada pelos policiais militares na delegacia até a sentença prolatada pelo poder judiciário ao longo do processamento, a vítima é tida como “delinquente” ou “marginal”. De início não há nenhuma comprovação de que as vítimas já praticaram algum tipo de crime, mesmo assim são adjetivadas de forma negativa na versão policial.

Posteriormente, com o fito ratificar a versão de que são as vítimas infratoras da lei penal, é juntada a ficha de antecedentes criminais delas, deixando muitas vezes de se analisar as circunstâncias de sua morte, para focar em sua vida. Com isso, os achados empíricos desse estudo, dialogam com a pesquisa de Zaccone (2015, p. 164), de que muitas vezes as circunstâncias da morte são ignoradas, para dar lugar à vida pregressa do morto, de modo que “a construção do inimigo passa pelo perigo que ele representa em vida a legitimar sua própria morte”.

A legítima defesa dos policiais assente-se na desqualificação da vítima, fundamentada no que Misse (2013) denomina “carreira moral do morto” no sentido de se ressaltar que se tratam de pessoas “contumazes na prática de delito” e, portanto, moralmente perigosas e reprováveis.

Na construção da narrativa, verifica-se também a figura do *homo sacer*, que está na zona de exceção, tal como os inimigos do contrato social. O *homo sacer* se insere na dinâmica social, contudo não se enquadra no divino, mas consiste em uma vida que não se pode matar, apresentando uma aparente contradição, como os mortos decorrentes de ação policial letal. (MISSE et.al., 2013)

Desse modo, nos casos em análise o *homo sacer* é marcado tanto pelo lugar que ele está, ou seja, em local perigoso e onde ocorre frequentemente tráfico de drogas, bem como em relação à vida pregressa dele, que funciona como justificativa de sua morte.

Neste ponto, nos processos criminais examinados, as narrativas sobre a legítima defesa são bastante reiterativas em dizer que os policiais não só estavam em local perigoso como estavam dando apoio a outra guarnição que também estava “em perigo”, construindo um sentido de vulnerabilidade policial visto em todos os processos analisados.

Dessa forma, há uma antecipação do processo de incriminação do morto, vinculando a sua identidade à conduta criminosa, chamada por Misse et al (2013) de *sujeição criminal*.

Conforme Zaccone (2015, p. 109) “o poder de definição da legítima defesa pelo modo de vida da vítima, acaba por engendrar uma realidade que dispensa produção de provas quanto à legitimidade da ação policial”.

Nos processos analisados, verificamos dois inquéritos policiais civis e dois inquéritos policiais militares. Esses inquéritos são independentes, pois o inquérito policial militar só é instaurado para verificar crime militar. Contudo, na narrativa da polícia, seja no inquérito policial civil ou no inquérito policial militar, verificou-se que a versão da legítima da defesa é construída desde o início, ainda que não tenha havido nenhum tipo de apuração. No início da investigação

só temos a versão dos policiais, materialidade do corpo morto e posterior laudo de exame cadavérico.

Santos (2017), ao analisar os Inquéritos Policiais Militares (IPM) em Salvador no ano de 2015, caracteriza aspectos que sustentam a narrativa do IPM sob a perspectiva de “tríade da morte”: morto criminoso + reação policial + local de perigo. Para o autor, esta tríade concorre para o enquadramento do fato no tipo penal da legítima defesa.

No presente estudo, observamos que essa tríade também faz sentido se tomamos os argumentos utilizados para caracterizar a legítima defesa nos processos analisados. Contudo, nos casos estudados há uma indefinição em relação ao local exato do ocorrido, pois na maioria dos casos se verificou que o local da morte é nas “proximidades” de determinado bairro.

Em um dos casos analisados o local se torna a principal justificadora da morte. A narrativa enfatiza que se trata de lugar onde o tráfico de drogas é bastante intenso, onde existem “bandos armados” e diversas ocorrências reportadas ao disk denúncia da Polícia Militar. A defesa, por sua vez, chega a incluir nos autos em análise reportagens sobre a zona que tratam da violência.

Nos autos em análise sobre o caso que está sendo processado, deslocando o foco para uma suposta regularidade de que o lugar é “sempre perigoso” e que aquela “troca de tiros” apurada é apenas mais uma de tantas outras que ocorrem na localidade.

No estudo em tela, na narrativa da construção da morte como homicídio, se observa uma tríade distinta daquela proposta por Santos (2017), sendo um dos elementos modificado. De modo que aqui temos uma composição formada pelos seguintes elementos: morto criminoso + local perigoso + reação policial desproporcional. (Figura 5)

Figura 5- Tríade para composição da narrativa de homicídio



Fonte: autoria própria.

Com isso, mesmo que a narrativa seja para tratar do fato como homicídio, ainda há prevalência do enfoque no morto como criminoso, bem como do local como perigoso. A reação policial aqui é de maneira desproporcional, supondo que o policial poderia ter agido de outra forma que não a letal, interpretado como o excesso punível conforme o parágrafo único do artigo 23 do Código Penal.

Os achados empíricos de Santos (2017) também se repetem neste estudo no que tange ao campo semântico observado na narrativa dos “disparos”. Embora, estando presentes tanto na morte como homicídio e como legítima defesa, a depender da narrativa, esses disparos terão sentidos diferentes.

Em relação ao homicídio, os “disparos” têm intenção de alvejar para matar. Esse disparo tem como autores policiais. Em relação à legítima defesa, esses mesmos autores disparam contra suposto criminoso como forma de “revidar” a “injusta agressão”.

Dado início ao processo penal, ocorre a fase instrutória na qual são produzidas provas para o livre convencimento do juiz.

Os atores manipulam os fatos ao transformá-los em versões, sendo que cada um deles constrói o “fato” que melhor lhe convém. Essa “real”, “que é processado, moído, até que

se possa extrair dele um esquema elementar sobre o qual se constituirá um modelo de culpa e um modelo de inocência”. (CORRÊA, 1983, pag. 40)

Nos casos empírico objeto deste trabalho a única instituição do sistema de justiça criminal atuante no processo que contou o fato como homicídio - o MP, se convenceu do contrário ao longo da instrução processual, pedindo a absolvição nas alegações finais. Curioso notar que em relação ao lastro probatório, continua o mesmo que lastreou o pedido de condenação por homicídio. Isto porque a maior parte dos casos foi decidida apenas pelo depoimento policial.

Após receber as alegações finais, o juiz elabora a sentença analisando todo o conjunto probatório, anunciando a verdade jurídica a respeito de cada caso. Vigem aqui o princípio do livre convencimento motivado, segundo o qual o juiz, ainda que tenha liberdade ampla na valoração das provas que estão nos autos, as quais têm abstratamente o mesmo valor.

Conforme Jesus (2016), existe uma polissemia em torno do que é considerado “prova” no processo penal, de modo que algumas vezes é analisada como indício, havendo valoração deste indício como “prova fraca” e hierarquizando na prática as provas produzidas nos autos.

As sentenças nos casos analisados são justificadas tendo como “provas”, em sua totalidade, o depoimento dos policiais seja em sede de inquérito ou de instrução processual.

Com isso, muito se fala da prova nas sentenças dos processos em comento, com expressões do tipo “consoante apurado”, “elementos concretos”, “cabalmente demonstrado”, mas o que se verifica nos processos para a prolação da legítima defesa é exclusivamente o depoimento dos policiais.

O laudo cadavérico, que inicialmente é comprovação da morte e da desproporcionalidade da ação policial para

contar o caso como homicídio, passa a ser desqualificado para embasar a legítima defesa.

Após analisar todas as provas, espera-se que o juiz enuncie a verdade jurídica por meio da sentença, de maneira imparcial entre a acusação e a defesa. No entanto, de acordo com Jesus (2016, p. 73), “a verdade jurídica é o resultado de uma série de filtros, disputas, negociações, seletividade, etc, reunindo uma série de discursos agregados ao longo de todo processo”. Nos casos analisados, a verdade jurídica é explicitada com a absolvição sumária dos acusados, acolhendo a versão da polícia e narrando o fato como legítima defesa.

Considerações finais

Após a análise dos processos judiciais se observou muita relação entre os resultados empíricos apontados por Misse et al (2013), Zaccone (2015) e Jesus (2016), no tocante às narrativas encontradas para a construção da morte como homicídio e a posterior transformação do mesmo fato em legítima defesa.

A construção da morte como legítima defesa é amparada em três elementos principais: morto criminoso, injusta agressão e local perigoso. O elemento central dessa narrativa é a “injusta agressão” sofrida pelos policiais militares, que apenas “revidaram”, contra os “bandidos”. Dito de outra maneira, o cenário, as provas, os objetos e atores são trazidos à narrativa para indicar o acontecimento da injusta agressão e, subsidiariamente, a morte.

No que se refere à narrativa do homicídio, o elemento central é a morte amparada, sobretudo, na tese de desproporcionalidade ação polícia. Há enfoque também vulnerabilidade da vítima e de que ela já estaria rendida, o que não justificaria o uso da arma de fogo pelos policiais.

Nos processos em análise neste estudo, os casos de mortes de civis por policiais denunciados como homicídio qualificado, sendo três dos casos pela qualificadora por provocar perigo comum e um deles por impossibilidade de defesa da vítima.

As circunstâncias da morte foram pouco exploradas em detrimento da “vida criminoso” do morto. Em um dos casos analisados o laudo cadavérico concluiu que a vítima recebeu dez tiros, sendo dois pelas costas. Contudo, este fato foi pouco explorado durante a instrução processual e na sentença proferida pelo magistrado.

Nesse sentido, há ponto importante de interseção destes achados com os resultados descritos nos estudos de Misse et al (2013) no tocante a atenção que é dada à “carreira moral do morto”, de Zaconne (2015) sobre a figura do *homo sacer*, e de Jesus (2016) na análise das narrativas na produção da verdade jurídica no processo judicial.

Podemos perceber analisando o material empírico que, no caso da legítima defesa, a ênfase é dada na injusta agressão.

A análise do material empírico permitiu verificar a verdade jurídica foi produzida levando em consideração os depoimentos dos réus, a vida pregressa dos atores e o laudo cadavérico. Ainda assim, o laudo cadavérico é descaracterizado e rebaixado para servir de prova da ocorrência de uma morte, mas não se leva em consideração outros aspectos como a quantidade de tiros e o local que as vítimas foram alvejadas. Não há discussão sobre o confronto em si e as circunstâncias da morte.

Dessa forma, se percebeu a prevalência do discurso policial em relação ao evento morte, de modo que a verdade jurídica na sentença se mostrou uma confirmação da verdade policial em sede de inquérito policial.

Os resultados empíricos dessa pesquisa se aproximam da tríade tratada por Santos (2017), recepcionada pelo judiciário, de modo que “parece vigorar a ideia de uma profecia au-

torrealizável, na qual o que menos importa são os fatos, mas sim o que se espera dos fatos”. (ZACCONE, 2015, p. 182)

Com base nos resultados desse estudo, se percebe a necessidade de práticas voltadas para uma apuração mais precisa sobre as circunstâncias da morte em casos envolvendo a ação policial. A complexidade da temática precisa ser mais abordada sob a perspectiva de uma interface do direito com as ciências sociais para a melhor compreensão desse fenômeno social.

Referências

ADORNO, Sérgio. Crime, justiça penal e desigualdade jurídica: as mortes que se contam no Tribunal do Júri. **Revista USP**, São Paulo, n. 21, p. 132- 151, mar./abr. 1994.

BUENO, S. Letalidade na ação policial. In: LIMA, R. S.; RATTON, J. L.; AZEVEDO, R.G. de. **Crime, polícia e justiça no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2014.p.511-518.

CORRÊA, Mariza. **Morte em família: representações jurídicas de papéis sexuais**. Graal, 1983.

CUBAS,V.;NATAL,A.; CASTELO BRANCO,F. Violência policial: abordagens da literatura. In: KUCINSKI,B.[et.al.].(Orgs.).**Bala perdida: a violência policial no Brasil e os desafios para sua superação**. São Paulo: Boitempo,2015.p.103-109.

DEBERT, G.G.; LIMA, R.S.; FERREIRA, M.P.C. O tribunal do júri e as relações de afeto e solidariedade. In: DEBERT, G.G.; GREGORI, M.F.; OLIVEIRA, M.B. (Orgs.). **Gênero, família e gerações**: Juizado

- Especial Criminal e Tribunal do Júri. Campinas: Núcleo de Estudos de Gênero PAGU, 2008.p.111-141.
- JESUS, Maria Gorete Marques de. **‘O que está no mundo não está nos autos’**: a construção da verdade jurídica nos processos criminais de tráfico de drogas. 2016. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo.
- LIMA, R. K.; MISSE, M.; MIRANDA, A.P.M. de. Violência, criminalidade, segurança pública e justiça criminal no Brasil: uma bibliografia. **Revista Brasileira de Informação Bibliográfica em Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, n.50, p.45-123, 2000.
- MISSE, M. et al. **Quando a polícia mata**: homicídios por autos de resistência no Rio de Janeiro (2001-2011). Rio de Janeiro: NECVU/BOOKLINK, 2013.
- REGINATO, A.D.de A. Uma introdução à pesquisa documental. In: MACHADO, M.R. **Pesquisar empiricamente o direito**. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017.p.189-223
- RIBEIRO, L.M.L. A produção decisória do sistema de justiça criminal para o crime de homicídio: análise dos dados do estado de São Paulo entre 1991 e 1998. **Dados**: Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, v.53, n.1, 2010, p.159-193.
- RIBEIRO, L.M.L.; OLIVEIRA, V.C. Quando o Estado é o perpetrador da violência: Uma análise das vitimizações ocasionadas pela Polícia Militar. **Latitude**, Maceió, v. 7, n.2, p. 219-243, 2013.
- SADEK, M.T.A.; OLIVEIRA, F. L.de. Estudos, pesquisas e dados em Justiça. In: OLIVEIRA, F.L.de. (Org.).

Justiça em foco: estudos empíricos. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012.p.15-61.

SADEK, Maria Tereza. Estudos sobre o sistema de justiça. **O que ler na ciência social brasileira**, v. 4, p. 233-265. Brasília: ANPOCS, 2002.

SANTOS, Ivan Motta. **Reagindo contra ‘elemento’ em local de risco:** um estudo sobre narrativas de morte de civis em inquéritos policiais militares. 2017. Trabalho de conclusão de curso de especialização. Universidade Federal da Bahia.

SCHRITZMEYER, A.L.P. Tribunal do júri. In: LIMA, R. S.; RATTON, J. L.; AZEVEDO, R.G. de. **Crime, polícia e justiça no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2014.p.427-435.

SCHRITZMEYER, A. L. P. **Jogo, ritual e teatro:** um estudo antropológico do tribunal do júri. São Paulo: Terceiro Nome, 2012. 296 p.

VARGAS, J.D. Fluxo do sistema de justiça criminal. In: LIMA, R. S.; RATTON, J. L.; AZEVEDO, R.G. de. **Crime, polícia e justiça no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2014. p.427-435.

ZACCONE, O. A judicialização da morte nos autos de resistência. In: _____. **Indignos de vida:** a forma jurídica da política de extermínio de inimigos na cidade do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Revan, 2015.p.141-205.

Cidades sitiadas: o crescimento das facções criminosas no Brasil e propostas de políticas de segurança pública implementadas pelo Estado do Ceará

Natália Pinto Costa e Mateus Natanael Targino Maurício

Introdução

Há uma aparente sensação de que estamos sitiados. Por um lado, um Estado que parece ausente. Por outro, grupos criminosos, que surgiram por diferentes motivos, mas que aumentam as suas fronteiras de poder, dominando os espaços públicos e também privados. E no meio desta guerra, a população que se vê aterrorizada.

É, pois, sobre as facções criminosas, seu crescimento e as formas que o Estado brasileiro tem buscado para combatê-

-las que este trabalho se propõe a discutir. Para isso, perpassa sobre o histórico de tais agrupamentos, inclusive sob uma ótica de direito comparado, tratando ainda sobre o “estado de coisas inconstitucionais”, a nordestização da violência e as novas políticas públicas de combate a este tipo de violência, como o Programa Ceará Pacífico implementado pelo Ceará.

1. Criminalidade organizada e o surgimento de facções criminosas

Ao tratar da temática em torno do crime organizado e as então denominadas facções é comum fazer-se uma associação do crime organizado como uma tentativa de criação de um estado paralelo, isto é, dispõe-se de regras próprias, bem como execuções rápidas e violentas e julgamentos internos, tudo de forma a substituir os três poderes estatais, de criar as leis, executá-las e julgá-las. (OLIVEIRA, 2007)

Entretanto, ao analisar a realidade brasileira, nota-se que é uma atenuação classificar esses grupos criminosos apenas como entidades paralelas ao estado, pois é possível constatar que grandes partes desses grupos surgem dentro das próprias prisões brasileiras e isso em razão da omissão do Estado, logo, é possível ver essa interação das facções com instituições oficiais como os estabelecimentos prisionais.

É impreciso determinar efetivamente quando esse tipo de crime organizado implantou-se no território nacional. Existem diversas teorias, entretanto é impreciso eleger uma data específica, isto em razão de a criminalidade manifesta-se de maneira distinta a depender do âmbito territorial, espacial e temporal, estando presente em todas as sociedades, devendo ser tratado como um fato social.

Alguns estudiosos, tais como Oliveira (2007), associam a criação dos morros na cidade do Rio de Janeiro como um

dos fatores colaboradores para a efetivação do crime organizado no Brasil, além das omissões de políticas públicas juntamente com a marginalização social nessas localidades, tornando-se um ambiente propício para o surgimento dessa nova categoria de associações criminosas.

Além destas áreas de grande marginalização, percebe-se que a proliferação das facções tornou-se habitual dentro dos estabelecimentos prisionais, é sabido que o sistema carcerário brasileiro sofre de diversas maneiras, seja em razão do encarceramento em massa, falta de estrutura dos próprios estabelecimentos- fato que ficou evidenciado com as rebeliões de 2016 e 2017, além de a violência policial ser utilizada como fonte de combate à criminalidade.

O cárcere brasileiro encontra-se longe de ser uma instituição ressocializadora, a situação precária dos estabelecimentos favorecem a reincidência bem como já mencionado tornando-se palco para a proliferação das facções, com a violação generalizada dos direitos desses detentos, ondas de violência, além da ausência de um poder regulamentador efetivo é que os indivíduos acabam se unindo com o intuito de sobrevivência.

O papel do estado seria assegurar a mínima ordem dentro desses estabelecimentos, o que atualmente não é uma realidade, uma vez que se percebe que dentro dos estabelecimentos prisionais os detentos são separados de acordo com as facções a qual integram e a possível união de detentos rivais podem causar eventos extremamente violentos. Com essa ilustração nota-se a ausência do poder estatal e a fragilidade do governo perante esses apenados.

Pode-se, dentro da teoria do filósofo político inglês Thomas Hobbes, encontrar possíveis respostas da justificção desses detentos assumirem uma postura mais ativa frente à negligência que sofrem do estado, pois para o teórico é necessário à criação de um governo com autoridade absoluta

para garantir a preservação da humanidade, pois, os seres humanos são naturalmente egoístas, autodestrutivos e que pode levar a humanidade aos caos, a destruição, portanto, a autoridade de capaz de conter essas pessoas destrutivas é indispensável. Hobbes (1983, p.46), afirma que:

Com isto se torna manifesto que, durante o tempo em que os homens vivem sem um poder comum capaz de os manter a todos em respeito, eles se encontram naquela condição a que se chama guerra; e uma guerra que é de todos os homens contra todos os homens.

Ou seja, a ausência de um poder comum e coercitivo o estado natural do homem é entrar em guerra uns contra os outros, justamente para evitar esse estado de violência perpétua é que os homens tendem a unissem no intuito de sobrevivência, pois apesar das inúmeras garantias estabelecidas aos presos na lei de Execução Penal (arts. 40 a 43, da Lei n° 7.210/84), suas finalidades não são cumpridas, assim como diversos outros diplomas legais que no plano da eficácia encontra alguns óbices.

2. O Estado de coisas inconstitucional

Outrossim, além da baixa ineficácia da lei de execução penal, a desestruturação e precariedade, superlotação, violência intensa dentro dos estabelecimentos prisionais, estes são alguns dos fatores que corroboraram para a decretação do estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

É necessário compreender o que é o Estado de Coisas Inconstitucional (EIC) para assimilar as consequências de seu reconhecimento no âmbito do sistema carcerário, o termo foi desenvolvido na Corte Constitucional da Colômbia

(CCC). Foi decretada pela primeira vez em 1997, na Sentença de Unificação n. 559, tratavam-se ações protocoladas pelos professores em razão de terem seus direitos previdenciários negados pelas autoridades locais, a partir de então a Corte passou a investigar casos em que acontecia uma violação de direitos fundamentais em razão de uma omissão.

Segundo Ferreira e Araújo (2017), existem dois casos bastante emblemáticos envolvendo a temática e sua aplicação pela Corte gira em torno do sistema carcerário e do deslocamento forçado de pessoas em razão da extrema violência. Este último exemplo, decorreu em razão do temor gerado na população pelos grupos armados Forças Armadas Revolucionária da Colômbia (FARC), mais de 1000 famílias migravam para outros lugares da Colômbia para refugia-se junto com seus familiares dos ataques do grupo em questão.

Sobre o sistema carcerário, foi reconhecido por meio da sentença T. 153/1998 (2018,online) a superlotação, a violação de direitos fundamentais de natureza geral, as péssimas condições de higiene que se tornava uma afronta à dignidade da pessoa humana, a Corte em seus estudos empíricos chegou a mencionar a situação da Penitenciária de Bela Vista, que sua superlotação chegou a obrigar presos a dormir no banheiro que ocasionou em diversas doenças dermatológicas.

No transcórper do estudo foram constatadas situações precárias em diversas penitenciárias do país, em busca de soluções a Colômbia realizou atividades conjuntas com o Poder Judiciário, Ministério de Justiça entre outros órgãos como Instituto Penitenciário Nacional e Carcerário (IPNEC).

Diante disto, pode observar que o Estado de Coisas Inconstitucional compreende violação de direitos fundamentais de maneira massivas, bem como omissões e em algumas situações problemas estruturais também, isto em um primeiro plano. No segundo plano segundo a jurisprudência

da Corte Interamericana de Direitos Humanos (IDH) envolve presídios e o sistema carcerário de maneira ampla, que determinou diversas medidas provisórias em relação ao Brasil, como por exemplo, envolvendo a Penitenciária de Pedrinhas, onde ocorreu uma sangrenta rebelião em 2014 em razão do encarceramento em massa, em que ocorreram decapitações, violência contra agentes policiais, diversos tipos de tortura e até mesmo a queimada de ônibus na cidade por meio do comando de presos, a corte determinou que algumas medidas, entre elas: (i) identificar e responder de maneira efetiva às causas que permitem o tráfico de armas no interior do centro penitenciário, bem como os conflitos entre facções criminosas rivais pelo controle da distribuição de drogas; (ii) elaborar e implementar um plano de emergência para os reclusos portadores de doenças contagiosas e tomar medidas para evitar a propagação dessas doenças; (iii) adotar medidas para garantir a segurança dos visitantes e das demais pessoas que se encontram no complexo penitenciário. (RESOLUÇÃO...2014, *online*)

Em 2015 na liminar da Ação de Descumprimento Fundamental- ADPF, 347 o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Marco Aurélio importou a teoria da Colômbia e decretou o Estado de Coisas Inconstitucional do sistema carcerário brasileiro. Apesar do estado de coisas inconstitucional ter sido reconhecida apenas em 2015, as violações aos presos no sistema penitenciário é mais antigo, além do citado caso de Pedrinhas, temos rebeliões que datam anos 60,70. Um dos mais famosos, que gerou até livro, foi o então denominado Massacre do Carandiru que ocorreu no dia 2 de Outubro de 1992, que foi uma resposta policial para a rebelião que acontecia no pavilhão 9 do da Casa de Detenção do Carandiru, que teve a execução de 111 presos, tornando-se o um dos maiores massacre dentro do sistema prisional brasileiro. Mas não seria o último.

3. Recentes massacres dentro dos presídios brasileiros: guerra entre facções, guerra contra o Estado

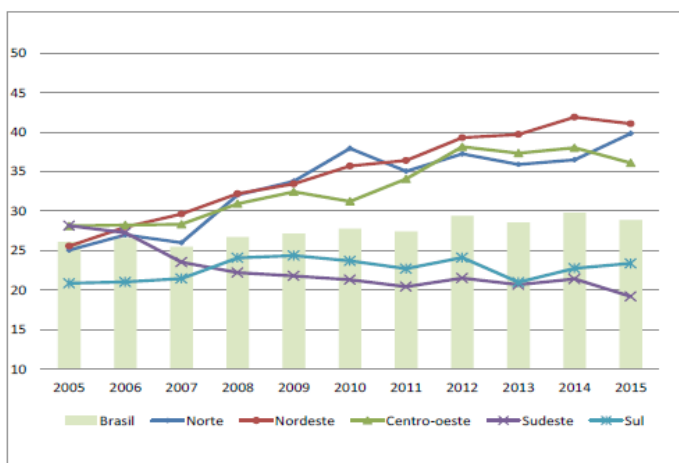
Entretanto, nos anos de 2016 e 2017 destacou-se que a violência é um dos pilares que sustenta o sistema implantando dentro das penitenciárias, logo no primeiro dia do ano de 2017, por meio das redes sociais e os meios de comunicação tomou-se conhecimento da rebelião no Complexo Prisional Anísio Jobim em Manaus, onde em 17 horas pelo menos 60 presos foram executados e 87 fugiram, os conflitos entre duas facções criminosas o Primeiro Comando da Capital (PCC) de São Paulo e a Família do Norte (FDN) do próprio Amazonas, ainda no mesmo mês de Janeiro, mais especificamente no dia 14, ocorreu à rebelião na Penitenciária Estadual de Alcaçuz, localizada no Rio Grande do Norte, em Nísia Floresta, o motivo da rebelião também foi por briga de facções rivais, assim como em Anísio Jobim a rebelião em Alcaçuz aconteceu de maneira bastante sangrenta e com a decapitação de algumas cabeças dos presos no transcorrer dos confrontos.

Esse retrato desgovernado mostra a crise da segurança pública em nível nacional no Brasil, pois, em apenas no primeiro mês do ano de 2017, ocorreram dez rebeliões em pelo menos oito estados, que levou a morte de mais de 130 presos. As formações das facções e o seu poder dentro dos estabelecimentos prisionais demonstram a fragilidade do Estado, pois, não conseguem impedir o surgimento dessas entidades, além de não conseguir prevenir os seus combates, as pessoas dentro das penitenciárias são divididas de acordo com as facções que pertencem, caso não a violência seria incontrollável. Hobbes (1983) afirma que existem, três causas que levam o homem à guerra e estes são: competição, desconfiança e glória, no que se refere às duas primeiras, são possíveis características que

podem ser aplicadas no caso em estudo, uma vez que esses grupos criminosos se rebelam como sequela da competição ou da desconfiança entre os integrantes de facções rivais:

Rivalidades se articulam em torno de facções com estruturas verticais, que disputam mercado com seus competidores, investem em armamentos e estabelecem relações clientelistas e de ameaças com a população local, sujeitas às incursões armadas por parte da polícia que as tratam como cúmplices do tráfico. (Manso; Dias, 2017, online)

Nota-se que a violência e a guerra de facções encontram-se presente em todos os estados do território nacional, entretanto, os dados apontam que ocorreu uma redistribuição de violência ao analisarmos os números das taxas de homicídios distribuídas por estados. Ao analisar o atlas de violência de 2017, organizada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) pode-se chegar à conclusão de que ocorreu a “nordestização” da violência, como mostra os gráficos a seguir:



Fonte: Mapa da violência 2017

Os estudos tiverem como base os anos de 2005 a 2015 e durante este período a variação da taxa de homicídios no Rio Grande do Norte aumentou em + 232,0 % e - 44, 3 % em São Paulo, tendo aumento também em outros estados do Nordeste como no Sergipe (+ 77,7 %), Piauí (+ 54,0 %) e Maranhão (+ 52,8 %).

Ou seja, ao analisar os dados acima, conclui-se que durante o mesmo período em que os índices de homicídios aumentaram na região nordeste ocorreu uma queda na região sudeste. As grandes facções que possuem abrangência nacional são dos estados de São Paulo e Rio de Janeiro, percebe-se que nestes estados o número de homicídios não é tão crescente quanto no Nordeste.

3.1 O caso emblemático do Estado do Ceará

Os números de homicídios podem revelar que as implantações dessas facções bem como o surgimento de facções locais aconteceram de maneira violenta. No estado do Ceará o ciclo de ações e reações desses grupos tem proporções profundas, tornando a capital cearense como uma das mais violentas do Brasil.

O discurso sobre crime, criminalidade, vítima e autor tomam algumas especificidades a depender da região estudada em uma análise de estudo comparado, percebe-se que as características da violência urbana no estado do Ceará muito se assemelham com as Maras e Padilhas que se encontram presentes na América Central em países como Honduras, El Salvador e Guatemala. Conforme Correa (2015) esses grupos são gangues juvenis formadas em sua grande maioria por jovens do sexo masculino, estes membros compartilham identidades análogas, territórios comuns e desenvolvem gí-

rias próprias que os identificam, tendo o domínio de um território próprio como fundamento para todas as suas ações, que variam desde o narcotráfico a homicídios.

Pode-se apontar como um do comum entre as facções atuantes no Ceará e as Maras e Padilhas é a forma violenta que se utilizam para expulsar rivais e expandir seus negócios, assim como essas gangues acabaram gerando um aumento no número de homicídios nos países onde atuavam, no estado do Ceará e principalmente na capital alencarina que se tornou palco de diversas chacinas é apenas crescente o número de vítimas dessa violência.

Assim como no Brasil as cadeias dos países em estudo acabam servindo como local de recrutamento para novos membros, ou seja, tanto as formas de aliciamento como a maneira pela qual essas gangues juvenis atuam muito se assemelham com as facções brasileiras. Além das facções atuantes a nível nacional PCC E CV, têm-se ainda facções locais atuando na capital cearense, entre elas podemos mencionar a Guardiões do Estado (GDE), que se manifestam de maneira mais violenta, que possuem a crueldade como marca identificadora além de buscar aliciar membros com perfil específicos, e esse é: jovens do sexo masculino, como dito anteriormente ser a maioria dos membros das Maras e Padilhas.

As violências produzidas por estas facções que tanto foi mencionada ao transcorrer do texto, no estado do Ceará exteriorizam-se de maneira distinta, pois se analisar-se os dois últimos anos, 2016 e 2017, assim como os primeiros meses do ano de 2018, percebe-se que a briga de território e poder entre facções rivais se exteriorizam por meio de chacinas.

No ano de 2018, podemos citar a título exemplificativo as chacinas que aconteceram no bairro de Cajazeiras que deixou 14 mortos e seis feridos no dia 27 de Janeiro de 2018, sendo registrada como umas das maiores do estado teriam ligação

entre briga entre as facções assim como a chacina que ocorreu na cidade de Itapajé, dentro da cadeia pública, no dia 29 de Janeiro também de 2018, registrou a morte de 10 presos, tendo também como estopim a briga de facções. Ambas as chacinas conseguem demonstrar a ineficácia de políticas de segurança pública que combatam especificamente atuação desses grupos criminosos e as formas peculiares que demonstram poder, conforme Foucault (1979, p.45), quando as massas reconhecem alguém como inimigo, decidem o castigar com ideal distinto de justiça, de acordo com a maneira como foram lesadas e oprimidas, elas não se apoiam no Estado para impor suas decisões, é perceptível essa dinâmica díspar utilizada pelas facções.

Percebe-se a influência dessas facções e a falha do estado quando estes grupos teriam celebrado uma possível “pacificação” e os dados divulgados pela Secretária de Segurança Pública e Defesa Social (SSPPS) do Ceará, relatam que ocorreu em janeiro de 2016 uma queda de 50% de homicídios em relação ao mesmo período no ano anterior.

Estes dados são reflexos da autoridade estabelecida por esses grupos, era possível presenciar em diversos bairros, como no do Mondubim no transcorrer do período em que a “pacificação” vigorava diversas pichações como frases semelhantes a esta: se roubar cidadão da favela vai morrer. Depois de findo o período da “pacificação” e a eclosão das chacinas são perceptíveis que o desenho no transcorrer da cidade mudou agora as pichações que são encontradas são mais intimidadoras tais como: se entrar na rua abaixa o vidro, retire o capacete, entre outros.

Palva (2018, *online*) noticiou que existem relatos ainda de ameaças e expulsões de algumas famílias dos seus bairros e moradias por ordem de determinadas facções, tudo isto produz na população além de um sentimento de insegurança e temor a emoção de viver-se em um cárcere social, onde

seu direito de ir e vir são tolhidos, as grades são fictícias e quem detém o poder para a concessão da liberdade destes presos não é o poder público.

4. Programa “Ceará pacífico” e o Sistema Único de Segurança Pública - SUSP

Diante dessa dinâmica de insegurança vivido em todo o país, surgem inúmeras propostas de políticas de segurança pública, entre tantas, pretende-se analisar duas, o Ceará Pacífico um projeto do Governador do Camilo Santana para o estado do Ceará e o projeto SUSP- Sistema Único de Segurança Pública (PL 3734/2012)

Sobre o Ceará Pacífico apesar das 11 linhas de ações Intersetoriais que abrangem desde a educação até a saúde o programa é silente no que toca o crime organizado instalado no estado, como demonstrado exaustivamente essa modalidade de crime apenas cresce no território brasileiro e na região nordeste tem sido implantada de maneira violenta, sendo necessário tratar o assunto como um fato social que encontra-se presente em toda a sociedade. Para tanto é importante que os projetos de políticas públicas toquem nesse ponto específico e crie maneiras em que possa trabalhar o binômio prevenção e repressão de maneira eficiente.

As criações das Unidades Integradas de Segurança-UNISEG, que seria uma policia integrada e territorial, tentando aproximar os serviços oferecidos pela Polícia Civil, Corpo de Bombeiros, Polícia Militar e Perícia Forense com a comunidade, tendo sido instauradas até dezembro de 2017 quatro unidades, não conseguem trabalhar o binômio já citado, pois seu enfoque é apenas na repressão o que não reduz a violência e nem a sensação de insegurança na população.

A despeito do SUSP- Sistema Único de Segurança Pública, que teve sua proposta inicial no ano de 2007 e até o presente momento não foi aprovado, que possui como um dos pilares a diminuição do crime organizado, encontra certa resistência, haja vista que encontra-se um impasse a quem essa unidade ou comando seria hierarquicamente vinculado, ou seja, se submeteria ao comando de quem?

Qual seria o órgão responsável por todas estas policiais juntas? Como se daria a preparação dos policiais? São enormes questionamentos que a proposta do programa não consegue ser objetivo, logo ainda que aprovado o programa possivelmente sofreria para a sua implantação, segundo Gomes e Cervini (1995) o crime organizado cada vez encontra-se articulado, portanto, fortalecendo-se enquanto as políticas públicas tornando-se ineficazes e insuficientes.

Conclusão

Diante de muitos desafios, são imperiosas a criação de políticas públicas que visem diminuir os índices de violência e juntamente com isto identificar e trabalhar nas causas específicas que desencadeiam esse número elevado de criminalidade. Não se tratam apenas de políticas de polícia, mas que remetem a questões sociais e econômicas também. O Estado não precisa estar presente apenas quando o crime aparece, mas principalmente antes, em políticas de prevenção.

Referências

AGAMBEN, Giorgi, 1942- **Estado de exceção**/ Giorgio Agamben; tradução de Iraci D. Poletti- São Paulo: Boitempo, 2004(Estado de Sítio)

ALESSI, Gil. **Massacre em presídio de Manaus deixa 56 detentos mortos**. 2017. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/01/02/politica/1483358892_477027.html>. Acesso em: 18 abr. 2018.

BREUNIN, Alex Erno. **Sociologia do Crime e da violência** [livro eletrônico]/Alex Erno Breuning. Valmir de Souza. Curitiba: InterSaberes, 2018.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia** / Salo de Carvalho. – 6. ed. rev. e ampl. – São Paulo : Saraiva, 2015.

CORREA, Paulo Mortinari Araújo. **As maras e Pandilhas no triângulo norte da América Central e a atuação dos Estados Unidos em seu combate**. 2015. 180 f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Relações Internacionais, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2015.

COSTA, Jurandir Freire. **Violência e psicanálise**/ Jurandir Freire Costa- Rio de Janeiro, Edições Graal, 3ª edição, 2003.

FERREIRA, Siddharta Legale; ARAÚJO, David Pereira de. **O Estado de Coisas Inconvencional: trazendo a Corte Interamericana de Direitos Humanos para o debate sobre o sistema prisional brasileiro**. **Publicum**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 2, p.67-82, ago. 2016. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum/article/view/26042/19681>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raul, Crime organizado: enfoques criminológico, jurídico, Lei 9.034-95 e político-criminal, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995.

LUCAS, Flávio Oliveira. **Organizações criminosas e Poder Judiciário.** *Estud. av.* [online].2007,- vol.21,n.61,pp.107-117.ISSN01034014.117. ISSN01034014. <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142007000300008>.

HOBBS, Thomas. **Leviatã. Matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil.** (Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva). 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983. Col. Os Pensadores.

IPEA. **Atlas da violência 2017.** Disponível em <<http://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/download/2/2017>> acesso em 30 de março de 2018

JUNGES, Márcia. **O sistema prisional brasileiro é uma verdade e lamentável “faculdade do crime”.** Revista do Instituto Humanitas Unisinos. São Leopoldo, 18 de maio de 2009. p. 14-17.

_____. **Microfísica do Poder.** Rio de Janeiro, Edições Graal, 1979.

MANSO, Bruno Paes; DIAS, Camila Nunes. PCC, sistema prisional e gestão do novo mundo do crime no Brasil. **Revista Brasileira de Segurança Pública**, São Paulo, v. 11, n. 2, p.10-29, Ago/ Set. 2017.

O POVO presencia mudança forçada de famílias ameaçadas por facção- acesso < <https://www.opovo.com.br/jornal/cotidiano/2018/01/mais-de-20-familias-sao-expulsas-das-proprias-casas-por-facciao.html>> acesso em 30 de mar. 2018.

PALVA, Thiago. **Pichações proibindo roubos se espalham por Fortaleza.** Disponível em: <ht-

[tps://www20.opovo.com.br/app/opovo/cotidiano/2016/08/29/noticiasjornalcotidiano,3653646/pichacoes-proibindo-roubos-se-espalham-por-fortaleza.shtml](https://www20.opovo.com.br/app/opovo/cotidiano/2016/08/29/noticiasjornalcotidiano,3653646/pichacoes-proibindo-roubos-se-espalham-por-fortaleza.shtml)>. Acesso em: 30 mar. 2018.

ROSSI, Marina. **Confronto em Alcaçuz deixa mortos e feridos enquanto Natal espera soldados.** 2017. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/01/20/politica/1484870553_916142.html>. Acesso em: 18 de abr. 2018.

RESOLUÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS 1 DE 14 DE NOVEMBRO DE 2014. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/pedrinhas_se_01_por.pdf> . acesso em 30 de mar.2018.

SALLA, Fernando. **As rebeliões nas prisões: novos significados a partir da experiência brasileira.** Rev. Sociologias, Porto Alegre, ano.8, n°16, jul/dez 2006, p.274-307

Das imunidades parlamentares, do foro por prerrogativa de função e da possibilidade da aplicação de medidas cautelares a parlamentares federais

Mateus Natanael Targino Maurício, Natália Pinto Costa e Wagneriana Lima Temóteo Camurça

Introdução

“Estamos em um à crise político-institucional nunca antes vista na Brasil”: talvez seja esta a frase que mais tenha sido repetida durante estes últimos quatro anos no país. Todo um Congresso e Poder Executivo, acusados de estarem banhados de corrupção, o desenrolar da Operação Lava-Jato com suas delações premiadas a escancarar toda a fragilidade do sistema constitucional que aparentemente permite que tais máculas aconteçam reacenderam o debate acerca da necessidade de se

repensar o sistema de imunidades parlamentares, bem como os institutos processuais penais que possam ser utilizados em face daqueles que detêm poder político, como as medidas cautelares diversas da prisão. É exatamente sobre essa temática que este trabalho se propõe a discorrer.

Neste contexto, busca-se aqui apresentar um histórico das imunidades parlamentares, inclusive no direito comparado. Destaca-se o artigo 53 da Constituição Federal de 1988, para em seguida constatarmos a aparente ausência constitucional acerca da possibilidade (ou não) de se aplicar medidas cautelares diversas da prisão previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal e a posição do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto.

1. Imunidades parlamentares

As imunidades parlamentares constituem-se num conjunto de garantias auferidas aos representantes do povo no poder legislativo, que sempre foi considerado o poder mais próximo da pólis, além de ter um destaque fundamental no desenho do Estado como aplicado no Brasil de hoje, com os seus três poderes. Nesse sentido Bulos (2012, p.1064) ensina que “no constitucionalismo clássico, o Poder Legislativo sempre obteve lugar de destaque. Na Inglaterra, por exemplo, De Lolme chegou a dizer que o Parlamento britânico tudo podia, menos transformar a mulher em um homem, e o homem em uma mulher”.

Exatamente com o intuito de preservar a mais ampla autonomia e independência no exercício de suas funções, garantido a inviolabilidade por votos, palavras e opiniões, além de estabelecer uma proteção também no que tange à possibilidade dos parlamentares sofrerem processos ou até mesmo prisões, que as imunidades parlamentares foram copiadas pelos mais variados países, estando hoje presentes nos mais diversos ordenamentos jurídicos do mundo, e no Brasil no

artigo 53 da Constituição Federal de 1988. Segundo os ensinamentos de Mendes (2014, p.915), “a imunidade não é concebida para gerar um privilégio aos indivíduos que por acaso enseja desempenho de mandato popular; tem por escopo, sim, assegurar o livre desempenho do mandato e prevenir ameaças ao funcionamento normal do legislativo”.

Nesse sentido Barbosa (1933, p.34) assevera que a garantia de que as opiniões e pensamento serão invioláveis no desempenho de funções públicas, na tribuna de qualquer casa legislativa, é elementar no regime representativo, além de que a inviolabilidade é irrenunciável e inerente ao exercício do mandato.

O surgimento do instituto das imunidades parlamentares é impreciso, muito embora acredite-se que ocorreu na Roma antiga, através dos cargos dos tribunos que representavam a plebe no Senado romano. Conforme Alexandre de Moraes (2003, p.416) os tribunos da Roma antiga eram intangíveis, invioláveis, bem como seus auxiliares, sendo esta inviolabilidade outorgada por lei pelo povo romano, e através de um juramento tal inviolabilidade foi declarada irrevogável, estabelecendo ainda uma punição com a morte para quem fosse contrário a tal determinação, o intuito desta prerrogativa era garantir o exercício da função do tribuno e impedir a prisão, acusação ou punição dos ocupantes deste cargo.

A utilização das imunidades parlamentares ao longo do tempo nos ordenamentos jurídicos internacionais é inquestionável, sendo sempre a utilização do instituto para garantir o exercício livre e independente das funções legislativas, sendo aplicado de maneira diferente em cada país. Nos Estados Unidos, por exemplo, diz Jorge Kuranaka (2002, p.97) que o instituto da imunidade está inserido na Constituição de 17 de setembro de 1787. No entanto, os privilégios sofrem restrições, caso o parlamentar cometa crime de traição ou de grande gravidade e importância ou conspire contra a paz não

dependendo neste caso de nenhuma autorização do Congresso a instauração de processo penal.

Na América do Sul, nos ensinamentos de Santos (2009, *online*) na Constituição da Argentina a imunidade está prevista no artigo 68, tornando invioláveis as palavras e votos dos parlamentares, e no artigo seguinte admitindo a prisão apenas em casos excepcionais como situações de flagrante que resultem em pena de morte, infamante ou afletiva. Já no Uruguai, no artigo 113 determina que parlamentares nunca poderão sofrer qualquer responsabilização por votos ou pontos de vistas divulgados no exercício do mandato. Na Constituição francesa, a prisão de parlamentares é restrita em qualquer caso, com as exceções previstas no artigo 26 que são de flagrante delito, condenação criminal definitiva ou prévia anuência do Parlamento. A Constituição portuguesa também resguarda o Direito a livre manifestação de ideias em seu artigo 157, estabelecendo ainda regras excepcionais para a prisão de parlamentares.

Quando se começa a observar o ordenamento jurídico brasileiro, percebe-se que o instituto das imunidades parlamentares já estava presente na primeira Constituição outorgada, em 25 de março de 1824. A constituição do Império também trouxe em seu corpo às imunidades parlamentares, previstas nos artigos 26, 27 e 28 daquela carta constitucional, garantido a inviolabilidade por votos e palavras e impedindo a prisão de parlamentares, inaugurando a presença deste instituto no ordenamento jurídico do Brasil.

A presença das imunidades parlamentares foi sempre sendo mantida e aprimorada nas constituições brasileiras, começando pela de 1891, a primeira constituição democrática e republicana do Brasil, que em seu artigo 20, garantia um salvo conduto a parlamentares contra processos criminais. A carta de 1934 também manteve as imunidades, inclusive reproduzindo os artigos da carta de 1891, só aparecendo mudanças na

Constituição de 1937, que apesar de manter as imunidades, trouxe casos em que os parlamentares responderiam criminalmente, pois não isentava mais a responsabilidade civil e criminal dos membros do Parlamento Nacional, além de possibilitar a perda do cargo, como pode observar em seu artigo 43.

Quando da promulgação da carta de 1946, com o fim do Estado novo (1937-1945), a Democracia já havia sido retomada trazendo de volta as prerrogativas dos parlamentares, nos termos já conhecidos das constituições anteriores, com o sentido de retomar a independência funcional do parlamento, como diz Pedro Aleixo (1961, p.13) acerca das mudanças trazidas pela Constituição de 1946, esta constituição reestabeleceu a democracia no Brasil, interrompida com a constituição de 1937, havendo o resgate da isenção de responsabilidade de deputados e senadores por suas palavras e votos, nos artigos 44 e 45 da carta de 1946.

Em razão do golpe militar de 1964, sobreveio a Constituição de 1967, que nos manteve mesmos termos as garantias parlamentares, no que se refere a opiniões e votos e também no sentido processual com restrições a possibilidade de prisão. No entanto com a emenda constitucional 1 de 17 de outubro de 1969, as mudanças foram trazidas com a permissão para parlamentar ser processado, porém, após iniciada a ação penal, esta só poderia continuar caso a respectiva casa legislativa permitisse.

A Constituição Federal de 1988 foi promulgada em um momento em que se buscava cada vez mais o reestabelecimento da democracia no Brasil, e em razão de se converter em uma carta cidadã e democrática trouxe em seu artigo 53 garantias já pertencentes ao ordenamento jurídico brasileiro. No entanto este artigo sofreu modificações na redação original com a Emenda Constitucional nº35/2001, que dispõe, dentre outras coisas que os parlamentares são invioláveis, penal e civilmente, pelas suas opiniões, palavras e votos,

além de estabelecer que os parlamentares só sejam julgados no Supremo Tribunal Federal, e a impossibilidade de prisão, com exceção de flagrante em crime inafiançável.

É importante destacar que a Imunidade parlamentar divide-se em dois tipos, a saber: imunidade material e imunidade formal, estando à imunidade material presente no caput do artigo 53 da CF, esta imunidade objetiva assegurar a liberdade de expressão dos parlamentares no exercício de seu mandato, resguardando o seu livre direito a emitir todo tipo de opinião, palavra e voto. Porém deve haver uma ligação entre o exercício do mandato e o fato cometido, nesse sentido se manifestou o ex-presidente do STF Carlos Ayres Britto (2004, p. 82) em inquérito do qual foi relator:

A inviolabilidade não se restringe ao âmbito espacial da Casa a que pertence o parlamentar, acompanhando-o muro a fora ou externa corporis, mas com uma ressalva: sua atuação tem que se enquadrar nos marcos de um comportamento que se constitua em expressão do múnus parlamentar, ou num prolongamento natural desse mister. Assim, não pode ser um predicamento intuitu personae, mas rigorosamente intuitu functionae, alojando-se no campo mais estreito, determinável e formal das relações institucionais públicas, seja diretamente, seja por natural desdobramento; e nunca nas inumeráveis e abertas e coloquiais interações que permeiam o dia-a-dia da sociedade civil.

Cabe ressaltar, que a imunidade material possui eficácia temporal de caráter perpétuo, não podendo um ex-parlamentar responder por aquilo que disse quando ainda detinha o mandato eletivo, já que a sua opinião foi dada no exercício do mandato. Por óbvio ao final de seu mandato não poderá

ser investigado ou processado, além disso, possui natureza de ordem pública, sendo, portanto irrenunciável pelo congressista, que só irá perdê-la ao final de seu mandato eletivo. No que tange à aplicação da imunidade material no processo penal há uma divergência se trata-se de causa excludente de ilicitude ou de punibilidade, no entanto, corrente doutrinária majoritária entende que o fato típico deixa de ser visto como crime, uma vez que a própria Carta constitucional o afasta da incidência da norma penal, como ensina Silva (2002, p.532), a norma inserida no caput do artigo 53 da Constituição federal exclui a própria natureza delituosa do fato, que caso tratasse-se de cidadão comum, sem proteção de nenhuma imunidade parlamentar, qualificar-se-ia como crime contra a honra.

A imunidade formal é analisada sob dois aspectos, quais sejam: processual e prisional, e constitui-se no segundo tipo de imunidade que também se encontra prevista no artigo 53 da CF, §2º ao §5º, e resguarda o direito do parlamentar de não ser preso, salvo em flagrante de crime inafiançável, além de estabelecer foro para julgamento de seus processos no Supremo Tribunal Federal, além disso, a imunidade formal também é irrenunciável, pois se destina a proteção da casa legislativa do parlamentar, sendo ainda temporária, e como o próprio artigo 53 da CF determina começando quando da expedição do diploma e terminando ao fim do mandato, como informa Jorge Kuranaka (2002).

2. O foro por prerrogativa de função

O instituto do foro por prerrogativa de função é uma das ramificações da imunidade formal processual, estando presente na Constituição Federal de 1988 no artigo 53, §1º, dispondo que os parlamentares federais somente serão processados e julgados perante o Supremo Tribunal Federal, trata-se,

portanto, de uma prerrogativa possuída por determinados cargos de alto escalão que tem a competência penal estabelecida em razão da proteção ao cargo e a instituição, não acompanhando o detentor de mandato eletivo, por exemplo, após este deixar o cargo, já que o foro não está ligado a pessoa e sim ao cargo que esta ocupa, como ensina Eugênio Pacelli (2015, p.179) o constituinte brasileiro cuidou de fixar foros especiais e privativos para o processo e julgamento de infrações penais praticados pelos ocupantes de funções e cargos públicos relevantes, observando, portanto, as implicações políticas que poderiam derivar de decisões judiciais equivocadas.

Acerca da definição e importância do foro por prerrogativa de função, deve-se perceber que não importa a pessoa que ocupa o cargo, mas tão somente o cargo em si, com o intuito de proteger a liberdade do parlamentar no exercício de suas funções, para que este não possa ser tolhido por decisões de juízes de primeiro grau, em teorias muito mais influenciáveis a pressões externas, sendo “fundado na utilidade pública” (Mirabete, 2008, p. 176).

Ocorre que no Brasil, em razão da chamada Operação Lava Jato⁷, o foro por prerrogativa de função vem sendo cada vez mais questionado, inclusive por ministros do Supremo Tribunal Federal, ganhando a alcunha de foro privilegiado, sob a acusação de tratar-se de um privilégio aos ocupantes dos cargos já citados, já que o STF, em razão de uma corte eminentemente constitucional e possuir apenas onze ministros não consegue julgar os processos com celeridade.

7. A Operação Lava-Jato é a maior operação contra a corrupção já deflagrada no Brasil, tendo iniciado em 17 de março de 2014, desde então já descobriu a existência de um vasto esquema de corrupção na Petrobras, envolvendo políticos de vários partidos e algumas das maiores empresas públicas e privadas do país, principalmente empreiteiras, já tendo cumprido 48 fases operacionais até março de 2018, além de mais de mil mandados de busca e apreensão, de prisão temporária, de prisão preventiva e de condução coercitiva.

Importante destacar a diferença etimológica entre prerrogativa e privilégio, já que na definição do foro, está a essência de ser uma prerrogativa em razão do cargo, porém cada vez mais acusa-se de ser um privilégio que traz apenas impunidade, em razão da demora de julgamento, acarretando muitas vezes em prescrição da pretensão punitiva.

Deve-se destacar que o foro por prerrogativa de função não pode, sob hipótese alguma, ferir o princípio constitucional da isonomia, Paulo Bonavides (2007, p.376) menciona que o princípio da isonomia é o “centro medular do Estado social”. Nessa conjuntura, que tudo que é escrito na Constituição dirigente, deve-se perpassar pelo princípio da isonomia, logo o foro não pode transgredir tal princípio, devendo respeitar sempre este princípio que constitui-se numa das bases do Estado democrático de direito.

Existe uma discussão quanto ao número de detentores do foro por prerrogativa de função no Brasil, com alguns falando em 22⁸ mil pessoas, dentre todos os cargos do judiciário, executivo e legislativo, outros afirmando que o número é de 37⁹ mil pessoas, e há até quem falem em 55¹⁰ mil pessoas, porém, a despeito desta falta de concordância quanto ao número exato, consenso que trata-se de um número bastante expressivo, abarcando uma enormidade de cargos e dificultando o julgamento por apenas onze ministros do Supremo Tribunal Federal.

8. 22 mil pessoas têm foro privilegiado no Brasil <[Http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/22-mil-pessoas-tem-foro-privilegiado-no-brasil aponta-lava-jato](http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/22-mil-pessoas-tem-foro-privilegiado-no-brasil- aponta-lava-jato)> Acesso em 26 de março de 2018

9. O foro privilegiado em números <<https://www.jota.info/justica/o-foro-privilegiado-em-numeros-23112017>> Acesso em 26 de março de 2018

10. Quem são as 55 mil pessoas que têm foro privilegiado no Brasil <<https://exame.abril.com.br/brasil/quem-sao-as-55-mil-pessoas-que-tem-foro-privilegiado-no-brasil/>> Acesso em 26 de março de 2018

As críticas ao foro por prerrogativa de função, tratando-o como um privilégio e propondo soluções para a resolução deste impasse já chegaram, há muito, ao Supremo Tribunal Federal. No entanto, o Ministro mais crítico ao foro por prerrogativa de função como é aplicado hoje trata-se de Luís Roberto Barroso (2016), já tendo dado inúmeras declarações contrárias ao instituto na imprensa, e em 2017, numa questão de ordem suscitada no plenário do Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da ação penal 937-RJ, em seu voto, o ministro propôs uma redução em relação a aplicação do foro, com a necessidade de verificar uma relação de causalidade entre o crime imputado e o exercício do cargo, já que segundo o ministro “a experiência e as estatísticas revelam a manifesta disfuncionalidade do sistema, causando indignação à sociedade e trazendo desprestígio para o Supremo”.

Em razão das críticas sofridas pelo foro por prerrogativa de função, algumas propostas de emenda à constituição já foram apresentadas, com o escopo de modificar as regras atuais do ordenamento jurídico brasileiro. Uma das propostas que se encontra em estágio mais avançado de tramitação é a de número 333/2017, apresentada pelo Senador Álvaro Dias. Esta PEC já se encontra aprovada pelo Senado Federal e está em tramitação na Câmara dos deputados. Em seu corpo ela contém as propostas de suprimir as competências de julgamento hoje estabelecidas no artigo 102 da Constituição Federal e estabelece que o Supremo Tribunal Federal ficará competente para julgar crimes comuns apenas quando cometidos pelo, Presidente da República, o Vice-Presidente da República, o Presidente da Câmara dos Deputados, o Presidente do Senado Federal e o Presidente do Supremo Tribunal Federal.

Além da mudança já citada, outra de enorme importância está no artigo 5º da Constituição Federal, que com a possível aprovação da Proposta de Emenda Constitucional

passaria a vigorar com um texto que contém a restrição mais dura ao foro por prerrogativa de função, determinando-a apenas para os presidentes da Câmara e do Senado, do STF e o Presidente e Vice-Presidente da República.

3. Da possibilidade (ou não) de serem aplicadas as medidas cautelares diversas da prisão a parlamentares federais

Em que pese o foro por prerrogativa de função ser uma importante ramificação das imunidades parlamentares, existe também outra importante questão gerada por tais imunidades, a aplicação de medidas cautelares a parlamentares federais. Faz-se importante antes de discutir tal aplicação o esclarecimento sobre em que consistem tais medidas cautelares. O Código de Processo Penal vigente no Brasil traz a possibilidade de aplicação de medidas cautelares diversas da prisão ao réu, desde que atendendo os requisitos do artigo 282 do CPP, quais sejam: “necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais; e adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado”.

Outras medidas encontram-se descritas no artigo 319 do mesmo diploma, a saber: “comparecimento periódico em juízo, proibição de acesso ou frequência a determinados lugares, proibição de ausentar-se da comarca, recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga, internação provisória, fiança, monitoração eletrônica”. Importante ressaltar que a lei nº 12.403/11 trouxe mudanças nesse instituto, como bem explica Lopes Jr, “revitalizando-se a fiança, rompendo com o binômio prisão-liberdade” (2014, p.624)

Como se observa aplica-se as medidas cautelares diversas da prisão presentes no artigo 319 do CPP sempre que o juízo achar razoável a sua aplicação por entender que prisão preventiva no caso concreto revela-se de uma força maior do que a necessária para garantir a instrução penal e a ordem pública. Ocorre que parlamentares federais não podem ser presos salvo em flagrante de crime inafiançável, logo surge um questionamento natural em torno da possibilidade de aplicação das medidas cautelares do 319 do CPP, e como se daria esta aplicação.

O Supremo Tribunal Federal julgou em 2017 a Ação direta de inconstitucionalidade (ADI) 5526/2016, que tinha o objetivo de definir exatamente tais questões, e chegou à conclusão que é possível a aplicação das medidas previstas no artigo 319 do CPP a parlamentares, desde que estas não impeçam ou dificultem o exercício do mandato, julgando parcialmente procedente a ação direta de inconstitucionalidade, assentando que o Poder Judiciário dispõe de competência para impor, por autoridade própria, as medidas cautelares a que se refere o art. 319 do Código de Processo Penal.

O Tribunal também decidiu que se encaminhará à Casa Legislativa a que pertencer o parlamentar, para os fins a que se refere o art. 53, § 2º, da Constituição, a decisão pela qual se aplique medida cautelar, sempre que a execução desta impossibilite, direta ou indiretamente, o exercício regular de mandato parlamentar, cabendo a respectiva casa legislativa do parlamentar a decisão sobre a manutenção ou não da decisão do STF.

Ocorre que mesmo com esta decisão da Suprema Corte, não resta claro como se dará a aplicação em casos concretos, pois o STF não decidiu o que quer dizer “dificuldade para exercer o mandato”, não expondo quais os incisos do artigo 319 seriam inaplicáveis a parlamentares, e como se daria a aplicação de outras medidas que não impedissem o exercício do mandato. Sempre que acontecer uma prisão de parlamentar

por crime inafiançável, a única possibilidade de prisão, lembre-se, o papel da casa legislativa a que pertence o membro que foi preso é claro, cabendo a ela resolver sobre a sua prisão em até 24 horas, mantendo-a ou não, como ensina Silva (2009, p.535).

Porém, outro problema que ainda ficou sem respostas diante desta decisão foi qual o papel da casa legislativa do parlamentar em caso de eventual aplicação do referido artigo 319, já que sempre que houver afastamento a casa legislativa precisará autorizar, mas e quando ocorrer outro tipo de medida cautelar, qual seria a posição da casa legislativa, logo tal decisão não pacificou todos os pontos sobre aplicação das medidas cautelares diversas da prisão a parlamentares. Portanto, o Supremo Tribunal Federal deixou esta questão em aberto, não estabelecendo uma jurisprudência para estes casos.

Outra discussão que continua em aberto a respeito do afastamento de parlamentares das suas funções é quanto à possibilidade deste como uma mutação constitucional, já que a Constituição é silente em relação ao afastamento parlamentar, não o permitindo nem o proibindo. Antes de qualquer coisa, faz-se importante o esclarecimento sobre mutação constitucional que nada mais é do que uma mudança no texto constitucional sem alterar, no entanto, a letra da constituição. Ocorre quando há uma mudança no contexto social em que a Constituição está inserida e são frutos da mudança social, de construções judiciais distintas, entre outros fatores, como ajudar a esclarecer Bulos (1997, p.57).

Quando da promulgação da Constituição Federal de 1988 não havia o questionamento que há nos dias atuais a classe política, já que os casos de corrupção não eram conhecidos pela sociedade com a frequência atual. Logo, com o transcorrer dos anos, o Supremo Tribunal Federal vem aplicando o texto constitucional referente aos membros do poder político, e especificamente do poder legislativo, com muito

mais rigor, como pode-se observar no caso do afastamento do mandato do Senador Aécio Neves, ou da prisão do ex-senador Delcídio do Amaral. Tais decisões geraram controvérsia e questionamentos a respeito da possibilidade de se tratarem de mutação constitucional, visto que o texto da Constituição federal de 1988 é silente sobre esta possibilidade.

Conclusão

A Constituição Federal de 1988, em vigor, manteve as imunidades parlamentares, em seu artigo 53, em que estabelece que os congressistas são invioláveis, penal e civilmente, por suas opiniões, palavras e votos. Além disso, estabeleceu, ainda, que apenas o Supremo Tribunal Federal teria foro para julgar tais parlamentares, e que membros do Congresso Nacional não podem ser presos após a expedição do diploma, salvo em casos de flagrante em crime inafiançável, determinando ainda que os autos têm que ser remetidos a respectiva casa parlamentar no prazo de vinte e quatro horas para que os seus membros resolvam sobre a prisão.

A discussão vem se aprofundando no Brasil, principalmente a partir da chamada Operação Lava-Jato¹¹, sobre se as imunidades parlamentares, especialmente no tocante ao foro por prerrogativa de função, constituem-se numa prerrogativa ou num privilégio, inclusive com debates do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, já que os argumentos de quem são favo-

11. A Operação Lava-Jato é a maior operação contra a corrupção já deflagrada no Brasil, tendo iniciado em 17 de março de 2014, desde então já descobriu a existência de um vasto esquema de corrupção na Petrobras, envolvendo políticos de vários partidos e algumas das maiores empresas públicas e privadas do país, principalmente empreiteiras, já tendo cumprido 48 fases operacionais até março de 2018, além de mais de mil mandados de busca e apreensão, de prisão temporária, de prisão preventiva e de condução coercitiva.

ráveis ao foro sustentam que ele é necessário para um Estado Democrático de Direito, enquanto os contrários a prerrogativa, acusam-na de favorecer a impunidade alegando que os processos de quem tem foro demoram muito para serem julgados.

Cabe destacar que a Constituição Federal de 1988 é omissa e silente no que tange à aplicação de medidas cautelares do artigo 319 do Código de processo penal a parlamentares, como pode ser visto nos casos da prisão do então Senador Delcídio do Amaral em novembro de 2015, e do afastamento do mandato do Senador Aécio Neves em maio de 2017, em que houve uma discussão sobre o alcance das imunidades parlamentares do artigo 53 da CF, inclusive com o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) número 5526/2016.

Em virtude do julgamento da ADI 5526/2016 pelo Supremo Tribunal Federal e das decisões que o tribunal tomou quando do afastamento do ex-deputado Eduardo Cunha em 2016, e do Senador Aécio Neves em 2017, discute-se se tais decisões poderiam ser exemplos de mutação constitucional, que acontece quando determinada norma da constituição é modificada sem qualquer alteração no texto constitucional, já que o constituinte ao redigir tal texto nada falou sobre afastamento do mandato pelo poder judiciário, além de ter permitido a prisão de parlamentar apenas em flagrante de crime inafiançável.

Diante dos fatos narrados, observa-se quão farta é a história do surgimento e da aplicação das imunidades parlamentares ao longo do tempo nos vários regimes dos países, mas especificamente, no Brasil do Século XXI tal instituto vem sendo questionado o tempo todo, desde por leigos até pelos mais altos juristas do Supremo Tribunal Federal, e esses questionamentos se dão pela necessidade real de existência das imunidades parlamentares, e pela aplicação destas nos casos concretos, haja vista que os limites e as formas de apli-

cação não se encontram claros, muito pelo contrário, já que carecem de discussão para chegar na melhor forma de aplicar o instituto das imunidades parlamentares, inclusive no que tange a aplicação das medidas cautelares.

Diante da apresentação do instituto das imunidades parlamentares e suas subdivisões com o foro por prerrogativa de função e aplicação de medidas cautelares a parlamentares, se faz necessário o estudo dos mesmos, com o intuito de encontrar respostas para os problemas de aplicação fática de tais institutos, visto que permanecem muitas dúvidas e perguntas sem respostas quando se retira estes institutos da letra constitucional e legal, já que na aplicação prática pairam incertezas e impasses.

Referências

ALEIXO, Pedro. **Imunidades parlamentares**. Belo Horizonte: Rbep, 1961.

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Imunidades parlamentares**. Brasília: Câmara dos Deputados, 1982.

BARBOSA, Rui. **Comentários à constituição federal brasileira**. Coligidos e ordenados por Homero Pires, vol. II, São Paulo: Saraiva & CIA, 1933.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRASIL. **Código de Processo Penal**, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <[Http://www.camara.gov.br](http://www.camara.gov.br)>. Acesso em: 23 mar. 2018.

_____. Constituição (1824). **Constituição do Império do Brasil**, de 24 de março de 1824. Disponível em: <[Http://www.camara.gov.br](http://www.camara.gov.br)>. Acesso em: 23 mar. 2018

_____. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**, de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: <[Http://www.camara.gov.br](http://www.camara.gov.br)>. Acesso em: 23 mar. 2018

_____. Constituição (1934). **Constituição Brasileira de 1934**, de 16 de julho de 1934. Disponível em: <[Http://www.camara.gov.br](http://www.camara.gov.br)>. Acesso em: 23 mar. 2018

_____. Constituição (1937). **Constituição Brasileira de 1937**, de 10 de novembro de 1937. Disponível em: <[Http://www.camara.gov.br](http://www.camara.gov.br)>. Acesso em: 23 mar. 2018

_____. Constituição (1946). **Constituição de 1946**, de 18 de setembro de 1946. Disponível em: <[Http://www.camara.gov.br](http://www.camara.gov.br)>. Acesso em: 23 mar. 2018

_____. Constituição (1967). **Constituição Brasileira de 1967**, de 24 de janeiro de 1967. Disponível em: <[Http://www.camara.gov.br](http://www.camara.gov.br)>. Acesso em: 23 mar. 2018

_____. Constituição (1988). **Constituição Federal de 1988**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[Http://www.camara.gov.br](http://www.camara.gov.br)>. Acesso em: 23 mar. 2018

BRASIL. **Proposta de Emenda à Constituição nº 333**, de 06 de junho de 2017. Brasília, Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/ficha-detramitacao?idProposicao=2140446>>. Acesso em: 26 mar. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Penal nº 937**. Relator: Luís Roberto Barroso. Brasília, DF, 31 de maio de 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/voto-barroso-foro-especial.pdf>>. Acesso em: 26 fev. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Inquérito nº 2036**. Relator: Carlos Ayres Britto. Brasília, DF, 23 de junho de 2004. Brasília.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Mutação Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. Curso **de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FERREIRA, Pinto. **Princípios gerais do direito constitucional moderno**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1983.

KRIEGER, Jorge Roberto. **Imunidade Parlamentar: histórico e evolução do Instituto no Brasil**. Santa Catarina: Letras Contemporâneas; Oficina Editora Ltda, 2004

KURANAKA, Jorge. **Imunidades Parlamentares**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MELLO, Celso de. **Ministro do STF defende fim do foro privilegiado**. Folha de São Paulo. São Paulo, p. 12-13. 26 fev. 2012. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/especial/27764-ministro-do-stf-defende-fim-do-foro-privilegiado.shtml>>. Acesso em: 26 mar. 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; TONET, Paulo Gustavo. **Direito Constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____ **Direito Constitucional**. 17 ed. Atualizada com a Reforma do Judiciário (EC nº 45/04). São Paulo: Atlas, 2005.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2007.

SANTOS, Divani Alves dos. **IMUNIDADE PARLAMENTAR À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988**. 2009. Monografia (Especialização) - Curso de Curso de Especialização em Processo Legislativo, Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento da Câmara dos Deputados/Cefor, Brasília, 2009. Disponível em: <file:///C:/Users/mateus/Downloads/imunidade_parlamentar_divani (7).pdf>. Acesso em: 23 mar. 2018.

SILVA, José Afonso da, **Curso de Direito Constitucional Positivo**, São Paulo: Malheiros, 2002.

_____ **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 20^a ed. São Paulo. Malheiros, 2002.

Políticas de segurança pública e teoria da anomia: aumento da criminalidade do país sob a ótica dos escritos de Emyile Durkheim e Robert Merton

Cyntia Maria Rodrigues Monteiro, Danilo Carneiro Teixeira, Wagneriana Lima Temóteo Camurça e Vanessa Farias Pinheiro

Introdução

Os debates acerca da segurança pública são pauta constante tanto na esfera acadêmica quanto na esfera da sociedade em geral, em razão de o Brasil enfrentar, há vários anos, níveis alarmantes de violência, que somam além dos números altíssimos de homicídios, perpassando pelos delitos de tráfico de drogas, organizações criminosas, latrocínios, estupro, crimes estes que envolvem não só a violência física e emocional das vítimas, mas também a corrupção pública –

violência que a sociedade não consegue enxergar o sangue, mas que mata deixando viva toda uma coletividade que se vê usurpada de seus bens mais essenciais.

O intuito do presente trabalho, antes que dar soluções para esse grave problema social, é abordar, à luz do quadro de criminalidade e insegurança enfrentado pelo país, do ponto de vista sociológico, a sensação de anomia no país e as causas do comportamento desviante. Nessa perspectiva, inicialmente será analisada a segurança pública em uma abordagem puramente teórica, através de pesquisa bibliográfica e em análise qualitativa, confrontando-se as diferentes vertentes ontológicas da segurança pública, indicando as tendências da segurança pública em acompanhar as mudanças sociais e identificando qual concepção foi positivada no ordenamento jurídico nacional, por meio da Constituição Federal de 1988.

Em seguida, a situação fática da segurança brasileira será analisada, confrontando os dados nacionais com os números identificados em outros países que enfrentam problemas sociais semelhantes ao Brasil, destacando-se a violência no Nordeste do país, inclusive abordando-se o caso específico do Ceará e as políticas e enfrentamento às organizações criminosas, inclusive de âmbito internacional, diante do reconhecimento de ser este ente federativo o melhor ponto geográfico para recebimento e envio de drogas ilícitas.

Ademais, analisou-se de um ponto de vista sociológico a crise da segurança pública, tendo como base a teoria criminológica da anomia, estudando-se, de forma breve, o caso da greve dos policiais do Espírito Santo em 2017. Em seguida, faz-se um breve estudo sobre o comportamento desviante e por que as pessoas da nossa sociedade escolhem meios vistos como ilícitos para alcançar seus objetivos e que talvez seja esta uma das diversas vertentes que poderiam ex-

plicar o aumento do número de pessoas que “escolhem” o mundo do crime como meio de vida.

Por fim, buscou-se compatibilizar a crise da segurança pública com a tendência social ao comportamento desviante, mostrando íntima relação de causa e efeito desses dois fatores sociais.

1. Políticas de segurança pública, problemas de implementação

Existem duas perspectivas através das quais pode-se compreender o sentido de “segurança pública”; uma significando “combate”, enquanto a outra está voltada para a acepção de “prestação de serviço público” (SOUZA NETO—2007). A primeira ideia é caracterizada pela política de segurança planejada como “estratégia de guerra”, na qual ações truculentas e arbitrárias são admitidas, tendo sua origem nos anos de regime militar e, mesmo não havendo compatibilidade com os princípios regentes da CF/88, sua aplicação parece ter se tornado natural nos governos, ao longo dos últimos anos. Por outro lado, a segunda definição tem uma representação mais preventiva, incentivando a participação popular na administração de conflitos, prezando pela coesão social e pelo auxílio mútuo entre as pessoas, visando de maneira primordial ao bem-estar da população.

No entanto, a Constituição Federal não faz opção específica por nenhuma das duas acepções ao versar sobre segurança pública. Embora entenda que “a segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio” (SOUZA NETO—2007) (art. 144, caput, CF/88), conservou grande parcela da polícia militarizada.

No Brasil, a segurança do ser humano é assegurada como direito fundamental no *caput* do art. 5º da CF, pois constitui premissa básica para a existência em sociedade e deve ser universalizada de modo igual a todos os seus beneficiários, sem haver nenhuma espécie de seletividade em sua prestação. Uma vez que o Estado existe para toda a coletividade, a igualdade no prestamento da segurança pública tem origem no princípio republicano, devendo a Administração agir com objetividade e imparcialidade perante os administrados, ao fornecer esse serviço, por meio da atuação dos órgãos policiais nela inclusos.

Tal temática, atualmente, tem captado a atenção e o interesse de estudiosos, de governos e da sociedade no geral, devido à sua dinamização, posto que há a necessidade de acompanhar o constante movimento social presente no processo ininterrupto de desenvolvimento da civilização. Para garantir aos cidadãos uma convivência harmônica, é de crucial importância a existência da segurança pública, a qual possibilita a coexistência dos indivíduos de maneira segura e pacífica, fator elementar ao progresso de uma nação.

O Estado exerce papel fundamental no que tange ao controle social e, sob essa ótica, delinear um conjunto de procedimentos que vise à manutenção dos conflitos dentro de uma margem administrável apresenta função crucial no alcance de um exercício da cidadania adequado. Tendo em vista essa organização social, o combate à violência e à criminalidade, com o objetivo de promover a segurança individual e coletiva, requer a criação de estratégias, ações e mecanismos eficientemente planejados e programados, de responsabilidade de órgãos estatais e instituições voltados para esse fim. A esse conjunto, dá-se o nome de políticas de segurança pública.

2. Expressão da violência no país

O Brasil, nos anos de 2005 a 2015, registrou crescimento de 22,7% no número absoluto de homicídios, saindo de um já alarmante número de 48.136 homicídios no ano de 2005 para 59.080 homicídios em 2015, passando pelo número de 60.474 homicídios em 2014, número mais alto registrado no período, conforme pesquisa exposta no Atlas da Violência 2017 (IPEA-2017).

Segundo o estudo da OMS (OMS-2018), o Brasil é um dos países com maiores índices de violência com base nos dados de 2016, com um índice de 31,3 mortes para cada 100 mil habitantes. Na América do Sul, o Brasil só tem taxas menores de violência que Colômbia (43,1) e Venezuela (49,2), além de ser o nono país com mais homicídios por cada 100.000 habitantes no mundo.

De acordo com o Relatório de Desenvolvimento Humano de 2016 (UNDP-2016), o Brasil possui IDH de 0,754, muito acima de países como Camarões (0,518) e Haiti (0,493). Contudo, a taxa de homicídio do Brasil por cada 100.000 habitantes é superior a de tais países, os quais possuem índices de 11,6 e 28,0, respectivamente.

Tais dados a nível global mostram que o Brasil tem muito a evoluir no que tange à gestão dos seus recursos e ao direcionamento de seu grande potencial econômico em resultados efetivos de melhoria da qualidade de vida e dos indicadores sociais. A má-gestão dos recursos públicos e da economia no país é clara e evidente. Em poucos anos, o Brasil deixou de ser uma das mais promissoras economias no mundo para adentrar em uma das suas maiores crises econômicas, sofrendo com uma dívida pública de pelo menos R\$ 159.000.000,00, o que afeta diretamente a segurança no país. A falta de empenho e

seriedade dos políticos e responsáveis pelo bem-estar público ocasiona inúmeras mortes, sofrimentos às famílias dos vitimados e uma sensação de insegurança em todas as regiões do país.

Segundo Atlas da Violência 2017 (IPEA-2017), foram 6 estados (Ceará, Maranhão, Tocantins, Rio Grande do Norte, Sergipe e Amazonas) que cresceram mais de 100% sua taxa de homicídios por 100 mil habitantes, enquanto que somente 8 estados diminuíram essa mesma taxa (São Paulo, Rio de Janeiro, Espírito Santo, Paraná, Minas Gerais, Mato Grosso do Sul, Pernambuco e Rondônia) e que os outros estados variaram entre 0 a 100% na mesma taxa.

O mero fator econômico não é suficiente para explicar tais contrastes. Ainda que o Sudeste e o Sul sejam as regiões mais desenvolvidas economicamente, estados como o Espírito Santo e Rondônia possuem economias muito menos relevantes que estados como a Bahia e o Goiás, segundo pesquisa acerca do Produto Interno Bruto das unidades federativas brasileiras (IBGE-2016), e, ainda assim, aqueles estados conseguiram abaixar sua taxa de homicídios no período estudado, enquanto que estes aumentaram em sua taxa entre 50 e 100%.

No entanto, o número de homicídios, mesmo num estado com uma política pública bem-sucedida, continua alto. No ano de 2015, atingiu uma taxa de 36,9 por cada 100 mil habitantes, totalizando um número de 1.450 homicídios registrados somente no território do Espírito Santo.

Além dos números frios, em fevereiro de 2017, a Polícia Militar capixaba entrou em greve, gerando um verdadeiro caos no estado, como foi amplamente noticiado nos meios de comunicação nacionais. Em busca de melhorias salariais, as mulheres dos policiais ocuparam as frentes dos quartéis, impedindo a ação da polícia. O movimento durou 21 dias e causou, entre outras coisas, inúmeros homicídios (foram 127

apenas na primeira semana, contra uma média de quatro por dia no mês de janeiro) e saques a lojas, cometidos inclusive por pessoas que aparentemente não tinham qualquer histórico de criminalidade, como retratado na reportagem (UOL-2017).

Diante disso, um preocupante quadro aparenta se mostrar ao analisar a sociedade brasileira: a criminalidade é questão de oportunidade. O ilícito parece não ser prática apenas de facções criminosas, nem de grandes políticos e empresários que utilizam a máquina pública para seus interesses pessoais e abjetos, mas o seria justamente porque tais indivíduos têm maiores oportunidades para a prática de delitos, seja pelo domínio do tráfico de drogas e pela posse de armamentos, seja pelo poder político, uma vez que o cidadão comum, que trabalha seriamente para sustentar seus familiares, na menor oportunidade de se aproveitar de uma situação de caos, o fez.

Passando a analisar os estados com as piores estatísticas em matéria de segurança entre 2005 e 2015, o Ceará cresceu 145% no número de homicídios nesse período, saindo de 1.699, em 2005, para 4.163, em 2015, da nona colocação para a quinta entre os estados com mais assassinatos. A taxa por cada 100 mil habitantes também variou em mais de 100%, chegando a alarmantes 46,7 (IPEA-2017).

Diante de números tão altos de violência, não se vê qualquer medida especial ou política pública cuidadosamente planejada para diminuir tais índices e trazer a tranquilidade para a população cearense. Chegou-se ao extremo de 5.134 homicídios apenas no ano de 2017 (G1CE-2018). Em janeiro de 2018, foram registrados 469 assassinatos, com média de 15 por dia (G1CE-2018).

Nos últimos anos, o Estado do Ceará vem sofrendo com chacinas. Em 2018, foi realizada a Chacina das Cajazeiras, em que um grupo armado invadiu uma festa e executou 14

peças a esmo, dentre as quais apenas 3 possuíam antecedentes criminais. A motivação do crime foi disputa territorial entre facções criminosas (OPOVO-2018).

De fato, a criminalidade chega a níveis extremos nas terras cearenses e no território brasileiro em geral, causando na população um sentimento de revolta, que abala o pensamento racional e centrado na pessoa humana. Isso pode ser constatado a partir do aumento do número de reações a assaltos e de linchamentos realizados por vítimas e pessoas que presenciaram os crimes, situações que se tornaram recorrentes nos noticiários e recentemente ganharam o debate público.

A matéria de um jornal local de grande circulação (DIÁRIO DO NORDESTE-2017) é bastante esclarecedora da realidade enfrentada nos diversos bairros e na região metropolitana da cidade de Fortaleza: brigas de gangues, fugas de presos, rebeliões, execuções, chegando-se ao extremo de um cidadão honesto e trabalhador ser assassinado dentro da própria residência e outros tantos serem expulsos de suas casas simplesmente por terem algum grau de parentesco com integrantes de gangues rivais às que dominam os bairros aonde moram. Em 2015, conforme o Atlas da Violência 2017, Fortaleza era a capital com maior número de homicídios.

Segundo o Sistema de Indicadores de Percepção Social (SIPS) de 2011 (IPEA-2011), a região nordeste apresentou maior número de pessoas com muito medo de serem assassinadas (85,8% dos entrevistados), enquanto que a região sul foi a que teve menor número de pessoas que apresentaram ter essa sensação, embora o número ainda seja alto (69,9% dos entrevistados). O estudo também apontou que o Nordeste é a região que menos gasta com segurança pública, com R\$ 139,60 por habitante, e que tem o segundo maior número de homicídios dolosos, ficando atrás apenas da região Norte.

Tais números se mostram ainda mais difíceis de se explicar quando se constata que exatamente no mesmo período o Brasil passou por um de seus melhores períodos de crescimento econômico, chegando a figurar entre as 7 maiores economias no mundo em 2011. Além disso, seria neste período que os frutos do Estatuto do Desarmamento e dos inúmeros programas sociais que fomentavam a educação implantados no país deveriam começar a serem percebidos, o que não acontece na realidade.

De fato, não é objetivo deste trabalho explicar exaustivamente índices tão absurdos de violência no País. No entanto, é evidente que a mera presença estatal, atuando de forma isolada, ainda que afete a criminalidade organizada e abaixe os índices de violência, não o faz de forma a levar o país a índices aceitáveis de segurança, como foi visto nas unidades federativas com maior sucesso no combate ao crime e nos países mais bem sucedidos socialmente, os quais movimentaram outras camadas sociais para crescer seus níveis de qualidade de vida, propomo-nos, então, a alumiar outro aspecto da sociedade brasileira que nos ajudará a entender a atual situação de segurança pública brasileira: o estado generalizado de anomia.

3. A teoria da anomia

A situação da segurança pública no estado brasileiro mostra-se, diante de tais dados, extremamente preocupante. Ademais, as políticas públicas parecem não oferecer as melhorias que seriam necessárias, apesar de atenuarem o problema. Portanto, fulcral é a análise de outros fatores além da mera presença ou ausência estatal que contribuem para esse estado de medo e insegurança dos cidadãos do país em que a criminalidade avança; no caso presente, a anomia.

Nota-se que a sociedade é dinâmica, assim, logicamente, é necessário que o direito siga essa evolução. Quando isso não acontece, e as mudanças não são apropriadamente vislumbradas pelo direito vigente, pode ocorrer uma frustração e sentimento de incerteza por parte das pessoas que são sujeitas a ele, assim, as regras e normas, as quais falham em regular a realidade da população, podem vir a ser desprezadas e ignoradas, gerando um estado de anomia.

Pelo viés etimológico, anomia é a “falta de lei”, de origem grega “a” significa sem e “nomos”, lei, regras. No Dicionário Aurélio, significa a “ausência de normas ou organização”. Todavia, como pode-se ver adiante, o termo anomia é utilizado de diversas formas por estudiosos, tendo como principais impulsores desse conceito Émile Durkheim e Robert K. Merton.

Primeiramente, Émile Durkheim em seus livros “A divisão do Trabalho social” (1893) e “O suicídio” (1897) fala sobre a temática da anomia. Seu livro “A divisão do trabalho” tem como tema principal a relação entre o indivíduo e a coletividade e fala sobre a ruptura da harmonização e relação conflituosa entre eles. Trata sobre a solidariedade mecânica e orgânica e como o estado de anomia é uma consequência, uma patologia social advinda dessa última.

As sociedades com solidariedade mecânica são típicas de sociedades pré-capitalistas e tradicionais, marcadas pela consciência coletiva, existência de padrões comportamentais e não divisão social ou de trabalho. Mais adiante, com o processo de industrialização e urbanização, firma-se a solidariedade orgânica, caracterizada pelo individualismo, divisão do trabalho e segregação social. Devido a essa diferenciação, ocorre um enfraquecimento na consciência coletiva e o consenso social se torna mais difícil de ser mantido.

Pode-se perceber que a solidariedade orgânica tem uma índole conflituosa advinda da ruptura do consenso, abrindo

espaço para a anomia social, sendo esta uma doença social marcada pela desintegração, ausência e até mesmo perversão das regras sociais. Esse pensador acredita que “os casos de anomia não passam de manifestações puramente excepcionais, anormais ou patológicas, de desajustamento particularmente localizado entre órgãos sociais concretos” (ANDRADE; De Figueiredo, 2013, p.316).

Para ele, esse estado anômico se firma através das disparidades das regras de concorrência as quais não condizem com as demandas da realidade social. Dessa forma, Durkheim acredita que “o que é necessário para cessar essa anomia, é encontrar os meios para fazer esses órgãos que ainda se chocam em movimento discordantes concorrerem harmoniosamente, é introduzir em suas relações mais justiça, atenuando cada vez mais essas desigualdades externas que são a fonte do mal” (DURKHEIN, 1999, p 432).

Em seu livro “O suicídio”, Durkheim também se prende à ideia que o problema central da sociedade é a relação conflituosa entre a sociedade e os indivíduos e a desintegração social, e essa relação ,agravada pelo fato de que o homem moderno se tornou “consciente de si mesmo para aceitar cegamente quaisquer imperativos sociais” (DURKHEIN, 1999), dessa forma, pode acarretar o “afrouxamento” das regras sociais.

Durkheim menciona que “só a sociedade (...) está em condições de desempenhar o papel moderador” (DURKHEIN, 2000, p 319) em meio a uma situação conflituosa, caindo sobre essa a responsabilidade de regular a própria sociedade. “Contudo essa disciplina, tal como a anterior (no livro a divisão do trabalho social) , só pode ser útil se considerada justa pelos povo que lhe são submetidos” (DURKHEIN, 2000, p 319) pois caso vista como injusta , a sociedade a rejeitará.

Quando a função moderadora da sociedade não consegue alterar-se rapidamente e necessita de um tempo para

se adequar, esse tempo de adequação deixa a sociedade em um “limbo” aonde não se tem uma regulamentação eficaz e condizente com a realidade, causando incerteza e desarmonia, firmando o estado de anomia.

Mais adiante, em 1938, no seu artigo “Estrutura Social e a Anomia”, Robert K. Merton continua os estudos de Durkheim com sua teoria estrutural- funcionalista a qual correlaciona os atos antissociais à estrutura social. De acordo com esse pensador o estado de anomia decorre de uma desagregação normativa. Diferentemente de Durkheim, o qual acredita que a anomia é uma excepcionalidade, Merton acredita que o estado de anomia seria uma decorrência normal e esperada sistematicamente. A ordem social cria estruturas sociais que devem ser seguidas pela sociedade e concebe metas culturalmente definidas e, dessa forma, exerce certa pressão nas condutas alheias. Porém, quando os meios “disponibilizados” para atingir essas metas não são compatíveis com a realidade das pessoas e se mostram impossíveis de alcançar por meios lícitos “ a integração da sociedade se torna tênue e segue-se a anomia” (MERTON, 1938).

Assim, para Merton, quando a sociedade se vê impedida de alcançar seus objetivos, esses preestabelecidos por aceções culturais, devida ao fato de que as normas e diretrizes comportamentais não são compatibilizadas com a realidade da população, resultando em uma inconsistência na estrutura social, e se baseando no pensamento de Nicolau Maquiavel em que “os fins justificam os meios”, os indivíduos se voltam para condutas ilícitos, não convencionais e antissociais para atingir seus objetivos. Merton ainda menciona que “fraude, corrupção, vícios, crimes, e em geral, o inteiro catálogo de condutas prescritos, se tornam demasiadamente comuns quando a ênfase no objetivo culturalmente induzido se “divorcia” da ênfase institucional coordenada” (MERTON, 1938).

A expressão “jeitinho brasileiro” é bem conhecida no Brasil, isso por que realmente a maioria da população se utiliza de meios ecléticos para alcançar seus objetivos, porém quando esse “jeitinho” passa de ser uma forma de tentar achar um meio mais eficiente, ao ver do homem médio, e se torna uma conduta antissocial e ilícita, evidencia-se a desvalorização do ordenamento jurídico e de diretrizes sócias, sendo esse estado anômico agravado pelo sentimento de impunidade por grande parte da população, e assim, atos criminosos se tornam comuns, esperados e inerentemente sistemáticos.

É interessante mencionar que essa ideia foi frisada por Ralf Dahrendorf que acredita que “o problema real de lei e ordem são atos contrários às normas permanecem sem punição. A ausência crescente de punições efetivas, se estas existirem, é o significado real da erosão da lei e da ordem” (DAHRENDORF, RALF, 1987, p 26). Ele expõe, que não somente a impunidade propriamente dita, mas o conhecimento que atos criminosos não estão sendo punidos levam a condição social da anomia, isto é, ao conhecimento da ineficácia da norma e, como a validade da norma está atrelada diretamente a sua eficácia social e força sancionatória, se a população não consegue evidenciar nenhuma das duas, ocorre a perda da validade e banalização desta. Assim, ele conclui que “a consequência resultante é a anomia, quando um número elevado e crescente de violações de normas tornam-se conhecidas e são relatadas, mas não são punidas”¹².

Diversas foram as vezes que a população, revoltada com alguma mudança sistêmica, optou por se expressar e tentar impor suas vontades pela utilização de condutas degeneradas, como ocorreu com as revoltas por causa do aumento da taxa do ônibus em São Paulo em 2013, o qual, em vários

12. DAHRENDORF, RALF. (1987) P 28

protesto, ocorreu a queima e destruição de ônibus e pessoas feridas; e mais recentemente o “arrastão” que ocorreu na cidade do Espírito Santo no ano de 2017.

A diferença entre esses dois exemplos, no entanto, é que revoltas como a que ocorreu em São Paulo são estimuladas pelo sentimento de insatisfação e tem como objetivo reivindicar algum direito ou mostrar descontentamento com alguma situação, enquanto que no Espírito Santo o foram pelo sentimento de impunidade e indiferença para com as normas e diretrizes do país. Também, pode-se analisar a conduta dos policiais no sentido de que eles, mesmo sabendo que policiais militares não têm o direito de greve, pois esse comportamento é vedado a eles pela Constituição Federal no seu artigo 142, §3º, IV, escolheram utilizá-lo como meio para alcançar suas metas (aumento salarial).

Sobre o assunto, Dahrendorf explica a diferença comportamental entre essas greves (revoluções) e revoltas (motins): “Os motins são atos individuais de protesto maciço; as revoluções são autênticas manifestações coletivas de uma exigência de mudança. Os motins são essencialmente destrutivos, as revoluções possuem um elemento construtivo de sustentação. Nesse sentido, os motins cabem no contexto da anomia, as revoluções no das mudanças”¹³.

Em um breve resumo, ocorreu uma greve dos policiais militares do Espírito Santo em fevereiro de 2017 visando um aumento salarial. Diante da ausência dos policiais, a fiscalização nas ruas diminuiu e, conseqüentemente, práticas criminosas aumentaram¹⁴. Assim, percebe-se que a população nesse tempo de greve não levou em consideração as leis,

13. DAHRENDORF, RALF. (1987) P 42

14. Da REDAÇÃO. (2017)

normas e diretrizes jurídicas e culturais do país, optando por práticas criminosas para satisfazer suas ambições, realmente, foi um período sem lei, um período de caos e insegurança, caracterizando claramente um estado anômico.

Percebe-se que quando os policiais estão fazendo seu trabalho adequadamente, a prática de atos criminosos diminuem, porém, claramente não são extintos. De acordo com o cientista político Bruno Paes Manso, em uma entrevista com a UOL, “Não tem a ver com a ausência de polícia, mas com a suspensão das normas do dia a dia causada por algum evento traumático [no caso do ES, a violência gerada pela paralisação da PM].”¹⁵ Assim, a ausência de fiscalização foi simplesmente um estopim para que as pessoas, muitas vezes impulsivamente, praticassem atos ilícitos. Dessa forma, percebe-se um problema na sistemática do país, já que essa situação evidencia a indiferença que o brasileiro tem com as normas jurídicas, resultante do pensamento de que mesmo que se cometa um crime dificilmente haverá punição, mostrando como a população brasileira vive em um estado de anomia, não necessariamente em seu sentido de “ausência de lei”, mas como um estado de desrespeito e desprezo às normas vigentes.

Conclusão

Constatou-se a ineficiência das políticas públicas do país já que a implementação de políticas públicas, por mais que sejam insuficientes, abrem espaço para se ter uma discussão sobre esse assunto, para que se tenha ao menos um aprimoramento das mesmas. Sob essa ótica, observa-se que os números de mor-

15. <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2017/02/10/por-que-cidadaos-saqueiam-lojas-quando-nao-tem-pm-nas-ruas.htm?cmpid=copiaecola>

tes decorrentes de crimes violentos e ações policiais excessivas são muito superiores aos índices de apreensão de armas, de apreensão de drogas e de prisões, os quais deveriam constituir meios de se alcançar uma sociedade segura e harmônica, mas não estão sendo alcançados. Isso demonstra uma ineficácia na elaboração de políticas públicas adequadas ao controle social.

Corroborando com o que foi dito acima, os diversos índices abordados nesse trabalho mostram que, de fato, as políticas públicas não se mostram suficientes, apesar de apontar alguns resultados, o que indica que há outros fatores também relevantíssimos para o combate à violência além da simples intervenção estatal, como o enfrentamento ao estado de Anomia.

Conclui-se que esses números e estatísticas evidenciam a ineficiência da segurança pública do país e concretizam a Teoria da Anomia, além de mostrarem como uma parte da população realmente se voltam a comportamentos vistos como antissociais e ilícitos para alcançar seus objetivos. Isso se dá por que os meios disponibilizados não são vistos como adequados para a sociedade atual. Em face da ideia da inadequação das normas jurídicas, cresce, por parte da população, o desrespeito às regras e, assim, as diretrizes do país perdem sua força e eficácia. Diante dessa situação, uma parcela da sociedade considera como aceitável se comportar de maneira antissocial, todavia, outra parte rechaça essas atividades desviantes. Com isso, caso seus comportamentos sejam descobertos, ocorre uma rotulação e uma marginalização destes, causando uma reiteração do comportamento desviante.

Bibliografia

ANDRADE DA COSTA, MANUEL, DE FIGUEIREDO DIAS, JORGE. **Criminologia**. 1 ed. Coimbra Editora S.A , Ladeira da Paula. 2013.

ATLAS DA VIOLÊNCIA 2017. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/170602_atlas_da_violencia_2017.pdf, acesso em 14/09/2017.

BARATTA, ALESSANDRO. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal.** 3º Ed. Revan, Rio de Janeiro. 2016.

BEZERRA, MIRTHYANI. **Por que cidadãos saqueiam lojas quando não há PM nas ruas?** Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2017/02/10/por-que-cidadaos-saqueiam-lojas-quando-nao-tem-pm-nas-ruas.htm?cmpid=copiaecola>>. Acesso em: 25 de ago.2017.

BRAGA, Lucas e CAVALCANTE, Igor. **O que se sabe sobre a chacina das Cajazeiras, uma semana depois.** Disponível em: <https://www.opovo.com.br/noticias/fortaleza/2018/02/uma-semana-depois-o-que-se-sabe-da-chacina-das-cajazeiras.html>, acessado em: 24/05/2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: https://www.senado.gov.br/atividade/const/con1988/CON1988_05.10.1988/art_144_.asp>. Acesso em: 12 set. 2017.

CARVALHO, V. A.; SILVA, M. R. F. **Política de segurança pública no Brasil: avanços, limites e desafios.** Revista Katálysis, Florianópolis, v. 14, n. 1, p. 59-67, jan./jun., 2011.

CONTAS REGIONAIS 2010-2014. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/econo->

mia/contasregionais/2014/default_xls.shtm, acesso em 14/09/2017.

DAHRENDORF, RALF. **A lei e a ordem**. Brasília, DF. Instituto Tancredo Neves. Boon, Alemanha. Fundação Friedrich Naumann. 1987.

DA REDAÇÃO. **Facções do Ceará fazem ameaças e apologia ao crime em redes sociais**. Disponível em: <http://www.opovo.com.br/jornal/cotidiano/2017/05/faccoes-do-ceara-fazem-ameacas-e-apologia-ao-crime-em-redes-sociais.html>, acesso em 14/09/2017.

DA REDAÇÃO. **Facções avançam e travam guerra no Ceará**. Disponível em: <http://diariodonordeste.verdesmares.com.br/cadernos/policia/faccoes-avançam-e-travam-guerra-no-ceara-1.1772300>, acesso em 14/09/2017.

DURKHEIN,ÉMILE. **A divisão do trabalho social**. 2º Ed. Martins Fontes. São Paulo. 1999.

DURKHEIN,ÉMILE. **O suicídio: estudo de sociologia**. 1º Ed. Martins Fonte. São Paulo. 2000.

G1CE. **Com 5.134 homicídios, Ceará tem ano de violência recorde**. Disponível em: <https://g1.globo.com/ce/ceara/noticia/com-5134-homicidios-ceara-tem-ano-de-violencia-recorde.ghtml>, acessado em 24/05/2018.

HUMAN DEVELOPMENT REPORT 2016: Human Development for Everyone. Disponível em: <http://www.br.undp.org/content/dam/brazil/docs/RelatoriosDesenvolvimento/undp-br-2016-human-development-report-2017.pdf>, acessado em 17/05/2018.

LEMERT, EDWIN M. **Human Deviance, Social Problems and Social Control**. Englewood Cliffs, Prentice Halls. 1972.

MELO, Ranniery. **Com 469 mortes, Ceará registra janeiro mais violento dos últimos cinco anos**. Disponível em: <https://g1.globo.com/ce/ceara/noticia/com-469-mortes-ceara-registra-janeiro-mais-violento-dos-ultimos-cinco-anos.ghtml>, acessado em 24/05/2018.

MERTON, ROBERT K. **Social Structure and Anomie**. *American Sociological Review*, Vol 3, Issue 5.1938.

NIELSEN, Annie. **Criminalidade avança pelo interior**. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=124&catid=10&Itemid=9, acesso em 14/09/2017.

PISA. Disponível em: <http://portal.inep.gov.br/pisa>, acesso em 14/09/2017.

WORLD HEALTH STATISTICS 2018 . Disponível em: <http://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/272596/9789241565585-eng.pdf?ua=1>, acesso em 17/05/2018.

Plano de Ações da SESDEC 2015 a 2018. Disponível em: <file:///C:/Users/User/Downloads/PLANO-DE-A%C3%87%C3%95ES-DA-SESDEC-2015-a-2018.pdf>, acesso em 14/09/2017.

RANKING IDH GLOBAL 2014. Disponível em: <http://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/idh0/rankings/idh-global.html>, acesso em 14/09/2017.

RELATÓRIO MUNDIAL SOBRE A PREVENÇÃO DA VIOLÊNCIA. Disponível em: <http://apps.who.int/iris/handle/10665/145086>, acesso em 14/09/2017.

RIBEIRO, Cláudio. TÚLIO, Demitri. **Inimigos ainda desconhecidos.** Disponível em: <http://www.opovo.com.br/jornal/cotidiano/2017/04/inimigos-ainda-desconhecidos.html>, acesso em 14/09/2017.

SIPS 2011 – Segurança Pública. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/SIPS/110330_sips_seguranapublica.pdf, acesso em 14/09/2017.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **A segurança pública na Constituição Federal de 1988: conceitualização constitucionalmente adequada, competências federativas e órgãos de execução das políticas.** Revista Diálogo Jurídico, Salvador, n.º. 17, 2008. Disponível em: < <https://app.vlex.com/#WWW/vid/58979730> >. Acesso em: 30 de agosto de 2017.

A prisão preventiva e a lei nº. 12.403/2011 na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso

Hugo Rogério Grokskreutz

1. Da prisão preventiva e a lei 12.403/2011.

O Direito Processual Penal é um ramo do Direito Público brasileiro que “possui normas e princípios próprios que regem a persecução penal do Estado, a função de cada ator processual penal, e, especialmente, a incidência efetiva dos Direitos fundamentais dos acusados que naturalmente estão previstos na Constituição”. (GROKSKREUTZ, 2017, p. 145)

Surge com todo este apanhado uma premissa: o dever, em matéria processual penal, de (re)interpretação das normas de instrumentalidade, ou seja, vislumbrando o processo penal não como um apanhado

puramente normativo, mas um todo complexo em defesa dos direitos humanos e das garantias constitucionais. (AMARAL, 2008, p. 152)

No Brasil a principal legislação infraconstitucional sobre este tema é o denominado Código de Processo Penal (CPP), decorrente do Decreto-Lei n.º. 3.689 de 03 de outubro de 1941, período nebuloso onde a proteção das pessoas contra o arbítrio estatal não era um dos temas mais relevantes para o Estado brasileiro, segundo Coutinho:

O CPP de 41, cópia malfeita do *Codice Rocco* de 30, da Itália (cópia ruim do *Code d'Instruction Criminelle*, dito *Code Napoléon*, de 17.11.1808 em vigor desde 01.01.1811), marcado – como já demonstrei tantas vezes e sofri muito pela incompreensão disto – pelo princípio inquisitivo nas duas fases da *persecutio criminis* (preliminar e processual). (COUTINHO, 2010, p. 27)

O CPP além de definir os procedimentos processuais trouxe em seu bojo normas em torno da aplicabilidade de medidas cautelares criminais, de cunho assecuratório patrimonial, probatório, e das tão conhecidas medidas privativas da liberdade (pessoais), como é o caso da prisão preventiva, que não tinha naquela época uma finalidade propriamente cautelar, mas sim, um propósito antecipatório de pena. Basta analisar a exposição de motivos deste *Codex* para se constatar que o legislador desejava punir imediatamente os indivíduos não julgados:

[...] a prisão preventiva poderá ser decretada toda vez que o reclame o interesse da ordem pública, ou da instrução criminal, ou da efetiva aplicação da lei penal. Tratando-se de crime a que seja cominada pena

de reclusão por tempo máximo, igual ou superior a 10 (dez) anos, a decretação da prisão preventiva será obrigatória, dispensando outro requisito além da prova indiciária contra o acusado.

Denota-se pela exposição de motivos acima que, a prisão preventiva não foi criada unicamente como ferramenta processual, mas sim, como uma forma de aplicação antecipada de pena, em que pese tal previsão de prisão automática não mais existir, atualmente o instituto ainda possui figuras não processuais e se encontra prevista no famigerado art. 312 do CPP:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.

E mais, mostra-se imperativa a demonstração do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis* (art. 282, inciso I, do CPP) e a observância do art. 313 também do CPP, que trouxe limites mínimos para que tal cautelar de prisão seja fixada (crimes dolosos com pena máxima superior a 04 anos, reincidência, violência doméstica).

Infelizmente, os dois primeiros requisitos do art. 312 do CPP ainda estão mantidos nos dias atuais (“ordem pública e ordem econômica”), logo, ainda é possível que indivíduos sejam presos preventivamente por conta do delito teoricamente praticado ou por conceitos abstratos, genéricos e abertos, e não pela realização de uma conduta que possa prejudicar o andamento e/ou a eficácia processual, como é o caso dos dois últimos requisitos (“conveniência da instrução processual e garantia de aplicação da lei penal”).

Sem dúvidas o requisito mais preocupante da prisão preventiva no Brasil é a intitulada “ordem pública”, que por não ser definida pela Lei é amplamente conceituada por julgadores e doutrinadores, e neste ponto, leciona Dalabrida:

Porém, a idéia de ordem pública, em verdade, constituiu um recurso teórico utilizado com o propósito de superar os limites impostos pelo princípio da legalidade estrita, com o que se propicia ao magistrado um amplo poder discricionário. Relacionam-se à ordem pública todas aquelas finalidades de segregação que não se ajustam às exigências de natureza cautelar, constituindo formas de restrição da liberdade a título de defesa social, falando-se então em exemplariedade, no sentido de reação imediata ao crime, com o efeito de satisfazer o sentimento de justiça da sociedade ou ainda a prevenção especial, relacionada com a necessidade de se evitar novos crimes. (DALABRIDA, 2011, p. 96)

Todavia, houve um singelo avanço em torno da aplicabilidade da prisão preventiva, e consiste nas alterações que foram promovidas no CPP pela Lei n.º. 12.403 de 04 de maio de 2011, que mesmo, equivocadamente mantendo a “ordem pública” e a “ordem econômica” as colocou em segundo plano (art. 282, inciso I do CPP), e principalmente, alterou a redação do art. 282, §§ 4º e 6º, e trouxe o parágrafo único do art. 312, todos do CPP que atualmente e *in verbis* dispõem:

Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a:

§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante

requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único).

§ 6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319).

Art. 312. *Omissis*.

Parágrafo único. A prisão preventiva também poderá ser decretada em caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º).

As outras medidas cautelares citadas pelos dispositivos são aquelas do rol do art. 319 do mesmo *Codex*, que em apartada síntese traz figuras restritivas de Direitos, tais como, não frequentar determinados locais, respeitar certos horários, se recolher ao domicílio, enfim, medidas que não levam a pessoa ao cárcere, mas que, impõe obrigações até que o motivo causador de risco para o processo desapareça.

O principal ponto a ser extraído dos dispositivos supracitados é no sentido de que a prisão preventiva deve ser aplicada como último mecanismo cautelar na esfera do Direito Processual Penal, somente quando necessária e adequada, o que se denota quando houver a comprovação de que as demais medidas cautelares do art. 319 do Código de Processo Penal se mostraram insuficientes para conter a conduta lesiva para o processo, neste sentido Nucci leciona:

O novo art. 319 traz o rol das medidas cautelares, alternativas à prisão, podendo significar uma mudança

de mentalidade dos operadores do Direito e também no quadro prisional brasileiro. Muitos acusados, que merecem algum tipo de restrição em sua liberdade, pelo fato de estarem respondendo processo-crime, em virtude de prática de crime grave, não precisam, necessariamente, seguir para o cárcere fechado. Por vezes, medidas alternativas serão suficientes para atingir o desiderato de mantê-lo sob controle e vigi-lância. (NUCCI, 2011, p. 82)

Da mesma forma Capez assevera que “sendo possível alternativa menos invasiva, a prisão torna-se desnecessária e inadequada, carecendo de justa causa”, (CAPES, 2013, p. 312) “somente quando nenhuma das medidas alternativas se mostrar adequada às finalidades assecuratórias que o caso exige [...] é que se deve verificar o cabimento da medida mais gravosa, no caso, a prisão preventiva” (BADARÓ, 2015, p. 960), ou seja, “a tutela da liberdade e a efetividade da presunção de inocência devem servir como referenciais interpretativos, valores a serem buscados na aplicação da referida Lei 12.403/2011, tudo com o escopo de transformar a realidade carcerária brasileira”, (NICOLITT, 2014, p. 707) nesta toada:

[...] nada mais fez o legislador do que estabelecer em lei a ideia que permita todas as liberdades públicas, previstas na CF e nos diversos Tratados de Direitos Humanos: a prisão preventiva é a última medida a ser tomada pelo juiz, que deverá inclusive motivar o porque da não utilização das medidas do art. 319 do CPP. (DEZEM, 2015, p. 588)

“Encerra-se, portanto, a angustiante dicotomia entre o cárcere e a liberdade, que eram os dois extremos existentes

ao longo da persecução penal, numa verdadeira bipolaridade cautelar brasileiro”, (TÁVORA; ALENCAR, 2013, p. 665) ou nas palavras de Lopes Jr:

Sem dúvida a maior inovação da Lei n. 12.403/2011, ao lado da revitalização da fiança, é a criação de uma polimorfologia cautelar, ou seja, o estabelecimento de medidas cautelares diversas da prisão, nos termos do art. 319, rompendo com a binômio prisão-liberdade até então vigente. (LOPES JR, 2013, p. 860)

“Desde logo, atentar mais uma vez que a prisão preventiva só deve ser decretada se não houver mais nenhuma medida cautelar que possa ser aplicada ao caso”, (MOREIRA, 2016, p. 85) “repita-se que a prisão preventiva é uma opção excepcional, razão pela qual as cortes só devem determinar a reclusão do acusado em casos extremos”, (MOREIRA, 2016, p. 88) logo:

Nesse sentido, existem princípios que limitam a aplicação da prisão provisória, devendo esta ser uma medida excepcional, no sentido de que deve ser utilizada apenas em casos excepcionais, uma vez que a regra deve ser a liberdade no curso do processo; ter um fim processual, devendo ser usada somente em caso de garantir o andamento normal do processo penal, não podendo significar, de modo algum, antecipação da pena; ser proporcional, tratando de impedir que o tratamento a ser dado ao acusado não seja mais gravoso que o previsto na sua possível condenação e provisória, já que a medida utilizada antes da condenação só pode durar enquanto persistirem os motivos que justifiquem a sua decretação. (VASCONCELOS, 2010, p. 143-144)

Além de todo o exposto, as “medidas cautelares podem se configurar como mecanismos de pressão cooperativa e/ou táticas de aniquilamento (simbólico e real, dadas as condições em que são executadas. A mais violenta é a prisão cautelar”, (ROSA, 2014, p. 157) o que desnatura completamente o escopo do Direito Processual Penal.

Denota-se que as mudanças trazidas pela Lei 12.403/2011 ditaram uma nova maneira de aplicação e interpretação em torno do cabimento da prisão preventiva, colocando-a – corretamente – como o último mecanismo a ser utilizado pelo Poder Judiciário em prol de evitar que a *jus libertatis* seja empregado para prejudicar a instrução processual e/ou a futura e eventual aplicação da Lei Penal, cabível única e exclusivamente quando houver provas concretas de que outras medidas cautelares se mostraram infrutíferas para tal desiderato.

O fato da prisão preventiva ser aplicada apenas em último caso, demonstra que se trata de um instrumento do Direito Processual Penal, que por sua vez, também é um instrumento para a aplicação tanto da Constituição Federal, quanto de Tratados Internacionais de Direitos Humanos, e se houver provas, para a efetividade do Direito Penal após o trânsito em julgado. Todavia, o fato da prisão preventiva ser utilizada como se automática fosse, retira a natureza jurídica instrumental do Direito Processual Penal e a torna mero mecanismo sumário do Direito Penal ou do Direito de Execução Penal, porquanto:

O excesso de prisão preventiva parece resultar de um cruzamento perverso de vários fatores: por um lado, um certo culto judiciário da prisão preventiva que pode ter sido induzido ou facilitado, entre outros aspectos, pela ausência ou pelo elenco limitado de medidas alternativas; por outro lado, o recurso inten-

sivo à prisão preventiva, tanto antes como inclusive depois de findo o inquérito, sugere dificuldades ao nível da conclusão da investigação e da sua consolidação probatória e, mais especificamente, uma certa forma de compensação das debilidades da máquina judicial e, em particular, da morosidade processual, assim compensada com uma reação imediata de aparente eficiência do sistema penal. (SANGUINÉ, 2011, p. 312-313)

Neste diapasão mostra-se adequado afirmar que após a edição da Lei n.º 12.403/2011 a República Federativa do Brasil possui uma obrigação negativa em relação a prisão preventiva, no sentido de se abster de encarcerar outrem preventivamente sem antes aplicar e avaliar a efetividade das denominadas cautelares diversas da prisão como ferramenta para tutelar o processo, não sendo plausível se falar em pena antecipada, independentemente da nomenclatura utilizada.

Salienta-se que a incidência de qualquer cautelar de ordem criminal deve ter arrimo em fatos concretos e no mínimo dotados de indícios (art. 282, I, c/c art. 239 do CPP), sob pena de conjecturar algo que obviamente ainda não chegou a ser tentado ou praticado pelo agente (art. 93, inciso IX da CF, art. 310, caput e inciso II e art. 315 do CPP), exigibilidade esta que já era mencionada por Mirabete mesmo antes da mudança legislativa proporcionada pela citada legislação:

O despacho deve conter, aliás, uma exposição fundada em dados concretos, não sendo bastante para legitimar a custódia a genérica referência aos autos, vagas alusões ao acusado ou suposições negativas quanto ao seu caráter pessoal, ou, ainda, se reduzir a mera transcrição de dizeres legais. É indispensável

que se fundamente em fatos concretos que lhe proporcionem fomento, e não meras suposições. (MIRABETE, 2007, p. 395)

No que tange a sua extensão, a prisão preventiva no Brasil não possui prazo fixado em Lei, por este motivo foi outorgada certa discricionariedade aos julgadores, uma vez que, o “juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no correr do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem” (art. 316 do CPP), o que se ajusta a denominada cláusula *rebus sic stantibus*.

Sendo assim, resta evidenciado que o CPP foi forjado sob bases não democráticas e trouxe uma ideologia não cautelar em relação a prisão preventiva, que foi posteriormente alterado pela citada Lei n.º 12.403/2011 que manteve requisitos não cautelares, mas que, de positivo, trouxe um novo paradigma relativamente a decretação desta prisão, determinando que tal figura só poderá ser aplicada quando as cautelares diversas (art. 319 do CPP) se mostrarem comprovadamente insuficientes para conter o uso da liberdade como mecanismo do suspeito ou acusado para violar a instrução processual ou a hipotética e futura incidência da Lei penal material (art. 282, inciso I do CPP).

E mais, em concomitância, exsurge a clara opção legislativa de retirar a hipotética automaticidade da prisão preventiva e a colocar como o último mecanismo a ser utilizado pelo Poder Judiciário, que somente após aplicar e constatar a hipotética incapacidade de conter a liberdade lesiva ao processo é que terá autorização normativa para decretar uma prisão preventiva.

2. Jurisprudência do TJMT sobre prisão preventiva.

Após décadas de ditadura militar o poder constituinte originário intitulado de Assembléia Nacional Constituinte do Brasil em 05 de outubro de 1988 criou a Constituição Federal e expressamente afirmou que seu desígnio era “instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade [...]”.

A Carta Magna do Brasil tem como uma de suas bases o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, conforme consignado em seu art. 1º, inciso III que em outras palavras afirma a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos a dignidade da pessoa humana.

Neste intento o Estado brasileiro aderiu ao denominado freios e contrapesos (*checks and balances*) fracionando suas funções entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, que segundo o art. 2º são “independentes e harmônicos entre si”. Cabe a cada um, respectivamente, aplicar a Lei de maneira imediata, criar a Lei, e a este último, aplicar a Lei de maneira mediata, logo, após o esgotamento do devido processo legal.

Este princípio foi elevado a nível de Direito Fundamental pelo art. 5º, inciso LIV desta mesma Constituição, onde igualmente foi assegurada a ampla defesa e o contraditório no inciso LV, e garantida a presunção de inocência em seu inciso LVII a todos os cidadãos.

Em resumo, ao organizar o Estado a referida Constituição especificou em seu art. 92 todos os órgãos que compõem o Poder Jurisdicional, criou entre outros, juízes da primeira instância especializada (trabalhista, eleitoral e militar) e co-

mun (estadual e federal), segundo grau jurisdicional ordinário/comum destinado aos Tribunais Regionais Federais (TRF) distribuídos por regiões e aos Tribunais de Justiça (TJ) organizados por Estados, enquanto que, a competência extraordinária foi destinada ao Supremo Tribunal Federal (STF) e Superior Tribunal de Justiça (STJ).

O Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso (TJMT) se amolda a figura do inciso VII do citado art. 92 da CF, residualmente é órgão responsável por julgar os recursos e as ações originárias de matéria comum estadual. O art. 125 da CF do Brasil dispõe especificamente sobre os Tribunais de Justiça, impondo a estes o dever de atender às previsões e princípios constitucionais e respeitar a competência prevista nas Constituições Estaduais. Neste sentido a competência do TJMT é fixada no art. 96 da Constituição do Estado do Mato Grosso.

E da observância desta competência é que foi extraída a ementa de 01 (uma) decisão por ano em relação aos últimos 18 (dezoito) anos desta Corte (lapso temporal disponível para pesquisa no banco de dados na página de seu website na internet), período compreendido antes e depois das mudanças ocasionadas pela Lei n.º. 12.403/2011 no Código de Processo Penal brasileiro em relação a prisão preventiva.

Ao analisar a decisão do Habeas Corpus (HC) n.º. 78651 o Colendo TJMT deliberou no ano de 2017 que o “*modus operandi* da conduta, segundo precedentes desta Corte, evidencia a periculosidade do agente e é apto a ensejar a manutenção da custódia cautelar para a garantia da ordem pública [...]. Indevida a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão quando a segregação se encontra justificada e mostra-se imprescindível para acautelar o meio social, impedindo a reprodução dos fatos criminosos denunciados, a demonstrar que providências mais brandas não seriam suficientes para garantir a ordem pública” (TJMT, 2017).

Um ano antes, ou seja, em 2016 ao julgar o HC n.º 157948 a Segunda Câmara Criminal do TJMT também externou o entendimento segundo o qual, “se as circunstâncias delineadas quanto aos fatos, determinam a necessidade da prisão preventiva do paciente, devido a seus registros criminais, evidencia-se a necessidade da medida extrema de privação da liberdade para garantia da ordem pública”, e mais, na mesma oportunidade afirmaram que “descabe cogitar sobre a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão quando ausentes elementos suficientes a garantir a sua operacionalidade e eficácia, assim como, amparo legal a teor do que dispõe o art. 282, inciso I do CPP”. (TJMT. 2016)

Outro não foi o entendimento desta Corte ao decidir sobre o HC n.º. 151718 no ano de 2015, quando nos mesmos moldes asseverou que “o decreto prisional se encontra devidamente fundamentado a partir de dados concretos extraídos dos autos, em face da gravidade em concreto da conduta, que denota a periculosidade do agente” (TJMT. 2015). No ano de 2014 ao julgar o Habeas Corpus n.º. 161588 este mesmo Sodalício afirmou que a “prisão preventiva, mantida pela decisão de pronúncia, foi satisfatoriamente fundamentada na garantia da ordem pública, em decorrência da periculosidade dos pacientes, demonstrada pelo *modus operandi* dos delitos que lhes foram imputados”. (TJMT, 2014)

Na mesma toada em 2013 este Tribunal Estadual já havia proferido decisão no HC n.º. 138405 onde reafirmou que a “custódia cautelar para o fim de preservar a ordem pública se justifica *in casu* diante da gravidade concreta do delito de tráfico de entorpecentes e associação para essa finalidade [...]”. Consignando ainda, que “evidenciada a imperiosidade da prisão preventiva descabe cogitar-se de imposição de medidas cautelares diversas da prisão, porquanto

manifestamente insuficientes para garantia da ordem pública, concretamente ameaçada”. (TJMT, 2013)

A decisão acima foi conivente com o julgamento do Habeas Corpus n.º. 135267 do ano de 2012, que semelhantemente, prelecionou que “não há o que se falar em ausência dos pressupostos para decreto da prisão preventiva quando os autos denotam a sua necessidade para se acautelar a ordem pública e a futura aplicação da lei penal, por não demonstrar o paciente qualquer vínculo com o distrito da culpa” (TJMT, 2012), posição igualmente externada no julgamento do HC n.º. 120527 do ano de 2011: “A segregação da favorecida revela-se necessária para a garantia da ordem pública, diante da gravidade concreta do crime externada pela expressiva quantidade de droga apreendida em poder da paciente”. (TJMT, 2011).

Ante da Lei n.º. 12.403/2011, ou seja, no ano de 2010 a Corte Estadual Mato-grossense julgou o Habeas Corpus n.º. 107935 e também entendeu que “a liberdade ambulatoria dos pacientes repercute no meio social, causando clamor público imediato, resulta incontestemente a imprescindibilidade do encarceramento cautelar, que não retrata constrangimento ilegal”. (TJMT, 2010). No mesmo sentido foi a deliberação em torno do HC n.º. 124956 do ano de 2009 onde foi afirmado que “demonstrada concretamente a necessidade da segregação preventiva, não há falar-se em constrangimento ilegal ao *status libertatis*, não podendo os predicados pessoais de per si afastar a custódia idoneamente decretada. Princípio da presunção da inocência que não é absoluto”. (TJMT, 2009).

No ano de 2008 no HC n.º. 120189 o Tribunal resolveu que é “escorreta a decisão que nega a liberdade provisória ao réu acusado de tráfico de drogas como elemento que assola a ordem pública capaz de ensejar decreto de prisão preventiva, para garantir a paz social assolada pelos seus efeitos, pouco importando seja o agente detentor de bons atributos sociais”

(TJMT, 2008). Sendo este, o mesmo pensamento fundante da decisão do Habeas Corpus n.º. 97218 do ano de 2007:

[...] A reiterada atuação do paciente na prática de delitos torna claro o direcionamento de sua vida em desconformidade com o ordenamento jurídico, a indicar sua propensão a perpetuar-se nas empreitadas delitivas, atraindo, por conseqüência, a necessidade da prisão para a garantia da ordem pública. O juiz da causa revela sensível percepção das conseqüências sociais decorrentes do restabelecimento da liberdade do paciente, razão pela qual a necessidade da prisão por ele atestada apresenta destacada relevância. (TJMT, 2007)

Semelhante é a decisão do HC n.º. 74503 de 2006, observe parte da ementa: “O conceito de ordem pública não se limita a prevenir a reprodução dos fatos criminosos, mas também, acautelar o meio social, abrangido, neste, a preservação da vítima e de sua família residentes em casa vizinha a do acusado” [...]. (TJMT, 2006). Da mesma forma foi julgado o Habeas Corpus n.º. 45890 do ano de 2005, vejamos:

Não enseja constrangimento ilegal sanável mediante concessão de remédio heróico a custódia preventiva decretada com fundamento na garantia da ordem pública, abalada pelo forte impacto provocado pelo crime e suas circunstâncias em cidade do interior e por se tratar de agente processado pela prática de outras condutas recriminadas. (TJMT, 2005)

No ano de 2004 o TJMT igualmente entendeu no HC n.º. 41329 que: “Não se mostra modelar, mas também não se revela ilegal a decisão sintética, já que expõe a imprescindível

dibilidade da prisão antecipada do beneficiário diante das circunstâncias relativas à prática do homicídio doloso”. (TJMT, 2004). Posição já reconhecida em 2003 no HC n°. 36639: “Se a liberdade provisória, pedida pelo réu preso em flagrante, foi indeferida porque há motivos para decretação da prisão preventiva, em face da prática reiterada de roubos na mesma região; e, existem nos autos, demonstração de não ter o agente fixação no distrito da culpa, o indeferimento do benefício não merece reparos”. (TJMT, 2003)

Anteriormente em 2002 o Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso já havia decidido no HC n°. 31054 que a evidência do “perigo que suas condutas causam à ordem pública e a insegurança na aplicação da lei penal pelo estado nômade em que vivem” justificam a prisão preventiva (TJMT, 2002), sendo que, em 2001 no Habeas Corpus n°. 31849 a mesma Corte julgou que “tendo o paciente sido reconhecido por outras vítimas e estando formalmente denunciado por crime de estupro, justifica-se o decreto preventivo na garantia da ordem pública” (TJMT, 2001), mesmo argumento da decisão do HC n°. 32734 do ano de 2000: “A circunstância de o réu ser primário, portador de bons antecedentes, residência e domicílio fixos, não elide a possibilidade de lhe ser decretada a custódia preventiva, se a conveniência de ordem pública assim o recomendar”. (TJMT, 2000).

Conclusão.

Portanto, é possível concluir que a prisão preventiva no Brasil surgiu não apenas com o propósito de salvaguardar a eficácia do processo, mas, em concomitância, com o absurdo escopo de antecipar uma eventual pena a ser aplicada ao indivíduo investigado ou acusado.

Da mesma forma mostra-se adequado afirmar que a Lei n°. 12.403/2011 que alterou o Código de Processo Penal trouxe um novo paradigma em torno da aplicação das medidas cautelares pessoais privativas de liberdade previstas no Direito Processual Penal brasileiro, no sentido de colocá-las como o último mecanismo, subsidiário, e, portanto, cabível somente quando as medidas cautelares diversas da prisão (art. 319 do CPP) se mostrarem comprovadamente insuficientes para a proteção do atinente processo.

De outro lado, e após analisar as decisões do Egrégio TJMT foi possível constatar que ao longo dos últimos 18 (dezoito) anos, não houve mudança integral de entendimento no que tange a incidência da prisão preventiva, mesmo após o surgimento da citada Lei n°. 12.403/2011, visto que ainda há julgados em sentido oposto, logo, o TJMT ainda entende ser possível a prisão do agente em razão da gravidade do delito ou da reincidência delituosa, mesmo não havendo comprovação da ineficácia das cautelares diversas da prisão, que por sua vez, é o novo *standard* desta legislação que alterou o desígnio do Código de Processo Penal neste ponto.

Referências bibliográficas.

AMARAL, Augusto Jobim do. **Violência e processo penal: crítica interdisciplinar sobre a limitação do poder punitivo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 20ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Temas de direito penal & processo penal (por Prefácios selecionados)**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DALABRIDA, Sidney Eloy. **Prisão Preventiva: uma análise à luz do garantismo penal**. Curitiba: Juruá, 2011.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

Estado do Mato Grosso. TJMT. HC 78651/2017, DES. MARCOS MACHADO, PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL, Julgado em 01/08/2017, Publicado no DJE 16/08/2017.

_____. TJMT. HC 157948/2016, DES. RONDON BAS-
SIL DOWER FILHO, SEGUNDA CÂMARA
CRIMINAL, Julgado em 14/12/2016, Publicado no
DJE 20/12/2016.

_____. TJMT. HC 151718/2015, DES. MARCOS MA-
CHADO, PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL,
Julgado em 15/12/2015, Publicado no DJE 18/12/2015.

_____. TJMT. HC 161588/2014, DES. PEDRO SAKA-
MOTO, SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL, Jul-
gado em 17/12/2014, Publicado no DJE 22/12/2014.

_____. TJMT. HC 138405/2013, DES. GILBERTO
GIRALDELLI, TERCEIRA CÂMARA CRIMI-
NAL, Julgado em 11/12/2013, Publicado no DJE
17/12/2013.

_____. TJMT. HC 135267/2012, DES. RONDON BAS-
SIL DOWER FILHO, TERCEIRA CÂMARA

CRIMINAL, Julgado em 05/12/2012, Publicado no DJE 18/12/2012.

_____. TJMT. HC 120527/2011, DES. LUIZ FERREIRA DA SILVA, TERCEIRA CÂMARA CRIMINAL, Julgado em 07/12/2011, Publicado no DJE 20/12/2011.

_____. TJMT. HC 107935/2010, DRA. GRACIEMA R. DE CARAVELLAS, PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL, Julgado em 30/11/2010, Publicado no DJE 15/12/2010.

_____. TJMT. HC 124956/2009, DES. TEOMAR DE OLIVEIRA CORREIA, SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL, Julgado em 02/12/2009, Publicado no DJE 15/12/2009.

_____. TJMT. HC 120189/2008, DES. MANOEL ORNELAS DE ALMEIDA, SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL, Julgado em 03/12/2008, Publicado no DJE 17/12/2008.

_____. TJMT. HC 97218/2007, DR. CARLOS ROBERTO C. PINHEIRO, SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL, Julgado em 05/12/2007, Publicado no DJE 17/12/2007.

_____. TJMT. HC 74503/2006, DR. ADILSON POLEGATO DE FREITAS, PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL, Julgado em 24/10/2006, Publicado no DJE 01/11/2006.

_____. TJMT. HC 45890/2005, DES. PAULO INÁCIO DIAS LESSA, PRIMEIRA CÂMARA CRI-

MINAL, Julgado em 13/12/2005, Publicado no DJE 19/12/2005.

_____. TJMT. HC 41329/2004, DR. RUI RAMOS RIBEIRO, PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL, Julgado em 26/10/2004, Publicado no DJE 29/10/2004.

_____. TJMT. HC 36639/2003, DES. MANOEL ORNELLAS DE ALMEIDA, SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL, Julgado em 29/10/2003, Publicado no DJE 11/11/2003.

_____. TJMT. HC 31054/2002, DES. MANOEL ORNELLAS DE ALMEIDA, SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL, Julgado em 25/09/2002, Publicado no DJE 05/11/2002.

_____. TJMT. HC 31849/2001, DRA. MARIA EROTIDES K. MACEDO, PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL, Julgado em 23/10/2001, Publicado no DJE 07/12/2001.

_____. TJMT. HC 32734/2000, DRA. SALETE TEREZINHA AZEVEDO DE OLIVEIRA, PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL, Julgado em 07/11/2000, Publicado no DJE 13/12/2000.

GROKSKREUTZ, Hugo Rogério. O argumento do interesse privado do acusado na persecução penal como sofismo violador do Direito fundamental de resistência defensiva. In: GOSTINSKI, Aline; PRAZERES, Deivid Willian dos. MINAGÉ, Thiago. **Tempo de Resistência**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

- MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 18ª edição. São Paulo: Atlas, 2007.
- MOREIRA, Rômulo de Andrade. **Da prisão preventiva, das medidas cautelares e da liberdade provisória: comentários à lei n.º. 12.403/2011**. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.
- NICOLITT, André. **Manual de processo penal**. 5ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Prisão e liberdade: as reformas processuais penais introduzidas pela Lei 12.403, de 4 de maio de 2011**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.
- SANGUINÉ, Odone. Os efeitos colaterais da prisão cautelar. In. MALAN, Diogo; MIRZA, Flávio. **Setenta anos do Código de Processo Penal brasileiro: balanço e perspectivas de reforma**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de processo penal**. 8ª edição. Salvador: Juspodvm, 2013.
- VASCONCELLOS, Fernanda Bestetti de. **A prisão preventiva como mecanismo de controle e legitimação do campo jurídico**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

O tráfico internacional de pessoas para o fim de exploração sexual

Débora Nicodemo

Introdução

O objetivo geral é a conscientização do tráfico. Os objetivos específicos são a contextualização histórica e legislativa do tráfico de pessoas, bem como quem são as vítimas e aliciadores, quais são as rotas e as causas do tráfico.

O ser humano é utilizado desde sempre como um objeto de troca, que pode ser negociado e gerar lucros. A cada momento da história, uma conotação diferente é utilizada para definir o tráfico de seres humanos, primeiro foi um contexto racista, ao apenas citar mulheres brancas, e apenas um fim, que seria exploração sexual. Depois retirou-se a denotação racial, mas prevaleceu o fim para apenas exploração sexual. Até que com o protocolo de Palermo em 2000, houve uma conotação que abrangia todos os seres humanos e também as diversas finalidades que o tráfico de pessoas poderia ter.

O tráfico de seres humanos gera bilhões de dólares por ano para as redes criminosas, tem perdido apenas para as drogas e armas.

As vítimas em sua maioria são enganadas e só percebem que foram traficadas, quando já estão presas na teia do tráfico.

O presente artigo, abordará sobre o tráfico para exploração sexual, de uma forma a contextualizar suas principais causas, rotas e o perfil das vítimas e aliciadores.

1. Tráfico de pessoas um contexto histórico e legislativo

Desde os primórdios da sociedade a valoração do ser humano como um simples objeto de troca é utilizado. Na antiguidade os prisioneiros de guerra tornavam-se propriedade dos ganhadores e desta forma podiam ser vendidos ou escravizados (Ary, 2009).

Porém, o tráfico de pessoas realmente se enraizou após a Europa descobrir os novos continentes e perceber a necessidade de mão de obra para a exploração das riquezas encontradas nas novas terras, neste contexto surge o tráfico negro (Lourenço, 2013).

O tráfico negro era um sistema comercial que recrutava mediante força, mão-de-obra escrava, que vinha principalmente do continente Africano e os inseria contra sua vontade nas colônias europeias, dentre elas o Brasil, Canadá, Estados Unidos e etc (Lourenço, 2013).

O trabalho escravo com sua mão -de- obra, deu ensejo à economia e aos grandes impérios da época. A escravidão era legalizada e positivada pela sociedade, o negro era visto como um ser sem alma, um mero objeto que poderia a qualquer tempo ser descartado, vendido ou trocado (Ary, 2009)

Após a abolição da escravatura em 1888, uma nova forma de escravidão se criou: O “tráfico de escravas brancas”.

A expressão “tráfico de escravas brancas” referia-se a mulheres europeias que eram trazidas pelos traficantes internacionais, para trabalhar nas colônias como prostitutas. (Ary, 2009).

A preocupação com as escravas brancas, aconteceu apenas no século XIX, com a divulgação de notícias de mulheres que eram capturadas na Europa e obrigadas a se prostituir nos países coloniais. Tais divulgações, trouxeram uma onda de pânico, conhecida como “White slave panic”, que viam esse acontecimento como um terrível ameaça aos valores morais e sociais. Está visão de a mulher ser capturada e obrigada a se prostituir, foi o início dos primeiros pensamentos sobre o tráfico (Ary, 2009).

No ano de 1895, em Paris, ocorre a primeira conferência internacional sobre o tráfico mulheres, que após diversos encontros, tem a criação da organização de combate ao tráfico de mulheres (Ary,2009).

Em 1904 surge o primeiro instrumento legal, o acordo internacional para a supressão do tráfico de escravas brancas, o objetivo deste acordo é combater o recrutamento e abuso de mulheres e meninas, reforçando a entrada aos portos e linhas rodoviárias internacionais (Greco, 2016).

Em 1921 acontece a convenção internacional para a supressão do tráfico de mulheres e meninas, esta convenção teve uma grande importância, por ter retirado a conotação racial e incluir as crianças, no controle de combate ao tráfico (Ary, 2009).

Após a Segunda Guerra Mundial, foi fundada a Organização das Nações Unidas (ONU), que trouxe uma preocupação com o ser humano como pessoa de direitos, que deve ser tratado dignamente, assim surge, a convenção para supressão do tráfico de pessoas e da exploração da prostituição de outrem, um dos pontos importantes desta convenção é o

tratamento de “pessoas”, que agora já não restringe o tráfico a apenas mulheres e crianças, mas sim a qualquer pessoa independente do sexo e raça (Ary, 2009).

No ano de 2000, ocorre o protocolo de Palermo, na Itália, onde mais de 80 Estados, assinaram a convenção contra o crime organizado transnacional, tal protocolo teve o intuito de prevenir, reprimir e Punir o Tráfico de Pessoas, representa o primeiro instrumento internacional contra o crime organizado transnacional e visa a promover a cooperação entre os países para prevenir e combater o crime organizado de forma mais efetiva, tal convenção está em vigor desde 29 de setembro de 2003 (Ary, 2009).

2. O tráfico no contexto atual

Atualmente o tráfico gera Bilhões de reais por ano (se trafica desde drogas e armas até pessoas), o ser humano perante o tráfico é um dos negócios mais rentáveis e lucrativos, pois uma pessoa pode ser vendida por diversas vezes, diferente da droga por exemplo, que é utilizada e comercializada apenas uma vez (Siqueira, 2014).

O tráfico de pessoas pode ter os seguintes fins: trabalho escravo, tráfico de órgãos, adoção ilegal ou exploração sexual. Conforme relatório publicado no site da ONU Brasil: 53% das vítimas do tráfico de pessoas são exploradas sexualmente, sendo 40% destinadas ao trabalho escravo, 0,3% destinadas à remoção de órgãos, dividindo-se o percentual restante entre as demais formas dessa espécie de criminalidade. É perceptível se verificar, que a incidência tem maior índice para fim da exploração sexual.

No código Penal atual a definição de tráfico disposto no dispositivo 149 é: Agenciar, aliciar, recrutar, transportar, transferir, comprar, alugar ou acolher pessoa, mediante

grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso, com a finalidade de remover-lhe órgãos, tecidos ou partes do corpo, submetê-la a qualquer tipo de servidão, adoção ilegal, ou exploração sexual (Greco, 2017)

O que pode se perceber é que a legislação aderiu a diversos tipos de tráfico de pessoas e não apenas a exploração sexual e também as diversas condutas que podem tipificar o crime.

3. Tráfico para fim sexual: vítimas x alciadores

O tráfico de pessoas para a exploração sexual tem em sua maioria vítimas mulheres entre 15 a 25 anos, com baixa escolaridade, habitam lugares periféricos e trabalham em serviços laborais. Sem muita perspectiva de vida, veem na oportunidade de trabalhar fora do país uma melhor condição de vida (OIT, 2006).

As vítimas são levadas a buscar uma oportunidade no exterior por faltas de recursos econômicos, pela chance de melhorar de vida, obter um maior status e também pela instabilidade política do país que vivem (OIT, 2006).

Há muitas vítimas que realmente são levadas a erro, que acreditam que atuarão como domésticas, dançarinas ou modelos, porém existem mulheres que vão para o exterior sabendo que serão prostitutas, com a promessa de ganhar um bom dinheiro para retornar para o país de origem com uma boa condição de vida, mas ao chegarem no país de destino são exploradas para a obtenção de lucro da rede de tráfico (Siqueira, 2014).

Os transexuais também são um grupo atingido pelo tráfico, porém o contexto torna-se diferente em alguns aspectos pois, desde cedo estão acostumados a sofrer com o preconceito por sua orientação sexual. Muitas vezes são rejeitados pelos pais e amigos, ficam desalojados, as oportunidades de

emprego são raras, sendo assim a única coisa que lhes resta na vida é a prostituição (Siqueira, 2014).

Os transexuais caem nas mãos de cafetões e cafetinas, que por muitas vezes são vistas por elas como “madrinhas”, onde veem uma forma de carinho e afeição. Estas madrinhas chamam as trans. de “filhas”, e ganham a confiança delas, como alguém que estará com elas para cuidar e proteger. Geralmente estas madrinhas já tem uma ligação com o tráfico de pessoas e com cafetões de outros países (Siqueira, 2014).

Quando estas madrinhas fazem a proposta para as suas “filhas”, argumentam ser uma ótima oportunidade de vida trabalhar no exterior, e prometem estar junto delas para ajudar em tudo. Como os transexuais veem nestas madrinhas uma pessoa afetuosa e que cuida deles acima de tudo, aceitam a proposta de trabalho no exterior (Siqueira, 2014).

Ao chegarem ao exterior, estas transexuais são postas em prostibulos e obrigadas a se prostituir até o momento que quitarem todas as suas dividas com a quadrilha, desde passagem até moradia e comida, ficam em regime de servidão até o pagamento de tudo que foi gasto com elas (Siqueira, 2014).

Após pagarem o valor devido e serem liberadas, geralmente as transexuais voltam as casas de prostituição, onde se encontram suas madrinhas, para retornar à atividade que antes exerciam de prostituição (Siqueira, 2014).

Há também casos de homens traficados para exploração sexual, são raros, porém existem. Em 2010 foi noticiado pelo Jornal O globo, que na Espanha havia uma rede de tráfico para exploração sexual, apenas de homens, muitos deles eram de origem brasileira, eles eram obrigados a se prostituir 24 horas por dia e para isso, eram forçados a tomar Viagra e se utilizar de drogas como a cocaína. De acordo com a investigação o grupo acreditava que iriam trabalhar como dançarinos ou modelos, mas ao chegarem ao local, descobriram que

deveriam se prostituir para pagar as despesas da viagem, bem como moradia e alimentação (O globo, 2010).

Há também, casos de homens, que para atender o mercado, tem em seu corpo realizado a cirurgia de mudança de sexo (a retirada do órgão sexual) e ainda são obrigados a tomar hormônios para desenvolver um corpo mais feminino (Siqueira, 2014).

Crianças também são traficadas para exploração sexual, como exemplo pode-se citar uma menina de 11 que vivia no Nepal e por falta de oportunidades foi aliciada por uma quadrilha, que prometeu a ela dinheiro e roupas bonitas para ajudar a família, foi então mandada para a Índia, onde por 10 meses tomou hormônios, para parecer mais velha e então quando seu corpo estava parecido com uma garota de 17 anos, foi obrigada a se prostituir para pagar as dívidas que ela tinha com a quadrilha que era a de moradia, alimentação, transporte e cuidado. Após um ano e meio foi resgatada por uma ONG internacional (Bandeira, 2015).

O que se percebe, é que sempre a proposta é de uma melhor condição de vida e até o momento que estão em seu país de origem são bem tratadas, após a chegada ao país de destino, as vítimas são sempre obrigadas a pagar por todas as despesas que geraram até a sua chegada e também por aquelas necessárias como comida e moradia.

Já o perfil dos aliciadores em contrapartida é geralmente composto por homens, mas que tem uma parcela significativa de mulheres. A idade é entre os 31 a 40 anos, geralmente dotados de boa aparência, possuem uma escolaridade mais ampla, entre o ensino médio ou até mesmo de grau superior (OIT, 2006).

Geralmente declaram ter ocupação em casas de show, comércios, bares, agências de turismo, e desta forma oferecem uma oportunidade de morar no exterior (OIT, 2006).

Enquanto estão no Brasil, geralmente toda a despesa da vítima é paga pelo aliciador, em algumas hipóteses, há a

compra de roupas, idas ao salão de beleza, tudo com o propósito de fantasiar na vítima uma oportunidade imperdível e uma mudança de vida extraordinária.

4. A vida da vítima nas mãos dos traficantes

Quando a vítima chega ao seu destino final, seu passaporte é confiscado e a partir deste momento o aliciador passa a mencionar as dívidas que foram geradas até a chegada da vítima ao exterior: passagens aéreas, gastos com roupas e alimentação (OIT, 2006).

Ao passo que chegam nos prostíbulo, as regras são passadas, os valores da alimentação, moradia e outros gastos são repassados, e a partir daquele momento a teia do tráfico já está formada. Não há permissão para saídas, a não ser que seja acompanhada dos cafetões ou clientes (OIT, 2006).

Caso as regras sejam desobedecidas, os cafetões as castigam com violência física, psíquica e sexual ou até mesmo as matam (OIT, 2006).

Nas condições precárias que vivem, ficam malnutridas, se utilizam de entorpecentes para conseguirem atender todos os clientes, são ameaçadas o tempo todo, privadas do sono, caso fiquem grávidas são obrigadas a abortar a força e veem a sua dívida com os traficantes a cada dia crescer mais (OIT, 2006).

Um caso que ocorreu em 2010 vislumbra bem como acontece a exploração e violência contra as mulheres: uma colombiana viu na oportunidade de trabalhar no exterior, uma oportunidade de melhorar de vida, seu destino foi a Espanha, ao chegar no país descobriu que o trabalho que havia lhe prometido era a prostituição e que a partir deste momento estava presa na teia do tráfico. Na casa de prostituição as meninas eram vigiadas 24 horas por dia, não podiam sair em hipótese alguma sozinhas, e deviam pagar pela alimentação e

moradia, bem como pelos gastos que ocorrem devido a viagem (Rodriguez, 2017).

A colombiana foi encontrada na Inglaterra, a mesma não fazia ideia de como havia chego até este destino, tendo em vista que todas as vezes que eram transportadas para um novo local, utilizavam carros fechados e vigiados. Uma das características do tráfico é esta permanência rápida, por medo de vigilância, os traficantes alugam lugares por um período curto de tempo e logo vão para um outro destino (Rodriguez, 2017).

A colombiana relata que conforme o tempo foi passando, as outras jovens que estavam com ela, foram sendo retiradas do local, até o dia que ela ficou sozinha na casa e mesmo assim, continuava a receber clientes, que por muitas vezes faziam fila em seu quarto e caso ela quisesse colocar o preservativo e o cliente não, eles batiam nela (Rodriguez, 2017).

Em um dado momento, a policia recebeu denuncias de gritos vindo da casa, foi neste período que a colombiana foi resgatada, a mesma estava grávida, e estava sofrendo um aborto, ao passo que estava sendo estuprada. A mulher já não tinha muitos dentes na boca, nem mesmo muito cabelo, pois quando desobedecia era castigada com tapas e socos e também com a retirada de tufo de cabelo (Rodriguez, 2017).

Yenny diretora da ONG que encontrou a colombiana relata que ao encontrar a moça, percebeu que a mesma se encontrava com sinais escancarados de tortura, e que a mesma estava assustada e com medo de tudo aquilo que havia passado (Rodriguez,2017).

5. As principais rotas do tráfico

Conforme disposto na pesquisa sobre o tráfico de mulheres, crianças e adolescentes para os fins de exploração sexual comercial no Brasil, “No Brasil as rotas são estratégica-

mente construídas a partir de cidades que estão próximas a rodovias, portos e aeroportos, oficiais ou clandestinos, que são pontos de fácil mobilidade” (Leal 2002).

O que se percebe pelo trecho é que os traficantes querem estar próximos a estas localidades para poderem sair com facilidade do país, são rotas com pouca fiscalização muitas vezes.

Os principais países que são a origem da vítima é: África do Sul, Albânia, Argentina, Brasil, Colômbia, Cuba, El Salvador, Etiópia, Honduras, Filipinas, Gana, Mali, Marrocos, México, Nepal, Nigéria, Peru, Polônia, República Tcheca, Rússia, Servia, Suriname, Tailândia, Ucrânia, Uruguai e Venezuela (OIT, 2006).

Em sua maioria são países subdesenvolvidos, vulneráveis socialmente, pela falta de acesso as políticas públicas, falta oportunidade de trabalho e de viver bem, e em parte estas pessoas não encontram uma perspectiva de vida digna e segura em seu país de origem, vendo nos países exteriores uma chance de mudar o contexto social em que vivem.

Já os países de destino, em sua maioria são países desenvolvidos, grande parte é traficada para os países europeus, como: Alemanha, Bélgica, Costa do Marfim, Holanda, Itália, Grécia, Noruega, Espanha, Reino Unido, Portugal, mas também há o destino para outros países como: Arábia Saudita, Canadá, Estados Unidos, Kuwait, Líbano, Líbia, Nigéria, Paraguai, Suriname, Tailândia, Suécia, Suíça, Suriname, Tailândia (OIT, 2006).

6. As principais causas do tráfico para fim de exploração sexual

A discriminação de gênero, tem sido uma das causas do tráfico de pessoas, desde sempre as mulheres são vistas como inferiores, desta forma seu trabalho e todo o seu cotidiano é

desvalorizado e assim sofrem discriminação na política, sexualidade e religião (Pearson, 2000).

Ainda sobre a desvalorização das mulheres, tanto elas quanto crianças, são vistas como mais vulneráveis e serem mais desprotegidas, o que as torna para o tráfico uma vítima que encurralada não lutará por seus direitos (OIT, 2006).

A globalização também tem sido uma das grandes aliadas para o aumento do tráfico, pois além de gerar uma exclusão social maior, também causa efeito de desemprego e assim atraem pessoas desesperadas por uma oportunidade de ter um trabalho (Pearson, 2000).

O turismo sexual é um outro fator de contribuição para o tráfico também, diversos lugares são conhecidos pela vida noturna, boates de stripier dentre outros, onde a busca por sexo é predominante, não há respeito as mulheres, sendo assim para saciar o mercado, os traficantes vão em busca de mulheres frágeis que podem se submeter a qualquer tipo de apelo sexual (OIT, 2006).

Um mal que atinge a todos, mas que também se ligam em muito com o tráfico de mulheres é a corrupção, em busca de dinheiro funcionários facilitam a entrega de vistos, saída de aeroportos, bem como a chegada das vítimas ao país de destino (Pearson, 2000).

Considerações finais

Como se pode concluir este tema trata-se de crime sem muito amparo social, é raro noticiários e telejornais divulgarem tal tema, o que gera mais vítimas, pois como pouco se sabe, esta vítima não cogita a possibilidade do que possa vir a ocorrer com ela. O tráfico se vale deste pouco conhecimento e da vulnerabilidade que as vítimas trazem e prometem uma vida melhor, e no fim as fazem ser exploradas sexualmente.

Se faz necessário abranger mais o tema para conhecimento da sociedade, ao longo da história, sendo que principalmente após a convenção de direitos humanos surgiram diversas regulamentações contra o tráfico com fim à prostituição, porém o que realmente tem faltado é uma visão da sociedade a um tema tão relevante como o tráfico internacional de pessoas.

Referências

Ary, Thalita Carneiro. **O tráfico de pessoas em três dimensões : evolução, globalização e a rota Brasil-Europa**. 2009. Dissertação (Mestrado em Relações Internacionais) -Universidade de Brasília, Brasília, 2009. Disponível em <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/4359/1/2009_ThalitaCarneiroAry.pdf>. Acesso em 08 Mai. 2018.

Bandeira; Luiza. **‘Dois anos de prostituição forçada e dois terremotos’: adolescente relata drama**. Disponível em <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/05/150520_menina_traficada_nepal_terremoto_lab>. Acesso em 20 Mai. 2018.

BBC. **‘Jogaram gasolina em mim e tentaram me queimar viva’, diz vítima de tráfico humano**. Disponível em <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/07/150728_trafico_de_pessoas_historias_rm_lgb>. Acesso em 25 Mai. 2018.

BERTACO, A. S. **Tráfico de pessoas para fins de lenocínio**. 2008. Monografia (Graduação) Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”, Presidente Prudente, 2008. Disponível em <<http://intertemas.to->

ledoprudente.edu.br/revista/index.php/juridica/article/viewFile/787/762>. Acesso em 02 Mai. 2018.

CASTILHO, E. W. V. **Tráfico de Pessoas: da Convenção de Genebra O Protocolo de Palermo**, In: MINISTÉRIO, Público. Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas. Pessoas. Brasília, - Distrito Federal, 2007. Disponível em <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-deapoio/publicacoes/trafico-de-pessoas/artigo_trafico_de_pessoas.pdf>. Acesso em: 10 Mai. 2018.

FONSECA, G. **História da Prostituição em São Paulo**. São Paulo: Resenha Universitária, 1982.

JUSTO, N. **Tráfico de Pessoas, valores e prostituição. 2008**. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Relações Internacionais) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2008. Disponível em <<https://blogdanielaalves.files.wordpress.com/2008/10/tcc-nathalia-justo.pdf>>. Acesso em: 02 Abr. 2018.

LEAL, M. L; LEAL, M. F. **Pesquisa sobre tráfico de mulheres, crianças e adolescentes para fins de exploração sexual comercial no Brasil**. Relatório Nacional – PESTRAF. Brasília: CECRIA, 2002. Disponível em: <http://www.childhood.org.br/wp-content/uploads/2014/03/Pestraf_2002.pdf>. Acesso em 10. Mai. 2018.

LOURENÇO, P.R. **O tráfico internacional de pessoas para fins de exploração sexual á luz da legislação brasileira**. 2013. Monografia (Graduação) – Faculdade de Barretos, São Paulo, 2013. Disponível em <ht-

tps://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj046603.pdf. Acesso 08 Mai. 2018.

MATTOSO, K. de Q. **Ser escravo no Brasil**. São Paulo: Brasiliense. 1981.

OIT. **Tráfico de pessoas para fins de exploração sexual**. Brasília. 2006.

O Globo. **Polícia da Espanha desbarata rede de tráfico sexual de homens que explorava brasileiros**. Disponível em: < <https://oglobo.globo.com/mundo/policia-da-espanha-desbarata-rede-de-trafico-sexual-de-homens-que-explorava-brasileiros-2959017> >. Acesso em 19 Mai. 2018.

Pearson, Elaine. **Direitos Humanos e Tráfico de pessoas: Um Manual**. 2000. Bangkok, Thailand.

Rodriguez, Margarita. **‘Estuprada durante o parto’: o inferno das mulheres latinas traficadas em Londres**. Disponível em <http://www.bbc.com/portuguese/internacional-39186929>. Acesso em 15 Mai. 2018.

Siqueira, Priscila. Quinteiro, Maria. **Tráfico de pessoas**. Ed. Ideias e letras. 2014

O Sistema Prisional Brasileiro sobre um prisma Nietzscheano: um sistema pautado na vingança e crueldade

Carla Cristina de Souza

Introdução

O presente artigo apoia-se nas ideias de um filósofo do século XIX, que sofreu grandes preconceitos, tanto em sua época como na atualidade, por apresentar uma visão crítica a respeito de conceitos tradicionais. A capacidade de se aprofundar nos temas e a partir daí desconstruir convicções era inerente a sua personalidade. Seus questionamentos eram agudos e impactantes de forma que se torna impossível conhecê-los e manter-se inerte.

Não há em Nietzsche uma busca por uma verdade absoluta, há apenas um retrato da natureza humana. Por isso que, embora alguns críticos afirmem que os valores de Nietzsche

sejam invertidos, na realidade o que ele faz é apresenta os reais valores presentes na sociedade.

Para ele, o homem permanece sendo um animal repleto de instintos e paixões, de forma que sua racionalidade é dominada por seu querer. E o maior instinto do homem é o de auto-proteção, daí surge a necessidade de valorar o mundo olhando para si, a partir do sim e do não de seu paladar, o que representa resguardar o ‘eu’ em detrimento do ‘não-eu’.

“Mas a ideia de justiça não pode repousar num conceito abstrato do homem; a origem radical da justiça repousa na ‘autodefesa’, um pressuposto que jamais perdeu a sua validade. Temos então a autodefesa dos indivíduos contra os seus agressores, quer dizer, a *vendetta* privada, e a autodefesa da sociedade contra os transgressores dos costumes e das leis, quer dizer, a ‘justiça oficial’ como ‘autodefesa organizada’, que usa da intimidação para se prevenir contra a desordem e a insegurança.” (Noéli Correia de Melo, p.15, 2014)

O belo, o moral, o ético, assim como o bem e o mal e tantos outros valores sociais são passíveis de mudança e sujeitos a interpretações diversas, pois são criações do homem, fruto de suas percepções. São apenas regras e padrões utilizados para separar e classificar.

Dessa forma, possibilita-se a criação de homens de primeira e de segunda categoria, homens bons e homens maus. Nasce assim a sociedade como a conhecemos, formada por duas diferentes classes de pessoas, uma que ditará o padrão que deve ser seguido e outra que nunca alcançará tal padrão.

Dessa diferença originam-se as desigualdades, dela nascem as relações de poder. E a concepção de que somos todos iguais se apresenta como uma utopia, que não se sustenta e não se realiza. A realidade é que alguns homens dominarão e outros se-

rão dominados. Néli Correia de Melo, seguindo nessa linha, aponta que “o contrato é o resultado de uma luta entre forças antagônicas e assimétricas, e os direitos são assim emanções de um poder que institui o mando e a obediência, os governantes e os governados.” (Noéli Correia de Melo, p.18, 2014)

Fator de grande relevância é a participação do Estado nesse processo. Embora exista um discurso de que o Estado nasceu para servir a sociedade, o que de fato ocorre é a ação desse Estado como instrumento das classes dominantes. Espera-se um Estado que leve a dignidade e encontra-se um Estado que permite a escravidão, pois a servidão está enraizada na sociedade na figura dos homens cultos, justos e de bem em oposição aos homens ignorantes, fracos e delinquentes. De forma que, estes estariam em posição de submissão em relação àqueles.

É baseado nessa dicotomia que Nietzsche apresenta dois conceitos contraditórios de justiça e de moral. Como ele percebia a sociedade dividida essencialmente entre ricos e poderosos e, pobres e dependentes acreditava que cada um desses grupos via como justo e certo aquilo que o outro desprezava e desvalorizava.

“Nietzsche admite que sempre houve na história pelo menos dois conceitos elementares de justiça, dois conceitos incompatíveis e contraditórios entre si: a justiça dos ricos e poderosos e a justiça dos pobres e dependentes, quer dizer, a justiça dos dominadores e a justiça dos dominados, a justiça dos senhores e a justiça dos escravos. Cada um deles chama de justiça aquilo que o outro chama de injustiça, e vice-versa.” (Noéli Correia de Melo, p.14, 2014)

Em meio a essa realidade surge o seguinte questionamento: a que serve o sistema prisional, a visão dos que dominam ao a dos que são dominados?

1. As cadeias

“As leis contra os ladrões e assassinos são feitas para favorecer as pessoas ricas e cultas”

(Nietzsche, III.1 18[14] 374)

Os relatos históricos acerca da origem das primeiras prisões revelam que muito além do objetivo de punir estava o desejo de afastar da comunidade aqueles que de alguma forma destoavam do esperado, a vontade era de segregar o indesejado, de ocultar o feio. (Foucault, 2009)

Isso também ocorreu na sociedade brasileira, a qual manifesta em inúmeras ações cotidianas, desde sua formação, sua vontade de esconder os malquistos. O Brasil já nasceu segregado, basta lembrar da contradição existente entre as desapropriações dos cortiços que tinham como desculpa as reformas urbanas e os incentivos fiscais dados as famílias nobres do Brasil colonial. (Mario Schmidt,2007)

Essa mentalidade de isolar aquilo que nos desagrade se estende até nossas prisões, fazendo com que elas acabem atuando como um instrumento eficaz dessa separação.

O índice de encarceramento no Brasil é altíssimo. Embora o Brasil seja o quinto país mais populoso do mundo, é o terceiro maior no que diz respeito a população carcerária, segundo o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen) de 2015 e 2016.

A população carcerária brasileira é imensa e desigual. De acordo com a **Folha de São Paulo** online de 20 de abril de 2018, o número de presos no Brasil triplicou desde o ano 2000. Quando comparada a população geral brasileira traz indicadores assustadores. Enquanto a sociedade brasileira

tem 53% de sua população formada por negros, as cadeias têm 67%; enquanto 28% da população tem apenas o ensino fundamental, nas cadeias são 53%; sem contar a grande diferença entre o percentual de pessoas presas contaminadas com o vírus HIV e a tuberculosos e o percentual da população em geral contaminada por estas duas doenças.

Apenas como exemplo, a prevalência de HIV entre os presos é 60 vezes maior do que na população, enquanto a prevalência de tuberculose entre os presos é 38 vezes maior do que na população¹⁶.

Em poucas palavras, poder-se-ia afirmar que o maior número de presos está entre negros, sem escolaridade e moradores de periferias. De forma geral, os brancos, com nível superior e poder aquisitivo estão em um percentual muito baixo nas cadeias brasileiras. Não que eles não cometam crimes, o que ocorre é que essa parcela da população possui acesso a um sistema judiciário que a outra parcela desconhece a existência. Não existem defensores públicos suficientes para atender a demanda de presos, aqueles que não possuem condições econômicas que permitam pagar um advogado passam anos presos aguardando julgamento. Sem contar que aos pertencentes à elite social sempre existirão leis que os protejam e tornozeleiras que os adornem.

Outra característica, segundo Nietzsche, que permeia a origem dos presídios é o fato de eles serem fruto de um instinto de vingança inerente ao homem, seja ele o dominador ou o dominado, pois em qualquer grupo social, quando se

16. Dados retirados da pesquisa “Mapa do Encarceramento – Os jovens do Brasil” em parceria da Secretaria Nacional de Juventude, da Secretaria-Geral da Presidência da República, Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial (SEPPIR) e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) no Brasil. O mesmo foi publicado em 2015.

clama por justiça, o que na realidade se deseja é revanche. Ainda que o resultado final se manifeste de diferentes formas o querer é único: ver sofrer aquele que o lesou.

“De acordo com Nietzsche, a ideia de justiça aparece como resultado do desenvolvimento do ‘instinto de vingança’, vingança dos fracos ou vingança dos fortes; e, neste sentido, ela foi sempre a ‘justiça do carasco’, a justifica do castigo e da recompensa.” (Noéli Correia de Melo, p.15 e 16, 2014)

Uma pesquisa realizada pelo instituto de pesquisa Datafolha aponta que 57% dos brasileiros acredita que o crime deveria ser punido com a morte do criminoso, pois o criminoso aquele que viola a ordem social, aquele que descumpre um contrato e por isso não merece viver¹⁷. Um discurso que demonstra o desejo pela violência e um desprezo pelos direitos humanos, que aparece nas mais ingênuas manifestações culturais, um exemplo dessa mentalidade pode ser encontrado inclusive em nossas novelas, nelas os ‘maus’ sempre encontram ao final a morte, pois a cadeia seria pouco para um ser tão cruel. E assim vamos formando nossas crenças.

É a partir da junção desses dois elementos: vontade de marginalizar e desejo de retaliação, que surge nosso sistema prisional.

17. A pesquisa, encomendada pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública, entrevistou 3.625 pessoas em 217 cidades de todas as regiões do País entre 1º e 5 de agosto. De acordo com os dados, a população brasileira de 60 anos ou mais, a concordância com a frase “bandido bom é bandido morto” subiu para 61%, enquanto que entre mais jovens, de 16 a 24, a frase é correta para 54%.

2. Um olhar mais profundo

“O nosso crime em relação aos criminosos consiste em que os tratamos como patifes”

(Nietzsche, III.1 HH 66)

O homem evoluiu muito ao longo da história, a sociedade que antes via a deus como o centro da vida e o ser humano como uma mísera ferramenta nas mãos do criador, passou a enxergar no homem uma individualidade que o torna único e importante. O homem começou a ser visto como um ser dotado de um intelecto e de uma psique que o tornam complexo e profundo.

Porém, nosso ordenamento jurídico despreza inúmeras vezes a individualidade e ignora a histórica desigualdade social, étnica e urbanística por que passou o homem, como se esperasse que todos reagissem de forma igual às inúmeras situações da vida.

Nietzsche afirma que aqueles que têm a função de julgar e punir procuram estar pautados na presença ou ausência de culpa do indivíduo para assim julgar seu grau de responsabilidade. O criminoso seria aquele que fazendo uso de seu livre arbítrio decidiu delinquir desprezando o certo e o bom. Assim, buscando aplicar o que cremos ser a justiça analisamos a existência ou não de antecedentes, de forma a saber se a culpa do sujeito é maior ou menor e julgamos ser mais nocivo aquele que tem maiores antecedentes.

Porém, para o filósofo essa seria uma forma incorreta e incoerente de avaliar a presença de antecedentes, pois para ele quando se avalia o passado de alguém, castigando-o ou recompensando-o pelo que viveu “dever-se-ia retroceder mais ainda e castigar ou recompensar também a causa deste ou daquele passado, quer dizer, os pais, os educadores,

a sociedade etc.; em muitos casos, veríamos então os *juízes* participando de uma maneira ou de outra na culpa”. (Noéli Correia de Melo, p.31, 2014)

Por essa ótica deveríamos inverter nosso sistema prisional e punir com maior rigor aqueles que durante toda a vida tiveram inúmeros benefícios e ainda assim decidiram delinquir, pois estes possuíam uma gama de opções a sua frente, ao contrario daqueles que durante toda sua vida tiveram negado o acesso aos mais básicos direitos.

Que fique claro que não estamos indicando pobreza como sinônimo de criminalidade, pois o assunto vai muito alem da questão econômica, o que se está fazendo é apontando a relação existente entre privação de direitos e escolhas negativas. Não se pode esquecer, é claro, da subsistência da personalidade de cada um e da leitura que os diferentes homens fazem da mesma situação, mas se somos um ser dotado de psicologia, que influências a violência e a maldade podem exercer sobre nossas escolhas e nossos desejos? O quanto ser criado com amor ou ser privado dele pode interferir no que nos tornamos?

3. O caminho para a transformação

“A ideia fundamental de um direito penal novo, mais humano, deveria ser: suprimir em primeiro lugar uma injustiça, na medida que uma injustiça sofrida pode ser reparada; em seguida, compensar a ação maligna por uma boa ação.”(Nietzsche, III.1 18[53]385)

Os mais diversos países utilizam diferentes métodos de tratamento para com seus condenados, pois cada lugar tem costumes e valores distintos. Existem, por exemplo, países como a Noruega que acreditam na reabilitação de seus presos e utilizam métodos que os permitam chegar a esse objeti-

vo, em contrapartida há países como o Brasil que vivenciam o desrespeito à dignidade da pessoa humana na maioria das cadeias de sua federação.

O pensamento que permeia o consenso da população é o de que aquele que escolheu cometer ações contrárias ao ordenamento jurídico deve sentir na pele as consequências por seus atos, de forma que o medo do castigo reprima o mau exemplo dado. Embora existam leis que preveem a proteção física e psíquica do condenado o que ocorre na realidade é uma cultura de desrespeito a essas garantias; a alimentação é péssima, a habitação é desumana e os castigos físicos são constantes.

Porém, para Nietzsche tal mentalidade não se justificaria, pois o infrator é alguém que ao escolher agir diferente de suas vontades estaria faltando com a sua verdade, pois se o ser humano busca agir de forma a saciar suas vontades e cumprir seus desejos não poderia ele agir de outra forma sem que estivesse traindo sua natureza.

A metodologia do castigo utilizada em nossa sociedade não leva a transformações sociais por ver o infrator como alguém que merece o sofrimento e a humilhação como resposta a suas ações. Cremos ser ele alguém distante de nós, alguém que nunca seríamos e por isso não nos preocupamos com sua dor e seu sofrimento.

O estigma que a condenação trará ao condenado como a perda de futuras oportunidades sociais não nos preocupa, não enxergamos que o condenado é mais do que aquilo impresso em uma sentença judicial, esquecemos que há outros pontos de vista sobre ele, como o de sua família por exemplo, em algum lugar esse homem é pai, marido, filho.

Acreditamos que condenar faz parte da manutenção da sociedade, pois encontramos na condenação do outro a possibilidade de exercer a nossa crueldade reprimida, amparados pela desculpa de que devemos “destruí-los para impedir a

propagação de seres atrasados e mal formados”, para nós o criminoso é um monstro a ser detido.

Ao considerar a crença de Nietzsche de que a existência da culpa é falsa, pois para ele quem infringe uma regra o faz em obediência a sua natureza e vontade, movido por uma força que o impulsiona, as ações do Estado deveriam focar-se no crime cometido e na possibilidade de reparação deste. O isolamento social por si já causa sofrimento a qualquer homem, não sendo necessário infringir-lhe outras tantas punições, ou seja, a privação do direito de ir e vir e do convívio social com aqueles que lhe são importantes já trariam a pena necessária, sendo assim dispensáveis os tantos outros desrespeitos à pessoa.

Mudar a maneira de tratar os presos geraria uma resposta diferente, pois se a culpa não é um elemento presente, de nada adianta o castigo. Devemos nos preocupar com o retorno desses homens e o que tem sido feito com eles enquanto seres humanos dentro de nossas cadeias, se pregamos a vingança como método de recuperação acabamos gerando cada vez mais homens que acreditam nela. Geramos seres vingativos que não terão nada mais a mostrar a sociedade do que aquilo que aprenderam, ensinamos o ódio e a crueldade e colheremos os frutos.

Vivemos em um país que proíbe a prisão perpétua, mas que em contrapartida não se preocupa com a ressocialização de sua população carcerária, não oferecemos, na maioria dos casos, acesso à educação e ao trabalho, alimentamos a ociosidade além de mantermos presos com crimes de diferentes gravidades dividindo a mesma cela, o que torna a cadeia uma espécie de escola criminal. Mas esperamos, ainda assim, evoluir como sociedade.

Conclusão

A sociedade relatada por Nietzsche em seus escritos muito se assemelha a sociedade brasileira, na qual as leis são

criadas por uma casta com o único objetivo de servi-la. Obviamente, as leis penais não estão excluídas dessa lógica e por isso, o que se vê no Brasil é uma população carcerária formada basicamente por negros e pobres, ou seja, uma população carcerária que em nada se assemelha a dita “elite social” brasileira. O que não quer dizer que essa elite não possua delinquentes, o que ela não possui são leis que a incluam na classe daqueles que podem e devem ser presos e castigados.

Dentro desse contexto, o sistema prisional se revela como uma forma de dominação, servindo unicamente a higienização social. Sua finalidade é preservar o interesse daqueles que dominam o capital, é manter o equilíbrio entre superiores e inferiores. Nietzsche revelou uma sociedade na qual o Estado tem como função auxiliar os poderosos a alcançar seus objetivos, ou seja, tem a finalidade de manter o *status quo*, assim aqueles que são economicamente mais favorecidos permanecem nessa posição enquanto os que são desfavorecidos permanecem a margem.

Ele considera as leis como sendo um instrumento daqueles que detém o poder, e as condenações como resultado do “instinto de vingança” que permeia a sociedade desde seus primórdios. As manifestações desse instinto se dão por meio de métodos cruéis e desumanos que desrespeitam os mais básicos direitos do homem e infligem diretamente sua dignidade.

Não há uma real preocupação com a justiça, a única preocupação existente é a de manter longe aqueles que enfeiam o ideal de sociedade.

Sendo o Estado criação humana, nele estão presentes as crenças do homem. Porém, algo que não deve ser ignorado é o fato das instituições sociais mais relevantes terem sido fundadas por aqueles que de alguma forma detinham o poder. Sendo assim, se de fato o Estado se presta a servir uma determinada classe, suas instituições terão a mesma finalidade e a prisão nada mais é do que uma dessas entidades estatais re-

pleta de preceitos criados e desenvolvidos ao longo dos anos por um determinado grupo social.

Logo, o que chamamos de correção é na realidade uma forma de desforra. E a escolha da palavra se justifica pelo caráter que cada uma delas recebe, vingança soa negativo e feio enquanto justiça soa nobre, ninguém quer ser o vingativo, mas todos gostariam de serem os justos. Todo esse cenário corrobora com a visão de Nietzsche de que o direito e a justiça são manifestações de poder e não instrumentos na busca da igualdade.

Referências

CARVALHO, Marco Antônio. **Pesquisa mostra que 6 em 10 brasileiros acham que “bandido bom é bandido morto”**. Estado de S. Paulo. São Paulo/SP. Disponível em: <http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,pesquisa-mostra-que-6-em-10-brasileiros-acham-que-bandido-bom-e-bandido-morto,10000086016>

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

_____. *Ética: Direito, Moral e Religião no Mundo Moderno*. 3ª edição. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

FOUCAULT, Michel. **Nietzsche, a genealogia e a história**. In **Microfísica de Poder**. Tradução e organização de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 1989.

_____. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**; tradução de Raquel ramallete. Petrópolis, Vozes, 1987. 288p

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm, 1844 – 1900. **Escritos sobre direito / Friedrich Nietzsche**; tradução, apresentação e notas: Noéli Correia de Melo Sobrinho. – Rio de Janeiro: PUC – Rio; São Paulo: Ed Loyola, 2009.

_____. **Genealogia da Moral** (tradução de Paulo César de Souza). São Paulo: Brasiliense, 1988.

SCHMIDT, Mario - **Nova História Crítica do Brasil**. Editora Nova Geração, 2007.

SINHORETTO, Jacqueline. **Mapa do encarceramento: os jovens do Brasil / Secretaria-Geral da Presidência da República e Secretaria Nacional de Juventude**. – Brasília: Presidência da República, 2015. 112 p

Pedofilia virtual

Fernanda Santos Fernandes

Introdução

O presente trabalho pretende abordar as principais consequências trazidas pela prática dos crimes de pedofilia virtual, que coloca em risco a vida, integridade física e psicológica de crianças e adolescentes.

Vivemos em uma era digital, em que a internet trouxe inúmeros benefícios, proporcionando a democratização do conhecimento e comunicação entre as pessoas do mundo todo, decorrente da globalização e velocidade das informações.

A Lei 12.965/14 foi editada com o objetivo de regulamentar o uso da internet no país, estabelecendo princípios, garantias, direitos e deveres, objetivando, assim, a universalização do acesso digital a todos, propiciando a democratização da informação e conhecimento sem, contudo, haver uma contraprestação de políticas públicas educacionais e preventivas dos riscos a que os usuários estão expostos, levando a um incremento dos crimes cibernéticos.

Embora a Lei do Marco Civil da internet tenha regulado o uso da Internet no Brasil por meio da previsão de princípios, garantias, direitos e deveres para quem usa a rede, bem como da determinação de diretrizes para a atuação do Estado, ainda há muitas lacunas em sua regulamentação.

Os usuários das redes sociais não receberam qualquer orientação ou preparo para usufruir dos benefícios do mundo digital, ficando totalmente expostos aos riscos e malefícios ocasionados pela sua inconsequente utilização.

Ademais, a investigação dos crimes cibernéticos encontra uma série de limitações e dificuldades, desaguando na impunidade dos criminosos, bem como gerando inúmeras consequências aos usuários incautos, devido a falta de regulamentação e dos entraves trazidos pelas Empresas, que se valem da lacuna legislativa para não colaborarem com a investigação.

Dessa forma, a internet se transformou em um ambiente propício para a prática de crimes cibernéticos, sobretudo o crime de pedofilia virtual, já que os autores se escondem atrás de perfis falsos, se valendo de um suposto anonimato para a prática deste tipo de delito.

1. Conceito de pedofilia virtual e suas consequências

Merece ser conceituado, ainda que em breves linhas, os crimes cibernéticos, já que a pedofilia virtual é espécie de crime cibernético. Dessa forma, pode-se definir, *lato sensu*, crimes cibernéticos como sendo aqueles praticados com o auxílio da internet, utilizando-se para tanto de um computador, de uma rede ou de um dispositivo de hardware, seja por meio de sites, e-mails, redes sociais, chats ou qualquer outra tecnologia que utilize da internet.

O crime de pedofilia virtual¹⁸

“Consiste em produzir, publicar, vender, adquirir e armazenar pornografia infantil pela rede mundial de computadores, por meio das páginas da Web, e-mail, newsgroups, salas de bate-papo (chat), ou qualquer outra forma. Compreende, ainda, o uso da internet com a finalidade de aliciar crianças ou adolescentes para realizarem atividades sexuais ou para se exporem de forma pornográfica”.

Portanto, o crime de pedofilia virtual está ligado às atividades relacionadas à produção, difusão e consumo de pornografia infantil. Da mesma forma, “a atividade de aliciar crianças, pela internet ou qualquer outro meio, com o objetivo de praticar atos sexuais com elas, ou para fazê-las se exibirem de forma pornográfica, também é crime com pena de reclusão de 1 a 3 anos, e multa”¹⁹.

Nesta linha, professora Alberton (2005), *in verbis*:

“Modernamente enfrentamos outro tipo de ação praticada pelos pedófilos no mundo inteiro: o uso da internet para cooptar as vítimas, através das salas de bate papo. Utilizam-se também da internet para divulgação e uso de material pornográfico de crianças e adolescentes nus, em poses eróticas ou praticando ato sexual, às vezes, as cenas são montadas, produzidas em estúdio. No entanto, grande parte das cenas que nos aterrori-

18. Disponível em: <https://www.mpsc.mp.br/campanhas/sobre-a-pedofilia-na-internet>

19. Disponível em: <https://www.mpsc.mp.br/campanhas/sobre-a-pedofilia-na-internet>

zam são filmadas ao vivo e envolvem pedófilos e crianças muito pequenas e até bebês em atos sexuais, inclusive com penetração!” (ALBERTON, 2005, p. 126).

A pedofilia está relacionada aos transtornos de personalidade causados pela preferência sexual por crianças e adolescentes, com previsão na Classificação Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde (CID)²⁰, sendo considerada uma “parafilia representada por desejo forte e repetido por práticas sexuais e de fantasias sexuais com crianças pré-púberes”²¹, sendo considerada uma perversão ou desvio sexual.

De fato, a internet vem sendo cada vez mais utilizada por pedófilos devido a facilidade deste meio de comunicação, diante do suposto anonimato, com que se revestem nas redes sociais, “existindo várias comunidades virtuais pedófilas com sites, blogs e canais de chat específicos para troca de experiências, informações e imagens pornográficas, bem como para criar estratégias de abordagem de crianças no mundo real”²².

O que ocorre é que os pedófilos se comunicam por símbolos e expressões próprias, como forma de se ocultar no meio digital, dificultando a sua descoberta. “Eles reconhecem uns aos outros por meio de expressões comuns (por exemplo: “boy-lover”, “girl-lover”, “child-lover”) e símbolos que identificam sobre qual sexo e faixa etária de crianças que seus interesses incidem”²³.

20. Disponível em: <http://www.safernet.org.br/site/sid2010/entenda-as-diferen%C3%A7as-entre-pedofilia-viol%C3%Aancia-abuso-e-explora%C3%A7%C3%A3o-%20sexual>

21. Disponível em: <https://houaiss.uol.com.br/pub/apps/www/v3-3/html/index.php#3>

22. Disponível em: <https://www.mpsc.mp.br/campanhas/sobre-a-pedofilia-na-internet>

23. Ibidem

O mercado de pornografia infantil se tornou muito rentável, devido a sua proibição e dificuldade de manutenção, sendo “vendida por clubes de pedofilia, que reúnem pedófilos interessados não apenas em comprar as imagens, mas também em obter informações dos exploradores sexuais sobre como fazer turismo sexual infanto-juvenil ou tráfico de crianças e adolescentes para abuso sexual”²⁴.

Ademais, merece registro que os pedófilos têm se organizado por meio de uma rede internacional de pedofilia, promovendo a pornografia infantil neste grupo, “através de filmagens, fotografias e até mesmo exposição do próprio corpo durante a prática de relações sexuais”.

De modo que

“os chamados “Clubes” servem para “associar” pedófilos pelo mundo; onde estes podem adquirir fotos ou vídeos contendo pornografia infantil ou, pior, “contratar” serviços de Exploradores Sexuais, fazer Turismo sexual ou mesmo efetivar o Tráfico de menores ou aliciá-los para práticas e abusos sexuais” (LIBORIO, 2004, p. 358).

O pedófilo se aproxima da vítima lentamente, sempre procurando de início ganhar sua confiança, aos poucos, ganhando sua confiança, de modo que

procuram quebrar a resistência das crianças e adolescentes aos contatos sexuais virtuais ou pessoais, ou mesmo a deixarem-se fotografar, mostrando a eles imagens de

24. Disponível em: <http://www.turminha.mpf.mp.br/direitos-das-criancas/18-de-maio/quais-sao-os-meios-mais-comuns-de-acontecer-exploracao-sexual-infanto-juvenil>

pornografia infantil para que eles passem a achar essas cenas naturais e fique mais fácil convencê-los.

Embora muitas dessas imagens de violência sexual sejam feitas com crianças raptadas, algumas são falsas, fruto de edição feita com a intenção de tornar as cenas banais para as vítimas. As fotos e vídeos usados para fazer as montagens são muitas vezes fornecidos pelas próprias crianças e adolescentes, que acreditam estar enviando-os para amigos da sua idade com quem mantém contato pela internet, ou são captados pelos aliciadores enquanto conversam com eles e pedem que liguem a webcam.²⁵

Por outro lado, há aqueles pedófilos que para conseguir a confiança da vítima, criam perfis falso nas redes sociais, se passando por uma personalidade “*teenager*” famosa, sendo encarado pela vítima como um “príncipe encantado”, o que contribui para sua rápida aproximação e intimidade.

Há aqueles que também criam perfis falsos de “*teenager*” do mesmo sexo que a vítima que, se valendo da relação de amizade conquistada, passa a relatar problemas íntimos similares ao que a vítima passa, momento em que começa a enviara fotos e vídeos íntimos, socilitando que a vítima também o faça.

Merece registro que alguns casos de aproximação, via rede social, culmina com os crimes de ameaça e extorsão, após a prática dos crimes de pedofilia previstos no Estatuto da Criança e Adolescente, sobretudo depois de sofrerem uma certa resistência da vítima em continuar enviando fo-

25. Disponível em: <http://www.turminha.mpf.mp.br/direitos-das-criancas/18-de-maio/quais-sao-os-meios-mais-comuns-de-acontecer-exploracao-sexual-infanto-juvenil>

tos ou vídeos íntimos, ou quando esta não aceita uma aproximação física com o pedófilo.

Com a frequente repressão a violência sexual praticada contra crianças e adolescentes os pedófilos têm buscado novas formas de compartilhar material, com o fim de evitar sua identificação, sendo mais frequente sua aproximação com crianças e adolescentes por meio das redes sociais e jogos online.

Da mesma forma, os pedófilos têm frequentado muito a “*deep web*”, por não ser acessível por meio de buscadores e navegadores comuns, como forma de inibir sua identificação, bem como prevenir a derrubada das páginas relacionadas a pornografia infantil pelos “*hackers*”.

Alguns pedófilos não tentam uma aproximação logo de início com a vítima, ficando apenas navegando sozinhos pela internet em busca de fotos e vídeos, evitando se associarem a algum grupo por medo de serem identificados. Por outro lado, há os que desde o início já tentam um contato direto com as vítimas, sobretudo nas em redes sociais e jogos que permitem conversas entre os participantes.²⁶

Na maioria dos casos em que o pedófilo consegue uma aproximação com vítima, após cada conversa é solicitado à criança ou adolescente que sejam apagadas as mensagens, como forma de dificultar a sua descoberta ou identificação.

O pedófilo age arditosamente, sempre traçando uma estratégia de aproximação com cautela, de modo que a vítima “caia em sua teia”, sem que consiga sair depois, por medo da descoberta de seus responsáveis, por vergonha, por se sentir culpada ou até mesmo por receio do que o pedófilo possa vir a fazer, diante das constantes ameaças que recebe.

26. Disponível em: <https://fernandafav.jusbrasil.com.br/noticias/149782880/saiba-como-pedofilos-buscam-vitimas-na-internet>

O Estatuto da Criança e do Adolescente veio concretizar o previsto na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, aprovada em 1989 pela Assembléia Geral das Nações Unidas, que estabelece que países signatários devem adotar todas as medidas legislativas, administrativas, sociais e educativas necessárias à proteção da criança, sobretudo as relacionadas à violência sexual²⁷, com fulcro no princípio da proteção integral à criança e adolescente.

A Lei nº 11.829, de 2008, deu nova redação aos crimes definidos nos arts. 240 e 241 do ECA, descrevendo novas incriminações com a inserção dos arts. 241-A a 241-E no citado diploma, trazendo a previsão legal do crime de venda de pornografia infantil (art. 241); do crime de divulgação de pornografia infantil (art. 241-A); do crime de posse de pornografia infantil (art. 241-B); do crimes de produção de pornografia infantil simulada/montagem (art. 241-C) e do crimes de alienamento de criança (art. 241-D). O dispositivo 241-E traz o conceito de cena de sexo explícito e cena pornográfica.

Cumpra esclarecer que a violência sexual traz consequências gravíssimas e incalculáveis à criança e adolescente vítima, não só físicas como psicológicas, merecendo ser a todo custo evitada e, caso seja inevitável, prontamente reprimida. E isso porque a violência sexual é frequentemente incestuosa e silenciosa, em razão do sentimento de culpa, vergonha, ignorância e tolerância que afligem a vítima, trazendo consequências devastadoras para o seu desenvolvimento físico, social e psíquico, podendo trazer implicações relacionadas à sua sexualidade²⁸.

27. Disponível em: <https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/239700073/a-pedofilia-na-era-digital-a-luz-do-estatuto-da-crianca-e-do-adolescente-por-caio-tacito-grieco-de-andrade-siqueira>

28. Disponível em: <https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/239700073/a-pedofilia-na-era-digital-a-luz-do-estatuto-da-crianca-e-do-adolescente-por-caio-tacito-grieco-de-andrade-siqueira>

Na maioria das vezes o pedófilo é uma pessoa acima de qualquer suspeita, por ser uma pessoa comum, que tem família, trabalho, vida social regular, portanto, uma pessoa de confiança da família e do menor, quando sua aproximação se dá levando-se em conta a sua relação de proximidade com a vítima. Da mesma forma, ainda quando ocorre no mundo virtual, com uma vítima totalmente desconhecida, não gera desconfiança de seus familiares, por se tratar de uma pessoa considerada “do bem”.

Ademais, a violência sexual gera uma mudança de comportamento do menor, podendo gerar desde um isolamento, depressão até um interesse sexual prematuro e exagerado.

“Dentre esses encontram-se comportamentos de pouca ou grande exposição, como imposição de limites nos contatos interpessoais (evitação), exibicionismo, representação de papéis sexuais, auto estimulação, ansiedade sexual, interesse sexual, intromissão sexual, orientação sexual, conhecimento sexual exagerado e comportamento voyeurístico. Algumas crianças mantêm-se fisicamente distantes no relacionamento interpessoal. No entanto, crianças pequenas, podem ficar demasiadamente próximas de pessoas que não são da família, e até esfregar seu corpo nestas. Nesse caso, elas podem casualmente tocar os seios da mãe ou os órgãos genitais de seus pais, e até mesmo de estranhos²⁹”.

É preciso que os usuários tenham mais responsabilidade na utilização das redes sociais, evitando sua exposição exa-

29. Disponível em: <https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/239700073/a-pedofilia-na-era-digital-a-luz-do-estatuto-da-crianca-e-do-adolescente-por-caio-tacito-grieco-de-andrade-siqueira>

gerada e de seus filhos menores, bem como não adicionando estranhos. E isso porque o pedófilo procura sua “presa” nas redes sociais, justamente através de fotos e vídeos das crianças e adolescentes postadas na internet, como forma de satisfazer seu desejo e obsessão sexual por menores. E quanto mais informações tiver das vítimas, mais ele terá munção para sua aproximação e para ganhar sua confiança, pois demonstrará interesse e hábitos similares às preferências postadas pelo menor, aparentando ter uma afinidade e sintonia com a criança ou adolescente.

É inegável o aumento crescente dos crimes cibernéticos devido à grande quantidade de usuários, à exposição exagerada nas redes sociais, as falhas de segurança da rede e, até mesmo, pelo desconhecimento das consequências de seu uso ou negligência no seu manuseio.

Na verdade, o mundo foi apresentado e engolido pela internet repentinamente, à luz de um processo de globalização, sem que houvesse um preparo ou adaptação de seus usuários para o manuseio ou conhecimento de suas consequências.

E como se isso não bastasse, não há sequer legislação que trate de forma eficiente sobre o tema, tornando seus usuários reféns de suas consequências, muitas vezes um tanto nefastas e incalculáveis. De modo que a internet virou um ambiente propício para o cometimento de crimes, saindo o criminoso, em muitos casos, ileso e sem qualquer punição.

Os crimes cibernéticos têm inúmeras peculiaridades que propiciam a impunidade de seu autor, por serem voláteis, sua materialidade é efêmera, pode ser apagada a qualquer momento, tornando a vítima desprotegida e alvo fácil dos criminosos.

Com relação aos crimes de pedofilia dos artigos 240 a 241, do ECA, sobretudo os crimes de guarda e divulgação de material de pornografia infantil, os pedófilos, em regra, se utilizam de programas *peer-to-peer* (P2P) para baixarem e

compartilharem tais arquivos, alegando com frequência ignorarem o fato de que, ao utilizarem estes programas para baixar os arquivos, automaticamente estariam compartilhando as fotos e vídeos, o que não merece prosperar, por constar expressamente no termo de uso destes programas que, ao aceitarem seus termos, o compartilhamento se dá de forma automática.

Dentre os riscos da utilização da internet, além dos variados tipos de vírus que se valem da ingenuidade e inexperiência do usuário, há também os “phishing scan”, em que é jogada uma isca para a vítima que, ao clicar no link enviado, transmite informações bancárias, senhas e outros conteúdos relevantes, tornando-o presa fácil dos autores de crimes cibernéticos, sobretudo nos crimes de pedofilia e extorsão, em que o autor se vale destes expedientes para descobrir mais dados de suas “presas”.

O mesmo ocorre com os “spywares”, que são programas espões que fornecem a terceiros acesso irrestrito ao que o usuário faz enquanto está conectado, tornando-os alvos de inúmeros golpes, bem como permitindo sua identificação.

Os crimes cometidos pela internet costumam deixar rastros, já que praticamente toda ação na web é de alguma forma registrada, deixando como evidência o local, o dia, a hora, a duração, a conta do usuário, o endereço IP atribuído à operação e, até mesmo, como esse conteúdo foi acessado, o que gera os “logs” ou registros das ações, de fundamental importância para a investigação, principalmente quando a vítima fornece subsídios mínimos para o início da apuração.

Desta forma, pode-se afirmar que como regra geral não há anonimato na internet, salvo raras exceções, já que a cada conexão do usuário à internet, serão gerados registros que permitirão identificar o local, o dia, a hora, a duração, a conta do usuário, bem como o seu endereço IP, seja ele estático ou dinâmico.

O IP, endereço IP ou número IP (Internet Protocol), uma das evidências mais importantes colhida na investiga-

ção, é a identificação das conexões de computadores ou redes locais com a internet, o que permitirá identificar o local em que foi praticado o delito, a partir da máquina que acessou a internet ou da rede utilizada, facilitando a identificação da autoria, em especial quando se trata de crimes ocorridos com a utilização das redes sociais.

Cumprir destacar a necessidade das vítimas, logo após o cometimento do crime, se munirem de todas as evidências que tiverem a sua disposição, tais como a URL da página em que foi praticada a conduta criminosa, com a impressão de seu conteúdo, evitando, assim, a perda da materialidade, caso o perfil ou site sejam apagados ou alterados. O mesmo ocorre quando a mensagem propaga, via whatsapp, uma foto ou vídeo, já que pelo whatsapp web, se tem como se chegar a URL daquele arquivo, fundamentais na investigação dos crimes de pedofilia.

Em casos de e-mails, deve-se imprimir o conteúdo criminoso, bem como os dados do destinatário e remetente, que integram o cabeçalho do email, o que possibilitará chegar a origem da mensagem, ao endereço de IP, a data, a hora e ao “timezone” de seu envio, tornando possível a solicitação ao provedor, mediante autorização judicial, dos dados cadastrais e de registros de eventos ligados a esta conta, tais como “logs” de acesso, endereços de IP, com data, hora e fuso.

Atualmente as redes sociais se transformaram em palco para a atuação de inúmeros criminosos, que se valem de um suposto anonimato, que a internet lhes proporciona, por meio da criação de perfis falsos, ou via whatsapp, já que em um chip de celular se pode cadastrar qualquer CPF, o que lhes permite ludibriarem diversos usuários, contribuindo para o êxito da empreitada criminosa, sobretudo em se tratando de vítimas menores, por serem mais vulneráveis e inexperientes.

Tais criminosos se valem da exposição exagerada de seus usuários nas redes sociais, o que lhes permite angariar inúmer-

ras informações de suas vítimas, facilitando o cometimento de determinados crimes, em especial, quando se trata de criança e adolescente, sobretudo daqueles menores que não são fiscalizadas por seus responsáveis, diante de sua vulnerabilidade.

Os sites de buscas abertas se tornaram um importante instrumento de investigação, devido à enorme exposição nas redes sociais, tornando possível encontrar mais facilmente as pessoas, sendo disponibilizadas inúmeras informações sobre seus usuários, tais como seus hábitos, gostos, locais onde frequenta, possibilitando que o criminoso se aproxime da vítima, de forma mais célere, demonstrando uma falsa afinidade.

2. Principais obstáculos encontrados na investigação

Urge analisar algumas medidas, com o escopo de evitar o incremento da atividade criminosa na internet, tais como a regulamentação mais específica e uniforme sobre a utilização da internet no Brasil, já que a Lei de Marco Civil deixou inúmeras lacunas sobre o assunto, em especial no que tange a guarda de “logs” e cooperação internacional, bem como a mudança de cultura de seus usuários.

Uma regulamentação mais específica sobre o tema evitaria, por exemplo, que a conexão fosse mascarada por criminosos, com a utilização de “proxies”, bem como que a utilização de redes “wifi” abertas ou “lanhouses” impedissem a identificação de seus usuários, além de obrigar as Empresas com representação no Brasil de fornecerem o conteúdo criminoso, ainda que armazenados na sede no Exterior.

Os “proxies” permitem a ocultação do verdadeiro IP utilizado, dificultando a identificação do usuário, já que, embora estes IPs serem facilmente identificados pelas Empresas

como mascarados, estas se valem da lacuna da lei para negar o fornecimento destes dados, obstruindo a investigação.

As redes gratuitas de internet permitem o uso por pessoas não identificadas, o que gera mais riscos de cometimento de crimes e outros ilícitos, já que dificultam a identificação do autor, podendo ser evitado o anonimato com a solicitação de um cadastro prévio do usuário para que utilize esta rede.

A falta de uma regulamentação mais completa e de uma fiscalização mais eficiente, permitem também o cometimento de diversos crimes no interior de “cyber” cafés e “lanhouses”, já que muitas delas sequer cobram a identificação do usuário ou, quando cobram, estes usualmente se utilizam de documentos de identidade falsos, sem qualquer fiscalização dos órgãos públicos.

Outra lacuna legislativa reside na guarda pelas Empresas dos “logs” de acesso, o que muitas vezes acaba por inviabilizar a investigação, corroborando a necessidade imediata de edição legislativa que procure abarcar uma regulamentação mais eficaz da utilização da internet e do funcionamento destas Empresas Estrangeiras no Brasil, evitando-se, assim, que a internet continue sendo uma terra sem lei, onde uma infinidade de crimes sejam praticados diariamente, comprometendo a segurança de seus usuários.

Recentemente foi editada a Lei 12.737/12, que trata de crimes informáticos, a Lei 12.683/12, que acrescentou o artigo 17-B à Lei de lavagem de dinheiro, permitiu a requisição de dados cadastrais sem necessidade de autorização judicial à provedores de internet, bem como a Lei 12.830/13, que ratificou o poder de requisição de documentos pelo Delegado de Polícia, além da Lei 12.850/13, que reafirmou a possibilidade de obtenção destes dados cadastrais na investigação de organizações criminosas, muitas vezes ainda

não respeitado por grandes empresas, ocasionando delonga desnecessária e injustificada à investigação.

Ocorre que a legislação sobre o assunto ainda é muito parca, dificultando o trabalho de investigação, como é o caso, ainda, da computação nas nuvens, em que se guarda o conteúdo acessado em uma nuvem, que pode estar localizada até mesmo no Exterior, facilitando o cometimento de crimes pela internet, já que as empresas se negam a fornecer as informações solicitadas, se valendo da lacuna legal.

Em que pese o perigo gerado pela utilização da internet, não se pode negar que, com a globalização, é uma ferramenta indispensável para a promoção do acesso universal à informação, sendo imprescindível a adoção de algumas medidas por seus usuários, com o fim de minimizar seus riscos, tais como a troca constante de senhas, não abrir links recebidos em mensagens ou e-mails desconhecidos, evitar a utilização de redes abertas, manter um back up atualizado de seus arquivos, dentre outros cuidados.

Um dos principais obstáculos encontrados na investigação, além da carência de profissionais capacitados, é a relação com os servidores internacionais que, muitas vezes, arguindo privacidade de seus clientes, se recusam a cooperar no fornecimento de dados e informações, como no caso da utilização de “proxies” ou do fornecimento do conteúdo dos perfis nas redes sociais, principalmente nos casos envolvendo crimes de pedofilia, bem como a utilização pelo investigado do armazenamento de informações nas nuvens ou servidor localizados em outro país, tornando-se necessária a cooperação internacional, adiando a conclusão das investigações.

Nos crimes de pedofilia praticados pelas redes sociais, o pedófilo com frequência solicita ao menor que apague as conversas com o autor, esvaziando-se a materialidade do crime praticado, sendo necessário nesses casos que a Em-

presa forneça o conteúdo das conversas daqueles perfis, o que não vem ocorrendo com regularidade, dificultando o prosseguimento das investigações.

Cumpre destacar os inúmeros fatores que contribuem para o crescente número de casos de crimes cibernéticos, tais como a universalização da internet, o desconhecimento de suas vulnerabilidades, a negligência no seu manuseio, a exposição excessiva de seus usuários, com informações pessoais, fotos e postagens dos lugares que costuma frequentar, fazendo, inclusive, “check in” instantaneamente quando chega nos estabelecimentos (informações essenciais para a prática do crime de pedofilia), a negligência em se manter um bom antivírus atualizado, além de um back up diário, bem como a falta de regulamentação para o provimento de acesso.

Adite-se a isso a utilização da “*deep web*” pelos autores de crime, que é uma rede, similar à internet, mas totalmente criptografada, com a utilização de um provedor que mascara o endereço IP da máquina do usuário, o que dificulta a localização dos investigados, atrapalhando as investigações, que tem que se utilizar das técnicas tradicionais de investigação, nem sempre eficientes nos casos de crimes cibernéticos, com materialidade volátil e de difícil acesso.

Sendo assim, os “*crackers*”, equivocadamente chamados de “*hackers*”, acabam se aproveitando das falhas nos sistemas de segurança para obter acesso à informações privilegiadas, o que vem muitas vezes dificultar e, até mesmo, inviabilizar algumas investigações de crimes cibernéticos.

Há alguns projetos de lei em andamento para regulamentar o uso da internet, mas o principal deles é o Projeto de Lei Eduardo Azeredo, por ser o mais completo texto legislativo já produzido sobre crimes informáticos no país, englobando três projetos de leis que já tramitavam no Senado, para tipi-

ficar condutas realizadas mediante uso de sistema eletrônico, digital ou similares, de rede de computadores ou que sejam praticadas contra rede de computadores, dispositivos de comunicação ou sistemas informatizados e similares.

Não obstante o art. 4º e 6º, III, do CPP e o art. 2º, §2º, da Lei 12.830 ter conferido o poder de requisição ao Delegado de Polícia, a Lei do Marco Civil (Lei 12.965/14) estabeleceu a necessidade de ordem judicial para que as Empresas fornecessem os dados relativos aos seus usuários, sendo necessário que o Delegado represente pela quebra de sigilo de dados, alongando por demais a investigação, sendo as Empresas obrigadas a manterem os dados arquivados pelo prazo de 6 meses.

Esta mesma lei prevê que seja fornecido o conteúdo armazenado pelos usuários e não apenas os dados cadastrais, daí a necessidade de autorização judicial, prevendo inclusive multa diária pelo seu descumprimento, conforme previsto no art. 12, o que vem sendo descumprido por estas Empresas alegando a necessidade da utilização da cooperação internacional, ao arremetimento à Lei do Marco Civil.

Ademais, já há um precedente neste sentido, em que o Facebook teria sido obrigado por decisão judicial a fornecer o conteúdo das mensagens travadas pelo usuário, autor do crime de pichação, no processo criminal que tramita na 2ª Vara Federal de Petrópolis (processo nº 0002315-26.2014.4.02.5106), sem a utilização do acordo internacional – MLAT, não obstante não haver qualquer urgência no fornecimento de tais informações.

Além disso, a Lei do Marco Civil prevê, ainda, no art. 12, a suspensão ou a proibição do exercício das atividades da Empresa, em caso de descumprimento da decisão judicial, diante da inegável falta de colaboração destas com a investigação, o que muitas vezes não é aplicado pelo operador do

direito por entender desproporcional no caso concreto, o que vem contribuindo para que estas Empresas descumpram reiteradamente as decisões judiciais, obstruindo a investigação.

Neste sentido, se enquadra a utilização de aplicativos como o “whatsapp”, já que se valendo do discurso da criptografia de suas conversas, tais Empresas se negam a fornecerem o conteúdo das mensagens trocadas, o que dificulta a investigação, sobretudo nos crimes de pedofilia, em que o autor solicita ao menor que apague as conversas, esvaziando-se a materialidade do delito. Vale lembrar, que esta Empresa não fornece sequer os dados cadastrais sem ordem judicial, contrariando frontalmente o que dispõe a Lei 12.830/13.

Conclusão

Não há dúvidas que a internet é um instrumento facilitador de acesso e comunicação, tendo a era digital corroborado para a democratização do processo comunicativo e cultural, em uma sociedade de massa e, agora, sociedade de rede (Castells, 1999).

Na era digital e globalizada, a informação chega em tempo real, capaz de conectar pessoas do mundo todo, a um só tempo, esvaziando a solidão, propiciando a facilitação do conhecimento de informações e pessoas, o acesso a bens e serviços, com a conseqüente conexão das pessoas em uma grande teia formada pelas redes sociais, acarretando o estreitamento de laços pessoais e profissionais.

Mas todo esse bônus vem seguido de um ônus a ser suportado por seus usuários. A globalização acelerada desaguou na universalização do uso da internet, diante do grande número de usuários, da ampla exposição dos mesmos nas redes sociais, da falta de uma regulamentação mais completa sobre sua utilização, do desconhecimento de suas vulnerabilidades

e da negligência em seu uso, tornou o meio virtual um ambiente propício para inúmeros crimes cibernéticos.

Hodiernamente, a falta de cuidado no manuseio da internet, deixou seus usuários expostos a diversos tipos de ilícitos e consequências por vezes nefastas, merecendo o tema uma atenção especial dos Poderes Públicos, diante da amplificação dos danos que a internet, sobretudo, as redes sociais são capazes de gerar.

Em que pese a internet ser considerada por alguns ainda uma “terra sem lei”, ao contrário do que pensa a maioria de seus usuários, não existe um anonimato real, na maioria dos casos, por deixar o autor diversos rastros e indícios da prática criminosa cometida, sendo necessário que a vítima se muna dos cuidados necessários, fornecendo indícios mínimos para o início da investigação, como por exemplo salvar uma cópia das conversas ou arquivos importantes, antes que sejam apagados pelo criminoso, sobretudo nos crimes de pedofilia.

É claro que, em determinados casos, em razão das lacunas legislativas, em especial no que tange a guarda de “logs”, ao fornecimento de conteúdo pelas Empresas Estrangeiras que funcionam no Brasil, a guarda de dados em nuvens localizadas no Exterior, a utilização de “proxies” como forma de mascarar a conexão, a utilização da “deep web”, dentre outros, a investigação pode encontrar alguns obstáculos, por vezes insuperáveis.

Diante dos riscos que a internet, sobretudo, as redes sociais acarretam, deve o usuário se resguardar, com certos cuidados, tais como, evitar a exposição exagerada, adicionar estranhos, clicar em links desconhecidos, bem como checar a veracidade das informações repassadas ou postadas, manter um antivírus e um back up diário atualizados, dentre outros, evitando-se assim a proliferação dos crimes digitais.

A melhor forma de combate ao crime de pedofilia virtual é com informação e denúncias, sendo o papel dos pais ou responsáveis indispensável para a sua prevenção, com fiscalização e monitoramento constante da utilização da internet pelos menores.

Diante de todo o exposto, faz-se necessária a implementação de políticas públicas preventivas e educacionais sobre o tema, promovendo um debate na sociedade, no sentido de procurar alternativas para a solução dos problemas, sejam legislativas ou diplomáticas, evitando-se, assim, que a internet permaneça em uma zona oculta, onde se possa praticar toda a sorte de condutas ilícitas e crimes, em detrimento da segurança de seus usuários.

Referência Bibliográficas

ALBERTON, Mariza Silveira. *Violação da infância: Crimes abomináveis: humilham, machucam, torturam e matam*. 1. ed., Porto Alegre: Editora Age, 2005.

ALMEIDA, Gilberto Martins de. **Lei dos Crimes de Informática mais perto de ser votada**. Disponível em: <<http://www.afrac.com.br/si/site/1623>>. Acesso em 20 de junho de 2008.

AURÉLIO, **O mini dicionário da língua portuguesa**. 4ª edição. 7ª impressão. Rio de Janeiro. 2002.

BUSTAMANTE, Leonardo. **Computação Forense – Certificação e Formação**. IMASTERS 21/07/2006. Disponível em: <http://imasters.uol.com.br/artigo/4403/forense/computacao_forense_certificacao_e_formacao/>. Acesso em: 08/08/2008.

- CARPANEZ, Juliana. **Conheça os crimes virtuais mais comuns**. Folha 07/01/2006. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/informatica/ult124u19455.shtml>>. Acesso em 26 de junho de 2008.
- CARROLL, Ovie L., BRANNON, Stephen K., SONG, Thomas. **Computer Forensics: Digital Forensic Analysis Methodology**. United States Attorneys ‘ Bulletin. Volume 56, Número 1, Janeiro de 2008.
- CASTELLS, M. (1999). A Sociedade em Rede (Vol. I, 14ª ed.). São Paulo: Paz e Terra.
- CORRÊA, Gustavo Testa. **Aspectos jurídicos da internet**. São Paulo: Saraiva, 2000.
- DAOUN, Alexandre Jean; GISELE, Truzzi De Lima. **Crimes informáticos o direito penal na era da informação**. ICoFCS 2007 – Proceedings of The Second International Conference Of Forensic Computer Science Volume 2, Número 1, 2007.
- CAVALCANTE, Waldek Fachinelli. **Crimes Cibernéticos: noções básicas de investigação e ameaças na internet**. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj054548.pdf>
- DELMANTO, Celso. **Código penal anotado**. São Paulo : Saraiva, 1982.
- ESPÍNDULA, Alberi. **Função pericial do Estado**. Disponível em: <<http://www.espindula.com.br/default4e.htm>>. Acessado em 21 de Maio de 2008.
- FARMER, Dan, VENEMA, Vietse . **Perícia Forense Computacional: Teoria e Prática Aplicada**. Pearson Prentice Hall. 2007.

FELITTI,Guilherme.**Crime digital: compare as principais leis mundiais com projeto brasileiro.** Divulgada em:30/05/2007 . Disponível em: <<http://idgnow.uol.com.br/internet/2007/05/29/idgnoticia.2007-05-29.7684184042>>. Acesso em 20 de Junho de 2008.

FERREIRA, Ivete Senise . **A criminalidade informática.** In: Newton de Lucca; Adalberto Simão Filho. (Org.). Direito e Internet – aspectos jurídicos relevantes. Bauru: Edipro, 2000.

FRAGOSO, Cláudio Heleno. **Lições de direito penal.** A nova parte geral. 8. ed.. Rio de Janeiro : Forense, 1985.

FREITAS, Andrey. R. de. **Perícia Forense Aplicada à Informática.** Trabalho de Curso de Pós-Graduação “Lato Sensu”em Internet Security. IBPI. 2003.

GOMES, Flávio Luiz. **Crimes informáticos.** Disponível em: <www.direitocriminal.com.br>. Acesso em 26 junho. 2008.

GUIDANCE. **Encase.** Disponível em: <<http://www.guidancesoftware.com>>. Acesso em: 19 de Setembro de 2008

JESSEN, Klaus Steding. **Tendências em Atividades Maliciosas na Internet Brasileira.** Simpósio Brasileiro em Segurança da Informação e de Sistemas Computacionais-SBSeg. Gramado – RS, 2008

LIBORIO, Renata Maria Coimbra, SOUSA, Sônia M. Gomes. A exploração sexual de crianças e adolescentes no Brasil. 1 ed, São Paulo: Casa do Psicólogo, 2004.

LUCA, Cristina de. **E o projeto de crimes digitais de Eduardo Azeredo avança.** Disponível em: <<http://www.convergenciadigital.com.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?from%5Finfo%5Findex=21&infoid=11565&sid=54>>. Acesso em 20 de junho de 2008

LUCA, Cristina de. **Projeto de crimes digitais de Azeredo dá passo decisivo para votação em Plenário.** Disponível em: <http://www.convergenciadigital.com.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?-from_info_index=11&infoid=14462&sid=54>. Acesso em 20 de junho de 2008

LUCCA, Newton; SIMOES FILHO, Adalberto. **Direito & internet: aspectos jurídicos relevantes.** São Paulo: Edipro, 2001.

MACHADO, Luiz Alberto. **Direito criminal.** Parte Geral. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1987.

MATURO, Jussara; SARAIVA, Jacílio; TERZIAN, Françoise. **Especial: Crimes Digitais.** Disponível em: <<http://www.valoronline.com.br/valoreconomico/285/suplementos/139/138/Sob+fogo+cruzado+Orkut+e+alvo+de+acoes+e+denuncias+,,138,3954465.html>> . Acesso em 26 junho 2008.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal.** v.1, parte geral. 3. ed., São Paulo : Atlas. S.A., 1987. Noronha, E. Magalhães – Direito Penal – vol IV- Ed. Saraiva.

NOBLETT, Michael G.; **Report of the Federal Bureau of Investigation on development of forensic tools and examinations for data recovery from**

computer evidence; Proceedings of the 11th INTERPOL Forensic Science Symposium.1995

NOBLETT, Michael G., POLLITT, Mark M., PRESLEY, Lawrence A. **Recovering and Examining Computer Forensic Evidence**. Forensic science communications. Outubro de 2000 volume 2 Número 4. Disponível em: <<http://www.fbi.gov/hq/lab/fsc/backissu/oct2000/computer.htm>> . Acesso em: 20/06/2008

PEREIRA, Evandro, FAGUNDES, Leonardo. **Forense Computacional: fundamentos, tecnologias e desafios atuais**. Simpósio Brasileiro em Segurança da Informação e de Sistemas computacionail. Rio de janeiro. Agosto de 2007

PINHEIRO, Reginaldo César. **Os crimes virtuais na esfera jurídica brasileira**. São Paulo: IBCCrim, abr. 2001Direito Penal, 1º vol. parte geral, 18º ed. São Paulo., ed. Saraiva, p. 136. PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico penal e constituição**. São Paulo:Revista dos tribunais, 1997.

PREATONI, Roberto. **Diminuição de 37% no número de invasões de sites. Isto é uma boa ou má notícia?**. Disponível em:<<http://br.zone-h.org/content/view/559/9/>>. Acesso em: 24 de junho de 2008

RAMALHO TERCEIRO, Cecílio da Fonseca Vieira. **O problema na tipificação penal dos crimes virtuais**. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3186>>. Acesso em: 24 de junho de 2008.

REIS, Marcelo Abdala dos, GEUS, Paulo Lício de. **Forense Computacional: Procedimentos e Padrões**.

Instituto de Computação da Universidade Estadual de Campinas. Disponível em: <<http://www.las.ic.unicamp.br/paulo/papers/2001-SSI-marcelo.reis-forense.padroes.pdf>> Acessado em 28 de Maio de 2008

REZENDE, Livia Maria. A PRÁTICA DE CRIMES ATRAVÉS DA INTERNET E A PEDOFILIA VIRTUAL. Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis (IMESA). 2012. Disponível em: <https://cepein.femanet.com.br/BDigital/arqTccs/0911300338.pdf>.

ROSSINI, Augusto Eduardo de Souza. **Brevíssimas considerações sobre Delitos Informáticos.** in Caderno jurídico da Escola superior do ministério Público de São Paulo, ano II, n.º. IV, – julho de 2002.

SAFEBACK. **Introdução ao Safeback 3.** Disponível em: <<http://www.forensics-intl.com/safeback.html>>. Acesso em: 19 de Setembro de 2008

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal,** São Paulo, Saraiva, 4 ed. 1991.

VARGAS, R. G. **Processos e Padrões em Perícia Forense Aplicado a Informática.**

Trabalho de Conclusão de Curso, Bacharelado em Sistemas de Informação, Faculdade Metodista Granbery, Juiz de Fora, Minas Gerais, 2006.

VIANNA, Túlio Lima. **Fundamentos de Direito Penal Informático.** Rio de Janeiro: Forense, 2003.

VIZEU, Rodrigo. **Crime na rede.** Disponível em: <http://oglobo.globo.com/pais/mat/2008/04/15/pedofilo-brasileiro_mais_consumidor_do_que_produtores_de_

conteudo_faz_parte_das_classes_b_c-426848877.asp
>.Acesso em: 20 de junho de 2008.

ZANELATO, Marco Antonio. **Condutas ilícitas na sociedade digital**. in Caderno jurídico da Escola superior do ministério Público de São Paulo, ano II, nº. IV, – julho de 2002.

WENDT, Emerson; Nogueira Jorge, Higor Vinicius (2013). Crimes Cibernéticos: Ameaças e procedimentos de investigação. Google Livros: Brasport. 37 páginas. ISBN 8574526363. Consultado em 20 de outubro de 2016

WIKIPEDIA1. **Crime**. Disponível em: < <http://pt.wikipedia.org/wiki/Crime> >.Acesso em: 20 de junho de 2008.

WIKIPEDIA2. **Modus Operandi**. Disponível em: < [http://pt.wikipedia.org/wiki/ Modus operandi](http://pt.wikipedia.org/wiki/Modus_operandi) >.Acesso em: 20 de junho de 2008.

WIKIPEDIA3. Hoax. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Embuste>

Coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético e os direitos fundamentais

Flávio Mirza, Rafael Pacheco Lanes Ribeiro e Matheus Rezende Gomes Deotti

Introdução: obrigatoriedade da coleta do perfil genético

Inicialmente insta esclarecer que a Constituição Federal já autorizava a identificação criminal em seu artigo 5º, LVIII, porém deixou para que uma lei estipulasse os casos permissivos. Desta forma algumas leis trataram do assunto de forma tímida, sendo sancionada em 2012 a Lei 12.654, que alterou a Lei de Execução Penal (LEP), permitindo que se fosse colhido perfil genético, para fins de identificação criminal, dos condenados que praticaram crimes dolosos com natureza grave contra pessoa ou por qualquer crime previsto no artigo 1º da Lei 8.072/90 (lei de crimes hediondos), acrescentando o artigo 9º-A à LEP que passa a ter a seguinte redação:

Art. 9º-A. Os condenados por crime praticado, dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa, ou por qualquer dos crimes previstos no [art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990](#), serão submetidos, obrigatoriamente, à identificação do perfil genético, mediante extração de DNA - ácido desoxirribonucleico, por técnica adequada e indolor.

Esta possibilidade se mostra como um excelente meio de prova, tendo em vista seu elevadíssimo grau de precisão, o que possibilita elucidar fatos criminosos de forma rápida e com baixa possibilidade de erro. O benefício do banco de dados com perfil genético é enumerado e explicado por Mohamad Mahmoud e Maria Moura (Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 98, p. 339):

Nesse ponto, faz-se mister definir o benefício decorrente dessa via e sua forma de obtenção. Sobre isso, o DNA - ácido desoxirribonucleico - pode ser obtido em todo o tecido biológico humano e é responsável pela transmissão de características genéticas entre os seres, de modo a permitir a [constituição](#) de um perfil genético individual. Seu grau de precisão transcende até mesmo a precisão decorrente das digitais humanas. Além do mais, o DNA trás consigo uma resistência à degradação diferenciada quando comparada com outros meios de prova. Desta forma, o DNA é [...] ideal como fonte de identificação resistente à passagem do tempo e às agressões ambientais frequentemente encontradas em cenas de crimes.

Há que se frisar que essa coleta de material genético é feita somente nos indivíduos que cometeram graves crimes,

sendo condenados por tal, e essa forma de identificação só será usada para novos crimes, ou seja, o réu só terá essa prova contra ele se ele cometer novo crime.

E como bem distingue o eminente Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes, em seu acórdão reconhecendo a repercussão geral desta matéria, existem duas aplicações para o banco de dados, com durações diferentes, nos seguintes termos:

A Lei 12.654/12 introduziu a coleta de material biológico para a obtenção do perfil genético, em duas situações: na identificação criminal (art. 5º, LVIII, CF, regulamentado pela Lei 12.037/09) e na execução penal por crimes violentos ou por crimes hediondos (Lei 7.210/84, art. 9-A).

Cada uma dessas hipóteses tem um regime diferente. Na identificação criminal, a investigação deve ser determinada pelo juiz, que avaliará se a medida é essencial às investigações (art. 3º, IV, combinado com art. 5º, parágrafo único). Os dados poderão ser eliminados no término do prazo estabelecido em lei para a prescrição do delito.

Os dados dos condenados, por outro lado, serão coletados como consequência da condenação. Não há previsão de eliminação de perfis.

Tal banco de dados tem caráter sigiloso, sendo que para a autoridade policial utilizá-lo deverá ter autorização do juízo competente. Só a partir a autorização judicial que ele será utilizado para instruir a investigação criminal. Inclusive a lei já prevê punição para aqueles que utilizarem as informações contidas neste banco de dados genéticos para fins diferentes do previsto.

Há que se dizer que este tipo de prova é utilizado com sucesso em outros países, como expõe Miguel Martin:

O procedimento proposto é semelhante ao CODIS (Combined DNA Index System), criado nos Estados Unidos. A finalidade do banco é realizar pesquisas com o material genético recolhido dos infratores com os encontrados na cena do crime, visando diminuir os crimes de autoria desconhecida, cujos índices comprometem a criminalidade do país.

Contudo, ao passo que de forma indubitável essa permissão para se utilizar essa espécie de identificação criminal melhora incomensuravelmente a investigação criminal, tanto temporal, quanto qualitativamente, tem-se também o questionamento se ela não estaria a violar direitos fundamentais individuais constitucionalmente garantidos.

Neste diapasão, vários processos foram impetrados no sentido de se afastar a permissão da coleta do perfil genético do condenado sem sua concordância. Tantos foram os processos que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral sobre o tema, para se decidir e uniformizar a jurisprudência.

Por esse motivo, consta do boletim de Repercussão Geral do Supremo Tribunal Federal a discussão sobre a constitucionalidade da obrigação da coleta de perfil genético para condenados de certos crimes, como se vê:

Direito Processual Penal; Princípios e Garantias Processuais Possui repercussão geral a controvérsia relativa ao exame da constitucionalidade, à luz de direitos da personalidade e do princípio da não autoincriminação, do art. 9-A da Lei de Execução Penal

(Lei 7.210/1984), introduzido pela Lei 12.654/2012, que prevê a identificação e o armazenamento de perfis genéticos de condenados por crimes violentos ou por crimes hediondos. (RE 973.837 RG/MG, rel. min. Gilmar Mendes, julgamento em 24-6-2016, acórdão pendente de publicação).

E também já houve decisão da Ministra do Supremo Tribunal Federal, Cármen Lúcia, que julgou procedente a Reclamação (RCL) 24484, ajuizada pelo Ministério Público de Minas Gerais contra acórdão da Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que julgara inconstitucional a coleta de perfil genético. Neste caso foi aplicada a Súmula Vinculante 10, do STF, que proíbe órgãos fracionários de tribunais de afastarem, no todo ou em parte, a incidência de lei ou ato normativo do poder público sob alegação de inconstitucionalidade. Tudo isso constante no campo notícias no endereço eletrônico do Supremo Tribunal Federal.

Porém, há que se enfatizar a importância desta evolução de identificação criminal, que muito tem a contribuir para a devida e correta resolução das persecuções penais. Essa importância também é destacada por Miguel Martin:

Diante desses fatos, pode se deduzir que a função deste tipo de exame de corpo de delito supera os limites da mera comprovação da materialidade delitiva, podendo também chegar ao campo da autoria e até mesmo adentrar ao espaço reservado à culpabilidade. Daí revela-se a grande importância do exame de DNA para resolver crimes tidos como insolúveis ou elucidar fatos relacionados com ilícitos penais complexos.

1. A não incidência do princípio *nemo tenetur se detegere*

Esse princípio, conhecido como proibição à autoincriminação, tem sua origem deitada em raízes da Idade Média e início da Renascença e é a versão brasileira do *privilegie against self-incrimination* do direito anglo-americano, segundo os ensinamentos de Carlos Haddad (2000, p.141).

No ordenamento jurídico pátrio, o direito à não autoincriminação é extraído dos sistemas de garantias constitucionais e aprofundado pelo Código de Processo Penal. E nas palavras do professor Eugênio Pacelli (2012, p.41) ele dá garantias aos acusados:

A autoincriminação, não só permite que o acusado ou apripionado permaneça em silêncio durante toda a investigação e mesmo em juízo, como impede que ele seja compelido – compulsoriamente, portanto – a produzir ou a contribuir com a formação da prova contrária ao seu interesse.

Mais a frente em seu trabalho, o próprio Pacelli (2012, p.42) reconhece que este mandamento pode conter exceções se previstas em lei:

A regra da não exigibilidade de participação compulsória do acusado na formação da prova a ele contrária é ressalvada nas hipóteses previstas em leis e não invasivas da integridade física e psíquica do agente.

Bordo outro, a coleta de informações das pessoas é realidade há muito tempo, pois para a expedição de docu-

mentos obrigatórios é necessária à entrega de fotos, digitais, assinatura, entre outros dependendo do documento. Assim, o banco de dados genéticos deve ser encarado como um meio de identificação, como outros vários já existentes e não um meio de auto incriminação.

Pois veja, uma pessoa ao solicitar a expedição de sua identidade ou do passaporte tem que fornecer para o Estado todas as suas digitais, sendo uma inserida no documento.

Em qualquer país do mundo, caso suspeitem no aeroporto que o passaporte do indivíduo é falso, poderá ser colhida a impressão digital para comparação com o documento e a correta identificação.

Nota-se que neste caso não há discussão sobre a constitucionalidade da colheita das digitais. Pois, antes de tudo, ela é uma forma de identificação, colhida no momento da expedição de um documento e pode ser utilizada para individualizar civil e penalmente uma pessoa.

Neste bordo, vê-se que a colheita de material genético para comparação de DNA é, também, uma forma de identificação civil e penal como várias outras, tais como: digital, foto, assinatura.

Poderia se falar em afronta ao Princípio do *nemo tenetur se detegere*, se e somente se o material genético fosse colhido durante a persecução criminal, ou seja, o indivíduo suspeito de cometer um crime fosse obrigado a fornecer material genético para a comparação do DNA encontrado na cena de um crime.

Mas, o banco genético autorizado pela Lei 12.654/2012, só é utilizado em inquéritos que se iniciaram após a colheita do DNA e sua inserção no banco de dados. Ou seja, o indivíduo dá meios de identificação para o Estado, e posteriormente, caso ele cometa um crime, essa forma de individualização é utilizada.

Neste bordo, tem-se que o banco de dados de material genético não deve ser considerado como uma obrigatorie-

dade de autoincriminação, mas sim como mais um meio de identificação de pessoas, o qual pode ser utilizado para ajudar a elucidar crimes. Sendo este o entendimento do jurista Guilherme Nucci:

Na nova lei [12.654/2012](#), teremos nova modalidade de identificação criminal, feita por coleta de material biológico, dando ensejo ao certo exame de DNA. Não vislumbro inconstitucionalidade alguma. Ao contrário, todos deveriam ser identificados civilmente não somente pela foto e impressão digital, como ocorre hoje, mas também com dados genéticos. Na área criminal, com maior razão, evitando-se o erro judiciário.

Mesmo com esse entendimento, pelo fato de existir grande argumentação no sentido de considerar inconstitucional este banco genético, por entendê-lo como obrigação a obtenção de prova, se passa a fazer uma analogia a outro crime, onde já é pacífica a legalidade da obtenção de prova, mediante exame do infrator.

Trata-se do crime de trânsito de dirigir sob influência de álcool, constante do artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro e seus meios de prova, *in verbis*:

Art. 306. Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência:

Penas – detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

§ 1º As condutas previstas no caput serão constatadas por:

I - concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou igual ou superior a 0,3 miligramas de álcool por litro de ar alveolar; ou

§ 2º A verificação do disposto neste artigo poderá ser obtida mediante teste de alcoolemia ou toxicológico, exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos, observado o direito à contraprova.

Assim, o motorista que dirigir sob influência de bebida alcóolica pode ser detido de seis meses a três anos, além de outras penalidades administrativas muito severas. Tudo isso obrigando o motorista a fazer o teste do etilômetro ou até mesmo exame de sangue.

Ou seja, o princípio da não autoincriminação é claramente mitigado pela lei, a qual inclusive prevê as mesmas penalidades para o motorista que se recusar a se submeter aos testes, isto pela inteligência do artigo 277, § 3º do Código de Trânsito Brasileiro:

Art. 277. O condutor de veículo automotor envolvido em acidente de trânsito ou que for alvo de fiscalização de trânsito poderá ser submetido a teste, exame clínico, perícia ou outro procedimento que, por meios técnicos ou científicos, na forma disciplinada pelo Contran, permita certificar influência de álcool ou outra substância psicoativa que determine dependência.

§ 3º Serão aplicadas as penalidades e medidas administrativas estabelecidas no art. 165-A deste Código

ao condutor que se recusar a se submeter a qualquer dos procedimentos previstos no caput deste artigo.

O que sem vê nesta legislação, não é somente a mitigação ao princípio *nemo tenetur se detegere*, mas a penalização da recusa em gerar prova contra si.

Ou seja, mais uma vez se encontra na legislação e na jurisprudência casos que autorizam o Estado a submeter seus administrados a procedimentos que os possam incriminar.

Ainda, há que se valer do direito comparado, que embora deva ser analisado com parcimônia, distinguindo bem as diferenças culturais, mas é de grande valia para se ponderar um estudo. Neste bordo Eugênio Pacelli (2012, p.382) nos mostra que as legislações europeias, em sua maioria, a dos Estados Unidos e algumas de países da América do Sul, preveem situações em que o réu deve se submeter à determinadas “ingerências corporais, com finalidades probatórias”. E continua:

Em todos os casos, porém, como regra, deverá haver previsão expressa na lei e controle judicial da prova. É o que ocorre com os exames para coleta de sangue, com os testes para comprovação de DNA- desde que realizados por médicos – os exames de alcoolemia, o fornecimento de padrões gráficos e de voz etc., para a realização de perícia técnica.

Isso porque, nestes países se utiliza o princípio da não autoincriminação dentro dos limites de sua exata finalidade, que é claramente a proteção da integridade física, psíquica e mental do acusado além da garantia de sua dignidade humana, ainda segundo Eugênio Pacelli (2012, p.283).

Assim, não há como se sustentar que a submissão ao exame de sangue para colheita de material genético atinja a

integridade física ou psíquica, pois nas palavras do Ministro do STF, Marco Aurélio (STF-Informativo nº 107/98 – HC nº 76.060/SC), esse “sacrifício corporal exigido não passa de uma simples espetadela”.

Além disso, existe uma diferença entre uma conduta ativa do incriminado e sua submissão passiva à colheita de provas. E para se obter o perfil genético não é necessária conduta ativa do indivíduo, assim até semanticamente não se configura autoincriminação. Esta diferenciação entre atividade e passividade do réu já é pacífica há muito na jurisprudência da Suprema Corte Norte Americana³⁰ firmada no caso *Schmerber v. California* (1966), que afirma não haver violação ao princípio de *nemo tenetur se detegere* por ser meio de prova em que o indivíduo é meramente passivo.

Ainda sobre o direito comparado, Márcio Anselmo, que é Delegado da Polícia Federal critica de forma veemente a aplicação exacerbada no Brasil do princípio da não auto incriminação, sendo interpretação aqui predominante oposta à dos países que em muito nos são referência:

Tema, que tem relação direta com a presunção de inocência, que é a garantia contra a autoincriminação, outro exemplo das famosas jabuticabas jurídicas, fruto da interpretação *sui generis* dada no Brasil aos institutos jurídicos, que não encontram consonância no tratamento do tema em outros países, sobretudo aqueles tidos como paradigmas da nossa legislação.

Márcio Anselmo colaciona em seu trabalho um julgado da Corte Europeia de Direitos Humanos onde é afirmado

30. JUSTIA. US Supreme Court. *Schmerber v. California* (1966). Disponível em: < <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/384/757/case.html> > Acesso em: 28 de janeiro de 2017.

que a obrigação de submissão à coleta de material genético para identificação criminal não atinge direitos do indivíduo. Enfatiza-se que é a Corte de Direitos Humanos que elucida:

[...] direito de não se autoincriminar impõe que se respeite a vontade do arguido de não falar e manter o silêncio, no entanto, este direito não contempla a impossibilidade de utilização no processo de meios de prova que sejam obtidos através do arguido independentemente da sua vontade (ou mesmo, contra a sua vontade) por poderes de autoridade, tais como (...) recolha de amostras e exames de sangue, urina, saliva, cabelo, voz, ou recolha de outros tecidos orgânicos para a realização de testes de DNA.

Sendo clarividente que proibir a utilização deste meio de prova implica diretamente em uma redução drástica do número de crimes solucionados, fato que vai de encontro com o clamor social, tendo em consideração a conjuntura violenta da atualidade.

2. Direitos fundamentais individuais x coletivos

Os direitos fundamentais, historicamente, têm como esteio lógico os princípios do Estado de Direito e a Dignidade Humana. Como bem esclarece João Trindade, em seu artigo “Teoria dos Direitos Fundamentais”, que também conceitua o princípio da Dignidade Humana da seguinte forma:

Trata-se, como se sabe, de um princípio aberto, mas que, em uma apertada síntese, podemos dizer tratar-se de reconhecer a todos os seres humanos, pelo

simples fato de serem humanos, alguns direitos básicos – justamente os direitos fundamentais.

Embora não se trate de unanimidade, a doutrina majoritária concorda que os direitos fundamentais “nascem” da dignidade humana. Dessa forma, haveria um tronco comum do qual derivam todos os direitos fundamentais.

E José Afonso da Silva (2016, p.113) se esmera em conceituar o princípio do Estado de Direito, concluindo que:

O conceito clássico de Estado de Direito abrange três características: a) submissão (dos governantes e dos cidadãos) ao império da lei; b) separação de poderes; c) garantia dos direitos fundamentais.

Os Direitos Fundamentais podem dar garantias a uma coletividade ou a um indivíduo. Contudo, devido ao contexto histórico da sociedade brasileira, a qual passou por um longo período de governo militar, onde os direitos individuais eram fortemente mitigados frente aos direitos coletivos e logo após o término desse período foi promulgada a Constituição Federal de 1988. Assim, a nova carta magna se dispôs a defender com prioridade absoluta os direitos fundamentais.

Sem falar em políticas populistas, já em períodos posteriores à vigência da Constituição de 1988, os direitos individuais ganharam mais força. Somando ainda a interpretação das leis sempre de forma a priorizar o indivíduo. Fato que trás algumas consequências práticas.

No campo do Direito Penal e Processual Penal, este excesso de garantias individuais reduzem drasticamente o número de provas lícitas, possíveis para o deslinde persecu-

ção criminal. Tanto é verdade que por várias vezes a Corte Interamericana de Direitos Humanos condena constantemente o Estado Brasileiro por não dar à sociedade a resposta aos crimes graves, tal como aconteceu no caso emblemático que originou a Lei Maria da Penha.

Assim, qual seria o meio termo entre a garantia dos direitos individuais e o direito da coletividade? Ou melhor, até qual ponto a sociedade deve abrir mão de seus direitos frente a proteção de direitos de um indivíduo apenas. Por óbvio, o direito individual deve ser protegido pelo Estado, aqui pondera-se somente a proporção em que é defendido.

Pois se veja, casuisticamente, poucos são os dados oficiais sobre reincidência no país, em 2011 o Presidente do Conselho Nacional de Justiça afirmou que a taxa de reincidência criminal está na casa dos 70%, como consta no Relatório de Pesquisa publicado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). Ou seja, a cada cem condenados por algum crime, voltam a cometer crime.

Mesmo diante desta realidade, o direito à segurança da coletividade é mitigado diante a possibilidade de caracterização da inconstitucionalidade da coleta de perfil genético de condenado, sob a alegação que isto fere o princípio a não autoincriminação.

A Constituição Federal de 1988 tem o seguinte texto, do qual se extrai esse princípio:

Art. 5º, LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.

Então do direito expresso a permanecer calado, a doutrina e a jurisprudência conseguiram interpretar que o acusado tem o direito a não produzir prova contra si. Na teoria isso

protege profundamente a dignidade do titular deste direito. Porém na prática vê-se que este princípio limita a capacidade de concluir uma investigação criminal. Neste sentido bem coloca Marcelo Albuquerque apud Márcio Anselmo:

[...] a doutrina parece reconhecer, com pequeníssima margem de hesitação, a existência do citado instituto, dando à expressão ‘não produzir’ uma acepção tão ampla que se estende para além de seus significados semântico e jurídico, abrangendo então a ideia de que o sujeito passivo de um processo penal ou de uma investigação criminal não pode ser compelido sequer a participar, prestando qualquer forma mínima de colaboração de uma atividade probatória cujo resultado lhe possa ser, eventualmente, prejudicial.

Há que se analisar o Direito Penal como uma forma de garantia de segurança pública, sendo a sociedade permitindo e repassando competência ao Estado para fixar normas criminalizando atos danosos a esta sociedade. Então tem-se o direito penal como instrumento garantidor de direitos fundamentais coletivos. Neste sentido, Marcelo Albuquerque apud Márcio Anselmo, afirma que o direito penal “não deve ser visto como o grande inimigo da liberdade, mas como responsável pela missão ímpar de proteger os bens jurídicos mais importantes contra as agressões mais intensas”.

Assim, desde que se respeite a integridade física e psicológica dos acusados, as leis devem ser interpretadas e aplicadas com bom senso, sem este apelo falso humanista que predomina atualmente. Isso é medida premente para se tornar mais efetiva a proteção estatal à sociedade.

Neste bordo, diferentemente do titular de direitos consumeristas ou trabalhistas que tem tratamento diferenciado

devido a sua clara hipossuficiência, na persecução penal o acusado não é hipossuficiente, é sim alguém contra quem pesa uma justa causa, com indícios mínimos de materialidade e autoria de uma conduta criminosas.

Sob esta premissa, será mesmo que colher o perfil genético de um condenado é uma intervenção corporal capaz de atingir sua integridade física ou sua saúde? Joel Tovil (2008, p.87), ao tratar do tema, discorre que “a pequena intervenção no corpo do investigado pouco afeta a sua dignidade, sendo que a restrição dos direitos está plenamente justificada diante do bem maior do interesse público na apuração do hediondo crime cometido”.

Conforme consta do relatório do acórdão do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Gilmar Mendes, que reconheceu a repercussão geral sobre o presente tema, a Tribunal Europeu de Direitos Humanos, no caso Van der Velden contra Holanda (2006), concluiu que embora possa ser invasiva a colheita de perfil genético “a adoção da medida em relação a condenados era uma intromissão proporcional, tendo em vista o objetivo de prevenir e investigar crimes”. Assim claramente priorizou o direito coletivo em detrimento do individual.

Considerações finais

Diante da análise de todos os fatos e argumentos postos no presente estudo, torna-se indubitável que a criação de um banco de dados com perfil genético, com a finalidade de identificar criminalmente indivíduos que já praticaram crimes violentos contra pessoas ou crimes hediondos, torna muito mais precisa, eficiente e rápida a investigação criminal.

Ações e instrumentos como este devem ser incentivados e perseguidos, principalmente em um país como o Brasil,

onde as estatísticas de criminalidade aumentam a cada ano e que a taxa de reincidência é elevadíssima.

Isso levando-se em consideração que o meio de identificação criminal em estudo, a colheita de material biológico para definição de perfil genético foi regulamentada em lei, com as devidas proteções ao indivíduo, sendo um banco de dados sigiloso, que só pode ser utilizado com autorização judicial, com previsão de punições penais, administrativas e civis para o agente público que utilizar os dados para outras finalidades e ainda a intervenção corporal é mínima, não sendo capaz de atingir a integridade física do condenado.

Importante, também, é a proteção que a lei estabelece de que somente condenados por determinados crimes graves como já enumerado alhures serão submetidos a colheita do perfil genético, e que isto só será utilizado para a investigação criminal de crimes futuros à inserção no banco de dados. O que caracteriza a utilização do DNA como simples meio de identificação criminal e não como obrigatoriedade de produzir prova contra si em uma investigação em andamento.

Porém, como é de costume no país, as leis são sempre interpretadas de forma tendenciosa a proteger cegamente os direitos fundamentais individuais, em detrimento dos direitos da coletividade. Assim, o Supremo Tribunal Federal foi impelido a decidir sobre a constitucionalidade da Lei que regulamenta esse tipo de identificação criminal.

Por isso, a sociedade deve estar alerta e acompanhar de perto o deslinde do posicionamento da suprema corte sobre o assunto, pois será um gigantesco retrocesso à proteção do direito à segurança pública e ao direito que a sociedade tem de ver a correta conclusão de persecução criminal indicando e punindo o responsável.

Neste diapasão, a balança da justiça deve sempre aferir a correta proporção entre a proteção aos direitos fundamentais individuais e os coletivos. Conquanto haja regulamentação

legal, anteriormente sancionada, e que não se ofenda realmente a integridade física e psíquica do indivíduo, a coletividade deve ter primazia da proteção de seus direitos.

Referências bibliográficas

ANSELMO, Márcio Adriano. **Com interpretação equivocada, direito ao silêncio virou jabuticaba no país.** Disponível em < <http://www.conjur.com.br/2016-fev-23/academia-policial-interpretacao-equivocada-direito-silencio-virou-jabuticaba-pais>> Acesso em: 21 de janeiro de 2017.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 20 de dezembro de 2016.

BRASIL, Lei 7.210/1984. **Institui a Lei de Execução Penal.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210compilado.htm> Acesso em: 20 de janeiro de 2017.

BRASIL, Lei 12.654/2012. **Altera as Leis nº 12.037, de 1º de outubro de 2009 e 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal, para prever a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal, e dá outras providências.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12654.htm> Acesso em: 31 de novembro de 2016.

BRASIL, Lei 9.503/1997. **Intitui o Código de Trânsito Brasileiro.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1997/leis/9503.htm>

gov.br/ccivil_03/leis/L9503.htm> Acesso em: 01 de dezembro de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Repercussão Geral: Boletim / Supremo Tribunal Federal.** – v. 1, n. 1 (fev./jul. 2013) – Brasília: Secretaria de Documentação, 2013. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoInformativoRG/anexo/Repercurso_Geral_7.pdf> Acesso em: 26 de janeiro de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Notícias STF, **Casada decisão que considera inconstitucional coleta de dados genéticos de condenados por crimes graves contra pessoa.** Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=320393&caixaBusca=N>> Acesso em: 26 de janeiro de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processo Penal. Execução Penal. Agravo em Execução Penal nº 1.0024.05.793047-1/001, Brasília, DF. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verPronunciamento.asp?pronunciamento=6378913>>. Acesso em: 29 de janeiro de 2017.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Relatório final de atividades da pesquisa sobre reincidência criminal, conforme Acordo de Cooperação Técnica entre o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e o Ipea (001/2012) e respectivo Plano de Trabalho.** Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/07/572bba385357003379ffeb-4c9aa1f0d9.pdf>> Acesso em: 28 de janeiro de 2017.

FILHO, João Trindade Cavalcante. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaltvjustica/portaltvjusticanoticia/anexo/joao_trindade__teoria_geral_dos_direitos_fundamentais.pdf >. Acesso em: 30 de Janeiro de 2017.

HADDAD, Carlos Henrique Borlido. **O interrogatório no processo penal**. Belo Horizonte, Del Rey, 2000.

JUSTIA. **US Supreme Court. Schmerber v. California (1966)**. Disponível em: < <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/384/757/case.html> > Acesso em: 28 de janeiro de 2017.

MAHMOUD, Mohamad Ale Hassan; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **A lei 12.654/2012 e os direitos humanos**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, n. 98, p. 339-358, out. 2012.

MARTIN, Miguel Ângelo. **Análise da Lei 12.654/12: Uma abordagem a favor da identificação genética do réu**. Disponível em: < <http://miguelmartin.jusbrasil.com.br/artigos/173947664/analise-da-lei-12654-12-uma-abordagem-a-favor-da-identificacao-genetica-do-reu> > Acesso em: 19 de janeiro de 2017.

NUCCI, Guilherme S. **Análise Sobre Banco Genético**. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2013-mai-06/analise-sobre-banco> > Acesso em: 06 de dezembro de 2016.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo., v. 39, p. 113, 2016.

TOVIL, Joel. A proteção contra a Auto-Acusação Compulsória Aplicada à Persecução Penal. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v.4, n. 22, p. 86 -114, fv./mar., 2008.

Drogas, estado e cultura: leituras jurídicas

Michele da Silva Conceição e Antonio Cláudio da Silva Neto

Notas iniciais

A descriminalização das drogas no Brasil possui intensa relação com a política criminal. Vê-se a aplicação da Lei nº 11.343/2006 no combate às drogas ao mesmo tempo em que há a violação de direitos e garantias, tendo em vista a aplicação do direito penal como medida imediata, quando esta deveria ser considerada como último recurso.

Em face da escolha do modelo político repressivo pelo ordenamento jurídico brasileiro ao invés do sistema preventivo em relação às drogas, o discurso de tratamento proibicionista extremamente severo e intolerante às condutas descritas na Lei 11.343/2006 não causou qualquer diminuição na prática de tais condutas, tampouco melhorou os índices de violências e de ressocialização do agente. Nisso, a descriminalização das drogas poderia ser uma medida solucionadora à crise do modelo proibicionista da lei antidrogas, ao passo em que oportunizaria a eliminação do

tráfico por intermédio de uma política de redução de danos causados pelas drogas, informação educacional, diminuição dos índices de presos por práticas tóxicas e alternativas ao regulamento do comércio e uso de entorpecentes?

Às proximidades de alcançar uma década desde a sua promulgação em 24 de agosto de 2006, com vigor em 8 de outubro do mesmo ano, nota-se a Lei de Drogas (Lei nº 11343/2006) como um dos principais fatores para o atual estado de encarceramento no país, revelando-se como política de extrema punição no sistema criminal em vigor.

Percebe-se, atualmente, a ocorrência de variados conflitos que envolvem o assunto das drogas na sociedade brasileira, além disso, há ainda, a discriminação social frente àqueles inseridos neste contexto liberal quantos às práticas tóxicas. Além disso, ao longo dos últimos anos, observa-se a ocorrência de diversas transformações contemporâneas referentes ao uso de drogas e desvios de conduta relacionados a esse aspecto. Isso porque as taxas brasileiras de encarceramento têm crescido de forma relevante, muito embora prevaleça a severidade punitiva da política de criminalização do tráfico de drogas.

Vive-se em uma “Guerra às Drogas” na qual não existe previsão de término, tal como não se observa uma política eficaz à diminuição e ao controle do uso e venda de substâncias entorpecentes. Ao contrário, o proibicionismo vem sendo um fracasso, ao passo em que é extremamente eficaz no aumento dos índices de marginalidade em especial aos indivíduos com pouco grau de escolaridade e baixa renda.

Nota-se que o proibicionismo possui diversas falhas como sistema político criminal. Nisso, estuda-se a viabilidade da descriminalização das condutas relacionadas aos tóxicos e a política de redução de danos, como alternativas solucionadoras à política criminal presente no ordenamento

jurídico atual, tendo em vista a inserção social dos drogaditos como saída aos impasses do sistema penal.

É pertinente também considerar a descriminalização das drogas como medida necessária à transformação do atual estado de crise neste sistema punitivo, bem como a possibilidade de inserção social como saída aos impasses das imagens ilusórias promovidas pela “Guerra às Drogas”.

Vê-se, também, que há grande influência midiática bem como o foco político deste tema diante do contexto real da situação vivida pela sociedade. É imprescindível um olhar crítico a tais discursos tendenciosos divulgados sobre as práticas tóxicas, ante as constantes guerras promovidas de cunho político unicamente, dentre as quais demonstram uma dose de pânico e caráter discriminatório contra certas e determinadas drogas.

É possível observar, ainda, que a sociedade brasileira entende que é, no mínimo, estranho ou loucura pensar na possibilidade antiproibicionista, isto é, de que seja viável descriminalizar as drogas, ou, ao menos, ouvir opiniões a respeito. Trata-se de um desafio convencer alguém que está com um olhar influenciado pelas campanhas midiáticas que trazem um contexto de pânico moral quanto à referida possibilidade de descriminalização dos tóxicos no cenário brasileiro.

A sociedade brasileira possui notável enfrentamento cultural em relação à menção ao tema das drogas, fato este que, por ventura, possui elevada essencialidade na ótica da Criminologia. Ao mesmo tempo, vê-se que há parcelas sociais que adotam simplesmente a ótica libertária quanto às práticas tóxicas, enquanto outros preferem insistir em um sistema falido de combate às drogas, o crítico estado de proibicionismo atual.

A descriminalização frente à realidade contemporânea encontrada na sociedade brasileira é uma possibilidade solucionadora, tendo em vista as experiências registradas por outros países nesse sentido, no que diz respeito às práticas

tóxicas. Trata-se, portanto, de uma crítica à Lei de Tóxicos e sua aplicabilidade diante da perspectiva transdisciplinar das tendências contemporâneas atuais revela uma mudança de paradigma. Nisso, faz-se imprescindível analisar o histórico da legislação antitóxicos no Brasil, bem como o desenrolar da incidência de tais condutas ao longo dos anos, no intuito de promoção da viabilidade da descriminalização destas ações.

1. Razões históricas

As Ciências Criminais buscam transparecer os mecanismos que regulamentam a busca pela paz em sociedade, isto é, as normas que devem ser seguidas para que ocorra a tranquilidade no meio social. Nisso, há as teorias do desvio e a ideia de repressão ao indivíduo criminoso, determinando os mecanismos de controle social no ordenamento jurídico.

As teorias jurídicas criminais, em seu sentido intrínseco, buscam solucionar diversos conflitos sociais, à luz dos princípios basilares de determinado ordenamento, visando a paz e o bem coletivos, objetivos essenciais de um Estado.

O Direito Penal, propriamente dito, avalia os temas jurídicos que envolvem o texto das leis, bem como os princípios dogmáticos nelas inseridos e as situações reais, muitas vezes, vivenciadas no contexto social.

Já a política criminal revela-se como estímulo a uma essência investigativa realizado no intuito da prevenção dos crimes e do bom comportamento social, o que significa o enfoque na raiz dos problemas geradores do delito e dos reflexos da intervenção punitiva.

Quanto à Criminologia, avalia-se o delito, o delinquente, a vítima e o controle social, ou seja, buscam-se as causas e efeitos da criminalidade, os possíveis métodos de prevenção e tratamento para a não reincidência, bem como as razões

do cometimento do crime tendo em vista os pressupostos sociais, culturais, políticos e econômicos.

Falar a respeito de Criminologia é tratar as punições impostas pelo Estado em autêntico exercício da defesa dos direitos de forma a reprimir a prática de delitos. Posto que há, também, métodos e fundamentos de estudos que buscam o controle social.

Tal legitimação da busca pelo controle social é tida como uma retirada de uma parcela da liberdade do indivíduo, concedendo-se ao poder a faculdade de estabelecer até que ponto será necessário limitar os direitos para exercer um poder que está em suas próprias mãos (ZAFFARONI, 2007).

Para Michel Foucault (1987), em suma, a arte de punir, no regime do poder disciplinar, não visa nem a expiação, nem mesmo exatamente a repressão. Põe em funcionamento cinco operações bem distintas: relacionar os atos, os desempenhos, os comportamentos singulares a um conjunto, que é ao mesmo tempo campo de comparação, espaço de diferenciação e princípio de uma regra a seguir. A penalidade que atravessa todos os pontos, compara, diferencia, hierarquiza, homogeniza, exclui. Em uma palavra, ela normaliza.

O que importa é que a criminologia – enquanto campo no qual duelam diversos tipos de discursos – pode racionalizar e legitimar “cientificamente” as opções dos empreendedores morais, reverberando, deste modo, tais opções, e os auxiliando na criação de pânicos morais.

Trata-se de legitimar estudos criminológicos que pretendam seguir no rastro das perspectivas libertárias das multifacetadas e ambíguas configurações sociais contemporâneas, de modo a reverberá-las, contrapondo-as às perspectivas ascéticas que amordaçam o potencial contestador e antiautoritário de certos

arranjos, e que são os alicerces das políticas criminais moralistas (CARVALHO *et al*; 2011).

As racionalizações da doutrina penal para ocultar a admissão da categoria de inimigo no direito penal, lidas a partir da teoria política, são concessões do Estado Liberal ao Estado Absoluto, que debilitam o modo orientador do Estado de direito, que é a bússola indispensável para marcar a direção do esforço do poder jurídico em sua tarefa de permanente superação dos defeitos dos Estados de direitos reais ou históricos (ZAFFARONI, 2007).

Michel Foucault, em *Vigiar e Punir* (1987) demonstra o quanto é antiga e ineficiente a punição corporal dos indivíduos considerados criminosos. O poder punitivo estatal é exercido de forma arbitral, apresentando nos últimos séculos o encarceramento como solução para a desobediência.

A ineficácia dessa opção pelo punir sob vigilância é refletida pelo número de desobedientes que não diminui. Os próprios vigiados podem desobedecer, pois a vigilância não erradica as condutas de forma definitiva, o que demonstra que a escolha pela punição com a privação de liberdade é infrutífera há muito tempo.

A criminologia é um saber inseparável das tecnologias de poder que remetem ao universo criminal (GIORGI, 2006, p.33).

Já a normalidade e o desvio dependem da construção de um discurso que os defina, ou seja, a criminologia constituiu-se como uma fábrica de anormalidades. Nada mais impactante que a semelhança dos processos primários e secundários de criminalização e os processos de normalização social (CARVALHO, *et al*; 2011, p.5).

É possível perceber que um crime é construído propositalmente como política social. Política e Direito Penal andam juntos, mesmo que não revelem a olhos nus sua relação, utilizando artifícios científicos, técnicos, dogmáticos, teóricos. Mas no interior do Direito Penal bate o coração da política, agora traduzida como política criminal (GUILHERME, 2013).

Por este motivo, a sanção regulamentada pela legislação referente a determinadas condutas, reforçam a ideia de freio contra o delito, que, no presente estudo, trata-se dos crimes relacionados aos tóxicos. No sistema penal, portanto, prioriza-se a função preventiva geral, para todos não copiarem a conduta delinquente, pois, não é a quantidade da pena e sim a certeza de sua aplicação que realmente importará (BECCARIA, 2006).

Costumamos chamar esse “lixão” de indivíduos “jogados fora” de “prisão”. Ali permanecem aqueles politicamente construídos, cujo isolamento e, conseqüentemente, morte social são compatíveis com a política criminal escolhida como capaz de viabilizar o prtaisojeto político de exclusão social (GUILHERME, 2013, p.2).

Tal realidade revela os ensinamentos de ZAFFARONI (2007) no sentido de que o voo sobre a história do exercício real deste poder verticalizador permite comprovar que houve e há graus de seletividade punitiva e que tudo parece indicar que quanto mais aberta, igualitária e tolerante é uma sociedade, as diferenças do tratamento repressivo entre iguais e estranhos ou inimigos se atenuam.

Não por acaso, surgem no ordenamento brasileiro tendo como pano de fundo um contexto mundial de implementação de políticas neoliberais protagonizadas por governantes como Margaret Thatcher (Inglaterra) e Ronald Reagan (E.U.A.),

defensores de um Estado mínimo do ponto de vista econômico, porém máximo em questões como segurança pública e sistema penal. A guerra contra as drogas ganha fôlego em governos conservadores e intervencionistas (CARVALHO, 2014).

Hoje, no Brasil, uma grande porta de entrada para o sistema carcerário advém da Lei 11343/06, fruto de uma política de submissão a um projeto desencadeado pelos Estados Unidos ainda na década de 60.

Em busca de integração política internacional e de legitimação para governos autoritários, a política antidrogas brasileira foi sendo recrudescida, até chegarmos ao ponto em que estamos, um projeto político de exclusão social jamais visto. E tudo sob o manto da lei (GUILHERME, 2013).

Nesse ínterim, diante de quase um século de proibição e de campanhas difamatórias de algumas práticas tóxicas – já que outras são louvadas em comerciais no horário nobre estrelados pelo treinador e pelos craques da seleção canarinho, por modelos objetificadas e por variado cardápio de artistas decadentes – criou-se um enorme tabu sobre o tema, uma espécie de bloqueio linguístico, que acaba por dificultar o diálogo aberto sobre o assunto (CARVALHO *et al*; 2011, p.52).

No Brasil, não há, efetivamente, igualdade perante as oportunidades e ainda mais no que se refere à aplicação das leis e, tal fato reside, inclusive, no encarceramento dos indivíduos enquadrados na lei 11343/06, e isso demonstra o que essa lei representa e viabiliza ao cenário político-criminal no Brasil.

Hoje, só para termos um exemplo bastante próximo, no Presídio central de Porto Alegre, está no tráfico

de drogas a principal motivação para a entrada de novos indivíduos naquela casa prisional – a maior parcela da população carcerária deste presídio é composta por indivíduos que foram acusados de alguma forma de participação ou de associação com o tráfico (GUILHERME, 2013).

Tais medidas são promovidas em nome da segurança da coletividade, a proteção da sociedade, justificando as intervenções do estado. Isso significa que, sob o manto da legislação, há esse fascínio punitivista, traduzido com a prisão como instrumento de segregação. Criminalizar é uma decisão política que promove o encarceramento de indivíduos em nome da lei, gerando o caos para aqueles inseridos neste sistema penal.

2. O medo cultural reproduzido pela mídia e sistema penal

A Constituição de 1988 resguarda direitos fundamentais e busca garantir seu exercício, muito embora as leis infraconstitucionais possam prever a possibilidade de quebra de tais direitos, de tal forma que sempre que o Estado considere, seja possível uma nova configuração jurídica.

O apelo, cada vez maior, para o “combate às drogas”, fez com que grupos da sociedade organizada se manifestassem em torno de diferentes correntes de pensamento sobre a questão. Esse debate, em âmbito mundial, tem repercutido também no Brasil (BRASIL, 2005).

Associado à postura repressiva do Estado no sistema penal, e ao silêncio dos intelectuais outrora orgânicos, a mídia veio ocupando cada vez mais espaço. Com caráter sensacionalista, tais programas foram ganhando cada vez mais espaço – “Balanço Geral” e “Brasil Urgente” – divulgando infor-

mações, principalmente sobre a seara penal, de forma, muitas vezes, distorcida, forçando estereótipos como “vagabundos”, “meliantes”, cultivando uma ideia errônea de “busca por justiça” (GUILHERME, 2013).

Instituída em 23 de agosto de 2006, a lei 11.343/06 foi instituída no intuito de estabelecer novas medidas de prevenção ao uso indevido de entorpecentes, prescrever mecanismos para reintegração social dos usuários e dependentes químicos, constituir o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – SISNAD, inserir no ordenamento jurídico pátrio os novos crimes relativos às drogas, bem como, o novo procedimento penal que rege os crimes previstos nesta lei. A nova lei de Drogas tem aplicação em todo âmbito jurídico nacional.

Enfatizar o uso das drogas ilícitas, que envolve uma minoria da população facilmente estigmatizável, desvia a atenção da necessidade de maior controle da produção e comercialização das drogas lícitas, de uso generalizado, altamente lucrativas e responsáveis pela maioria dos problemas relacionados aos psicoativos em geral (BRASIL, 2005). Tais ações permitem formar uma população cada vez mais apavorada com determinados tipos de conduta, esperando o endurecimento dos textos normativos relacionados ao sistema penal e acabam por eleger representantes que defendem tal postura política.

O uso de drogas ilícitas é visto pela sociedade, em geral, como de alta periculosidade e fato inexorável, capaz de levar o usuário a um processo conhecido como “escalada” –passando do uso de drogas “leves” para o uso daquelas cada vez mais “pesadas”, ou do consumo ocasional para o consumo intenso (BRASIL, 2005).

Como outros diversos dispositivos normativos em vigor atualmente no Brasil, a nova lei de drogas deixando muito a desejar no âmbito objetivo e prático. Entrementes, não há quaisquer dúvidas que a lei 11.343/06 permitiu perceber que

política proibicionista de combate às drogas possui caminhos que se desentranham da noção arcaica de repressão ao uso de entorpecentes e abrindo os olhos para um problema que atualmente é de saúde pública e não do Direito Penal.

Fica parecendo que surge uma nova droga mortal quase a cada ano. E, invariavelmente, se entrevista algum policial ou político, alertando dos riscos que essa droga apresenta para seus filhos. Em geral, depois de passada a histeria, descobrimos que a substância em questão não era tão perigosa. mas, a essa altura, novas leis foram promulgadas, impondo penalidades mais duras pela posse e distribuição da suposta droga e perigosa (HART, 2014).

3. A ilusão de segurança promovida pela Guerra às Drogas

A Lei 11343/2006 se destaca pela sua imensa abrangência de temas e suas respectivas tipificações às condutas consideradas delituosas de forma variada. Ela trata da definição de usuário de drogas e da correspondente política governamental para criminalização deste que, apesar de não estar no cárcere, ainda assim, é tratado como um criminoso. Ademais trata também da definição de traficante de drogas e a penalização por sua conduta, bem como a adoção de política pública para o enfrentamento da questão das drogas em cenário nacional.

Em uma política de base proibicionista, a questão do uso deixa de ser vista como algo inerente à individualidade de cada ser humano, de poder optar pelo estilo de vida e suas formas de prazer, e passa a ganhar corpo enquanto questão de segurança pública. Essa visão proibicionista tem o foco na droga e não no sujeito. Utiliza como estratégias impedir os jovens de usá-las ou tentar fazer com que tenham as consequências de seu ato. Com o avanço nesse rumo, o inimigo

passa a ser não só a droga em si, como também o usuário, que assume a imagem de pessoa ruim, violenta, sem valores éticos ou morais (BRASIL, 2005).

A lei é uma demonstração de adesão incondicional à guerra contra às drogas proposta por diversos governos norteamericanos e, também, uma moeda para a aquisição de postura internacional dos governos brasileiros como aliados dos EUA em sua cruzada de erradicação do grande mal mundial: as chamadas drogas ilícitas – o que repercute em termos econômicos, além de diplomáticos (GUILHERME, 2013).

Vera Guilherme (2013) considera que há, no Brasil uma intensa “faxina social” realizada pelos aplicadores da Lei 11343/06, permitindo fazer uma triagem social daqueles indivíduos que são “jogados fora” dentro das penitenciárias nacionais, pois não há, neste local o objetivo que apresentam no discurso oficial de prevenção, retribuição e reabilitação. Ao contrário, é no cárcere onde os indivíduos conhecem a real face do sistema penal, revestida de intimidação, verdadeira sobrevivência dentro do sistema penal e a seletividade que opera no sistema penal.

Em síntese, pode-se afirmar que o poder punitivo na América Latina é exercido mediante medidas de contenção para suspeitos perigosos, ou seja, trata-se, na prática, de um direito penal de periculosidade presumida, que é a base para a imposição de penas sem sentença condenatória formal à maior parte da população encarcerada (ZAFFARONI, 2007, p.71).

A lei é uma demonstração de adesão incondicional à guerra contra às drogas proposta por diversos governos norteamericanos e, também, uma moeda para a aquisição de postura internacional dos governos brasileiros como aliados dos EUA em sua cruzada de erradicação do grande mal mundial: as chamadas drogas ilícitas – o que repercute em termos econômicos, além de diplomáticos (GUILHERME, 2013).

O sistema penal brasileiro, assim como ocorre nos Estados Unidos da América, tenta combater as drogas, ao passo em que os mais pobres, incluindo crianças e adolescentes são aqueles que sofrem por venderem drogas aos consumidores das classes econômicas superiores.

É contraditório pretender que, justamente quando o direito penal começa a realizar um esforço de contenção da violência neste campo, seu resultado não sejam penas mas sim pura coação contra inimigos (ZAFFARONI, 2007, p.183).

E assim como o fracassado Plano Collor e outras experiências de políticas monetárias e cambiais populistas que não cumpriram seus objetivos, o PL 7663/10 somente gerará mais violência. Provavelmente os preços desses bens ilícitos subirão, já que o risco do negócio de produção e distribuição aumentará.

A margem de lucro precisa subir para compensar o maior risco. Alguém, ingenuamente, argumentaria que isto é bom. Bens ilícitos mais caros seriam menos demandados. Sim, isso seria verdade e a lei até poderia obter algum sucesso se esta demanda fosse bem elástica a preço. Mas, isso infelizmente não é verdade.

É da natureza de produtos formadores de hábitos de consumo que sua demanda seja menos elástica a preço. A demanda é inelástica na medida que com o aumento dos preços: (i) não haverá efeito para uma parcela da demanda; (ii) haverá um efeito de substituição para drogas mais baratas para uma outra partição; e (iii) uma outra parte diminuiria o consumo.

É exatamente neste ponto que todas as tentativas históricas de redução de consumo através de leis proibicionistas falharam e falharão, aqui e em qualquer lugar do mundo. E é nesta questão central que a sociedade mete os pés pelas mãos. Ao tentar coibir este mercado, cria-se mais desgraça que salvação. Quando um mercado cuja demanda é inelástica a preço se torna tão lucrativo, os incentivos já estão colocados para que uma parcela

da população tente se apropriar desses excedentes, tornando-se negociante deste mercado. No entanto, este negociante é encarado como um criminoso perante a lei e a sociedade³¹.

Caso se legitime essa ofensa aos direitos de todos os cidadãos, concede-se ao poder a faculdade de estabelecer até que ponto será necessário limitar os direitos para exercer um poder que está em suas próprias mãos. Se isso ocorrer, o Estado de direito terá sido abolido (ZAFFARONI, 2007, p.192).

Considerações finais

A descriminalização das práticas tóxicas consideradas ilícitas no Brasil revela-se como um desafio frente à fracassada política proibicionista da atualidade. Trata-se de um modelo influenciado pela prática punitivista dos Estados Unidos quanto aos tóxicos, que somente resulta em discriminação e exclusão daqueles sujeitos que ficam à mercê da decisão do Estado em mantê-los ou não marginalizados.

Diversas são as teorias e opiniões que tratam do tema das drogas e, inclusive possuem intuito de dramatizar a questão de tal forma expressa pela denominação promovida pelos instrumentos de informação de “Guerra as Drogas”. Determinadas drogas podem ser, de forma legítima, consideradas lícitas, enquanto outra parcela de drogas é rotulada de maneira política como imprudentes e qualquer ato relacionado a estas são motivadores ao cometimento de um crime que traz consequências trágicas à sociedade em longo prazo.

Essa diferenciação não está intrínseca, tampouco comprovada pelas pesquisas científicas referente à potencialidade de dano causado por cada uma destas drogas, tanto as lícitas

31. <http://www.bancodeinjusticas.org.br/o-abismo-do-proibicionismo-e-da-intolerancia/>

como as ilícitas. Distorcido, portanto está o tratamento político criminal atual referente às drogas e à ilusão de segurança construída com a promoção da violência e preconceito com o ideal de uma sociedade livre das substâncias entorpecentes.

Bem verdade que a violência aumentou com as campanhas antitóxicos e o combate incansável ao tráfico de entorpecentes, criando um clima de pânico alarmante entre a sociedade e os “supostos” agentes criminosos. Isso porque tem-se maior atividade policial de repressão.

Em contrapartida, não se observa expressividade e programas no sentido da prevenção, educação e políticas que tornem e demonstrem que se trata de uma problemática de saúde pública, e não de segurança pública. A proibição torna a intervenção do sistema penal em excesso, quase que um estímulo à prática da própria conduta delituosa.

Vê-se que se a realidade das drogas é ruim, não há adjetivos negativos que expressem ou, ao menos, simbolizem a “Guerra às Drogas”. Pessoas morrem muito mais pelo combate infinito e cruel ao tráfico do que pelas práticas tóxicas em si. Ademais, passada quase uma década desde a Lei 11343/2006, o reflexo da aplicação legal desta é deveras contrário ao esperado.

Ademais, expressiva parcela da população carcerária é em virtude de práticas referentes a entorpecentes e ainda, os verdadeiros sujeitos detentores do poder do tráfico não são aqueles que terminam na prisão, porque estas destinam-se aos pobres quase que em sua totalidade. A descriminalização também, de certo modo, seria uma alternativa à diminuição dessa realidade trágica encontrada no sistema carcerário brasileiro.

O proibicionismo traz conceitos e discursos completamente inversos à realidade, gerando sentimentos indevidos de repulsa na sociedade como um todo. Visivelmente é uma política criminal de fracasso, ultrapassada e violenta aplicada de forma legítima nos dias atuais. Além disso, dever-se-ia

priorizar um poder judiciário que utilize o poder punitivo como última e não primeira medida de forma a facilitar a promoção das corretas soluções, visando a questão das drogas como problemática de saúde e não de segurança pública.

Operar o direito significa pensar primeiramente nas garantias individuais, principalmente no ordenamento jurídico brasileiro conforme o estado democrático de direito e a Constituição de 1988 como reflexo de uma sociedade que preza pela liberdade, justiça e igualdade.

Tudo que fere as normas vem se resolvendo por intermédio da pena, priorizando-se ainda a pena privativa de liberdade, ainda mais quando se fala em matéria de drogas, nas quais, na maioria das vezes, quem usa e vende tais entorpecentes são considerados marginais e criminosos equiparados àqueles que praticam delitos hediondos.

Seria coerente pensar, antes de qualquer medida punitiva, na preservação da vida, da saúde e a dignidade das pessoas, o que significaria uma melhora nos índices de violência, inclusive com o fim da “Guerra às drogas”, uma vez que, na verdade, a proibição só promove aumento no níveis de consumo e índices de violência, fruto do comércio em mercado ilegal.

A política criminal proibicionista atenta contra o princípio da dignidade da vida humana, por isso, deve-se promover o fim desta realidade danosa promovida pela legislação antidrogas. Utópico seria um mundo sem drogas e a “Guerra às drogas” origina muito mais violência, mortes e corrupção, além de, principalmente, não salvar o indivíduo de si mesmo.

Proibir as práticas tóxicas além de uma política falida e ineficaz, só resulta em intensificação dos danos causados pelas drogas, principalmente a violência decorrente da política baseada na “Guerra às Drogas”, que, nas verdade, reflete-se em guerra à determinadas pessoas que realizam práticas referentes

à certas drogas politicamente consideradas ilícitas, aqueles inimigos vulneráveis, os pobres e desprovidos de poder.

A descriminalização das drogas seria a alternativa solucionadora para este terror de violência e guerra decorrentes da política criminal proibicionista, afastando a repressão violadoras dos direitos fundamentais, ao passo em que seria direcionado um olhar para tratar o problema como saúde pública, havendo o controle de qualidade das substâncias entorpecentes, pondo fim à clandestinidade das drogas.

Se o crime possui caráter político, os imputados são aqueles determinados pela própria política: os pobres, que não possuem oportunidades e perspectiva de vida. Pensar em descriminalizar não traduz o mesmo que apologia ao uso de entorpecentes, como muitas vezes divulgado com demasiada dose de pânico em campanhas midiáticas antidrogas. Não mais considerar-se-ia uma guerra às drogas e sim uma guerra contra a pobreza, englobando políticas que promovam a moradia, o emprego, a educação, entre outros, de forma a transformar radicalmente a política criminal antidrogas.

Referências bibliográficas

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução Silene Cardoso; apresentação, revisão técnica e notas José Geraldo Poker. São Paulo: Icone, 2006.

BRASIL. Ministério da saúde. **Mídia e drogas: o perfil do uso e do usuário na imprensa brasileira**. Brasília: Agência de Notícias dos Direitos da Infância & Ministério da Saúde, 2005.

CARVALHO, Salo de; NETO PINTO, Moysés; MAYORA, Marcelo; LINCK, José Antônio Gerzson. **Cri-**

minologia Cultural e Rock. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CARVALHO, Salo de Carvalho. **A política criminal de drogas no Brasil** – estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 7 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir:** nascimento da prisão. 30^a ed. Tradução de Raquel Ramalhete. Petrópolis (RJ): Vozes, 1987.

GUILHERME, Vera Maria. **Quem tem medo do lobo mau?** – a descriminalização do tráfico de drogas no Brasil: por uma perspectiva abolicionista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

HART, Carl. **Um preço muito alto** – a jornada de um neurocientista que desafia nossa visão sobre as drogas. Tradução de Clóvis Marques. 1 ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2014.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal.** 2 ed. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Editora Revan – Instituto carioca de criminologia, 2007.

Presídios, um holocausto sem fim

Bernardo Pilotto de Moura e Aline Ferreira Souto

Introdução

O autor polonês Zygmunt Bauman expôs ao mundo sua ideia de que o Holocausto, sofrido pelos judeus antes e durante a 2ª Grande Guerra, não foi um caso isolado. Esse fenômeno, tendo outros atores, repete-se frequentemente na sociedade mundial. Atos de ódio religioso, racial, cultural e econômico são comuns durante a história. O próprio holocausto, aparentemente um ódio do povo alemão ao povo judeu, poderia ter tido diversos outros cenários em vez da Alemanha, uma vez que outras populações europeias, como a francesa, odiava muito mais os semitas que os alemães, um povo que apresentava até certa indiferença pelos judeus.

A principal colaboração do povo alemão para a ocorrência do Holocausto foi a omissão – quem realmente tinha interesse na eliminação judaica era o governo nazista. A população tinha outros problemas muito maiores, reflexos das destruições da 1ª Guerra Mundial, muito presentes no dia a dia dos germânicos.

Sem a oposição dos alemães, Hitler utilizou-se da ausência de lar dos judeus para atacá-los. Para o líder nazista, eles eram os inimigos ideais, pois não tinham uma pátria, um Estado que lutaria por eles, além de serem um povo abastado economicamente, e fez do povo semita o inimigo do Estado alemão nazista.

Seguindo esse mesmo princípio – um povo com diversos problemas, um momento econômico complicado e o Estado escolhendo um inimigo – iniciou-se o hiperencarceramento que conhecemos hoje, principalmente no Brasil, nos Estados Unidos.

O país norte americano, após a guerra civil, escolheu como inimigo do estado os negros recém libertos da escravidão, os reescravizando através de leis que permitiam o trabalho escravo de presos e criminalizando condutas que esses negros, que acabaram de conhecer a liberdade, por absoluta falta de opção, cometeriam.

E esse encarceramento em massa segue até os dias atuais, sob a justificativa de que é necessário para combater a violência, mesmo os índices demonstrando que a cada ano que passa, quanto mais se encarcera, mais a violência aumenta.

Assim como Hitler escolheu os Judeus por serem fragilizados, um povo sem pátria, os negros foram escolhidos também pela fragilidade, por serem pobres e deculturados, não tendo consciência de como lutar pelos seus direitos e, até certo ponto, incorporando essa imagem de sujeito delinquente que lhes é imposta.

Para Bauman, holocausto pode ser visto de duas maneiras, em uma visão sociológica:

“Uma é apresentar o holocausto como algo que aconteceu aos judeus, como um evento da história judaica... – um fenômeno único em si mesmo,

sem nada comparável no vasto e denso inventário de preconceitos e agressões étnicos ou religiosas... Outra maneira de apresentar o holocausto – aparentemente apontando em direção oposta, mas levando na prática ao mesmo resultado – é como um caso extremo de uma ampla e conhecida categoria de fenômenos sociais, categoria seguramente abominável e repulsiva, mas com a qual podemos (e devemos) conviver. Devemos conviver com ela por causa de sua capacidade de recuperação e onipresença, mas acima de tudo porque a sociedade moderna tem sido desde o início, é e continuará sendo, uma organização destinada a desenrolá-la e exibi-la por completo. Assim o holocausto é classificado como mais um item (embora de destaque) numa ampla categoria que abarca muitos casos “semelhantes” de conflito, de preconceito ou de agressão”. (Bauman:1998, p. 20)

O problema que se pretende resolver com este trabalho é que a justificativa utilizada pelo partido nazista para levar o povo judeu aos campos de concentração pode ser identificada com a justificativa para a atual condução em massa do povo negro ao cárcere no Brasil e nos Estados Unidos?

Desse modo, esse trabalho parte da hipótese de que, assim como os nazistas escolheram os judeus como inimigos do Estado, aplicando a eles tratamentos desumanos de segregação, tortura e morte, a sociedade moderna brasileira e americana escolheu os negros e pobres, só que em vez de colocá-los em guetos e em campos de concentração, os enviaram para o cárcere. Trabalharemos metodologicamente com fontes bibliográficas históricas, filosóficas, jurídicas e criminológicas.

1. O Direito Penal do Inimigo

Uma das bases da política nazista contra os judeus e do governo americano e brasileiro de superencarceramento é o direito penal o inimigo.

O direito penal do inimigo tem por base o endurecimento do Direito Penal e do Direito Processual Penal, empregando punições mais severas, restringindo diversas garantias constitucionais, com a justificativa de que a segurança da sociedade tem que estar à frente dos valores individuais. (Ronaldo Figueiredo Brito:2014)

Essa política criminal busca, através da supressão das garantias individuais, combater a criminalidade. Desse modo, qualquer indivíduo que o Estado visse como ameaça, devia ser condenado com a máxima celeridade, suprimidos contraditório, ampla defesa, devido processo legal e demais direitos constitucionais. (Brito:2014)

Para os defensores do direito penal do inimigo, aqueles que estão à margem da lei são inimigos do estado e, como tal, por não serem humanos, não são regidos pela Constituição. (Brito:2014)

O fundamento dessa tese é o direito penal do terror, presente na Idade Média, onde as “ameaças estatais” eram julgadas inquisitorialmente, sendo condenados sem direito de defesa e sem conhecer seus julgadores. (Brito:2014)

O pressuposto de que o indivíduo não é detentor de direitos e garantias, mas um inimigo do Estado, trazida por Jakobs, fundamenta-se na doutrina contratualista do Estado, tendo por base publicações de Hobbes, Kant e Rousseau. (Brito:2014)

Para Hobbes, assim que o indivíduo comete um ato de traição, ele perde o status de cidadão e deve ser considerado inimigo, não um súdito. (Brito:2014)

Na visão de Kant, os indivíduos que, reiteradamente, praticassem de atitudes que prejudicassem à vida em sociedade, mereceriam uma reação hostil por parte do ente estatal. (Brito:2014)

Além disso, Jakobs procura em Rousseau o fundamento para a existência de sua teoria. O indivíduo delinquente, ao descumprir o contrato social – os homens, para se afastar do estado natural, reunidos, fundaram o Estado por intermédio de um contrato social, buscando uma vida mais segura, mesmo que para isso precisasse abrir mão de algumas liberdades individuais – e, uma vez que abandona esse pacto social, perde seus direitos e torna-se inimigo do Estado e, como tal, não detém direitos e nem garantias constitucionais. (Brito:2014)

Pela ótica do Direito Penal do Inimigo, aquele que, persistentemente, comete atos ilícitos, se encaixa no perfil de inimigo e o Estado tem o dever de afastá-lo do convívio social, ser despojado de seus direitos enquanto pessoa e castigado como um mal ao Estado. (Brito:2014)

Qualquer punição aquele que se encaixe no perfil de delinquente-reiterado, e não demonstre arrependimento, praticada em benefício do Estado, é legítima. (Brito:2014)

Ao tratar certos indivíduos como não pessoas, o Direito Penal do Inimigo impossibilita, a esses, de clamar pelo princípio da dignidade da pessoa humana. (Brito:2014)

Na doutrina jurídico-penal do inimigo, o processo é inquisitorial, repleto de procedimentos ilegais, que vão desde o cerceamento de defesa até torturas físicas e psicológicas. (Brito:2014)

Consequentemente, diversas atrocidades serão cometidas ao invocar-se os pressupostos do Direito Penal do Inimigo em nome da segurança e da paz e, desse modo, essa teoria tem como único objetivo a punição da fonte de perigo. (Brito:2014)

O Estado Democrático de Direito não pode flexibilizar suas garantias fundamentais, como os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, jamais sendo tolerada a noção de não pessoa como justificativa para o cometimento de abusos e excessos. (Brito:2014)

O modelo arbitrário do Direito Penal do Inimigo traz diversas consequências ao Direito Penal e Processual Penal, como punição antecipada, por atividades preparatórias ou até mesmo pelo que o sujeito pensa ou é, sem que tenha cometido realmente, nenhum ilícito concreto. (Brito:2014)

Sob a ilusão de que de que o crime está no indivíduo e não na sociedade, utiliza-se a prisão para transformar e disciplinar o indivíduo, na maioria das vezes extrapolando o processo punitivo de mera reclusão para o ato de controlar e disciplinar pessoas. (Brito:2014)

2. Supercárcere: início e “evolução” desse processo

A 13^a emenda constitucional americana tornou inconstitucional a escravidão e o trabalho forçado, mas esse último tem uma exceção, se a pessoa está condenada por um crime, o trabalho forçado é permitido. (DuVernay:2016)

A escravidão foi, oficialmente, abolida nos Estados Unidos em 1863, mas, na prática, pelo menos nos estados do sul, somente após o final da Guerra Civil, em 1865. Nesse mesmo ano foi criada a 13^a emenda. (DuVernay:2016)

Os escravos eram a mão de obra da economia do sul do país e, com a abolição, ela se encerrou, deixando essa região em colapso. Do dia para a noite, quatro milhões de escravos deixaram de ser propriedades para serem livres. (DuVernay:2016)

Entretanto essa região precisava se reerguer da guerra e necessitava de mão de obra para isso, desse modo utilizaram-

-se da emenda que havia acabado de ser criada, uma vez que o condenado por crime era obrigado a trabalhar. Como os negros que tinham acabado de se tornar livres não tinham nem emprego e nem onde morar, então criminalizaram as condutas de vadiagem e ociosidade, que os atingia diretamente. Os recém libertos voltaram a serem escravos, agora com o título de criminosos condenados, e os estados do sul voltaram a ter sua mão de obra. Esse é o primeiro caso de superencarceramento do mundo moderno. (DuVernay:2016)

O presidente Richard Nixon foi quem, no início dos anos 1970 popularizou os termos guerra ao crime e guerra as drogas. Com um discurso de que o inimigo número um dos Estados Unidos eram as drogas, ele iniciou um novo processo de encarceramento em massa, principalmente de negros e pobres com pequenas quantidades de drogas e que haviam cometido pequenos delitos, condenados a penas desproporcionais aos crimes cometidos. (DuVernay:2016)

Após Nixon, o presidente Ronald Regan não só deu sequência, mas intensificou à política de combate as drogas, que na verdade era uma criminalização dos pobres – em sua maioria negros – usuários de drogas. Essa política ficou evidente com a chegada do crack, após 1982, uma espécie de cocaína barata, ou seja, consumida pelos pobres. (DuVernay:2016)

A punição pelo consumo de cocaína, droga consumida pelos ricos, era bem menor que a punição pelo consumo de crack – a pena por 30 gramas de crack era a mesma para quem detinha dois quilos de cocaína - com a desculpa de que o crack era uma epidemia pelo país, uma espécie de terrorismo, e o discurso do medo era de que se não acabassem com o crack, ele acabaria com os Estados Unidos. (DuVernay:2016)

O combate a tríade violência, drogas e negros se tornou o discurso de todo o político vitorioso que concorria à Casa Branca, mas poucas vezes foi tão destacado quanto a campa-

nha entre George Bush, pelo partido republicano e Michel Dukakis, pelo partido democrata. (DuVernay:2016)

Dukakis vencia nas pesquisas de intenção por mais de 10 pontos de diferença, até que a propaganda de um homem negro que sequestrou e matou um casal branco começou a ser vinculada pelos apoiadores de George Bush. Esse homem recebeu o benefício de, estando encarcerado, voltar a sociedade por um final de semana e, durante essa saída, cometeu esse crime. (DuVernay:2016)

Esse fato decidiu a campanha presidencial porque o partido republicano massacrou em propagandas o ocorrido, uma vez que o candidato democrata apoiava esses programas de saídas de presidiários em ocasiões específicas. Evidentemente o crime cometido pelo agente merece ser processado, julgado e, se condenado, punido adequadamente. Todavia, somente um fato, um crime, uma situação específica, o pilar de uma campanha ser a propaganda política de um negro matando um casal de brancos, definiu quem governaria a maior potência econômica do mundo por quatro anos. (DuVernay:2016)

E a sequência do superencarceramento seguiu com a chegada ao poder de Bill Clinton. O partido democrata precisava voltar a Casa Branca, após uma sequência de vitórias republicanas com Nixon, Regan e Bush, então usou da receita adversária para obter êxito: o discurso de lei e ordem, de combate ao crime e as drogas. Lançou os programas três strikes, está fora, onde a pessoa que cometesse três crimes violentos seria presa para sempre, e liberando mais de trinta bilhões de dólares para que os estados construíssem presídios, com o discurso de que eram para manter os “monstros” fora da sociedade. Criou-se uma estrutura militar, vista até os dias atuais, que chegando as pequenas delegacias de área rurais que detém grupos especiais de policiais para atuar em casos extremos, casos esses que não acontecem nessas regiões.

Esse tipo de política criminal tanto não é a solução, que na campanha presidencial de sua esposa, em 2016, ele reconheceu o erro cometido com esses programas. (DuVernay:2016)

E além de manter os excluídos fora da sociedade, há razões econômicas para o encarceramento em massa. Existem empresas que lucram diretamente com essa política: construindo e gerindo presídios privados, com as ligações feitas dos presidiários para suas famílias, com a alimentação que fornecem para os estabelecimentos prisionais, com o serviço de saúde prestado aos encarcerados. (DuVernay:2016)

Também há empresas fora do segmento carcerário que se beneficiam do superencarceramento, utilizando-se da mão de obra do trabalho forçado dos presos, implementado nas prisões, desde a criação da 13ª emenda, em 1865. Boeing, Victoria Secret's, Microsoft, dentre muitas outras, tem parte de seus produtos produzidos por pessoas presas. Um “trabalhador” preso custa 5 vezes menos que um trabalhador livre, e diversas grandes empresas se beneficiam disso. (DuVernay:2016)

O sistema carcerário norte americano, que foi criado para excluir os indesejados, via de regra negros, latinos e pobres, quando a real intenção deveria ser ajudar as pessoas que, por algum motivo, tem dificuldades em conviver em sociedade, não poderia e, como estamos vendo, não deu certo. (DuVernay:2016)

3. A realidade das prisões brasileiras

Com o intuito de transformar a punição desenfreada na política criminal predominante no Brasil, Magistratura e o Ministério Público estão depreciando as garantias constitucionais e fomentando o encarceramento, num discurso populista, afirmando, sem nenhum embasamento teórico e sem nenhuma pesquisa de campo, que o contrário, medidas

alternativas da prisão, penas menos severas, respeito as garantias constitucionais, geram a violência e insegurança. (Antonio Santoro e Maria Hoff Amaro dos Santos:2017)

O que esses órgãos querem fazer é excluir, descartar aqueles que eles consideram inimigos do Estado, utilizando uma das quatro táticas punitivas de Foucault, o encarceramento. (Santoro:2017)

E esse encarceramento desenfreado, em nenhum momento, se preocupa com a função principal da pena, firmada no artigo 1º da LEP:

A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado. (Lei de Execuções Penais)

Esse excesso punitivo enfraquece o Estado Democrático de Direito, não respeitando as garantias constitucionais, transformando num verdadeiro estado de exceção. Só que, diferentemente do que ocorre no totalitarismo, onde o líder estatal comanda, no país as decisões são tomadas pelo Poder Judiciário, sendo, várias dessas decisões, contrárias a Carta da República de 1988. (Santoro:2017)

O estado de exceção é um instituto democrático com as garantias fundamentais suspensas pela justificativa de situação de guerra, para exterminar o inimigo do povo, nesse caso, o criminoso. Entretanto, muitos Estados não respeitam uma das principais características do estado de exceção, ser temporário. Prolongam essa situação, afirmando que o inimigo ainda desafia a ordem. (Santoro:2017)

Mas o que ocorre é que o estado de exceção ditatorial não é mais aceito, então através de uma maquiagem democrática, com ilegalidades aparentemente legais, os Estados mantêm

seu autoritarismo, utilizando-se de um poder de polícia desproporcional, violento, como a tortura, com a justificativa de que são meios necessários para atingir a paz, quando na verdade servem somente para aumentar o totalitarismo, dando a sociedade uma falsa sensação de segurança. (Santoro:2017)

Quando as garantias constitucionais deixam de ser respeitadas, a democracia deixa de ser respeitada. Em um estado democrático de direito, nada justifica o descumprimento das garantias. (Santoro:2017)

No país, juízes, desembargadores, ministros do STJ e STF e membros do Ministério Público estadual e federal, extrapolam suas posições de aplicadores das leis e assumem o papel autoritário, interpretando as leis de acordo com sujeito passivo, sendo severos com os criminosos que compõe o rol de inimigos do Estado e sendo suaves com os indivíduos que, apesar de terem transgredido a norma penal, não tem o perfil de opositores da ordem e da segurança. (Santoro:2017)

O inimigo estatal não tem direitos, não tem garantias, porque, segundo os opressores, essas garantias dificultam o cumprimento da justiça. (Santoro:2017)

O poder punitivo desse Estado absoluto, com uma roupagem democrática, tem como base criminalizar os pobres e mostrar uma situação de medo e insegurança, que apoiem o excesso punitivo e a supressão de garantias. Entretanto, suas justificativas não se sustentam, uma vez que a criminalidade não diminui, pelo contrário, só aumenta. (Santoro:2017)

Os escolhidos para punir, os negros e pobres, são segregados do convívio social, sendo encarcerados, a partir da sua incriminação, normalmente por envolvimento com drogas. (Santoro:2017)

E após alocados em presídios, a situação não melhora. Cumprem sua pena em estabelecimentos desumanos, por longos períodos, e quando saem, a situação da pobreza está

agravada, uma vez que as portas do mercado de trabalho para as pessoas que cumpriram pena no cárcere são ainda mais difíceis do que para aqueles pobres que – ainda – não foram encarcerados. (Santoro:2017)

Tanto essa política criminal punitiva não se sustenta que, de acordo com o relatório do Infopen de 2014, o Brasil teria a época a quarta maior população carcerária do mundo (hoje, 2017, tem a terceira), sendo que nós somos a única que aumenta seu número. Estados Unidos, China e Rússia já perceberam a não eficácia do superencarceramento e estão trabalhando para diminuir seu número de presos. (Santoro:2017)

Angelita Rangel Ferreira, mestre em Serviço Social pela Universidade Federal de Juiz de Fora, fez uma pesquisa sobre o ciclo da reincidência no crime. Segue a metodologia utilizada nessa pesquisa:

Pesquisa de mestrado onde se identificou os fatores sociais, políticos, econômicos, culturais e históricos que colaboram para o envolvimento e a permanência de homens e mulheres em práticas qualificadas como criminosas, mesmo depois de cumprir pena de privação de liberdade. O interesse foi realizar a pesquisa com as pessoas que se encontram privadas de liberdade no Centro de Remanejamento do Sistema Prisional (Ceresp) de Ipatinga (MG), em particular aquelas que respondem por dois ou mais artigos na justiça criminal, já que queremos compreender os motivos da reincidência no crime.

Para tanto, foram pesquisados 180 processos e realizados nove grupos focais, formados por seis a dez integrantes cada grupo, além entrevistas individuais. No total foram ouvidas 77 pessoas, sendo 26 nas

entrevistas individuais e 65 nos grupos focais. Além destes, ouvimos também o diretor do Ceresp/Ipatinga e ainda contamos com a experiência profissional da pesquisadora como atuante no espaço pesquisado. (Angelita Rangel Ferreira:2010, p. 2)

Esse trabalho mostra que o sistema prisional não ressocializa seus personagens. Não há evolução no tratamento dos encarcerados, as penas estão sendo cada vez mais rígidas, na contramão das penas alternativas, fomentando o retorno a criminalidade dos antigos condenados. Parece que o único meio punitivo é o cárcere repressivo. (Ferreira:2010)

As prisões brasileiras violam todas as condições para uma vivência minimamente digna, somando-se a superlotação, a ociosidade, os maus tratos. Essa situação em nada se adequa a finalidade ressocializadora das penitenciárias, pelo contrário, contribuem para a revolta, para o desajustamento, promovendo a reincidência dos apenados. (Ferreira:2010)

Ao invés de aplicar uma política que de oportunidades ao apenado de retornar a sociedade e participar dela de maneira ordeira, o Estado utiliza-se da polícia, do sistema penal e do sistema prisional para tentar combater o caos econômico e social que assola o país. Opta pela repressão e pelo controle, em vez de combater os problemas verdadeiros, que são a falta de educação, saúde e trabalho dignos, para a grande massa populacional. Por exemplo, a maioria dos condenados são de baixa classe social e tem baixa escolaridade, desse modo, não possuem qualificação profissional para conseguirem um emprego com as mínimas condições para sustentarem-se. (Ferreira:2010)

Os números dos encarcerados da Ceresp/Ipatinga comprovam o fato de que a maioria dos agentes criminosos cometem ilícitos por questões financeiras. Sessenta e quatro por cento (64%) estão condenados por crimes de furto e roubo e 21%

por tráfico de entorpecentes, desse modo, 85% dos apenados cometem ilícitos para conseguir dinheiro. (Ferreira:2010)

Em contrapartida, apenas 7% dos condenados cumprem pena por crimes de violência, mais precisamente estupro (1%) e homicídio (6%), consumados ou tentados. (Ferreira:2010)

Não é de hoje que os presídios são lugares que causam sofrimento e degradação humana, isolando aqueles denominados inimigos da sociedade. (Ferreira:2010)

Dentre os principais motivos que os pesquisados apontaram como preponderantes a incursão no mundo delituoso estão a satisfação das necessidades, dinheiro fácil, vontade de possuir os produtos expostos e, devido a infância pobre, repleta de privações e violência, consideram essa realidade criminosa, normal. (Ferreira:2010)

Mas o foco dessa pesquisa são as razões para a reincidência, ou seja, voltar a delinquir após cumprimento das penas, foram encontrados oito motivos, que serão detalhados a seguir: dificuldade na inserção ao mercado de trabalho devido aos antecedentes criminais, crime em vez de emprego, a violência do cárcere que desumaniza, as tentações da vida delitiva, sustentar-se até conseguir um emprego com carteira assinada, praticar injustiças para conseguir justiça, consumo de drogas e satisfazer necessidades materiais e pessoais do capitalismo. (Ferreira:2010)

Devido ao preconceito, a discriminação, muitas portas são fechadas para aqueles que tem um passado criminoso. A mancha do cárcere acompanha para sempre um indivíduo, não aparecendo oportunidades de emprego para ex-debentores. (Ferreira:2010) Concomitantemente com a falta de chances no mercado de trabalho, abundam as necessidades pessoais e da família, e, uma vez que a sociedade não os aceita como um deles, só resta regressar à criminalidade. A socie-

dade considera aqueles que passaram pelo sistema carcerário como indignos de confiança e respeito. (Ferreira:2010)

Mas o preconceito não é só de fora para dentro, não é só a sociedade que os vê como criminosos e que serão sempre isso, a maioria dos próprios ex condenados se consideram apenas como ladrões, traficantes e assassinos, eles têm certeza de que isso é a única coisa que sabem fazer e que nunca vão mudar. (Ferreira:2010)

Esses indivíduos tem as necessidades de consumo próprio e de suas famílias, mas devido à pouca escolaridade, ausência de qualificação profissional e escassez de oportunidades de emprego, procuram o crime para satisfazer essas necessidades, uma vez que, segundo relatos deles próprios, como não há trabalho honesto, procuram a vida do crime. (Ferreira:2010)

Mas não é só a questão financeira, existe também o status de ser famoso no mundo do crime. É uma atração a mais aos jovens, a fama de poder fazer parte de uma quadrilha, afirmar sua identidade, ser respeitado em seu meio social, além, obviamente, do dinheiro obtido. (Ferreira:2010)

Só que o dinheiro adquirido rapidamente, da mesma maneira se gasta, e isso contribui para a perpetuação no crime. (Ferreira:2010)

Que a função de devolver o indivíduo apto a conviver socialmente não é exercida pelos presídios, não é nenhuma novidade. As unidades prisionais são utilizadas pelo Estado para retirar do convívio social aqueles desprotegidos socialmente, grupo formado, em sua maioria, por jovens que cometem pequenos crimes patrimoniais, muitas vezes sob efeito de drogas e álcool. (Ferreira:2010)

Só que o presídio vai além. O preso sai do estabelecimento pior do que entrou. A vulnerabilidade dos encarcerados só aumenta, incentivando a reincidência criminal e aumentando a violência urbana, uma vez que a realidade do cárcere

são as desassistências: psicológica, saúde, educação, jurídica, social, ocupacional, além do abuso de poder e torturas físicas e mentais. Na contramão do que se diz, quando mais se priva de liberdade, mais a criminalidade aumenta. (Ferreira:2010)

As condições desumanas das cadeias e a ociosidade alimentam a raiva entre os indivíduos. Réus primários por crimes contra o patrimônio, depois de cumprirem seu tempo de cárcere, voltam a sociedade pertencendo a quadrilhas e conhecedor de diversos nuances da vida criminoso. Na cabeça da maioria dos criminosos, eles estão devolvendo a sociedade o sofrimento que passaram quando estavam privados de sua liberdade. Porque eles têm que respeitar as leis se os seus direitos não são respeitados? (Ferreira:2010)

Fomentado pela sociedade e pela imprensa, de um modo geral, o Estado é transgressor de diversas normas e garantias fundamentais contra os apenados. Esse é o exemplo que é passado. (Ferreira:2010)

Outra razão para a reincidência delituosa é o fato do completo desamparo que as famílias dos apenados vivem, durante o período que eles ficam encarcerados. A principal fonte de renda das famílias são seus chefes e, no momento que eles não podem suprir as necessidades de seus entes, não tem quem o faça e, ao retornarem da pena, encontram uma situação pior do que a que deixaram para trás, não vendo outra solução que não retornar ao crime. (Ferreira:2010)

Ao saírem das unidades prisionais, a maioria dos agentes tem a real intenção de seguir um novo caminho, que se inicia pela busca de um emprego. Entretanto, estão estigmatizados como bandidos, rejeitados pela sociedade, restando a volta a criminalidade para garantir sustento à família. As empresas os negam oportunidades, devido aos antecedentes criminais, e o crime os abraça. (Ferreira:2010)

Também é verdade que vários condenados e ex-condenados ingressam e retornam a vida delitiva em busca de uma fonte de renda maior e mais fácil que a obtida através de um trabalho lícito. Muitas vezes o trabalho com carteira assinada e informal, dentro da licitude, exige muito e remunera pouco, então preferem a vida do crime, para satisfazer suas vontades em ostentar um padrão de vida maior do que podem. (Ferreira:2010)

A busca por um emprego fica extremamente dificultada quando se tem a ficha criminal comprometida, mas muitos daqueles que cumpriram um tempo em regime fechado, não tentam com afincos, ingressar no mercado de trabalho. (Ferreira:2010)

Dados mencionados anteriormente apontam que grande parte dos encarcerados cumprem pena por delitos que envolvem o tráfico de drogas. Entretanto, em diversos desses casos, os policiais forjam o flagrante ou encaixam usuários de entorpecentes na figura de traficantes. Como não existe vontade do sistema penal em investigar, realmente, o ocorrido, pelo passado do apenado, o processo corre com uma defesa deficitária, devido à falta de condições para pagar um advogado e da disparidade de armas que existe entre Defensoria Pública e Ministério Público, e o indiciado acaba condenado, mesmo sem materialidade suficiente para tal. (Ferreira:2010)

Esse é mais um fator que faz com que o preso se revolte ainda mais com a sociedade e sempre busque o mundo do crime, estar preso por uma conduta tipificada que não cometeu. (Ferreira:2010)

Diversos indivíduos ingressam na criminalidade devido ao vício das drogas. Muitos têm emprego fixo, apesar de mal remunerado, mas no momento da abstinência, sem dinheiro, procuram delitos para conseguir dinheiro para comprar o entorpecente, e isso se torna um ciclo vicioso. Sempre que estão sem dinheiro para a droga, voltam a delinquir, num

caminho muitas vezes sem volta, pelo contrário, compram cada vez mais e mais drogas, conhecem as pessoas envolvidas com o tráfico e, não raramente, ingressam para esse mundo, com a finalidade precípua de obter a droga. (Ferreira:2010)

Com isso, estão cada vez mais propensos a serem presos, aumentando a quantidade delitiva, aumentam as chances de serem capturados nos momentos das condutas ilícitas. Esse é um dos motivos que as drogas são um problema de saúde pública, não de segurança pública. (Ferreira:2010)

Todos os encarcerados justificam o reingresso a atividade delitiva por questões financeiras. O mercado de trabalho não lhes dá oportunidades, enquanto o mundo do crime, abre as portas para eles. Em sua maioria, o fruto do crime serve para comprar comida para a família ou droga para os doentes. Também existem aqueles jovens que cometem delitos em busca de produtos que não compõem os artigos de necessidades básicas, como roupas de marca, tênis, relógios, que eles entendem que retirará o estigma de pobre. (Ferreira:2010)

A sociedade fica escandalizada com a violência, achando que o cárcere e penas severas são a solução, mas isso só agrava o problema, porque os estabelecimentos em que os presos são torturados só aumentam sua raiva e seu conhecimento sobre as práticas delitivas. (Ferreira:2010)

Essa política de segurança pública deu errado, a proposta agora é combater a raiz do problema, políticas de saúde, educação, sociais, econômicas e trabalhistas, voltadas para as classes mais desfavorecidas da sociedade, além de tratar o problema das drogas como uma questão de saúde pública, não de segurança, provavelmente serão mais eficazes, diminuindo os furtos, roubos e os delitos que envolvem as drogas. (Ferreira:2010)

O foco da questão deve ser a materialização dos direitos humanos, principalmente das crianças, porque, tendo uma infância repleta de violência, de privações e de drogas, crescem em

uma realidade onde apenas o crime produz maneiras de satisfazer suas necessidades, mesmo que dure pouco. (Ferreira:2010)

Abordando a diferença entre o que ocorre nos processos criminais e na efetividade da prisão de ricos e pobres, a Comissão Parlamentar de Inquérito das prisões de 2009:

A CPI observou a total ausência nas cadeias e presídios brasileiros de gente de posses, embora sejam frequentes as denúncias publicadas pela mídia, relatando o envolvimento de pessoas das classes média e alta em crimes de homicídio, corrupção, fraude, acidente de trânsito e outros classificados como delitos do “colarinho branco”. São rotineiras e em elevado número as prisões de envolvidos com estes tipos de crimes, mas a permanência dos mesmos atrás das grades é uma raridade.

No caso de crimes do colarinho branco, os “peixes grandes” como magistrados, promotores, delegados, políticos, empresários, advogados, raramente o processo chega ao fim e mais raro ainda serem condenados. E quando condenados quase sempre escapam das grades, sobrando a prisão apenas para os “peixes miúdos”.

Um levantamento publicado pela Revista Época, de março de 2008, sobre as operações realizadas pela Polícia Federal, revela o retrato da impunidade quando se trata de suspeitos “ricos” ou “influentes”, que cometem crimes de colarinho branco. De 2003 a 2006, a Polícia Federal realizou em todo o país 216 operações, prendendo 3.712 pessoas, entre magistrados, promotores, delegados, políticos, empresários, advogados, contadores e servidores públicos em geral.

Nessas operações, dos 3.712 presos, 1.098 eram servidores públicos. Essas quadrilhas fraudaram cofres públicos e o sistema financeiro; traficaram drogas, fizeram contrabando e cometeram crimes ambientais. Apenas 432 foram condenados e, destes, só 265 ficaram realmente presos.

Do outro lado da moeda, a CPI encontrou inúmeros presos apodrecendo em estabelecimentos desumanos e violentos por crimes simples como furto de latas de leite, de peças de roupas, dívida ou por ameaça.

A CPI constatou também que há milhares de presos provisórios que aguardam há anos e sem qualquer perspectiva de julgamento.

Esses fatos evidenciam que o País continua injusto: “para os pobres os rigores da lei, para os ricos os favores dos reis”, ou ainda que “a deusa da justiça tem um olho aberto para os humildes e outro fechado para os poderosos”, havendo necessidade urgente de construção de instituições ágeis, isentas e de um sistema jurídico igual para todos. (CPI das Prisões:2009, p. 47-48)

O país detém diversas legislações nacionais e estaduais que asseguram direitos e garantias, para os presos, presentes na Lei de Execuções Penais, Carta Magna de 1988, além de normas emanadas da ONU, as quais o Brasil é signatário, no mesmo sentido. (CPI das Prisões: 2009)

Entretanto, traz o relatório da CPI:

Apesar da excelente legislação e da monumental estrutura do Estado Nacional, os presos no Brasil, em sua esmagadora maioria, recebem tratamento pior

do que o concedido aos animais: como lixo humano. Ao invés de recuperar quem se desviou da legalidade, o Estado embrutece, cria e devolve às ruas verdadeiras feras humanas.

Instalações prisionais estruturadas, com higiene, trabalho, lazer, estudo, tem influência direta nas condições da prisão, que tem como função precípua a recuperação dos encarcerados, através da autoestima e dignidade. Outro fator importante é o gerenciamento da unidade prisional, como as autoridades responsáveis tem que contribuir para que o dia a dia da prisão seja o mais harmonioso possível. (CPI das Prisões: 2009, p. 191-192)

Mas o que a lei determina, não é respeitado, como demonstra a CPI das prisões de 2009:

A despeito dessas e de outras disposições da LEP acerca das modalidades de assistência a serem prestadas aos presos, a CPI verificou que a maioria dos estabelecimentos penais não oferece aos presos condições mínimas para que vivam adequadamente. Ou seja, condições indispensáveis ao processo de preparação do retorno do interno ao convívio social. A CPI constatou, no ambiente carcerário, uma realidade cruel, desumana, animalesca, ilegal, em que presos são tratados como lixo humano.

A CPI observou, em muitos estabelecimentos penais, tensão, medo, repressão, torturas e violência – ambiente que, em certa medida, atinge e se estende aos parentes, em especial, quando das visitas nas unidades prisionais.

A realidade encontrada pela CPI, em suas diligências nos mais variados estabelecimentos penais, é de confronto com a legislação nacional e internacional, de agressão aos direitos humanos e de completa barbárie.

A CPI tem consciência de que muitos dos que estão encarcerados praticaram crimes violentos, enlutaram famílias, destruíram lares, fizeram órfãos, subtraíram patrimônios. A CPI também constatou que a imensa maioria dos que estão privados de liberdade cometeu pequenos delitos e pode ser recuperada.

Independentemente dos delitos que cometeram, os presos perderam apenas a liberdade e não a alma, a dignidade e a vida. (CPI das Prisões: 2009, p. 192-193)

Os artigos 12 e 13 da lei 7.210 de 1984 determinam como, deveria ser as instalações, alimentação, higiene e vestuário dos presos. Deveria porque a CPI averiguou que nenhum presídio nacional cumpre essas determinações.

Art. 12. A assistência material ao preso e ao internado consistirá no fornecimento de alimentação, vestuário e instalações higiênicas.

Art. 13. O estabelecimento disporá de instalações e serviços que atendam aos presos nas suas necessidades pessoais, além de locais destinados à venda de produtos e objetos permitidos e não fornecidos pela Administração. Lei de Execuções Penais:1984)

Os presídios brasileiros não respeitam a norma, deixando no mesmo ambiente presos provisórios e condenados, não tem locais para a acomodação individual dos presos e, colocando-os

em ambientes coletivos, não propiciam o mínimo necessários de higiene, espaço e estrutura. (CPI das Prisões: 2009)

No período que o condenado estiver encarcerado, o Estado tem que garantir que sua estima, o respeito próprio e dignidade permaneçam intactas. Desse modo é assegurado a eles a mesma higiene de fora das prisões, com água potável, banheiros limpos e artigos necessários a saúde e a limpeza – escova e pasta de dentes, fio dental, sabonete, shampoo, lâmina de barbear, fio dental. (CPI das Prisões: 2009)

Todavia, a Comissão Parlamentar verificou que a realidade é diferente das determinações nacionais e internacionais, as quais o Brasil se comprometeu a seguir. Não há água potável nos presídios, para os aprisionados, muitas vezes eles têm que beber diretamente de canos sujos ou armazená-las em garrafas de refrigerante. Ainda assim, muitas vezes o acesso a água é limitado a duas ou três vezes ao dia. Em celas lotadas, um cenário comum na realidade dos encarcerados, eles ficam dias sem tomar banho. (CPI das Prisões: 2009)

O relatório da CPI relata também:

Muitos estabelecimentos penais são desprovidos de banheiros e pias dentro das celas e dormitórios ou próximos a esses. Quando tais instalações existem, comprometem a privacidade do preso. Não raras vezes os banheiros estão localizados em outras áreas, e nem sempre os presos têm acesso ou permissão para utilizá-los. O mesmo ocorre para as instalações destinadas a banho.

O Estado também não oferece aos presos artigos necessários à sua higiene pessoal, como sabonete, dentífrico, escova de dente e toalhas. Nesse caso, os detentos são obrigados a adquiri-los no próprio esta-

belecimento penal, nos locais destinados à sua venda, ou no mercado paralelo explorado clandestinamente na unidade prisional.

A grande maioria das unidades prisionais é insalubre, com esgoto escorrendo pelos pátios, restos de comida amontoados, lixo por todos os lados, com a proliferação de roedores e insetos, sendo o ambiente envolto por um cheiro insuportável.

A situação encontrada na Colônia Agrícola de Campo Grande (MS), unidade prisional de regime semi-aberto, em que uma parte dos presos dormia em barracas improvisadas e outros presos compartilhavam com porcos a pocilga. Na maioria dos estabelecimentos penais, os presos recebem tratamento pior que o concedido a animais brutos.

A CPI constatou que, em muitos estabelecimentos penais, o principal uniforme dos presos é o próprio couro, como no Distrito de Contagem, onde 70 presos seminus se amontoavam em apenas uma cela.

Na maioria dos estabelecimentos penais os presos utilizam suas próprias roupas, sem qualquer critério, levadas por parentes, doadas por entidades de caridade, tomadas de outros presos, ou simplesmente vestem molambos ou trapos velhos e fedorentos.

Em vários Estados, os presos dormem em pedras nuas e frias. Os colchões são sempre em menor quantidade do que o número de presos. Os presos têm que colar vários colchões e grudar o corpo com o de outro para se agasalharem. Por outro lado, quando são fornecidos, os colchões são muito finos, com espessura incompatível com a necessidade dos presos, os

quais em muitos lugares são obrigados a adquirir este “privilégio” no mercado paralelo. (CPI das Prisões: 2009, p. 195-198)

Como não poderia ser diferente, a alimentação também é falha nas instituições prisionais do país. Apesar de ser obrigação estatal o fornecimento de comida, minimamente consumível pelos presos, muitas vezes as comidas são servidas em sacos plásticos e consumidas com as mãos. Em outras unidades foi encontrado na comida baratas, cabelo, objetos estranhos – não alimentícios – e, comumente comida azeda e estragada. (CPI das Prisões: 2009)

Como não poderia ser diferente, esses alimentos, que os presos rejeitam, e custa ao Estado R\$ 10,00 por refeição – evidente modelo de corrupção e de desvio de dinheiro público – fomenta um mercado clandestino de alimentos nas unidades, comercializados pelos próprios servidores. (CPI das Prisões: 2009)

A Carta da República de 1988, art. 5º incisos III e XLIX afirmam que é defeso a tortura, em qualquer situação, e que a integridade moral e física dos presos tem que ser respeitada. Além disso, o crime de tortura é um dos delitos, de um rol taxativo, que veda fiança, graça ou anistia. (CPI das Prisões: 2009)

A superlotação das celas, falta de higiene, de banheiros descentes, luz, água, medicamentos, assistência jurídica, médica, odontológica e psicológica, comidas azedas e com baratas, falta de esgoto, presença de ratos nas celas, presos sem colchões e sem locais adequados para dormir, dentre diversos outros desrespeitos a norma do que o Estado tem que prestar aos detentos, prova a ampla tortura, física e psicológica, que os encarcerados passam nas prisões. (CPI das Prisões: 2009)

Conclusão

O cenário dos presídios brasileiros, a maneira como os escolhidos pela sociedade por sua cor e condição econômica e como são tratados nesses estabelecimentos prisionais, corrobora com o que Bauman afirma, que o Holocausto foi um fenômeno de destaque, mas não único na história. Frequentemente, as sociedades se comportam da mesma maneira que os nazistas se comportaram, escolhendo, “seu povo judaico”, os aprisionando e exterminando, como se não fossem pessoas, como se fossem inimigos da sociedade.

Essa situação ocorre como uma tentativa estatal de justificar sua política pública. O Reich alemão nazista alegava o tratamento aos judeus em detrimento a supremacia ariana. Os governos brasileiro e americano justificam a política do tratamento nas penitenciárias como a solução para a violência presente no nosso dia a dia.

Da mesma maneira que era uma falácia a política nazista, também é uma mentira explicar que o tratamento desumano aos presos se dá por uma questão de segurança pública, uma vez que esse tipo de tratamento é dado há muitos anos, e a violência não diminuiu, pelo contrário, só aumentou.

Referências bibliográficas

A 13^a EMENDA. Dirigido por Ava DuVernay. Escrito por Ava DuVernay e Spencer Averick. Produzido por Ava DuVernay, Spencer Averick e Howard Barish. Kando Films (1h 40m) 2016.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e holocausto**. Tradução: Marcus Penchet Jorge Zahar Editor Rio de Janeiro, 1998.

BRITO, Ronaldo Figueiredo. **Direito Penal do Inimigo em Günther Jakobs e sua falsa sensação de segurança.** Disponível em <http://www.cnecrij.com.br/ojs/index.php/temiminos/article/view/60/42>. Acesso em 11 de outubro de 2017.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988.** Brasília, 1988.

_____. **CPI do sistema carcerário.** Câmara dos Deputados, ação parlamentar. Brasília, 2009.

_____. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Lei de execução penal.** Brasília, 1984.

_____. **Levantamento Nacional de informações penitenciárias – INFOPEN – junho de 2014. Brasília: Ministério da Justiça, 2014.** Disponível em <http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depend-versao-web.pdf>. Acesso em 13 out 2017.

FERREIRA, Angelita Rangel. **Crime-prisão-liberdade-crime: o círculo perverso da reincidência no crime (Crime-jail-free (liberty)-crime: the wicked circle the crime reincidence).** Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-66282011000300008. Acesso em 20 set 2017.

SANTOS, Mariana H. A. e SANTORO, Antonio. **Punitivismo como opção político-criminal brasileira – um ensaio sobre o estado de exceção no discurso antigarantista.** Artigo passado por e-mail pelo segundo autor em 17 out 2017.

Senhenn, Jorge L. Rosell. **Los Postulados del garantismo en el proceso penal.** In: III Encontro Latinoa-

mericano de Postgrados em Derecho Procesal, Universidad Central de Venezuela, Caracas.

Sobre la posibilidad de suspender la ejecución de las penas en caso de interposición de un recurso de amparo ante el tribunal constitucional español. Una extracción de notas de los autos del alto tribuna

María Castro Corredoira

Introducción

El Código Penal español de 1973 expresaba claramente que la suspensión de la pena principal privativa de libertad de ningún modo afectaba a las penas accesorias. Así, en su art. 97, expresaba que:

La condena condicional no será extensiva a las penas de suspensión de derecho de sufragio y de cargo o

función de carácter público, si éstas figurasen como accesorias, ni alcanzará a las responsabilidades civiles.

A nivel jurisprudencial, el propio Tribunal Constitucional se pronunció al respecto, entre otras, en su STC 209/1993, de 28 de junio, de cuyo tenor se desprende que el criterio principal para distinguir la posibilidad de suspensión de las penas privativas de libertad y de las privativas de derechos descansa sobre la naturaleza y el fundamento de sendas clases de penas. Así, el tenor de la sentencia destaca que:

El Código Penal autoriza o hace obligatoria, según los casos, la condena condicional que deja en suspenso la ejecución de ciertas penas, privativas de libertad, impuestas directa o subsidiariamente, no de las medidas de seguridad ni de las cautelares materialmente idénticas pero funcionalmente distintas (prisión preventiva), sin extenderlas a las restrictivas de derechos, si figurasen como accesorias (arts. 93 y 97), aun cuando fueren impuestas como principales. La lectura conjunta de ambos preceptos, el primero de los cuales exige positivamente que la pena consista en privación de libertad, no permite una interpretación a contrario sensu del otro. “El texto es claro y responde a la función institucional de esta modalidad de cumplimiento de las penas, no se olvide esto, nunca de su incumplimiento” (STC 165/1992). La distinta naturaleza así como las características tan dispares de la prisión y de la suspensión de derechos cívicos o inhabilitación para su ejercicio, cualquiera que sea su carácter, “pronunciamiento cuya carga infamante, como máximo reproche social es la razón determinante de que el así señalado sea excluido de cargos

y funciones públicas” (STC 165/1993), son la más palmaria justificación de que el legislador ha optado en este caso por una solución razonable, tanto y tan legítima al menos como sería la de extender el beneficio a toda clase de penas, si así creyera servir mejor al fin último del sistema penitenciario no solamente represivo sino también constitucionalmente orientado a la reeducación y reinserción social (art. 25 CE).

Sin embargo, la redacción del vigente Código Penal español no se pronuncia acerca de esta cuestión, lo que ha motivado una cierta polémica en relación a si la suspensión de la ejecución de la pena principal privativa de libertad supone o no la suspensión de la pena o penas accesorias que la acompañen y, para el caso de que se entienda que no, si ello sería recomendable.

La regulación penal actual del instituto de la suspensión, comprendido en los artículos 80 a 87 CP, se encuentra ubicado sistemáticamente en la Sección 1ª (“De la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad”), del Capítulo III (“De las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad y de la libertad condicional”), del Título I (“De la infracción penal”), ubicado en el Libro I (relativo a “Disposiciones generales sobre los delitos, las personas responsables, las penas, medidas de seguridad y demás consecuencias de la infracción penal”), del Código Penal español.

El art. 80 del Código Penal español, norma general básica en materia de suspensión, en su apartado 1º dispone que:

Los jueces o tribunales, mediante resolución motivada, podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a dos años³²

32. También la STC 209/1993. La tendencia de la política criminal no ha

cuando sea razonable esperar que la ejecución de la pena no sea necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos.

El art. 35 CP, por su parte, tilda de penas privativas de libertad “la prisión permanente revisable, la prisión, la loca-

sido abandonada y ni siquiera debilitada a lo largo de este siglo, sino más bien intensificada. Conviene no perder de vista que han ido apareciendo otras alternativas para sustituir las penas cortas de privación de libertad, en una batería que va desde el arresto domiciliario al copioso conjunto que ofrece el informe sobre el tema de la Secretaría General de la Organización de Naciones Unidas (Londres, 1960). La escasa duración de tales penas no permite que los efectos negativos de la convivencia sean contrarrestados por un tratamiento penitenciario adecuado para la reeducación del recluso. En tal sentido se ha pronunciado este Tribunal en más de una ocasión. “El beneficio de la remisión condicional de la condena –se dice en nuestra STC 224/1992– viene inspirado por la necesidad de evitar el cumplimiento de penas cortas privativas de libertad por aquellos condenados que presenten un pronóstico favorable de no cometer delitos en el futuro, dado que, en tales casos, la ejecución de una pena de tan breve duración no sólo impediría alcanzar resultados positivos en materia de re-socialización y readaptación social del penado, sino que ni siquiera estaría justificada dada su falta de necesidad desde el punto de vista preventivo”. “La condena condicional –se lee en la STC 165/1993– está concebida para evitar el probable efecto corruptor de la vida carcelaria en los delincuentes primarios y respecto de las penas privativas de libertad de corta duración, finalidad explícita en el momento de su implantación”.

El Tribunal Constitucional, en su STC 251/2005, 10 de octubre, ha declarado que la institución de la suspensión de la ejecución de la pena, también conocida como remisión condicional de la pena o condena condicional “Se trata, en efecto, de un beneficio asentado sobre la idea de que, en el caso de delincuentes primarios condenados a penas cortas privativas de libertad, las finalidades preventivas especiales mencionadas en el art. 25.2 CE pueden ser alcanzadas con mayores garantías de éxito si los órganos del Estado que ostentan la titularidad del ius puniendi renuncian momentáneamente a ejecutar la pena a condición de que el penado no vuelva a delinquir durante un plazo de tiempo preestablecido, sin que ello vaya en detrimento de los fines preventivos generales que también han de cumplir las penas”.

lización permanente y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa”.

Poniendo en conexión el contenido de ambos preceptos, el instituto de la suspensión únicamente se prevé para penas de prisión y prisión permanente revisable, localización permanente y responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa.

Así lo viene entendiendo también la doctrina, que mayoritariamente (FARALDO CABANA, 2008; GARCÍA ORTIZ, 2006) considera acertado entender que la suspensión de la pena de prisión no afecta en modo alguno a la pena o penas accesorias que la acompañen, pues éstas seguirán siendo cumplidas como si no se hubiese producido la suspensión de la pena principal. Este sector defiende que el texto del Código Penal únicamente contempla la posibilidad de que se suspendan las penas privativas de libertad.

No obstante, existe un sector doctrinal que mantiene que debería haber una cierta afectación parcial. Mota Bello considera que debería producirse dicha afectación desde el momento en que la pena de prisión y parte de la extensión temporal de la pena accesoria de alejamiento han de cumplirse simultáneamente. No obstante, no parece éste el mejor argumento a efectos de valorar una posible extensión de la suspensión, sobre todo si tenemos en cuenta que la pena de prisión y la pena de alejamiento gozan de contenidos y finalidades diferentes, y que, por ejemplo, al alejamiento, le subyace, en todo caso, una función asegurativa-cautelar de protección de la víctima, por lo que difícilmente podría interesar la afectación, al menos de acuerdo con la formulación planteada por Mota Bello.

1. Extracción de notas de los autos

Cuestión importante se ha planteado en atención a la posible suspensión de la ejecución de las penas ante la inter-

posición de un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional de España. En este sentido, el Alto Tribunal se ha pronunciado acerca de la posibilidad de suspender las penas en supuestos de interposición de recursos de amparo. Como regla general y acudiendo al tenor del art. 56.1 LOTC, la interposición de un recurso de amparo no suspende los efectos del acto o de la sentencia objeto de impugnación³³.

Sin embargo, cuando de la ejecución de la sentencia o acto impugnados mediante recurso de amparo se derive un perjuicio para el recurrente que pudiera hacer que el amparo perdiese su finalidad, la Sala o la Sección que esté conociendo del asunto puede disponer la suspensión total o parcial, de oficio o a instancia de parte (AATC 88/1981, de 4 de agosto; 486/1983, de 19 de octubre; 476/1984, de 26 de julio; 53/1992, de 19 de febrero; 196/1995, de 3 de julio; 214/1995, de 17 de julio; 312/1995, de 20 de noviembre; 121/1996, de 20 de mayo; 226/1996, de 22 de julio; 228/1996, de 22 de julio; 310/1996, de 28 de octubre; 394/1996; 47/1998, 24 de febrero; 48/1998, de 24 de febrero; 208/1998 de 5 de octubre). Todo ello, siempre y cuando la suspensión no produzca una perturbación grave a un interés constitucio-

33. Cuestión ciertamente relevante, si tenemos en cuenta que, como ha expresado el propio Tribunal Constitucional, la suspensión de la ejecución de la sentencia entraña, en sí misma, una perturbación de la función jurisdiccional. Véase al efecto, entre otros, AATC 275/1986; 274/2002; 17/1980, 57/1980, 257/1986, 249/1989, 294/1989, 141/1990, 35/1996, 287/1997, 185/1998, 86/1999 y 99/1999.

En concreto, perturba la facultad de ejecutar lo juzgado y el derecho a la tutela judicial efectiva, teniendo en cuenta que los poderes públicos están amparados en la presunción de legalidad y de veracidad, presunción ésta que, por otra parte, adquiere especial dimensión en el caso de los jueces y tribunales, en el ejercicio del poder judicial (art. 117.3 CE), como apuntan los AATC 143/1992, 17/1980, 57/1980, 257/1986, 249/1989 294/1989 y 4/2006 de 16 de enero.

nalmente protegido, ni a los derechos o libertades de otra persona (art. 56.2 LOTC), y que no haga perder al amparo su finalidad en el transcurso de la tramitación del proceso (AATC 51/1989, 136/1996, 310/1996, 420/1997, 18/1998, 79/1998, 182/1998, 186/1998; 13/1999, 99/2002).

Por tanto, la suspensión tiene carácter excepcional y una aplicación muy restrictiva (AATC 143/1992; 284/1995; 219/1996; 419/1997; 274/1998; 117/1999; 227/1999; 292/2000; 41/2001, 155/2002), siendo preferible la ejecución de las resoluciones judiciales firmes y definitivas, por ser lo más ajustado al interés general. No obstante, esta norma general se encuentra condicionada a la naturaleza de la pena de que se trate.

En lo que atañe a la ejecución de penas privativas de libertad, el Alto Tribunal sostiene, con carácter general, que la ejecución de este tipo de penas puede ocasionar perjuicios irreparables³⁴ que ocasionarían que el amparo viese distorsionada su finalidad, llegando a perderla, ya que la pérdida temporal de la libertad es irreparable e imposible de restituir (AATC 98/1983, 179/1984, 574/1985, 3017/1995, 321/1995, 152/1996, 163/1996), accediendo por ello, en ocasiones, a la suspensión de la misma (ATC 4/2005). En estos casos, el interés general puede ceder a favor de la suspensión (AATC 44/2008; 59/2008; 67/2008; 109/2008; 111/2008; 118/2008; 172/2008), para evitar que la ejecución produzca esos perjuicios (AATC 98/1983; 179/1984; 574/1985; 301/1995; 321/1995; 152/1996; 163/1996), por tratarse, la libertad, de

34. Es doctrina del TC que es perjuicio irreparable aquel que provoque que la restauración del derecho constitucional vulnerado sería tardío y convertiría el amparo en ilusorio (AATC 251/2000; 63/2001; 170/2001; 9/2003; 338/2005; y 286/2007. Así, el TC ha acordado que, con carácter general, se denegará la suspensión en aquellos casos en que los fallos judiciales objeto de amparo admitan la restitución íntegra de lo ejecutado (vgr. condenas de tipo patrimonial de escasa importancia).

“un derecho cuya naturaleza convierte el perjuicio irrogado en irreparable, en caso de estimarse el amparo una vez cumplida parcial o totalmente la pena”(AATC 155/2002; 9/2003).

No obstante, como excepción al régimen general, para la adopción de la suspensión se ponderan algunas circunstancias e índices objetivos que facilitan la determinación de la magnitud del interés general y del especial peligro de nueva agresión que puede afectar a la víctima. Se tienen en cuenta, especialmente: la gravedad y naturaleza de los hechos enjuiciados y el bien jurídico protegido, la trascendencia social, la duración de la pena impuesta y el tiempo de cumplimiento, el riesgo de eludir la acción de la justicia y la posible desprotección de la víctima.

Con todo, conviene apuntar que, dentro de las penas privativas de libertad, distinta suerte corren las acordadas por un periodo de hasta cinco años, de aquellas cuya duración supera ese umbral temporal. La motivación descansa en el ya aludido criterio de pérdida de eficacia del amparo y teniendo en cuenta su duración y la previsible resolución del proceso de amparo y tiempo efectivo de cumplimiento de la pena, ya sea por haber estado en prisión preventiva o por haberse ejecutado tras ser firme la condena (ATC 221/2000) y la trayectoria posterior a la condena (ATC 270/2000).

En cuanto a la prohibición de aproximación a la víctima y, de un modo más genérico, en lo que atañe a las penas privativas de derechos, el TC, aun entendiendo que ésta merece un tratamiento individualizado, diferenciado y matizado respecto de otras penas de igual naturaleza restrictiva de derechos, parece haber asumido el mismo criterio que en relación a las penas privativas de libertad³⁵. Afirma que, si

35. El tratamiento diferenciado de las penas restrictivas de derechos y, especialmente, del alejamiento, se encuentra plenamente justificado, si tenemos en cuenta que pertenece a un grupo intermedio en la clasificación de las penas: por una parte, introduce restricciones más fuertes que las meras

bien es cierto que las penas privativas de derechos no tienen el mismo alcance que las privativas de libertad (en términos de pérdida o restricción de la libertad), no lo es menos que, en el caso concreto del alejamiento, subyace en su adopción, el bien jurídico protegido de evitar la posible desprotección de la víctima (AATC 4/2005; 247/2003; 53/2003). Así, en su ATC 53/2003 concluyó que:

la imposición en la Sentencia de la pena de alejamiento de la víctima tiene por objeto proteger la integridad física de aquélla —que constituye, asimismo, un derecho fundamental— frente a eventuales nuevos ataques, y que la restricción de la libertad ambulatoria del actor a dicha pena es mínima, procediendo, por tanto, desestimar la pretensión de suspensión³⁶.

Con todo, no son pocos los casos en que se ha procurado una nueva línea argumental que remueva esta doctrina constitucional. Es el caso planteado en el ATC 247/2003, de 14 de julio, en el cual el recurrente en amparo había sido condenado, en segunda instancia, por la Sección 17^a de la Audiencia Provincial de Madrid, mediante sentencia de 5 de diciembre de 2001, como autor de dos faltas de los arts. 617.2 y 620.2 CP, a sendas penas de multa y a una pena de alejamiento de seis meses³⁷.

penas pecuniarias y, por otra parte, tienen un alcance más reducido, menos restrictivo, que las penas privativas de libertad.

36. Se entiende, por tanto, que en estos casos cede el derecho a la libertad ambulatoria del condenado a favor a la protección de la víctima, procurando, en todo caso, preservar el interés general en la seguridad (ATC 12/2012, de 30 de enero).

37. En primera instancia había sido absuelto por el Juzgado de Instrucción número 6 de Madrid, en el juicio de faltas 325-2001.

En la pretensión de amparo, el recurrente solicitó que se suspendiese la totalidad del fallo y, especialmente, la pena de alejamiento, puesto que, a su juicio, supondría “una grave dificultad para el cumplimiento del régimen de visitas que tiene reconocido para poder comunicarse con su hijo, de 4 años de edad”, arguyendo que la corta duración de la pena de alejamiento, sumado al tipo de condena estipulada en segunda instancia, harían perder al amparo su finalidad en caso de no accederse a la suspensión solicitada. Ambos Ministerio Fiscal y Tribunal Constitucional rechazaron tal planteamiento, pues aunque la medida, efectivamente, impide o dificulta la comunicación con la víctima, dicha medida no afecta al menor, pues la restricción de la libertad ambulatoria es mínima (preservando la protección de la víctima) y compatible con el mantenimiento del régimen de visitas respecto al hijo.

Finalmente, en relación a las penas pecuniarias se extiende el criterio general de improcedencia de la suspensión de la ejecución, sin establecer distinción alguna entre las medidas de dicha naturaleza, incluyendo entonces las medidas pecuniarias de responsabilidad civil y las costas procesales, agrupándolas en un bloque de resoluciones judiciales con efectos meramente patrimoniales. El argumento del TC en este sentido descansa sobre la prevalencia del sacrificio del interés del recurrente, por ser plenamente reparable (AATC 239/1990, 6/19966, 61/1997, 89/1997, 109/1997 y 13/1999). No obstante, el TC, con carácter excepcional, también ha previsto la posibilidad de que se acuerde la suspensión en aquellos casos en que, por la cuantía o las circunstancias especiales concurrentes en la causa, se puedan ocasionar perjuicios irreparables (AATC 321/1995, 344/1996, 65/1999, 61/2000 115/2000 9//2002).

Conclusiones

En definitiva, y por lo expuesto, ha de concluirse, necesariamente, que la suspensión de la ejecución de las penas ha de ceñirse a lo dispuesto en los artículos 80 y siguientes del Código Penal. Con todo, por cuanto atañe a la tramitación del recurso de amparo, ha de tenerse muy presente la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, quien considera que nos encontramos ante un instituto muy especial (el de la suspensión) que ha de ser aplicado, en estos casos, de forma muy restrictiva e individualizada, garantizando y ponderando, a la par, el interés general, y los derechos y las garantías individuales del sujeto condenado. Ha de advertirse, por ello, el especial tratamiento conferido a la posibilidad de suspender, durante dicha tramitación, las penas privativas de libertad, por razón del contenido de que se encuentran previstas y las implicaciones que conllevan, así como por su propia naturaleza y los efectos y consecuencias que entrañan.

Bibliografía

- DE TORRES, Mariflor, “La Fiscalía Delegada de Violencia sobre la mujer. Organización interna y cooperación institucional. Balance tras la LO 1/04”, en GARCÍA ORTIZ, Lourdes, y LÓPEZ ANGUIA, Begoña (dirs.), *La violencia de género: Ley de protección integral, implantación y estudio de la problemática de su desarrollo*, Lerko Print S. A., Madrid, 2006.
- FARALDO CABANA, Patricia, *Las prohibiciones de residencia, aproximación y comunicación en el derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

GARCÍA ORTIZ, Lourdes, “Medidas judiciales de protección y seguridad de las víctimas en la Ley Integral. Cuestiones derivadas de su aplicación e integración con el resto de medidas cautelares previstas en el ordenamiento”, en GARCÍA ORTIZ, Lourdes, y LÓPEZ ANGUITA, Begoña (dirs.), *La violencia de género: Ley de protección integral, implantación y estudio de la problemática de su desarrollo*, Lerko Print S. A., Madrid, 2006.

GUINARTE CABADA, Gumersindo, “Algunas cuestiones polémicas en la interpretación de los delitos de violencia de género”, en RODRÍGUEZ CALVO, María Sol, y VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, Fernando (dirs.), *La violencia de género. Aspectos médico-legales y jurídico-penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

LAURENZO COPELLO, Patricia, “Modificaciones de derecho penal sustantivo derivadas de la ley integral contra la violencia de género”, en GARCÍA ORTIZ, Lourdes, y LÓPEZ ANGUITA, Begoña (dirs.), *La violencia de género: Ley de protección integral, implantación y estudio de la problemática de su desarrollo*, Lerko Print S. A., Madrid, 2006.

MOTA BELLO, José Félix, “Las penas de localización permanente y de prohibición de residencia, de aproximación y de comunicación con la víctima y otras personas”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, 2005.

VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, Fernando, “Las penas de privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos”, en VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, Fernando (dir.), *Violencia contra la*

mujer. Manual de derecho penal y proceso penal: adaptado a la Ley 1/2015, de reforma del Código Penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

Resoluciones judiciales consultadas

- ATC 88/1981, de 4 de agosto.
- ATC 486/1983, de 19 de octubre.
- ATC 476/1984, de 26 de julio.
- ATC 53/1992, de 19 de febrero.
- ATC 143/1992 de 25 de mayo
- ATC 196/1995, de 3 de julio.
- ATC 214/1995, de 17 de julio.
- ATC 284/1995 23 octubre
- ATC 312/1995, de 20 de noviembre.
- ATC 121/1996, de 20 de mayo.
- ATC 219/1996, de 22 de julio
- ATC 226/1996, de 22 de julio.
- ATC 228/1996, de 22 de julio.
- ATC 310/1996, de 28 de octubre.
- ATC 419/ 1997, de 22 de diciembre
- ATC 47/1998, 24 de febrero.
- ATC 48/1998, de 24 de febrero.

- ATC 208/1998 de 5 de octubre.
- ATC 4/2006 de 16 de enero.
- ATC 274/1998, de 14 de diciembre
- ATC 117/1999 de 29 de abril
- ATC 227/1999 de 27 de septiembre
- ATC 251/2000, de 30 de octubre
- ATC 292/2000, de 11 de diciembre
- ATC 41/2001, de 26 de febrero
- ATC 63/2001, de 26 de marzo
- ATC 170/2001, de 22 de junio
- ATC 9/2003, de 20 enero
- ATC 338/2005, de 26 de septiembre
- ATC 286/2007, de 18 de junio
- ATC 44/2008, de 11 de febrero.
- ATC 59/2008 de 20 de febrero.
- ATC 67/2008 de 25 de febrero.
- ATC 109/2008 de 14 de abril.
- ATC 111/2008 de 4 de abril.
- ATC 118/2008 de 28 de abril.
- ATC 172/2008 de 23 de junio.
- ATC 12/2012, de 30 de enero.

Bioética e a retirada do material genético para composição do banco de dados

Aline Ferreira Souto e Bernardo Pilotto de Moura

Introdução

Muito se tem ouvido hoje acerca do termo bioética, mas o que de fato tal matéria estuda? Qual a sua relação com o direito? O presente trabalho busca esclarecer um pouco sobre bioética, seu objeto de estudo e ainda tratar de uma questão do ramo do direito que se relaciona diretamente com aquela.

O estudo em tela, busca tratar a respeito da relação da bioética com a retirada do matéria genético para composição do banco de dados. Tal pesquisa, será expositiva, descritiva e buscará tratar primeiramente a respeito da bioética, quem desenvolveu este tema, seu conceito, seu objetivo e alguns princípios bioéticos que seriam a base do referido assunto.

Posteriormente, desenvolve-se sobre o consentimento informado, que é algo estritamente ligado, relacionado

ao tema. A necessidade que há do indivíduo se manifestar devidamente acerca de procedimentos que possam vir a ser realizados em seu corpo. Portanto, fazendo uma analogia a necessidade do consentimento do acusado em se manifestar positivamente sobre a colheita do material.

Além disso, é necessário falar sobre a Lei 12.654/12, atual lei de identificação criminal. Esta veio modificando as leis: 12.037/09 (antiga lei de identificação criminal) e ainda a Lei 7.210/84 (Lei de execução penal), fala-se um pouco sobre as modificações sofridas e o que se pretende com a lei. Além disso, é exposta a crítica feita a Lei 12.654/12 por conta da obrigatoriedade da submissão a identificação por meio da retirada do material genético.

É feita ainda, uma relação entre bioética e a retirada do material genético, onde fala-se sobre os princípios constitucionais que vem a ser violados quando se fala em utilização do material genético como meio de prova. A possibilidade de recusa do sujeito em contribuir para a colheita do material, assunto este que foi alvo de audiências públicas, devido à dúvida que tal assunto tem gerado em profissionais do direito.

Por fim é feita uma exposição daqueles que pensam que a retirada do DNA para fins de identificação criminal, não vem a ferir nenhum dos princípios constitucionais citados no presente trabalho, pois para estes, seria apenas mais um meio de identificação, assim como os já existentes, como por exemplo, fotografia do acusado. E o posicionamento daqueles que são contra tal procedimento invasivo no corpo do indivíduo, utilizando-se como base sempre os pensamentos dos doutrinadores e jurisprudência sobre o assunto.

É certo que tal questão é de grande importância, sendo por isso, tamanha sua complexidade, motivo este que até o presente momento, não há um entendimento pacificado,

unânime sobre o assunto e conforme será exposto, pode-se observar que ainda encontra-se em debate e discussões.

1. “O termo bioética”

Muito se tem ouvido falar nos últimos anos acerca do termo bioética. Este termo foi desenvolvido por Van Rensselaer Potter. Ao utilizar pela primeira vez este termo, ele foi empregado de forma diferenciada do que hoje se entende por bioética. Para ele seria a ciência que garantiria a sobrevivência do planeta.

A ética a ser estudada, não possui um novo conceito, conceito diferente da ética já conhecida, o que ocorre é que são aplicadas novas situações a ela, situações anteriormente não ocorridas, mas que são causadas pelo avanço tecno-científico. Causadas pelo avanço das ciências biomédicas (CLOTET, 2006).

Pode-se dizer que Bioética “é um conjunto de pesquisas e práticas pluridisciplinares, objetivando elucidar e solucionar questões éticas provocadas pelo avanço das tecnociências biomédicas” (VIEIRA, 2000). Portanto, não abrange apenas a área médica, abarca ainda outras áreas como Direito, Psicologia, Biologia, Antropologia, Sociologia, Ecologia, Teologia, Filosofia, etc., sendo possível observar as diversas culturas e valores (VIEIRA, 2000).

Para Potter, deve haver uma ponte entre a ciência e a ética, ou seja, ligando a ética à biologia não se preocupando apenas com a biologia, mas também com o contexto envolvido, com a cultura humana. Ou seja, como aplicar o conhecimento ao estudo científico-biológico (BORBA; HOSSNE, 2010). Segundo ele, o objetivo da bioética era levar o ser humano a uma participação racional, cuidadosa no campo biológico e cultural. Assuntos como clonagem/ experimentos em seres humanos, aborto eugênico (aqueles em que há suspeita da criança nascer com problemas físicos ou

mentais, anencéfalos por exemplo), direito de morrer, por exemplo, tem sido alvo de discussões por envolver “aquilo que precisa ser feito” baseado nas necessidades biológicas do ser humano e “aquilo que é da vontade/direito/ dever dele”, devendo buscar conciliar as duas pontas do iceberg (bioética e direito) (BORBA; HOSSNE, 2010).

A bioética busca solucionar os problemas biomédicos de maneira racional e pactuada, de modo a resolver conflitos sobre determinado assunto, sempre considerando princípios e valores morais. Ela parte do pressuposto do valor supremo da vida, liberdade e autonomia, estes princípios as vezes entram em conflito com outros relativos à qualidade de vida e em muitos casos não é fácil se chegar a uma decisão (SGRECCIA, 2002).

T. L. Beauchamps e J. F. Childress a fim de auxiliar aqueles que atuam na área da saúde, elaboraram uma espécie de padrão ético de forma a orientar entes indivíduos nos casos concretos. Seriam estes os padrões: benefício, autonomia, não malefício e justiça, utilitarismo e a deontologia. Esta seria a ordem ideal a ser respeitada dos princípios, a fim de harmonizar e unifica-los (SGRECCIA, 2002).

O princípio do benefício, “*primum no nocere*” que significa: “Primeiro não prejudicar” ou ainda “princípio de não malefício” que significa abster-se de prejudicar, deve-se prevenir o mal, fazendo o bem (SGRECCIA, 2002).

O princípio da autonomia, faz referência aos direitos fundamentais de cada indivíduo, incluindo o da autodeterminação. Baseia-se no respeito mútuo, buscando não fazer aos outros o que não queres que te façam”. Um exemplo deste princípio seria a relação entre médico e paciente e o consentimento dado por este (no exercício de sua capacidade mental) para a realização de exames, procedimentos, diagnósticos por aquele. É com base neste princípio que se fundamenta este artigo, pois trata do respeito que deve ha-

ver entre o consentimento do ser humano para realização de qualquer procedimento em seu corpo e as imposições legais.

O princípio da justiça trata da igualdade que deve haver por parte do Estado na distribuição de verbas para a saúde, pesquisa. Buscando uma justiça na hora de tratar destes assuntos/ casos (SGRECCIA, 2002).

De acordo com o princípio do “mal menor”, havendo um mal eventual, e havendo a possibilidade de escolha entre os males, deve-se sempre optar pelo mal de menor prejuízo. No entanto, é possível que seja escolhido utilizar-se do mal maior em casos específicos, como por exemplo, paciente que escolhe sentir dor (mal maior) rejeitando medicamentos a fim de ficar lúcido, mantendo assim um convívio com familiares e amigos, no caso narrado, é aceitável, portanto seria lícito o mal maior. Este vem a ser outro embasamento deste estudo. Por conta deste princípio analisa-se se a retirada do material genético (não lesiva, não prejudicial) obrigatória, no entanto lesiva aos direitos fundamentais do homem deveria prevalecer sobre a lei que autoriza essa retirada, buscando beneficiar a sociedade em massa no auxílio às investigações criminais, possíveis prevenções a crimes futuros e solução de ilícitos penais (SGRECCIA, 2002).

2. Consentimento informado

Em 1990 foi aprovado pelo Congresso Nacional norte americano a Lei PDSA que reconhecia o direito que as pessoas possuíam de tomar certas decisões referentes a saúde, recusa e aceitação em tratamentos, transplantes, além de um termo (escrito) com essas escolhas feitas pelo paciente. Desde então, “o consentimento informado deve ser utilizado em todas as situações nas quais se empregam tecnologias às pesquisas com seres humanos.” (GARRIDO,

De acordo com a Declaração Internacional sobre dados Genéticos Humanos, Consentimento é “qualquer acordo específico, expresso e informado dado livremente por um indivíduo para que os seus dados genéticos sejam recolhidos, tratados, utilizados e conservados”. (BRASIL, 2004).

O consentimento do indivíduo, é uma forma dele exercer a autonomia, para isso é necessário que ele esteja ciente de como funciona o procedimento a ser realizado, os riscos, direitos que ele possui e dos quais fará parte.

Na área jurídica este é um assunto bastante complexo quando envolve uso de informações genéticas em pesquisa criminais. Para o recolhimento do material, deve seguir o disposto na Declaração Internacional sobre Dados Genéticos Humanos, respeitando sempre a dignidade humana e proteção dos direitos fundamentais (GARRIDO, 2013).

No entanto, há uma abertura na Declaração Internacional sobre Dados Genéticos Humanos a respeito do consentimento “por razões imperativas impostas pelo direito interno em conformidade com o direito internacional relativo aos direitos humanos” (GARRIDO, 2013, p. 300).

É o que ocorre na lei 12.654/12 ao tornar obrigatória a identificação criminal em casos de crimes praticados dolosamente com violência grave contra a pessoa ou ainda os crimes hediondos listados no artigo 1º da Lei 8.072/90 (BRASIL, 2017).

3. A lei 12.654/12

A presente lei faz algumas alterações nas Leis 12.037/09 e 7.210/84 - Lei de Execução Penal, e prevê a coleta de perfil genético para fins de identificação criminal, e dá outras providências.

O artigo 5º parágrafo único, em se tratando de caso do inciso IV artigo 3º, diz que poderá ser incluída a coleta

de material biológico pela identificação criminal a fim de obter o perfil genético.

Pode-se dizer que como alterações feitas, a referida lei alterou o tratamento ao indiciado, permitindo a identificação do civilmente identificado nos casos em puderem ser questionadas esta identificação, seja por aspectos fundamentais da documentação ou ainda pela existência de registros diferentes utilizados anteriormente (BRASIL, 2017).

O artigo 5º- A diz que tais dados devem ser mantidos em banco de dados, onde ficarão sob responsabilidade de oficial da perícia criminal. As informações contidas nestes bancos de dados devem conter apenas informações genéticas, não revelando qualquer outro tipo de informação, exceto quando for assunto relacionado a genética de gênero. Os dados armazenados terão caráter sigiloso, podendo responder civil, penal e administrativamente aquele que vier a violar tal procedimento ((BRASIL, 2017).

Havendo coincidência de perfis genéticos, o perito oficialmente habilitado deve transcrever um laudo com as informações obtidas. O material permanecerá no banco de dados até a prescrição do delito.

Conforme o artigo 7º-A, a exclusão dos perfis genéticos dos bancos de dados será efetuada no prazo estabelecido para prescrição do delito em lei. O artigo 7º-B diz que os perfis serão armazenados em bancos de dados sigilosos, devendo ser regulamentados pelo executivo.

A lei 7.210/84- Lei de Execução Penal, obtém acréscimo do artigo 9º- A, o qual diz que em caso de crimes hediondos ou crimes dolosos contra pessoa, desde que cometido com grave violência, serão *obrigatoriamente* submetidos à identificação. Aqui também armazenados de forma sigilosa, podendo a autoridade policial, federal ou estadual requerer acesso a este banco de dados ((BRASIL, 2017).

Este último parágrafo é o que tem causado grande confusão, por conta da obrigatoriedade de submissão a identificação. Esta é uma questão que tem sido alvo de inúmeras discussões nos tribunais a respeito da constitucionalidade.

4. Bioética e a questão da retirada obrigatória do material genético

Por conta das discussões e dúvidas geradas pela 12.654/12, recentemente esta matéria foi o objeto de estudo do RE 973837 contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que em primeiro grau decidiu pela constitucionalidade do artigo 9-A da Lei de Execução Penal incluído pela lei 12. 654/12.

A discussão levada ao STF veio a ser discutida em audiências públicas, realizadas nos dias 25 (vinte e cinco) do mês de maio de 2017 (dois mil e dezessete), uma quinta-feira e 26 (vinte e seis) também do mês de maio de 2017 (dois mil e dezessete), sexta-feira, presidida pelo ministro-relator Gilmar Mendes.

Nestas audiências foram ouvidas dezessete pessoas dentre peritos, médicos, pesquisadores, juízes, advogados. Nas quais puderam explicar como funciona o procedimento de coleta, um pouco da evolução e como funciona o banco de dados no Brasil, como se dá o reconhecimento do indivíduo, eficácia do exame de DNA nas investigações, a forma como é utilizado este procedimento em outros países, como por exemplo, Alemanha, Estados Unidos, como tem contribuído para a prevenção de crimes, reconhecimento dos suspeitos.

A bioética busca solucionar questões éticas causadas pelo avanço tecnológico. E aqui há uma questão que carece de solução. A lei 12.654/12 fala a respeito da obrigatoriedade da retirada do material em casos de crimes dolosos

praticados com grave violência contra a pessoa ou ainda os crimes conhecidos por hediondos.

O recolhimento do material se dá por meio de prática indolor ao ser humano, é feita uma coleta da saliva no interior da boca do sujeito por meio de swab bucal (uma espécie de cotonete). Há quem diga que tal meio não é invasivo, por não demandar de um comportamento ativo do acusado, como citado por exemplo, nas referidas audiências públicas pelo advogado João Costa Ribeiro Neto. Para Maria Elizabeth Queijo, as provas não invasivas seriam aquelas em que não há a necessidade de penetração/intervenção no corpo do acusado, como por exemplo, exame de DNA realizado a partir da extração de pelos, cabelos, unhas, etc. Já os meios invasivos são aqueles que carecem de penetração/intervenção no corpo do sujeito, como por exemplo, exame de sangue, exame ginecológico, identificação dentária, etc. Se enquadrando portanto a extração por meio de Swab como invasiva para a referida autora (FRAGA, 2010).

A obrigatoriedade da retirada do material genético, como descrito na lei 12.654/12 se opõe a algumas normas e princípios constitucionais, o que acaba gerando uma dúvida aos operadores da lei a respeito da constitucionalidade desta. Podemos citar como tais princípios, o da não autoincriminação, dignidade da pessoa humana, da isonomia, presunção de inocência, etc.

O princípio da não autoincriminação, previsto no artigo 5, LXIII da constituição da república, é um princípio fundamental, inserido nos direitos de primeira geração, nos direitos de liberdade, o qual garante o direito ao silêncio, no entanto, este princípio não se restringe apenas ao direito ao silêncio, abarcando também o direito a não produção de provas contra si mesmo, chamado também de: *nemo teneatur se detegere*. (JÚNIOR, 2014).

O princípio da dignidade da pessoa humana é um princípio que possui forte vínculo com os direitos humanos, pois busca a paz, harmonia entre os indivíduos, é por isso um princípio adotado por diversos países com o objetivo de garantir um equilíbrio entre seus membros. Trata-se de um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, encontrando-se previsto no artigo 1º, III da mesma.

Ainda Em seu artigo 5º, a atual Constituição da República federativa do Brasil trata do princípio da isonomia, o qual diz que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, o inciso primeiro menciona ainda a igualdade entre sexos, masculino e feminino. Pode-se dizer que a isonomia é um bem jurídico indisponível do ser humano, buscando sempre uma igualdade entre todos, para isso tenta-se diminuir as diferenças existentes entre cada indivíduo (RAMOS, s/d).

A presunção de inocência, importante garantia constitucional que garante ao acusado ser sujeito de direito dentro da relação processual. Encontra previsão expressa no artigo 5º, inciso LVII da atual constituição da República, o qual prevê que “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Trata de um instrumento jurídico criado por lei, a fim de favorecer o acusado, servindo como uma espécie de base jurídica assegurando que a maior parte das pessoas é inocente, ou seja, não é criminosa (SILVA, s/d).

Outra questão a ser levantada sobre o referido assunto, é: Em caso de recusa parte do acusado em se submeter a coleta material, como devem proceder as autoridades? Para a maioria da doutrina e jurisprudência, a extração coercitiva de material genético, seja sangue, swab bucal, retirada de um fio de cabelo por exemplo, viria a violar o princípio da não auto incriminação. É importante destacar que não há menção expressa no código penal ou código de processo penal tratan-

do sobre esta questão. O artigo 186 do Código de Processo Penal diz apenas que o juiz deverá informar o acusado do seu direito de permanecer calado, e que em caso de recusa a colaborar na produção de provas, isto não implicará qualquer prejuízo ao mesmo (BARROS; PISCINO, 2008).

A Convenção Americana dos Direitos do Homem em seu artigo 8º, § 2º, g dispõe a respeito da temática, falando que ninguém é obrigado a depor contra si mesmo nem declarar-se culpado. No entanto não deixa expresso, não faz menção expressamente ao princípio da não autoincriminação ou *nemo tenetur se detegere* (BARROS; PISCINO, 2008).

Sobre este assunto, o Superior tribunal de Justiça já decidiu a respeito da impossibilidade em obrigar o acusado a produzir qualquer tipo de prova contra si mesmo, provas que poderão vir a contribuir/ sustentar uma condenação contra si próprio. Portanto, provas produzidas desrespeitando os princípios da não autoincriminação são consideradas ilícitas e devem ser desentranhada dos autos, juntamente com as demais provas que decorram da ilícita. O Supremo Tribunal Federal adota estão esta posição, baseando-se na teoria do fruto da árvore venosa, assim as provas derivadas da ilícita estão também contaminadas devendo ser desentranhadas (FALAVIGNO; CAZABONNET, s/d).

Em casos como a recusa em se submeter ao teste de bafômetro por exemplo, que há a necessidade de colaboração do sujeito que foi parado na blitz ou ainda recusa em fazer exames de sangue, clínicos, traz uma penalidade administrativa ao condutor (multa e suspensão do direito de dirigir por 12 meses) Neste caso, segundo Aury Lopes Júnior haveria sim uma violação a tal princípio (posição minoritária esta). O exercício ao direito de silêncio, não autoincriminação gera sanções na esfera administrativa e não na esfera penal (este

vem a ser outro entendimento), não vindo portanto a violar tal princípio (JUNIOR, 2014).

Há quem defenda a retirada do material genético para fins de identificação criminal, julgando não ferir nenhum dos princípios mencionados pois não serve como meio de prova não vindo assim a prejudicar o suposto acusado, servindo apenas como mais um meio de identificação do acusado, assim como a identificação por meio datiloscópico e fotográfico por exemplo (SABOIA, 2014).

Para os defensores deste pensamento, a identificação criminal ajuda na aplicação do processo penal, pois podem ser registrados os dados identificadores dos indivíduos ou ainda pode se dar a confirmação da identidade do suposto acusado, podendo posteriormente dada a confirmação de autoria vir a ser devidamente punido por seus crimes. Em caso de negativa de autoria, a identificação serviria também para provar a inocência do sujeito (SABOIA, 2014).

Até o presente momento, não há uma posição concreta sobre o presente tema, pois ainda não se chegou ao fim do processo que ensejou o RE 973837. A respeito deste tema, já foram julgados tantos outros processos em sentido de ser a favor ou contra tal princípio, não tendo portanto uma posição final sobre o assunto.

Considerações finais

A bioética relaciona-se com o tema em estudo pois busca chegar a uma solução envolvendo conflitos existente entre “aquilo que encontra previsão legal” e a vontade do sujeito envolvendo procedimentos de natureza biológicas, procedimentos estes que podem interferir no corpo do indivíduo, e possivelmente em suas vidas.

Não há dúvidas que o consentimento do sujeito para realização de qualquer procedimento em seu corpo deve ser devidamente respeitado. Sobre o tema, a Lei 12.654/12 trata sobre a obrigatoriedade da submissão a identificação por meio da retirada do material genético, o que gera dúvida aos estudiosos e aplicadores da lei.

A respeito da utilização do material genético como meio de prova, viria este a desrespeitar alguns princípios constitucionais, o que gera uma dúvida acerca da constitucionalidade da Lei 12.654/12 (no que diz respeito a obrigatoriedade da colheita do material genético). Portanto havendo recusa por parte do acusado em colaborar para a colheita a fim de produção de provas, e sendo feita a colheita coercitivamente, haveria aqui uma ilegalidade quanto as provas obtidas.

No que trata da retirada da utilização do material para fins apenas de identificação criminal, da mesma forma como utilizada em outros meios, como é o caso datiloscópico ou fotográfico, acredita-se que não vem a violar nenhum dos princípios constitucionais citados no presente estudo. Tendo em vista que serviria apenas para identificar criminalmente o acusado, não servindo como meio de prova.

Referências

BARROS, Marco, Piscino, Marcos. **DNA e sua utilização como prova no processo penal**. Disponível em: http://www.mackenzie.br/fileadmin/Graduacao/FDir/Artigos_2008/Marco_Antonio_de_Barros_2.pdf. Acesso em: 27 de novembro de 2017.

BORBA, Marina, HOSSNE, William. Bioética e Direito: biodireito? Implicações epistemológicas da Bioética

no Direito. **Rev. Bio Ethikos**. São Paulo, SP, v. 4, n. 3, p. 285-291. 2010.

BRASIL. Lei 12.037/09. **Lei de Identificação Criminal do Civilmente Identificado**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12037.htm. Acesso em: 28 de novembro de 2017.

BRASIL. Lei 12.654/12. **Lei de Identificação Criminal do Civilmente Identificado**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12654.htm. Acesso em 28 de novembro de 2017.

BRASIL. Lei 7.210/84. **Lei de Execução Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm. Acesso em: 28 de novembro de 2017.

CLOTET, Joaquim. **Bioética uma aproximação**. Porto Alegre. 2003. Ed. EDIPUCRS.

Declaração Internacional sobre Dados Genéticos Humanos. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_inter_dados_genericos.pdf. Acesso em: 27 de novembro de 2017.

FALAVIGNO, Chiavelli, CAZABONNET, Brunna. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: manifestações no direito brasileiro e o advento da Lei n. 12.654/12**. Disponível em: <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwity-qgxuHXAhULkJAKHee3DdMQFggmMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.ibraspp.com.br%2Fwp-content%2Fuploads%2F2013%2F07%2FO-direito-de-nao-produzir-prova-contrasi-mesmo>.

pdf&usg=AOvVaw0O8IFvgI-95Wb8olaZUcIz.
Acesso em: 28 de novembro de 2017.

FRAGA, Renata. **A necessidade do consentimento na produção de provas que implicam intervenção corporal no acusado.** Disponível em: http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2010_2/renata_fraga.pdf. Acesso em: 28 de novembro de 2017.

GARRIDO, Rodrigo, GARRIDO, Fabíola. Consentimento Informado em Genética Forense. **Acta Bioethica**, Rio de Janeiro, RJ, v. 19, n. 2, p. 299-306, nov. 2013. Disponível em: <<http://www.scielo.cl/pdf/abioeth/v19n2/art15.pdf>>. Acesso em: 28 de novembro de 2017.

JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal.** São Paulo. 2014. Ed. Saraiva.

RAMOS, Anselmo. **Isonomia e igualdade.** s/d. 44 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Bandeirante de São Paulo-UNIBAN-CAMPUS – ABC. São Paulo.

SABOIA, Brenda. **Intervenção corporal, identificação criminal via DNA e o princípio do *nemo tenetur se detegere*.** Disponível em: http://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2017/03/brenda_saboia_2014_2.pdf. Acesso em: 28 de novembro de 2017.

SGRECCIA, Elio. **Manual de Bioética.** São Paulo. 2002. Ed. Loyola.

SILVA, Wesley. **Princípio da presunção de inocência: Caso dos Irmãos Naves.** Disponível em: [333](http://ca-</p></div><div data-bbox=)

tolicaonline.com.br/revistadacatolica2/artigosv3n5/artigo11.pdf. Acesso em: 27 de novembro de 2017.

VIEIRA, Tereza. **Bioética e Direito**. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/569/r145-20.pdf?sequence=4>. Acesso em: 28 de novembro de 2017.

Apuntes sobre los orígenes de la tipificación penal portuguesa de la violencia doméstica

María Castro Corredoira

Introducción

La violencia contra la mujer incide en la sociedad de forma transversal, con una importante afectación a nivel mundial. Dentro de las muy variadas formas en que se materializa y concreta esta lacra social, recibe especial atención la violencia perpetrada contra la mujer en el ámbito familiar, esto es, la violencia doméstica. Es innegable que, en las últimas décadas, los Estados han prestado especial atención a la configuración de respuestas a este fenómeno. Dichas respuestas se han articulado de muy diversa índole, e incidiendo desde muy diferentes disciplinas. En el ámbito del Derecho, es sabido que el Derecho Penal ostenta un papel importante en el reproche y castigo de este tipo de conductas. El objeto del presente trabajo es presentar una aproximación a los princi-

pales aspectos controvertidos de la tipificación penal de los malos tratos en Portugal³⁸, ciñéndose en exclusiva al ámbito de la violencia en la pareja.

1. Los orígenes de las tipificaciones penales: los textos internacionales

La preocupación social por la violencia familiar se remonta a finales de los 70, concretamente, al año 1979, cuando la Organización Internacional de las Naciones Unidas adoptó la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), que se erigió como el punto de partida para comenzar a dar visibilidad a la importancia y necesidad de intervención en el ámbito de la violencia contra la mujer. Su eje primordial pivota en torno a la erradicación de la discriminación, entendiéndose por tal cualquier manifestación que menoscabe o anule el reconocimiento, goce o ejercicio de derechos por parte de la mujer³⁹.

38. La situación en este país es muy similar a la de España: existe una ley específica, la Ley nº 112/2009, de 16 de Septiembre, referida a la prevención, protección y asistencia a las víctimas de violencia doméstica. Si bien la regulación ha sido bastante tardía, al igual que diferentes intervenciones en la materia, en la actualidad se están realizando campañas muy activas estableciendo recursos destinados a la asistencia las víctimas. Al respecto puede consultarse la página <http://www.cig.gov.pt>. donde encontrar el Plan que presenta la estructura marcada en Europa para tales actuaciones. Mantiene cinco ejes estratégicos (50 medidas): información, sensibilización y educación; protección e inserción social de las víctimas; prevención de la reincidencia; formación y cualificación de profesionales e investigación.

39. Se concreta en cualquier manifestación que suponga una vulneración, entre otros, del derecho a la igualdad, del respeto de la dignidad humana, del principio de no discriminación, cualquier manifestación que implique dificultar, perturbar o impedir la normal participación de la mujer en la vida pública, política, social o cultural. En esta línea, dicho instrumento instaba a los Estados miembro a incluir y consagrar en sus Constituciones

Particularmente, en el ámbito familiar, la violencia doméstica ha suscitado gran interés, por sus propios rasgos definidores. La preocupación por esta dimensión de violencia se ha manifestado desde el plano social hasta el institucional, llegando incluso a ser definida por el Consejo de Europa como:

Cualquier acto u omisión cometido en el ámbito de la familia por uno de sus miembros, que constituya un atentado contra la vida, contra la integridad física o psíquica o contra la libertad de un miembro de la misma familia, o que comprometa gravemente el desarrollo de su personalidad⁴⁰.

Posteriormente, en 1993, la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su Resolución 48/104, de 20 de diciembre de 1993, adoptó la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra las mujeres, en cuyo artículo 1 considera violencia contra las mujeres:

Cualquier acto de violencia dirigido contra las mujeres que produzca o sea susceptible de producir daños o sufrimientos físicos, sexuales o psicológicos o sufrimiento para las mujeres, incluyendo amenazas de esos actos, coacción o privación arbitraria de la libertad, tanto en la vida pública como en la privada.

el principio de igualdad, a establecer una protección jurídica de los derechos de la mujer y a adoptar, legislativamente, las medidas necesarias para luchar contra estas formas de discriminación.

40. Vid. A este respecto Projecto de Recomendação e de Exposição de Motivos, do Comité Restrito de Peritos Sobre a Violência na Sociedade Moderna- 33.ª Sessão Plenária do Comité Director para os Problemas Criminais, BMJ 335-5.

Atendiendo al tenor de esta definición, habrá violencia contra las mujeres cuando éstas sean víctimas de cualquier ofensa a su integridad física o psíquica, así como de actos que degraden su condición humana, o que pongan fin a su vida. Este concepto tan genérico abarca, en el ordenamiento jurídico portugués, los más variados actos de violencia contra la mujer, traspasando, en el Código Penal, varios ilícitos, que van desde el menoscabo a la integridad física, hasta el homicidio, pasando por la violencia doméstica.

Con la configuración actual, el contenido del artículo 152 CP busca prevenir la violencia en la familia, manifestada en cualquiera de sus formas, abarcando incluso aquéllas que resultan muy sutiles pero, igualmente, muy perniciosas (Taipa de Carvalho, 2012).

2. La tipificación portuguesa

2.1 La redacción primitiva de 1982

En el caso portugués, el surgir de la preocupación social por la violencia contra la mujer se remonta a los años 80⁴¹, cuando el legislador tomó conciencia de la magnitud del problema y tipificó, por primera vez, la violencia doméstica, en un delito con el que se confería dignidad penal a las situaciones más perturbadoras de malos tratos a cónyuges (o personas que

41. La preocupación social e institucional por el maltrato familiar se ha ido intensificando durante estas décadas. En el caso de Portugal, la relevancia del problema de la violencia doméstica ha sido asumida por la Asamblea de la República, que por disposición legal del art. 4 de la Ley 112/2009, ha formalizado un “Plan Nacional contra la Violencia Doméstica”. Desde una óptica jurídico-penal, la alarma social que envuelve esta lacra exige una pronta respuesta a las vulneraciones del bien jurídico protegido por la norma, lo que se traduce en una exigencia social de efectividad del instrumento penal.

conviviesen de forma análoga) y a niños (Taipa de Carvalho, 2012; Ribeiro Anselmo, 2017). Con ello, esta violencia, hasta el momento relegada a un plano familiar e íntimo, adquirió una dimensión social, pública, que propició una progresiva intervención institucional en la materia. Esta reciente tipificación motiva que se hable, tal y como apunta el Tribunal de Relação de Porto, en su sentencia de 6 de febrero de 2013, en el proceso nº 2167/10.OPAVNG.P1 (ponente Coelho Vieira) de una “neocriminalización” de la violencia doméstica. Esta calificación no alude a que se trate de un fenómeno novedoso o más frecuente, sino a su consideración como resultado de la reciente concienciación social de la gravedad de la violencia en la pareja como problema social (Pizarro Beleza, 1989).

El delito de malos tratos fue introducido en el Código penal en el artículo 153⁴², bajo la rúbrica “Malos tratos o sobrecarga de menores y de subordinados o entre cónyuges”. Al igual que en el caso español, la inicial y muy deficiente redacción del precepto motivaba su dificultosa y poco clara formulación, limitando, en mucho, su aplicación, y generando un importante conflicto dogmático y jurisprudencial. En este sentido, la redacción del primitivo artículo⁴³, en su versión original del Código Penal de 1982, aprobada por el Decreto Ley 400/82, de 23 de septiembre, establecía que:

El padre, madre o tutor de menor de 16 años o todo aquel que lo tenga a su cuidado o a su guarda

42. La primitiva configuración del delito tuvo como fuente los artículos 92º y 93º del STGB Austríaco.

43. El ilícito analizado ha ido sufriendo diversas alteraciones a lo largo de los años, tanto en lo relativo a sus elementos, como en lo atinente a su propia naturaleza procedimental (ya ha gozado de carácter público, semi-público e híbrido), la descripción de su acción típica y de en lo que refiere a sus sujetos pasivos.

o a quien tenga la responsabilidad de su dirección o educación, será castigado con prisión de 6 meses a 3 años y multa hasta 100 días cuando, debido a malvadez o egoísmo:

a) Le infliese malos tratos físicos, lo tratase cruelmente o no le prestase los cuidados o la asistencia a la salud que los deberes derivados de sus funciones le imponen;

b) Lo emplease en actividades peligrosas, prohibidas o deshumanas, o lo sobrecargase, física o intelectualmente, con trabajos excesivos o inadecuados de forma a ofender su salud, su desarrollo intelectual, o lo expusiese a grave peligro

2. De la misma forma será castigado quien tenga, como un subordinado, por relación de trabajo, a una mujer embarazada, a una persona débil de salud o menor, si se verificasen los presupuestos del nº 1.

3. De la misma manera será castigado quien infligiese a su cónyuge el tratamiento descrito en el apartado a) del número 1º de este precepto.

Como se observa, esta temprana tipificación penal de la violencia doméstica restringía la ratio del tipo a la integridad física. Ello es acorde a la concepción inicial del delito como una forma agravada del delito de menoscabo a la integridad física.

El tenor original del precepto, a pesar de la controversia suscitada en el marco del Anteproyecto, mantuvo la referencia expresa a la “malvadez y el egoísmo”. Con ello, existían dudas acerca de si las conductas reconducibles a los malos tratos conyugales exigían o no la concurrencia de estos elementos. La jurisprudencia optó por desarrollar una línea de

enjuiciamiento de los malos tratos ciertamente restrictiva, no bastando la concurrencia de dolo como elemento subjetivo del tipo, exigiendo, además, que éste se cometiese median-do, alternativamente, alguno de los elementos reseñados (Ac. del Tribunal da Relação do Porto, de 6 de febrero de 2013, proceso nº 2167/10.0PAVNG.P1, Coelho Vieira).

Asimismo, la primaria redacción preveía únicamente, la violencia reiterada, idea, por otra parte, reforzada, jurisprudencialmente, por el Tribunal Supremo, que en su sentencia de 08-01-1997, proceso nº 934/96, entendió que, para apreciar el delito de malos tratos del art. 153 en su redacción de 1982, era necesaria la nota de la habitualidad, no bastando una conducta aislada.

2.2 La redacción de 1995.

Posteriormente, en el año 1995, a través del DL nº 48/95, se llevó a cabo una importante modificación del Código Penal en el precepto que nos ocupa. El legislador portugués, consciente de que de las manifestaciones de violencia que se producen en el dominio familiar y conyugal son formas de violencia psíquica (*vgr.* humillaciones, insultos, amenazas), en ocasiones, mucho más graves que algunos menoscabos físicos, previó expresamente los malos tratos psíquicos. Es sabido que para verificar la comisión del ilícito es necesaria la apreciación del tipo objetivo del delito. Hasta esta reforma, el tipo objetivo del delito de violencia doméstica únicamente se apreciaba en casos de maltrato físico, pasando ahora a ampliar su magnitud a los casos de malos tratos psíquicos. Con esta reforma, por tanto, pasaron a estar contemplados, en la ratio del precepto, los malos tratos psíquicos, esto es, conductas que revelan un desprecio manifiesto por la condición humana de la pareja.

Otra de las más importantes modificaciones operadas por esta reforma refiere a la eliminación, del tenor del precepto, de la aludida exigencia de “malvadez o egoísmo”. En lo que atañe a las sanciones penales, éstas fueron sustancialmente agravadas. Asimismo, se configuró el procedimiento como dependiente de denuncia. Con esta reforma también se confirió naturaleza semipública al delito.

2.3 La reforma de 1998.

No obstante, poco después, en el año 1998, a través de la Ley 65/1998, de 2 de septiembre, el legislador, manteniendo el procedimiento dependiente de denuncia, atribuyó al Ministerio Público la posibilidad de dar inicio al procedimiento si el interés de la víctima lo impusiera y no hubiese oposición del ofendido antes de ser deducida acusación (persecución *ex officio*).

2.4 La reforma de 2000.

Posteriormente, en el año 2000, se configuró como un delito totalmente público, eliminando la exigencia de queja previa, a través de la Ley 7/2000, de 27 de mayo, con la que también se creó la pena accesoria de prohibición de contacto con la víctima. Con esta norma, también se articularon algunas normas procesales concernientes a la posibilidad de aplicar la suspensión provisional del proceso.

2.5 Las modificaciones de 2007.

Por su parte, la Ley 59/2007, de 4 de septiembre, introdujo más alteraciones en el precepto, siendo la más relevante la eliminación de la exigencia de reiteración para apreciar los malos tratos dentro del marco de protección reforzada de la

violencia doméstica. Con ello, ha desaparecido la necesidad de reiteración de la conducta para apreciar el tipo objetivo del delito de violencia doméstica. Se asumió, por tanto, la posibilidad de que, al margen de las ideas de reiteración e intensidad de la violencia, fuesen penadas por vía de este delito aquellas conductas agresivas practicadas una única vez, siempre y cuando revistan, claro está, suficiente gravedad.

Con la dispensa del elemento de reiteración, el legislador no pretendió tratar, como violencia doméstica, cualquier ofensa producida en el contexto de una relación íntima (con independencia de que consistiesen en agresiones físicas, amenazas, coacciones o injurias). Antes al contrario, únicamente pretendió clarificar una línea de actuación que ya se estaba siguiendo en la jurisprudencia con anterioridad, cual era la de considerar como violencia doméstica un acto aislado, sin necesidad de reiteración, siempre y cuando éste revistiera una gravedad o intensidad tal que motivase su inclusión en el marco de protección reforzada.

Con las reformas operadas en 1995 y en 2007, se amplió el catálogo de conductas integrantes de los malos tratos psíquicos (incluyendo las ofensas sexuales) y que, por tanto, serían merecedoras de reproche penal. A mayor abundamiento, dicha reforma estableció, para la violencia doméstica (art. 152 Código Penal portugués), un cuadro típico diferenciado, con naturaleza pública, confiriéndole autonomía frente al delito de malos tratos (art. 152-A Código Penal portugués). También se produjo una ampliación del ámbito subjetivo del delito, que pasó a incluir situaciones de violencia doméstica donde se viesen envueltos ex-cónyuges y personas del otro o del mismo sexo, que mantuviesen o hubiesen mantenido una relación análoga a la matrimonial.

2.6 Los cambios de 2013.

Esta evolución legislativa, expresión de la exigencia impuesta por la progresiva escalada de violencia doméstica, agravada en nuestra sociedad actual, ha tenido su más reciente modificación en el año 2013, mediante la Ley 19/2013, de 21 de febrero, que recoge el tenor actual del precepto, cuya ubicación sistemática se ubica en el Título I, dedicado a los “Delitos contra las personas” y, dentro de éste, en el Capítulo III, rubricado “Delitos contra la integridad física”, y que reza el tenor que sigue:

Quien, de modo reiterado o no, infligiese malos tratos físicos o psíquicos, incluyendo castigos corporales, privaciones de libertad y ofensas sexuales:

- a) Al cónyuge o ex cónyuge.
- b) A la persona del otro o del mismo sexo con quien el sujeto mantenga o haya mantenido una relación de noviazgo o una relación análoga a la matrimonial, aunque sin convivencia;
- c) Al progenitor de un descendiente común en primer grado; o
- d) A una persona particularmente indefensa, particularmente en razón de la edad, deficiencia, enfermedad, embarazo o dependencia económica, que con él conviva; será castigado con pena de prisión de uno a cinco años, si no resultare posible aplicarle otra pena más grave por aplicación de otra disposición legal.

2. En el caso previsto en el número anterior, si el agente practicare ese hecho contra un menor, en presencia de un menor, en el domicilio común o en el

domicilio de la víctima, será castigado con pena de prisión de dos a cinco años.

3. Si de los hechos previstos en el número 1 resultare:

a) Ofensa grave a la integridad física, el agente será castigado con pena de prisión de dos a ocho años.

b) La muerte, el agente será castigado con pena de prisión de tres a diez años.

4. En los casos previstos en los números anteriores, pueden ser aplicadas, al agresor, las penas accesorias de prohibición de contacto con la víctima y de prohibición de uso y porte de armas, por un periodo de seis meses a cinco años, así como la obligación de frecuentar programas específicos de prevención de la violencia doméstica.

5. La pena accesoria de prohibición de contacto con la víctima debe incluir el alejamiento de la residencia o del lugar de trabajo de ésta, y su cumplimiento debe ser fiscalizado por medios de control telemático a distancia.

6. Quien fuera condenado por el delito previsto en este artículo puede, atendiendo a la concreta gravedad del hecho y a su conexión con la función ejercida por el agente, ser inhibido del ejercicio del poder paternal, de la tutela o de la curatela por un periodo de uno a diez años.

La más importante modificación introducida por la Ley 19/2013, de 21 de febrero, vino formulada por el alargamiento del tipo, como consecuencia del acometimiento de una nueva ampliación del ámbito subjetivo del delito, que pasó a

incorporar, a la violencia doméstica, las situaciones de malos tratos perpetradas entre personas que mantuviesen una “relação de namoro”, actual o pasada. Con este alargamiento del tipo, se disipó cualquier duda acerca de la necesidad de probar un grado de intimidad relacional propio de la vida en común (con o sin convivencia), elemento éste que, aparentemente, exigía la redacción anterior del precepto.

Con la inclusión de las “relações de namoro” se eliminó cualquier exigencia de vida en común o de intimidad intensa, ampliando el ámbito de protección y confirmando la posibilidad de acogerse a este cuadro normativo reforzado, cuantitativamente, a un mayor número de supuestos, y cualitativamente, a una más amplia amalgama de situaciones y supuestos de lo más diversos.

Por ello, la redacción vigente del Código Penal portugués acoge la tipificación del delito de violencia doméstica en su art. 152. Dicho precepto contempla los supuestos en que un sujeto inflige malos tratos físicos o psíquicos (incluyendo castigos corporales, privaciones de libertad y delitos sexuales) contra su cónyuge o ex cónyuge, o contra la persona con quien mantiene o ha mantenido una relación sentimental análoga a la conyugal, con o sin convivencia. En todos estos casos, cabrá imponerle a los condenados, como penas accesorias, las prohibiciones de contactar con la víctima y de uso y posesión de armas, por un periodo de 6 meses a 5 años.

La configuración normativa enunciada en este apartado pone de manifiesto la clara intención del legislador portugués de articular un sistema de protección reforzada a la víctima ante situaciones de violencia perpetradas en el ámbito doméstico y familiar. Con la tipificación y sucesivas reformas normativas orientadas al perfeccionamiento del tipo, el legislador ha procurado una progresiva sensibilización de los ciu-

dadanos acerca de la gravedad e intensidad de este fenómeno, tratando con ello de erradicar la pasividad de las autoridades.

Conclusiones

Con la introducción y las sucesivas reformas de que ha sido objeto el legislador portugués, éste ha procurado ir configurando una respuesta global a la violencia ejercida sobre la mujer. En la misma línea, ha volcado sus esfuerzos en colmar las exigencias y recomendaciones expresadas por los organismos internacionales y comunitarios, expresados, entre otros, en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación sobre la mujer de 1979; la Declaración de Naciones Unidas sobre la eliminación de la violencia sobre la mujer, proclamada en diciembre de 1993 por la Asamblea General; las Resoluciones de la Cumbre Internacional sobre la Mujer celebrada en Pekín en septiembre de 1995; la Resolución WHA49.25 de la Asamblea Mundial de la Salud de 1996; el Informe del Parlamento Europeo de julio de 1997; la Resolución de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas de 1997; la Declaración de 1999 como Año Europeo de Lucha Contra la Violencia de Género; y la Decisión nº 803/2004/CE del Parlamento Europeo, por la que se aprobó un programa de acción comunitario (2004-2008) para prevenir y combatir la violencia ejercida sobre la infancia, los jóvenes y las mujeres y proteger a las víctimas y grupos de riesgo (programa Daphne II)⁴⁴.

44. Derogado por la Decisión nº 779/2007/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2007, por la que se estableció, para el periodo 2007-2013, un programa específico para prevenir y combatir la violencia ejercida sobre los niños, los jóvenes y las mujeres y proteger a las víctimas y grupos de riesgo (programa Daphne III) integrado en el programa general Derechos Fundamentales y justicia. El programa Daphne II

En definitiva, esta Ley Orgánica procuró dar respuesta a las necesidades y exigencias específicas de la “violencia de género en el ámbito específico de la pareja”, cuyo tratamiento diferenciado estaría sobradamente justificado, dada la envergadura, realidad, pervivencia e insistencia de este tipo de criminalidad.

Bibliografía

BRANDÃO, Nuno, “A tutela penal especial reforçada da violência doméstica”, *Revista Julgar*, nº 12 (Especial), 2010.

GUINARTE CABADA, Gumersindo, “Algunas cuestiones polémicas en la interpretación de los delitos de violencia de género”, en RODRÍGUEZ CALVO, María Sol, y VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, Fernando (dirs.), *La violencia de género. Aspectos médico-legales y jurídico-penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

PINTO DE ALBUQUERQUE, Paulo, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Universidade Católica Editora, 2ª ed., Lisboa, 2010.

PIZARRO BELEZA, Teresa, *Maus tratos conjugais: o art. 153, nº 3 do Código Penal*, AAFDL, Lisboa, 1989.

_____. *Mulheres, Direito, Crime ou a Perplexidade de Cassandra*, Lisboa, 1990.

proponía el fomento de las buenas prácticas, promoviendo la innovación y compartiendo experiencias en las acciones y actividades emprendidas por los distintos Estados Miembro, donde se incluía el intercambio de información acerca de legislaciones, sanciones y resultados obtenidos.

_____. *Direito Penal*, 2º vol., AAFDL, Lisboa, 1996.

_____. “Violencia Doméstica”, *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, 1º semestre, 2008, nº 8 (especial): Jornadas sobre a Revisão do Código Penal.

TAIPA DE CARVALHO, Américo A., en FIGUEIREDO DIAS, Jorge (coord.), *Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, artigos 131º a 201º*, Tomo I, Coimbra Editora, 2ª ed., 2012.

VÁZQUEZ-PORTOMEÑE, Fernando (Dir.). *Violencia contra la mujer. Manual de derecho penal y proceso penal: adaptado a la Ley 1/2015, de reforma del Código Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.

Jurisprudencia consultada

- Ac. del Tribunal da Relação do Porto, de 6 de febrero de 2013, proceso nº 2167/10.0PAVNG.P1.
- Ac. del Tribunal da Relação de Guimarães, de 4 de marzo de 2013, proceso nº 746/11.8PBGMR.G1.
- Ac. del Tribunal da Relação do Porto, de 29 de febrero de 2012, proceso nº 368/09.3PQPRT.P1.
- Ac. del Tribunal Supremo de Justiça de 8 de enero de 1997.
- Ac. del Tribunal Supremo de Justiça de 13 de noviembre de 1997.
- Ac. del Tribunal da Relação de Évora, de 19 de diciembre de 2013, proceso nº 497/12.6PALGS.E1.

- Ac. del Tribunal de la Relação de Coimbra, de 27 de febre-
ro de 2013, proceso nº 83/12.0GCGRD.C1.
- Ac. del Tribunal da Relação do Porto, de 8 de marzo de
2017, proceso nº 121/15.5JAPRT.P1.
- Ac. del Tribunal da Relação de Évora, de 19 de diciembre
de 2013, proceso nº 497/12.6PALGS.E1.

Em defesa do juiz das garantias: a interceptação telefônica à luz dos direitos ao contraditório e ao julgamento por um juiz imparcial

Antonio Eduardo Ramires Santoro e Frederico de Faria von Sydow Bittencourt

Introdução

No dia 15 de julho do ano de 2016, por iniciativa do deputado Paulo Teixeira e aprovado pelo colegiado, recebi um convite para participar como palestrante na audiência pública na Comissão Especial do Código de Processo Penal – Projeto de Lei nº 8045, de 2010, que se realizaria no dia 9 de agosto seguinte e o objetivo é que pudesse apresentar minhas considerações sobre o tema “Persecução Penal – Prova”.

Na Câmara dos Deputados apresentei uma palestra sobre a interceptação telefônica com o objetivo de demonstrar a im-

portância da figura do juiz das garantias, cuja manutenção de sua previsão no projeto sabidamente (ainda) corre sério risco.

É essa palestra que apresento aqui, aproveitando para justificar as pouquíssimas referências bibliográficas, já que se trata de uma apresentação originalmente oral.

Antes de passar ao texto em si se faz necessário deixar claro que a palestra proferida na Câmara dos Deputados foi fruto de uma pesquisa. Pesquisas, atualmente, em especial as desenvolvidas em ciências sociais aplicadas com coletas de dados empíricos não se fazem de forma solitária. Na realidade são fruto de um trabalho de grupo, uma produção coletiva que, não sem uma certa dose de injustiça, acabam sendo publicadas pelo coordenador do grupo de pesquisa que desenvolve o projeto, fazendo parecer um trabalho pessoal. Em absoluto, não é.

Tento debelar parte desse incômodo agradecendo às seguintes pessoas pesquisadoras: Livia de Meira Lima Paiva, Andressa Rodrigues Pinto da Silva Gomes, Arthur Rodrigues Vieitos, Anastácia Cristina Franklin Rozina, Flávio Augusto de Moreira e Gonçalves, Isabela Montalvão Valle da Silva, Isis Borges Menezes, Juliana Farah Nader Canha, Lucas Pimenta, Mariana Hoff Amaro dos Santos, Marina de Rezende, Mauro Borges Neto, Natália Rangel, Renata Santos Sampaio, Yasmim Gonçalves Proença de Mattos.

Aproveito também para esclarecer que aqueles que Frederico de Faria Von Sydow Bittencourt figura como co-autor, assim se apresenta porque realizaram comigo diretamente a tarefa de preparar e redigir o texto apresentado à Câmara e que aqui se faz publicar.

1. Interceptação telefônica: a natureza jurídica

Tratarei aqui da interceptação telefônica, mais especificamente sobre a compatibilidade entre os princípios da impar-

cialidade e do contraditório na interceptação telefônica, bem como da importância da criação de um juiz com funções que distingam a atividade desenvolvida na investigação e a condução do processo, com seu consequente julgamento.

A interceptação telefônica é um meio de obtenção de prova.

Em primeiro lugar, para entender essa afirmação, é necessário fazer a distinção entre meio de prova e meio de obtenção de prova. Os meios de prova são aqueles meios tradicionais, obtido endoprocessualmente, ou seja, dentro processo, sob o crivo do contraditório durante o trâmite processual, enquanto os meios de obtenção de prova, também chamados de meios de investigação de prova ou meios de pesquisa da prova, são obtidos extraprocessualmente, não durante o curso do processo, mas fora do processo. A maior parte deles são métodos ocultos de obtenção de provas⁴⁵, que é o caso da interceptação telefônica. Aquele que se vê com as suas comunicações interceptadas, naturalmente não sabe que está sendo interceptado, mesmo porque se souber, a interceptação obviamente será infrutífera, não haverá sucesso na interceptação telefônica. Então, por natureza, a interceptação telefônica é um meio de obtenção de prova e ela é um método oculto.

45. Cf. PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos**. 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

2 O contraditório⁴⁶

Naturalmente, isso impede que o contraditório se estabeleça de maneira direta, tendo em vista que o contraditório não se dá apenas com a possibilidade de falar sobre alguma coisa, o contraditório não é apenas chamar a outra parte (e não estou falando especificamente da defesa, mas sim chamar a outra parte, chamar a acusação e/ou chamar a defesa) e fazer com que essa parte fale sobre algo que lhe é colocado, lhe é apresentado. Não é apenas isso. O contraditório vai muito mais além. Descabe realizar neste momento uma aprofundada abordagem sobre o contraditório, mas basicamente não é imaginável que qualquer ou quaisquer das partes possam exercer efetivamente o direito ao contraditório sem que possam participar da produção da prova em si.

A questão é que a interceptação telefônica inviabiliza a participação na produção da prova porque naturalmente aquele sujeito que está interceptado não vai ser intimado para falar sobre as gravações. Isso ocorre pela própria interceptação telefônica que inviabiliza essa situação que seria o ideal para o

46. Cf. alguns importantes trabalhos sobre o contraditório na interceptação telefônica: CASTRO, Helena Rocha Coutinho de; ABATH, Manuela; ROSENBLATT, Fernanda Fonseca. Por uma investigação preliminar democrática: o contraditório na interceptação telefônica. In: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires e MIRZA, Flávio (org.). **Interceptação Telefônica: os 20 anos da Lei nº 9.296/96**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016; CÂMARA, Jorge Luis. A inserção da interceptação telefônica em um sistema acusatório coerente com a centralidade do direito de defesa. In: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires e MIRZA, Flávio (org.). **Interceptação Telefônica: os 20 anos da Lei nº 9.296/96**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016; SANTORO, Antonio Eduardo Ramires e RANGEL, Natália. O princípio constitucional do contraditório na interceptação das comunicações telefônicas. In: ROSA MENDES, Sorais e LONGO, Ana Carolina F. **Segurança pública**. Brasília: IDP, 2015.

contraditório. Então, estamos diante de um meio de obtenção de prova que coloca em xeque o contraditório, pelo menos no que diz respeito ao direito à participação na produção da prova.

Esse é o primeiro problema.

3. A imparcialidade

O segundo problema é a questão da imparcialidade.

E por que isso é um problema na interceptação telefônica? Porque o Juiz, seja no sistema de interceptações que hoje vigora, seja no sistema que se propõe para o processo, o Juiz participa da interceptação telefônica. E como ele participa da interceptação telefônica? Ele participa basicamente analisando os pedidos que são formulados para que a interceptação seja realizada. Mas ele não participa apenas deferindo ou indeferindo os pedidos que são formulados pela autoridade policial ou pelo Ministério Público, ele também participa autorizando ou não as prorrogações e, ressalte-se, pelo sistema atual da Lei nº 9.296, o período máximo de interceptação telefonia é de 15 dias. A lei não é clara se essa prorrogação pode ser feita apenas uma vez ou mais de uma vez. Aliás, essa discussão está no Supremo Tribunal Federal nesse momento, com repercussão geral admitida⁴⁷, portanto, podemos até afirmar que majoritariamente a jurisprudência vem admitindo mais de uma prorrogação, mas isso não é pacífico. Isso ainda será decidido.

Já o projeto de Código de Processo Penal prevê que o período máximo de interceptação seria de 60 dias, prorrogável mais de uma vez, desde que o total do período de interceptação não ultrapasse 360 dias. Isso é o que está hoje no projeto.

47. Cf. RE 625.263, que trata exatamente da questão do prazo e da quantidade possível de prorrogações das interceptações telefônicas, com repercussão geral admitida e sob a relatoria do Ministro Gilmar Mendes.

Até aí não há nenhum problema quanto à imparcialidade, o problema é que o Juiz, ao deferir o pedido de interceptação ou a prorrogação da interceptação, ele é obrigado a ouvir as conversas gravadas ou, se não ouvir, ler o resumo da gravação que lhe é apresentado. E, nesse sentido, ele vai ter que formar alguma convicção de mérito, ou que tangencie o mérito, mas que de certa forma com ele se confunda porque para que o juiz defira a prorrogação da interceptação telefônica, ele deverá identificar a presença de elementos nas conversas telefônicas gravadas, que façam com que o magistrado conclua ter havido crime, uma infração penal, e que aquela pessoa que está interceptada seja o autor de uma infração penal, ou participe dessa infração.

Então, ao deferir, ele obrigatoriamente tem que concluir que têm conversas, e que essas conversas significam existir um crime e que, ainda, essas conversas significam que esse crime tenha sido praticado por uma dessas pessoas, pelo menos num exame inicial.

O problema é que estudos psicológicos, mais especificamente estudos de natureza psicológica sobre a valoração da prova⁴⁸, mostram que o Juiz, ao tomar contato com a primeira informação, unilateral, tende a formar seu convencimento, sobretudo quando ele precisa formar o seu convencimento para tomar uma decisão e ainda precisa fundamentar esta decisão com base naquilo que tomou conhecimento.

Então, eu vou fazer apenas uma citação muito breve de um professor americano da década de 60, que elaborou uma teoria chamada Teoria da Dissonância Cognitiva segundo a qual, não se aplica especificamente aos juízes, mas sim qualquer pessoa quando toma contato com uma

48. Cf. NIEVA FENOLL, Jordi. **La valoración de la prueba**. Barcelona: Marcial Pons, 2010.

informação, com uma primeira informação, e sobretudo se a informação vier de alguém em quem ele confie, essa informação tende a ser supervalorizada. Isso é um problema para o processo penal. Porque, como o Juiz é obrigado, para deferir e prorrogar a interceptação telefônica por várias vezes, a formar uma convicção judicial, ele fica pré-disposto a confirmar aquela informação que motivou as suas decisões. Isso, obviamente, influiria na sua decisão final.

Segundo Leon Festinger⁴⁹, as novas informações que chegam aos Juízes⁵⁰, serão rechaçadas, menosprezadas quando são dissonantes das informações iniciais que o convenceram, ou serão supervalorizadas se elas confirmarem as informações iniciais.

Isso é teoria. Agora vem a pesquisa.

4 A pesquisa empírica

Na Alemanha, o professor Bernd Schünemann⁵¹, desenvolveu uma pesquisa com metodologia experimental. Sem entrar no mérito a respeito da pertinência científica da metodologia da pesquisa aplicada, ele chamou alguns juízes a tomar decisões em algum determinado processo. Uma parte dos juízes submetidos à pesquisa não teria contato com as investigações e a outra parte teria contato com as investiga-

49. FESTINGER, Leon. **Teoria da dissonância cognitiva**. Tradução Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975

50. Na verdade a teoria de Leon Festinger não trata de juízes especificamente, mas de qualquer pessoa.

51. SCHÜNEMANN, Bernd. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e aliança. In: GRECO, Luís (Org.) **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. Tradução Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

ções realizadas. As conclusões foram que os Juízes que não tiveram contato com a investigação absolveram muito mais.

Na pesquisa 8 (oito) juízes receberam os autos da investigação antes de julgar e 11 (onze) juízes não receberam. Todos os juízes que receberam os autos da investigação proferiram sentença condenatória, ao passo que dos 11 (onze) que não receberam, 8 (oito) proferiram sentença de absolvição.

Na Faculdade Nacional de Direito da UFRJ e no Programa de Pós Graduação da Universidade Católica de Petrópolis (PPGD/UCP) nós desenvolvemos especificamente no caso da interceptação telefônica, uma outra pesquisa que não é experimental, não chamamos Juízes nem promotores para decidirem um caso concreto, mas tomamos a iniciativa de analisar todas as sentenças proferidas pelos Juízes de primeira instância na Justiça Federal do Rio de Janeiro e essas decisões foram analisadas no período de outubro de 2012 até dezembro de 2015. O Objetivo era verificar aquelas sentenças que abordaram interceptações telefônicas, ou seja, que uma das informações do processo era obtida por interceptação telefônica e qual a influência que a interceptação telefônica tenha tido sobre a formação da convicção judicial. O objetivo é fazer uma pesquisa de campo para comprovar ou infirmar a hipótese da violação da imparcialidade, sob o ponto de vista da imparcialidade objetiva⁵².

Quanto à imparcialidade, importa esclarecer que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos – TEDH⁵³ e na esteira

52. Cf. MAYA, André. **Imparcialidade e processo penal: Da prevenção da competência ao juiz de garantias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011; GUERRERO PALOMARES, Salvador. **La Imparcialidad Objetiva del juez penal: Análisis jurisprudencial y valoración crítica**. Navarra: Aranzadi, 2009.

53. Cf. Delcourt vs. Bélgica, De Cubber vs. Bélgica, Hauschild vs. Dinamarca, Castillo de Algar vs. Espanha e Tierce and others vs. San Marino.

deste Tribunal, a Corte Interamericana de Direitos Humanos - CIDH⁵⁴, vêm decidindo que é necessário haver, além da imparcialidade subjetiva, que diz respeito a vinculação dos Juiz com as partes ou com o resultado do processo, também tenha a imparcialidade objetiva, ou seja, que o Juiz apresente dados claros de que ele ainda não pré-julgou a causa.

Isso não se pode confundir com a neutralidade, ou seja, imparcialidade e neutralidade são duas coisas diferentes. Naturalmente, o juiz não vai se desfazer de toda sua vivência para julgar, porque ele nunca julga de forma neutra. Mas do momento em que o Juiz pré-julga, ou seja, quando ele toma contato com as informações e ele já sabe qual decisão ele vai proferir no caso concreto, isso implica na violação da imparcialidade. E mais, quando o Juiz não brinda as partes, seja acusação ou defesa, com informações que deem claros elementos de convencimento de que ele ainda não formou a sua convicção, isso viola a imparcialidade objetiva.

Então, nós coletamos esses dados de sentenças de outubro de 2012 até dezembro de 2015 na primeira instância da Justiça Federal do Rio de Janeiro, e coletamos os dados do Sistema Nacional de Controle de Interceptação telefônica (SNCI) no Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

O que está apresentado abaixo são os dados do Sistema Nacional de Controle de Interceptação Telefônica do CNJ. Esta é uma tabela em que o CNJ colhe os dados de todas as interceptações realizadas no Brasil e elabora uma tabela numerada de 1 a 11, por mês no Brasil, sobre esse dados.

54. Cf. Caso Apitz vs. Venezuela e Caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica.

DIREITO PENAL E SEGURANÇA PÚBLICA

Mês/Ano	Total 1	Total 2	Total 3	Total 4	Total 5	Total 6	Total 7	Total 8	Total 9	Total 10	Total 11
0/0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Janeiro/2008	19	20	5	8	32	0	0	0	0	1	0
Fevereiro/2008	39	122	12	17	170	7	0	0	0	0	0
Março/2008	33	54	7	14	58	0	1	1	0	0	1
Abril/2008	51	113	15	18	99	28	1	1	2	2	1
Maió/2008	25	54	9	11	80	4	0	0	0	0	0
Junho/2008	76	87	22	34	119	8	0	0	0	0	0
Julho/2008	80	95	26	32	184	25	1	1	1	1	1
Agosto/2008	69	90	23	52	234	9	0	0	0	0	0
Setembro/2008	296	531	56	120	1067	23	24	36	5	13	39
Outubro/2008	517	930	143	238	1511	207	31	38	3	11	22
Novembro/2008	1133	2247	255	624	5559	276	41	68	25	54	14
Dezembro/2008	1470	2926	408	2274	7476	240	119	186	39	229	22
Janeiro/2009	2119	4085	496	1313	8421	742	109	187	74	157	119
Fevereiro/2009	2434	4830	539	1528	9549	762	75	133	53	177	412
Março/2009	3377	6054	754	1912	11210	808	139	234	70	259	252
Abril/2009	3092	6030	653	1917	11462	886	105	298	76	255	242
Maió/2009	3170	6047	676	2057	12091	738	111	242	89	258	380
Junho/2009	3417	6676	729	2013	12369	760	245	391	102	330	345
Julho/2009	3942	7596	871	2527	13987	881	163	362	98	324	287
Agosto/2009	3675	7697	847	2694	13472	825	190	435	89	347	375
Setembro/2009	3861	7471	956	2821	14939	931	191	492	161	476	481
Outubro/2009	4202	7955	943	2848	15463	1368	183	501	108	402	347
Novembro/2009	3561	7583	870	2884	14698	1226	201	526	118	432	314
Dezembro/2009	2795	6633	679	2598	12138	1017	154	512	63	423	330
Janeiro/2010	3121	6804	788	2685	12194	1075	212	654	106	441	347
Fevereiro/2010	3689	7952	814	2795	15080	1160	207	436	86	403	268
Março/2010	5238	10052	1201	3356	18796	1076	240	401	158	500	256
Abril/2010	4771	9732	1016	3330	18269	1124	199	379	138	481	429
Maió/2010	5142	10442	1089	3496	18929	1476	199	417	187	497	298
Junho/2010	4696	9633	1028	3635	17880	1339	157	389	112	689	355
Julho/2010	5029	10236	1141	3650	18969	1332	173	388	107	422	346
Agosto/2010	5018	10226	1163	3669	18354	1316	229	458	119	424	431
Setembro/2010	4709	10651	1171	3575	20653	1687	168	411	82	288	949
Outubro/2010	4484	10605	1103	3659	21515	1537	192	462	77	269	354
Novembro/2010	4350	9503	1145	3476	18958	1399	211	393	78	258	411
Dezembro/2010	3125	7622	812	3027	15286	656	132	294	43	166	288
Janeiro/2011	3221	8013	798	3184	15519	749	122	279	45	191	276
Fevereiro/2011	4293	9026	1091	3410	17810	946	183	349	62	207	253
Março/2011	4691	10282	1148	3584	20059	1018	173	317	62	185	287
Abril/2011	4735	10498	1136	3684	19765	1036	251	373	87	209	391
Maió/2011	4946	11236	1149	3824	19885	1596	233	386	110	244	389
Junho/2011	4907	11519	1143	4165	21339	1609	229	409	96	256	411
Julho/2011	4779	11237	1017	3652	20008	1403	235	417	90	257	374
Agosto/2011	5259	11923	1156	3916	21589	1044	205	371	85	269	348
Setembro/2011	5340	12377	1179	3974	21887	1626	171	352	83	348	413
Outubro/2011	4364	11311	1013	3719	19921	972	173	336	79	306	229
Novembro/2011	4391	11013	1015	3832	18724	1301	169	297	55	292	284
Dezembro/2011	3239	9162	770	3497	16548	1231	166	366	68	324	356
Janeiro/2012	3699	9193	1009	3804	17289	1120	146	283	53	265	281
Fevereiro/2012	3849	9633	966	3680	18239	1276	184	344	65	271	267
Março/2012	4852	11171	1127	3921	22499	1432	208	377	68	306	349
Abril/2012	4869	11515	1171	3847	22252	1307	177	439	63	301	377
Maió/2012	5156	12169	1247	4084	24964	1725	163	328	86	323	523
Junho/2012	4510	11708	1100	3909	23652	1612	175	336	79	309	436
Julho/2012	4658	11783	1126	3966	23242	1897	179	410	65	375	508
Agosto/2012	4701	11838	1183	4393	23268	1587	148	449	49	362	513
Setembro/2012	4267	10601	1107	4272	18243	1842	135	390	80	336	310
Outubro/2012	4438	11134	1125	4157	19595	2074	199	509	54	315	489
Novembro/2012	4053	10742	1061	3918	19206	1920	137	403	48	244	396
Dezembro/2012	2754	9032	721	3617	15168	1792	117	349	63	269	295

Dezembro/2011	3239	9162	770	3497	16548	1231	166	366	68	324	356
Janeiro/2012	3699	9193	1009	3804	17289	1120	146	283	53	265	281
Fevereiro/2012	3849	9633	966	3680	18239	1276	184	344	65	271	267
Março/2012	4852	11171	1127	3921	22499	1432	208	377	68	306	349
Abril/2012	4869	11515	1171	3847	22252	1307	177	439	63	301	377
Mai/2012	5156	12169	1247	4084	24964	1725	163	328	86	323	523
Junho/2012	4510	11708	1100	3909	23652	1612	175	336	79	309	436
Julho/2012	4658	11783	1126	3966	23242	1897	179	410	65	375	508
Agosto/2012	4701	11838	1183	4393	23268	1587	148	449	49	362	513
Setembro/2012	4257	10601	1107	4272	18243	1842	135	390	80	336	310
Outubro/2012	4438	11134	1125	4157	19595	2074	199	509	54	315	489
Novembro/2012	4053	10742	1061	3918	19206	1920	137	403	48	244	396
Dezembro/2012	2754	9032	721	3617	15168	1792	117	349	63	269	295
Janeiro/2014	3004	8884	820	3572	16627	1812	119	309	57	217	1099
Fevereiro/2014	3750	7628	1024	3795	19715	2206	160	358	56	235	1084
Março/2014	3802	7952	974	3873	19446	2404	178	454	72	271	1110
Abril/2014	3877	8331	1026	4067	20607	2345	272	379	85	291	1190
Mai/2014	4311	8842	1091	3958	19724	2260	249	399	88	343	996
Junho/2014	4003	8568	1017	4241	18661	2261	205	495	155	411	1195
Julho/2014	4459	9461	1112	4465	21375	2321	273	485	90	377	1443
Agosto/2014	4157	9037	1045	4015	22700	2016	204	379	101	324	1365
Setembro/2014	4180	9028	1087	4186	21002	2252	242	432	130	446	1409
Outubro/2014	4119	8778	1076	4164	21173	2383	213	400	125	428	1488
Novembro/2014	3445	7975	858	3946	21581	1852	160	308	76	396	1302
Dezembro/2014	2414	6365	680	3602	17584	1876	156	273	88	388	1125
Janeiro/2015	2728	8145	714	3476	17714	1544	154	276	102	578	1007
Fevereiro/2015	3183	7099	898	3756	19617	1684	207	353	84	520	1400
Março/2015	4334	8566	1078	4025	22211	2272	250	442	131	558	1450
Abril/2015	3936	8398	979	4074	23742	2226	278	454	112	546	1722
Mai/2015	4130	8725	1096	4498	24187	2178	273	438	113	596	1604
Junho/2015	3829	8566	931	4043	25491	2221	224	457	93	602	1510
Julho/2015	4024	8781	938	4288	24439	1978	205	380	129	597	1617
Agosto/2015	3675	8800	1017	4571	24896	1916	214	388	130	616	1762
Setembro/2015	3335	8000	937	4091	23320	1818	228	449	103	574	1527
Outubro/2015	3411	7937	996	4150	23383	1691	248	496	133	591	1644
Novembro/2015	2832	7111	872	4209	20973	1811	261	573	114	580	1684
Dezembro/2015	2383	5857	646	3754	18582	1472	190	296	84	520	1243
Janeiro/2016	2469	5925	836	3707	17701	1109	178	312	83	492	1370
Fevereiro/2016	2901	6746	827	3542	18881	1709	203	369	101	240	961
Março/2016	3370	7385	938	3483	20232	1384	220	475	104	272	907
Abril/2016	3357	7489	907	3476	20883	1349	217	489	131	308	983
Mai/2016	3094	7270	818	3220	20860	1196	188	435	117	298	702

Total 1 = Quantidade de Ofícios Expedidos (inicial)

Total 2 = Quantidade de Ofícios Expedidos (total em andamento)

Total 3 = Quantidade de Procedimentos Criminais Instaurados (inicial)

Total 4 = Quantidade de Procedimentos Criminais Instaurados (total em andamento)

Total 5 = Quantidade de Telefones Monitorados (total em andamento)

Total 6 = Quantidade de Telefones Monitorados - VOIP (total em andamento)

Total 7 = Quantidade de Ofícios Expedidos (inicial)

Total 8 = Quantidade de Ofícios Expedidos (total em andamento)

Total 9 = Quantidade de Procedimentos Criminais Instaurados (inicial)

Total 10 = Quantidade de Procedimentos Criminais Instaurados (total em andamento)

Total 11 = Quantidade de Endereços Eletrônicos Monitorados (total em andamento)

Ou seja, essa tabela apresenta, por mês, a quantidade de ofícios expedidos, sendo a quantidade de primeiros ofícios expedidos para interceptação de uma linha telefônica (tabela 1) e a quantidade de ofícios expedidos enquanto as interceptações telefônicas estão em andamento (tabela 2), ou seja, aqueles que foram renovados; a quantidade de procedimentos criminais de interceptação telefônica instaurados (tabela 3) e a quantidade de procedimentos criminais de interceptação telefônica em andamento (tabela 4); quantidade de telefones monitorados (tabela 5); quantidade de VOIP monitorado (tabela 6) – não só telefone; a quantidade de primeiros ofícios expedidos para interceptação de dados – e-mails (tabela 7) e a quantidade de ofícios expedidos enquanto as interceptações de dados – e-mails – estão em andamento (tabela 8), ou seja, aqueles que foram renovados; a quantidade de procedimentos criminais de interceptação de dados – e-mails – instaurados (tabela 9) e a quantidade de procedimentos criminais de interceptação de dados – e-mails – em andamento (tabela 10); a quantidade de e-mails interceptados (tabela 11).

Na verdade os dados começaram a ser coletados em 2008. Depois da chamada “CPI dos grampos”, o CNJ regulamentou pela resolução nº 59 de 2008 a interceptação telefônica no Brasil, ou seja, o CNJ exerceu uma função que é discutível⁵⁵, mas ele acabou regulamentando a interceptação e impondo algumas obrigações. Apenas pra que fique claro, peguemos esses dados de janeiro a maio de 2016, tomando maio, como

55. Os professores Thiago Bottino do Amaral e André Rodrigues Cyrino defendem a adequação das resoluções do CNJ ao ordenamento nacional. BOTTINO DO AMARAL, Thiago e CYRINO, André Rodrigues. Memorial apresentado pelo Instituto dos Advogados Brasileiros na Ação Direta de inconstitucionalidade nº 4.145. In: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires e MIRZA, Flávio (org.). **Interceptação Telefônica: os 20 anos da Lei nº 9.296/96**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

exemplo. A quinta coluna mostra a quantidade de telefones que estariam interceptados naquele mês no Brasil, totalizando 20.860 telefones, 1.196 *VOIP*, 702 endereços de e-mail, diante disso, podemos afirmar que o número total de interceptações telefônica e de dados varia de aproximadamente entre 22.000 e 25.000, sendo o maior número referente ao mês de julho de 2013, com pouco mais de 25.000 interceptações.

Quanto à pesquisa desenvolvida na Faculdade Nacional de Direito da UFRJ e no Programa de Pós Graduação da Universidade Católica de Petrópolis (PPGD/UCP), em que realizamos a coleta de dados sobre todas as sentenças proferidas entre outubro de 2012 até dezembro de 2015, obtivemos os seguintes resultados:

ESTATÍSTICAS GERAIS

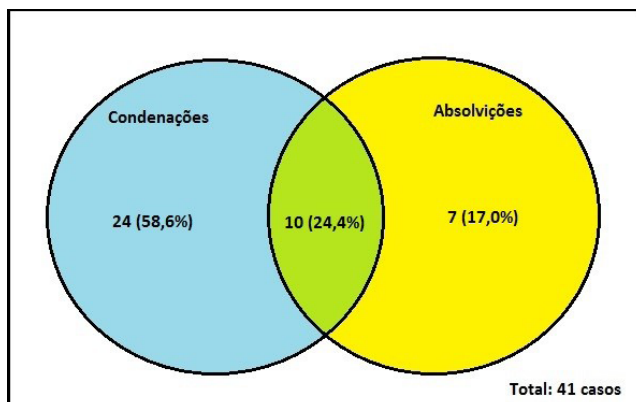
Vara Criminal do RJ	1ª	2ª	3ª	4ª	5ª	6ª	7ª	8ª	10ª
Sentenças proferidas entre out 2012 e dez 2015*	339	496	669	453	510	370	486	407	403
Sentenças encontradas no sistema de busca entre out 2012 e dez2015**	270	366	476	383	416	275	349	303	124
Diferença de sentenças entre sistemas	69	130	193	70	94	95	137	104	279
Percentual de erro	20,4%	26,2%	28,8%	15,5%	18,4%	25,7%	28,2%	25,6%	69,2
Termo de busca: "Interceptação telefônica"***	4	5	10	12	27	10	2	5	0

No entanto, dessas 75 (setenta e cinco) sentenças, 27 (vinte e sete) não se tratavam de processos antecedidos por interceptação telefônica, mas apenas continham a palavra-chave em citação no texto, sendo, portanto, descartadas.

São 41 (quarenta e um) processos em que efetivamente houve interceptação telefônica, porém, em cada um desses casos houve um número muito grande de interceptações, ou seja, o que nós verificamos estatisticamente na pesquisa é que não temos uma grande quantidade de processos com interceptação telefônica, nós temos alguns processos com muitas linhas interceptadas e essas interceptações são prorrogadas muitas vezes.

Então, todos esses dados que o CNJ reúne estão agrupados em um número menor de processos em relação à quantidade de linhas interceptadas.

De outubro de 2012 a dezembro de 2015 nós temos 41 sentenças proferidas em processos com interceptações eletrônicas efetivamente. Desse numero de sentenças, apenas em 7 (sete) temos somente absolvições, ou seja, menos de 20% de absolvições.



Além disso, dos casos em que alguns acusados foram absolvidos e outros foram condenados no mesmo processo, apenas em 1 (um) caso o Juiz não fundamentou a sua decisão em interceptação telefônica. Isso significa que, de uma forma geral, o juiz está vinculado às informações que ele obteve através de interceptações telefônicas. Ao fundamentar, os juízes normalmente transcrevem as conversas obtidas das interceptações telefônicas. Então constatamos empiricamente que a interceptação telefônica consegue captar o convencimento, a convicção judicial.

A respeito do contraditório, foi possível verificar que na interceptação telefônica, indevidamente, o contraditório é feito de maneira diferida.

Além disso, de todos os casos em que a defesa fez qualquer arguição em relação a interceptação telefônica, qualquer objeto de defesa que fosse, todos os requerimentos da defesa foram indeferidos. Todos. E, de todos os casos em que a interceptação foi realizada, que a defesa fez algum requerimento – e todos foram indeferidos –, apenas um foi absolvido. Ou seja, o que nós concluímos com essa pesquisa de campo é que o juiz tem a sua convicção captada pela interceptação telefônica, porque ele é obrigado a tomar conhecimento do conteúdo da prova e fundamentar as suas decisões com base naquele conteúdo da prova, e ainda, aquilo já convenceu o Juiz de tal forma, que quaisquer abordagens posteriores não surtem efeito.

Conclusão: uma curta e objetiva defesa da manutenção da previsão do juiz das garantias no projeto do Novo Código de Processo Penal

É fundamental, portanto, que o Juiz que participou da interceptação telefônica, não seja exatamente o mesmo que vai conduzir o processo e terminar julgando. Essa conclusão é inevitável: não pode ser o mesmo. Então, não estamos aqui defendendo que a interceptação não exista enquanto meio de obtenção de prova, mas sim que o juiz que participe de alguma maneira da fase das interceptações não possa ser o mesmo juiz que possa conduzir o processo e que vá decidi-lo ao final.

O projeto de Código de Processo Penal, na versão que se encontra hoje tramitando nesta Comissão Especial do Código de Processo Penal – Projeto de Lei nº 8045, de 2010 – está previsto no art. 15 a figura do juiz das garantias.

Na exposição de motivos do PLS 156/09 – já que o PL 8045/2010 se originou no Senado – resta claro que esta pre-

visão tem fundamento na adoção de um modelo de processo penal acusatório:

Para a consolidação de um modelo orientado pelo princípio acusatório, a instituição de um juiz de garantias, ou, na terminologia escolhida, de um juiz das garantias, era de rigor. Impende salientar que o anteprojeto não se limitou a estabelecer um juiz de inquéritos, mero gestor da tramitação de inquéritos policiais. Foi, no ponto, muito além. O juiz das garantias será o responsável pelo exercício das funções jurisdicionais alusivas à tutela imediata e direta das inviolabilidades pessoais. A proteção da intimidade, da privacidade e da honra, assentada no texto constitucional, exige cuidadoso exame acerca da necessidade de medida cautelar autorizativa do tangenciamento de tais direitos individuais.

O deslocamento de um órgão da jurisdição com função exclusiva de execução dessa missão atende à duas estratégias bem definidas, a saber: a) a otimização da atuação jurisdicional criminal, inerente à especialização na matéria e ao gerenciamento do respectivo processo operacional; e b) manter o distanciamento do juiz do processo, responsável pela decisão de mérito, em relação aos elementos de convicção produzidos e dirigidos ao órgão da acusação.

A expressa finalidade de distanciar o juiz do processo, responsável pela decisão de mérito, dos elementos cognitivos da fase investigatória desvela a preocupação com a vinculação psicológica do magistrado com a tese acusatória.

O que se pretende com a essa exposição é demonstrar, com fundamentos teóricos e empíricos, que o juiz das ga-

rantias é uma concreta possibilidade de evitar a violação do direito ao julgamento por um juiz imparcial.

Referências

BOTTINO DO AMARAL, Thiago e CYRINO, André Rodrigues. Memorial apresentado pelo Instituto dos Advogados Brasileiros na Ação Direta de inconstitucionalidade nº 4.145. In: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires e MIRZA, Flávio (org.). **Interceptação Telefônica: os 20 anos da Lei nº 9.296/96**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

CÂMARA, Jorge Luis. A inserção da interceptação telefônica em um sistema acusatório coerente com a centralidade do direito de defesa. In: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires e MIRZA, Flávio (org.). **Interceptação Telefônica: os 20 anos da Lei nº 9.296/96**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

CASTRO, Helena Rocha Coutinho de; ABATH, Manuela; ROSENBLATT, Fernanda Fonseca. Por uma investigação preliminar democrática: o contraditório na interceptação telefônica. In: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires e MIRZA, Flávio (org.). **Interceptação Telefônica: os 20 anos da Lei nº 9.296/96**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

GUERRERO PALOMARES, Salvador. **La Imparcialidad Objetiva del juez penal: Análisis jurisprudencial y valoración crítica**. Navarra: Aranzadi, 2009.

FESTINGER, Leon. **Teoria da dissonância cognitiva**. Tradução Eduardo Almeida. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975

MAYA, André. **Imparcialidade e processo penal: Da prevenção da competência ao juiz de garantias.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

NIEVA FENOLL, Jordi. **La valoración de la prueba.** Barcelona: Marcial Pons, 2010.

PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos.** 1ª ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

SANTORO, Antonio Eduardo Ramires e RANGEL, Natália. O princípio constitucional do contraditório na interceptação das comunicações telefônicas. In: ROSA MENDES, Sorais e LONGO, Ana Carolina F. **Segurança pública.** Brasília: IDP, 2015.

SCHÜNEMANN, Bernd. O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e aliança. In: GRECO, Luís (Org.) **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito.** Tradução Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

1ª EDIÇÃO *Agosto de 2018*
FORMATO *14x21cm*
MIOLO *Papel Offset 75 g/m²*
CAPA *Papel Supremo 250 g/m²*
TIPOGRAFIA *Bergamo Std*
IMPRESSÃO *Gráfica Multifoco*